FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

DERECHO DEL ARTE

Anuario iberoamericano 2017

Prólogo

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BELAÚNDE
Embajador del Perú en España. Ministro de Relaciones Exteriores (2006-2011)

FUNDACIÓN PROFESOR URÍA

CIVITAS

THOMSON REUTERS

Primera edición, 2017



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

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

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2017 Fundación Profesor Uría / Thomson Reuters Legal Limited

© Portada: Fundación Profesor Uría

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9177-567-6
DL NA 2440-2017
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

JURADO DEL PREMIO RODRIGO URÍA MERUÉNDANO DE DERECHO DEL ARTE

El Jurado de la tercera edición del Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte ha estado compuesto por las siguientes personalidades:

Daniel Proença de Carvalho (Presidente),
Encarnación Roca Trías,
Miguel Satrústegui Gil-Delgado,
Juan Cadarso Palau y
Juan E. Cambiaso.

Actuó como Secretario Agustín González García.

El editor de este libro es la Fundación Profesor Uría con domicilio en C/ Príncipe de Vergara, 187, 28002 Madrid. Las bases del Premio están disponibles en la página web de la Fundación Profesor Uría www.fundacionprofesoruria.org).

Sumario

Página

PRÓLOGO 25

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BELAÚNDE
Embajador del Perú en España. Ministro de Relaciones Exteriores (2006-2011)

LA ESPADA DE JUDITH. FENÓMENOS DE COPIA Y ESTÁNDARES PARA LA EVALUACIÓN JUDICIAL DE SU LICITUD EN EL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO DEL ARTE 29

ANTONI RUBÍ PUIG
Profesor de Derecho Civil. Universitat Pompeu Fabra

1. Copiar una obra de arte en sustancia: delimitación del tema e identificación de las cuestiones a tratar 30

1.1. Dos cuadros que brillan 30

1.2. ¿Copió Artemisia Gentislechi la obra de Caravaggio? 32

1.3. Entre lo fáctico y lo normativo 34

1.4. Construcción de un test judicial 38

1.4.1. Tres conceptos: «copia», «sustancialidad» y «comparación» 40

2. Test empleados en derecho español 47

2.1. Concepto legal de derecho de reproducción 47

2.2. Concepto jurisprudencial de plagio 49

2.3. El estándar del «observador medio» 54

2.4. El rol del experto en el procedimiento por infracción 57

2.4.1. Exclusión de las ideas y otros elementos no protegibles . 59

2.4.2. Examen de la originalidad de la expresión de la obra supuestamente infringida 59

2.4.3. Examen de la copia sustancial 60

2.5. El acceso a la casación 61

Página

3. Test empleados en otras jurisdicciones 62
3.1. La influencia de otras tradiciones 62
3.2. «Common law» y tradición del copyright 63
3.2.1. Derecho de autor norteamericano 63
3.2.1.1. Panorama 63
3.2.1.2. El test del observador medio y la apropiación ilícita de la expresión ajena: «Arnstein v. Porter» 64
3.2.1.3. El test de la doble valoración extrínseca e intrínseca de las obras: «Krofft v. McDonald's» 67
3.2.1.4. «Total concept and feel» 69
3.2.1.5. El test de la abstracción/filtro/comparación: «Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.» 71
3.2.2. Derecho de autor en el Reino Unido 72
3.2.2.1. Panorama 72
3.2.2.2. El requisito de la «derivación» 72
3.2.2.3. El requisito de la apropiación de la obra o de una parte substancial de esta 75
3.3. Derecho civil continental y la tradición del derecho de autor 77
3.3.1. Derecho de autor francés 77
3.3.2. Derecho de autor alemán 82
4. Problemas en la construcción de un test eficaz de comparación de obras visuales 89
4.1. Introducción 89
4.2. ¿Requieren las imágenes de un tratamiento jurídico diferente al que reciben otras obras? 91
4.2.1. Derecho e imágenes 91
4.2.2. Jueces e imágenes 94
4.2.3. Diferencias entre lo visual y lo textual 102
4.2.4. Jueces y arte 104
4.3. Sesgos cognitivos presentes en los pleitos por infracción de derechos de autor 109
4.3.1. Racionalidad sesgada 109
4.3.2. Utilización de anclajes («anchoring») y marcos («framing») 110

Página

4.3.3. Sesgo retrospectivo («Hindsight Bias») 114
4.3.4. Sesgo de confirmación («Confirmation Bias») 116
4.3.5. Sobreconfianza («Overconfidence Effect») 117
4.3.6. Efecto dotación («Endowment Effect») 117
4.3.7. Cautelas en la aplicación judicial del test 118
4.4. De la imposibilidad lógica y metafísica del observador medio a su relevancia práctica 119
4.4.1. Estándares jurídicos de remisión a sujetos ideales y otros constructos 119
4.4.2. Imposibilidad lógica de juicios positivos de determinación del observador medio 121
4.4.3. Alternativa: un juicio meramente normativo y su problemática 123
4.5. La identificación del test: una defensa de la mirada del experto 124
4.5.1. Observador razonable 124
4.5.2. Consumidor medio y razonable 126
4.5.3. Usuario informado 128
4.5.4. Experto en el sector 130
4.6. El rol de los dictámenes periciales 135
4.7. La (frágil) separación entre elementos fácticos y normativos. El acceso a la casación 137
5. Conclusión: propuestas para la concreción de un test en derecho español 138
5.1. La prueba de la causalidad: el acceso del demandado a la obra del demandante 138
5.2. Disección de elementos protegibles 139
5.3. Identificación de los intereses jurídicos protegidos y selección del test 141
5.4. La comparación de las obras y la determinación del carácter sustancial de la copia 142
5.5. Insuficiencias del test. La necesidad de ir más allá: usos legítimos y arte apropiacionista 144
Anexo I. Jurisprudencia 146
Anexo II. Bibliografía 152

Página

ARTE Y DERECHO MERCANTIL. IMAGEN Y CONCEPTO DE LOS TÍTULOS-VALORES EN LA ESPAÑA ILUSTRADA 165

CARLOS PETIT CALVO
Doctor en Derecho. Catedrático en la Universidad de Huelva

1. Preliminar 165

2. Consignas y empeños del gobierno «activo» 173

3. El poder y la talla dulce: Consideración de los vales reales 178

4. República por acciones y acciones para la república 218

5. Pecunia y «fides publica»: Las cédulas del banco «nacional» de San Carlos 261

6. Conclusión 270

Apéndice documental 274

LA ADQUISICIÓN *A NON DOMINO* DE BIENES CULTURALES 283

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO
Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

1. Introducción 284

2. El tráfico ilícito de bienes culturales robados en el panorama nacional 289

2.1. Delimitación del concepto «bien cultural» 289

2.2. La titularidad de los bienes culturales y régimen jurídico aplicable 291

2.3. Tráfico ilícito de bienes culturales robados 293

2.3.1. Bienes robados 294

2.3.1.1. Adquisición a non domino 295

a. Supuestos en que no procede la irreivindicabilidad 295

b. Supuestos en que puede plantearse la irreivindicabilidad 296

c. Condiciones de ejercicio de la acción reivindicatoria 304

2.3.1.2. Adquisición por usucapión 305

2.3.2. Bienes exportados ilícitamente 307

Página

3. La restitución de bienes culturales en el ámbito internacional 311

3.1. Los intereses en conflicto 313

3.2. La Convención de la UNESCO de 1970 316

3.2.1. El certificado de exportación 317

3.2.2. Procedimientos de recuperación de bienes robados al amparo de la Convención 318

3.2.2.1. Procedimiento de devolución de los bienes culturales robados y exportados ilícitamente 319

3.2.2.2. Procedimiento de restitución de bienes culturales robados 320

3.2.2.3. Las diferencias de fondo entre ambos procedimientos 321

3.2.3. Diligencia y buena fe en la adquisición de bienes culturales 323

3.3. El Convenio de UNIDROIT de 1995 324

3.3.1. Restitución de bienes culturales robados 326

3.3.1.1. Principio general de restitución de bienes culturales robados 326

3.3.1.2. Protección en las excavaciones 328

3.3.1.3. Plazos para reclamar la restitución del bien cultural 328

3.3.1.4. Buena fe y diligencia del poseedor 331

3.3.1.5. Pago de la indemnización y reembolso 333

a. Cuantía de la indemnización 333

b. Sujeto obligado al pago 334

c. Los inconvenientes de la indemnización para el propietario original 334

3.3.2. Devolución de bienes culturales exportados ilícitamente 335

3.3.2.1. El requisito del daño significativo 337

3.3.2.2. Plazo de reclamación 337

3.3.2.3. La indemnización 338

3.3.2.4. La buena fe del poseedor 338

3.3.2.5. Las alternativas del poseedor frente a la indemnización 338

Página

4. La eficacia de los convenios y el panorama nacional internacional 339
4.1. La perspectiva internacional 339
4.2. Normas internacionales y Derecho español 342
5. El derecho de la Unión Europea 345
5.1. El procedimiento de restitución de bienes culturales 347
5.2. Las carencias de la Directiva de 1993 350
5.2.1. Ámbito de aplicación 350
5.2.1.1. Carácter no retroactivo de la Directiva 350
5.2.1.2. Bienes protegidos 350
5.2.2. Procedimiento de restitución 351
5.2.2.1. Plazo de ejercicio de la acción 352
5.2.2.2. Legitimación activa 353
5.2.2.3. Concepto de diligencia 354
5.2.2.4. Carga de la prueba de la diligencia 355
5.3. Las mejoras introducidas por la Directiva de 2014 355
5.3.1. Ámbito de aplicación 356
5.3.2. Procedimiento de restitución 356
5.3.2.1. Plazo de ejercicio de la acción 356
5.3.2.2. Concepto de diligencia 357
5.3.2.3. Carga de la prueba de la diligencia 357
5.4. Valoración del Derecho de la UE en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales 358
6. Conclusiones 359
Bibliografía 360
Jurisprudencia 362

LA JUSTIFICACIÓN DEL «DROIT DE SUITE». LA SINGULARIDAD DE LAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS EN SU CREACIÓN Y MODOS DE EXPLOTACIÓN 365
DANIEL BROTO PÉREZ
Abogado. Doctor en Derecho

Abreviaturas 366

Página

Introducción: origen histórico del «droit de suite» 366

1. Bases para el reconocimiento del «droit de suite» 373

2. Singularidad de la creación plástica y acotación del concepto de obra de artes plásticas 379

2.1. Definición de obra de «artes plásticas» 384

2.2. Requisitos para la consideración de obras de artes plásticas 388

2.2.1. Corporeidad: fijación de la expresión en soporte físico . 388

2.2.2. Originalidad de las obras de artes plásticas 391

2.2.3. Valor económico 396

2.2.4. Arte aplicado y plus de creatividad 398

2.3. Ámbito objetivo del «droit de suite» en la legislación española 402

2.3.1. Ejemplares únicos y ejemplares múltiples 403

i. Realización por el artista de la plancha, modelado o matriz análoga 406

ii. Ejecución de ejemplares bajo el control del artista 407

iii. Firma del artista de los ejemplares 407

iv. Limitación numérica de ejemplares 407

v. Autorregulación del mercado 408

2.3.2. Clasificación de las obras incluidas en el artículo 1 de la Ley 3/2008 409

2.3.2.1. «Cuadros», «collages», «pinturas» y «dibujos» . 410

2.3.2.2. «Grabados», «estampas» y «litografías» 412

2.3.2.3. «Escultura» 414

2.3.2.4. «Tapices», «cerámicas», «objetos de cristal» 415

2.3.2.5. «Fotografías» 417

2.3.2.6. «Piezas de vídeo arte» 419

2.3.3. Obras excluidas 421

2.3.3.1. Obras arquitectónicas 421

2.3.3.2. Manuscritos 423

3. Singularidad de la explotación de las obras de artes plásticas 424

3.1. Las reproducciones impropias del ejemplar original 425

3.2. El agotamiento del derecho de distribución 428

Página

3.3. La presunción de cesión del derecho de exposición pública y su normal ejercicio en el ámbito doméstico 432
3.3.1. La transmisión ***ex lege*** del derecho de exposición pública 433
3.3.2. La exposición privada en el ámbito doméstico 436
3.4. Las réplicas realizadas por el propio autor (derecho de transformación) .. 437
3.5. Dificultad de acceso al ejemplar único para ejercer el derecho de colección 438
4. El «droit de suite» como corrección del ejercicio mermado del derecho de distribución 440
4.1. Falta de conexión con los derechos de comunicación pública, transformación y colección 441
4.2. Complemento al derecho de distribución por su agotamiento tras la primera venta 444
5. Conclusiones 447
Índice bibliográfico 449

APUNTES SOBRE LA PINTURA COMO OBRA DE ARTE PLÁSTICO Y SU ORIGINALIDAD EN EL DERECHO DE AUTOR ESPAÑOL Y PERUANO 457
JAVIER ANDRÉ MURILLO CHÁVEZ
Profesor TPA del Área de Derecho Mercantil. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

1. Introducción: el Derecho y el Arte 458
2. Del Arte y las Pinturas 459
3. ¿Qué establecen el Derecho de Autor Español y Peruano sobre las pinturas? 473
4. La dualidad en la originalidad en el caso de las obras plásticas pictóricas 490
5. Algunos aspectos jurídicos que pueden ocurrir en el mundo del arte: la diferencia entre las pinturas originales y las ideas, la reproducción y transformación de las pinturas y el plagio 500
5.1. Diferencia entre idea y obra original como forma de expresión 501
5.2. ¿Reproducción o Transformación de pinturas? El tiempo de las aplicaciones móviles y la impresión en tres dimensiones (3D) 511

Página

5.3. Notas sobre el plagio en las pinturas 517

6. Conclusiones y reflexiones 523

7. Referencias 526

7.1. Bibliografía 526

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE BENS CULTURAIS EM CONFLITOS ARMADOS: LIMITES E EXTENSÕES 539

ALICE LOPES FABRIS
Doutoranda em Direito na Ecole Normale Supérieure à Cachan/Paris-Saclay, ligada ao Institut du Sciences sociales du Politique - Isp, bolsista da Capes - Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

Abreviaturas 540

1. Introdução 540

2. Breve história da proteção de bens culturais em caso de conflitos armados 543

2.1. O surgimento da noção de proteção do patrimônio histórico e cultural ... 545

2.2. A proteção de bens culturais pelos instrumentos internacionais 546

2.3. A necessidade de um tratado para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados 549

2.4. A Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado e seus protocolos 551

3. O objeto da proteção da Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado 555

3.1. Bem Cultural ou Patrimônio Histórico e Cultural? 557

3.1.1. Análise dos conceitos nos ordenamentos internos 557

3.2. Análise dos trabalhos preparatórios à Convenção 562

3.3. Os bens protegidos pela Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado 563

4. A aplicação da Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado 564

4.1. A aplicação da Convenção durante conflitos armados internacionais 565

4.2. A aplicação da Convenção durante uma ocupação 565

Página

4.3. A aplicação da Convenção durante conflitos armados não-internacionais 566

5. Os limites da proteção de bens culturais na Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado ... 569

5.1. O conceito de necessidade militar 572

5.1.1. A Convenção de Haia de 1954 e seus protocolos 572

5.1.2. Os conceitos aplicados no Tribunais Penais Internacionais 575

6. O caso do Chipre 577

7. Considerações finais 580

Anexo 1: Mapa dos países signatários da Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado e seus protocolos 581

LA PROTECCIÓN DEL COMPRADOR DE UNA OBRA DE ARTE FALSA A TRAVÉS DE LOS CASOS JUDICIALES 583

JOSÉ SÁNCHEZ DE LEÓN RAMÓN-BORJA
Abogado especialista en Litigación y Derecho del arte

1. Introducción 583

1.1. Arte, autenticidad e incertidumbre 583

1.2. Planteamiento y objetivo de la presente investigación 587

1.3. De qué hablamos cuando hablamos de autenticidad 590

2. Acción de saneamiento por vicios ocultos (Arts. 1.484 y ss. CC) 591

3. Acción de incumplimiento de contrato por entrega de cosa distinta a la pactada (Art. 1124 CC) 594

4. Acción de nulidad de la compraventa por error sobre las condiciones esenciales del objeto (Arts. 1.265 y 1.266 CC) 602

4.1. Que el error recaiga sobre las cualidades esenciales del objeto 605

4.2. Que el error sea excusable. Circunstancias para apreciar la excusabilidad del error 614

5. Acción de nulidad del contrato de compraventa por dolo del vendedor (Arts. 1265, 1269 y 1270 CC) 622

5.1. Que exista una conducta dolosa 623

5.2. Que la conducta dolosa sea grave 626

Página

5.3. Que el dolo no sea común a ambas partes, y que no provenga de un tercero 627

6. Acción penal de denuncia de un delito de estafa (Arts. 248 y ss. CP) . 629

7. Regímenes especiales que modulan la distribución de los riesgos de la compraventa 640

8. La prueba de la falta de autenticidad de la obra de arte 646

9. Recomendaciones prácticas para la compraventa de obras de arte 656

Bibliografía Básica 673

LA FALSIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE: CASUÍSTICA CRIMINAL, INVESTIGACIÓN Y PUNICIÓN 677

MARÍA PILAR OTERO GONZÁLEZ
Profesora Titular (Catedrática acreditada) de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

EMILIO VERÓN BUSTILLO
Comandante de la Guardia Civil. Doctor en Unión Europea por la UNED

1. Introducción 679

2. Consideraciones previas: magnitud del problema sobre cifras inexactas 680

3. Aproximación a la delimitación del objeto material de las posibles conductas típicas. Falta de consenso sobre el concepto de «originalidad» 685

3.1. Concepto de «obra de arte» 685

3.2. Diversidad de categorías de obras de arte. Supuestos concretos 686

3.2.1. Obra seriada 687

3.2.2. Obra fotográfica 688

3.2.3. Obra derivada 689

3.3. Autor: concepto de «creación» 689

3.4. Originalidad 694

4. La falsificación de obras de arte 695

4.1. Falsificación en la primera fase: falsificación de la obra. Distinción entre los diversos tipos de falsificaciones 695

4.1.1. Aproximación al concepto de obra falsa. Delimitación de otros conceptos afines 695

Página

4.1.2. Respuesta penal a la falsificación de obras en esta primera fase 700
4.1.2.1. Los delitos contra la propiedad intelectual 700
A. Falsificación «versus» plagio. El plagio inverso 700
B. Plagio inverso y reproducción 706
C. Plagio inverso: «o de cualquier otro modo "explote económicamente" una obra o su "transformación"». Ampliación de la conducta típica en la LO 1/2015 de modificación del Código Penal 707
4.1.2.2. Los delitos de falsedades 709
A. Concepto penal de documento. Posible subsunción de la obra de arte 709
B. El objeto material de la conducta falsaria. La obra de arte como documento privado 713
C. La simulación como modalidad de falsedad material de la obra de arte 713
D. Penalidad y problemas concursales. El concurso de leyes con el delito de estafa 715
4.2. Falsificación en la segunda fase. El peritaje: la certificación falsa 716
4.2.1. Sobre la compleja realidad de la autenticación 716
4.2.2. Los certificados de autenticidad 719
4.2.3. Relevancia penal de la falsa autenticación 725
4.3. Tercera fase: uso del documento falso 727
4.4. Actos preparatorios 728
5. Casuística criminal 728
5.1. Introducción a la problemática 728
5.2. Estadística 733
5.3. Modus operandi de los falsificadores. Ejemplos concretos 736
5.3.1. Sujetos que realizaron obras falsas 736
5.3.2. Delincuentes que realizaron obras falsificadas 739
5.4. Implicación de los intermediarios 740
6. Reacción policial 743

Página

6.1. Metodología de la investigación operativa 743
6.2. Operaciones policiales relevantes 745
6.3. Iniciativas internacionales 748
7. Excurso: breve referencia a la transnacionalidad de estas conductas .. 750
8. Conclusiones 754
9. Índice bibliográfico 759
Sitios web 766

Prólogo

Es para mí un honor, como Embajador del Perú en España, escribir estas líneas introductorias al Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte que publica la Fundación Profesor Uría.

Las iniciativas de la Fundación en reconocimiento al legado de Don Rodrigo Uría Meruéndano, notablemente en cuanto conciernen el tema harto complejo del Derecho del Arte y la defensa del patrimonio cultural iberoamericano a través de instrumentos jurídicos innovadores e investigaciones pioneras en la materia, cumplen plenamente con la misión que les da razón de ser: entender el Derecho como un instrumento para la convivencia.

La historia de la defensa del patrimonio cultural de los pueblos y el concepto cultural de patrimonio son legados de la modernidad (entendida en toda su amplitud histórica) y encuentran sus orígenes en los inicios de la razón política moderna: fueron aquellas cartas célebres de Antoine Quatremère de Quincy, generosamente tituladas "Cartas sobre el prejuicio que ocasionarían a las Artes y a las Ciencias el Desplazamiento de los Monumentos del Arte de Italia, el Desmembramiento de sus Escuelas y la Espoliación de sus Colecciones, Galerías, Museos..." y destinadas por el célebre teórico del arte francés a su amigo y cómplice en la iniciativa, el general venezolano Francisco de Miranda.

Aquellas cartas, que alimentan aún el pensamiento contemporáneo sobre la importancia de la relación entre monumento o patrimonio y lugar originario, eran adicionalmente un libelo político contra el régimen revolucionario del Terror, y aún son un documento esencial para entender la dependencia necesaria entre patrimonio y libertad.

La idea de evocarlas en estas líneas es pretexto de recordar los vínculos espirituales entre Europa y América, y notablemente entre España e Iberoamérica. Tales vínculos pasan necesariamente por la abundante riqueza patrimonial de ambos continentes, de la nación española y de las naciones iberoamericanas.

No existirá mejor garantía para la creación cultural y para la innovación que aquella fundada en la conciencia y el respeto del legado cultural de quienes nos antecedieron: nuestra diversidad yace en la diversidad que nos precede; nuestro futuro en la riqueza sobre la que se asienta nuestra cultura.

Ciertamente el Derecho y las Ciencias Jurídicas, como lo entiende la Fundación Profesor Uría, son elementos claves en la lucha contra el pillaje al que ha sido sometido el patrimonio cultural de nuestras naciones, especialmente aquel de las culturas precolombinas y específicamente del Perú. Gracias a esfuerzos como éste nuestras naciones están hoy mejor protegidas contra la apropiación criminal o contra la destrucción de sus legados culturales.

No siempre fue así. Mi experiencia personal respecto a la restitución al Perú por parte de la Universidad de Yale de 350 piezas esenciales del patrimonio arqueológico peruano que fueron retenidas por el museo Peabody durante casi cien años y fue necesario movilizar recursos legales y políticos para recuperarlas.

Va una digresión tratando de hacer corta una historia larga. Tan pronto como el explorador Hiram Bingham, profesor de Yale, descubriera en 1911 la ciudadela de Machu Picchu, el gobierno peruano reitero la prohibición de exportar piezas arqueológicas, que había sancionado en 1893. Un año después hizo una excepción "por única vez" autorizando la exportación de un conjunto de piezas para investigación científica. Una nueva autorización se produjo en 1916, pero en ambas había cláusulas que establecían tiempo limitado de los préstamos. Transcurrido éste, el gobierno del Perú solicitó, en varias oportunidades, la devolución de las piezas. Yale rechazó estos pedidos con pretextos bastante baladíes, como que Bingham estaba enfermo y no podía atender la solicitud personalmente.

Lo cierto es que la piezas se fueron quedando y siempre la Universidad encontró alguna razón para no entregarlas. Es solo a partir de 2001 que el gobierno peruano decide plantearse una estrategia jurídica y política para recuperarlas. Había pasado casi un siglo desde que se autorizó la salida temporal y aunque Yale había asumido que pertenecía a su museo, nunca lo había proclamado. Lo hace en 2005 y eso le permite al Perú plantear el caso sin que se aplique el "statute of limitations" a la demanda judicial que interpuso en el 2008. Un proceso que supo de cambio de jurisdicción, de Washington DC a Connecticut, donde está situada Yale, cuyos abogados debían imaginar que era una jurisdicción amiga. Al final la combinación de alianzas como con The National Geographic Society, co-financiadora de la expedición de 1911 y que se ofreció como *amicus curiae*, más una fuerte movilización a nivel nacional como internacional y otras presiones, hicieron que Yale se sentara a negociar de buena fe la entrega inmediata de las piezas. Si en el 2008 ofreció devolverlas en 99 años, en el 2010 el rector de la Universidad Richard Levin envió como su representante al ex presidente de México Ernesto Zedillo, con quien firmé un Memorándum de Entendimiento que establecía la gradual devolución de todas las piezas prestadas, empezando por las museables, a partir del siguiente año, que se cumplía el centenario del descubrimiento de Machu Picchu.

El esfuerzo desplegado por el Perú durante 10 años, para recuperar piezas, muestra lo difícil y lento que pueden ser estos procesos y como se necesita una

adecuada sinergia entre gobiernos e instituciones públicas, tal el caso de la National Geographic, mencionado líneas arriba, o las iniciativas privadas como la Fundación Profesor Uría para lograr éxitos en estos emprendimientos esenciales para el ejercicio legítimo de defensa de nuestros patrimonios culturales. Ello pasa, necesariamente, por la reflexión jurídica que permita una visión global para la investigación, la consulta y la acción, así como por la imaginación jurídica creadora de nuevos recursos legales y textos reguladores.

Los tiempos que vivimos nos imponen el desafío de re-pensar el derecho que regula la libertad y el legado cultural. La revolución digital nos exige inventar nuevos instrumentos jurídicos para proteger el derecho de los pueblos a su propio patrimonio, para garantizar el acceso universal a sus legados y los derechos de autoría y difusión de las ideas y de los tesoros culturales.

Honrado por la invitación que se me hace para presentar este Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte de la Fundación Profesor Uría, solo añadiré que en él se recogen muy valiosas reflexiones e investigaciones sobre los asuntos más relevantes en el campo del Derecho del Arte y de los Bienes Culturales y con su publicación, que merece nuestro aplauso, se reitera el compromiso de la Fundación en demostrar que la defensa del patrimonio público y el arte, el derecho a los legados culturales de los pueblos, es tarea que nos concierne a todos porque, como dice Proust en alguna parte de su Recherche, "solo a través del arte podemos salir de nosotros mismos…". Inicio éste del camino para entender la creación artística y garantizar la vigencia de valores universales.

José Antonio García Belaúnde

Embajador del Perú en España
Ministro de Relaciones Exteriores (2006-2011)

La espada de Judith. Fenómenos de copia y estándares para la evaluación judicial de su licitud en el derecho de autor y el derecho del arte

ANTONI RUBÍ PUIG

Profesor de Derecho Civil. Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. COPIAR UNA OBRA DE ARTE EN SUSTANCIA: DELIMITACIÓN DEL TEMA E IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES A TRATAR. 1.1. *Dos cuadros que brillan.* 1.2. *¿Copió Artemisia Gentislechi la obra de Caravaggio?.* 1.3. *Entre lo fáctico y lo normativo.* 1.4. *Construcción de un test judicial.* 1.4.1. Tres conceptos: «copia», «sustancialidad» y «comparación». 2. TEST EMPLEADOS EN DERECHO ESPAÑOL. 2.1. *Concepto legal de derecho de reproducción.* 2.2. *Concepto jurisprudencial de plagio.* 2.3. *El estándar del «observador medio».* 2.4. *El rol del experto en el procedimiento por infracción.* 2.4.1. Exclusión de las ideas y otros elementos no protegibles. 2.4.2. Examen de la originalidad de la expresión de la obra supuestamente infringida. 2.4.3. Examen de la copia sustancial. 2.5. *El acceso a la casación.* 3. TEST EMPLEADOS EN OTRAS JURISDICCIONES. 3.1. *La influencia de otras tradiciones.* 3.2. *«Common law» y tradición del copyright.* 3.2.1. Derecho de autor norteamericano. 3.2.1.1. Panorama. 3.2.1.2. El test del observador medio y la apropiación ilícita de la expresión ajena: «Arnstein v. Porter». 3.2.1.3. El test de la doble valoración extrínseca e intrínseca de las obras: «Krofft v. McDonald's». 3.2.1.4. «Total concept and feel». 3.2.1.5. El test de la abstracción/filtro/comparación: «Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.». 3.2.2. Derecho de autor en el Reino Unido. 3.2.2.1. Panorama. 3.2.2.2. El requisito de la «derivación». 3.2.2.3. El requisito de la apropiación de la obra o de una parte substancial de esta. 3.3. *Derecho civil continental y la tradición del derecho de autor.* 3.3.1. Derecho de autor francés. 3.3.2. Derecho de autor alemán. 4. PROBLEMAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN TEST EFICAZ DE COMPARACIÓN DE OBRAS VISUALES. 4.1. *Introducción.* 4.2. *¿Requieren las imágenes de un tratamiento jurídico diferente al que reciben otras obras?.* 4.2.1. Derecho e imágenes. 4.2.2. Jueces e imágenes. 4.2.3. Diferencias entre lo visual y lo textual. 4.2.4. Jueces y arte. 4.3. *Sesgos cognitivos presentes en los pleitos por infracción de derechos de autor.* 4.3.1. Racionalidad sesgada. 4.3.2. Utilización de anclajes («anchoring») y marcos («framing»). 4.3.3. Sesgo retrospectivo («Hindsight Bias»). 4.3.4. Sesgo de confirmación («Confirmation Bias»). 4.3.5. Sobreconfianza («Overconfidence Effect»). 4.3.6. Efecto dotación («Endowment Effect»). 4.3.7. Cautelas en la apli-

cación judicial del test. 4.4. *De la imposibilidad lógica y metafísica del observador medio a su relevancia práctica.* 4.4.1. Estándares jurídicos de remisión a sujetos ideales y otros constructos. 4.4.2. Imposibilidad lógica de juicios positivos de determinación del observador medio. 4.4.3. Alternativa: un juicio meramente normativo y su problemática. 4.5. *La identificación del test: una defensa de la mirada del experto.* 4.5.1. Observador razonable. 4.5.2. Consumidor medio y razonable. 4.5.3. Usuario informado. 4.5.4. Experto en el sector. 4.6. *El rol de los dictámenes periciales.* 4.7. *La (frágil) separación entre elementos fácticos y normativos. El acceso a la casación.* 5. CONCLUSIÓN: PROPUESTAS PARA LA CONCRECIÓN DE UN TEST EN DERECHO ESPAÑOL. 5.1. *La prueba de la causalidad: el acceso del demandado a la obra del demandante.* 5.2. *Disección de elementos protegibles.* 5.3. *Identificación de los intereses jurídicos protegidos y selección del test.* 5.4. *La comparación de las obras y la determinación del carácter sustancial de la copia.* 5.5. *Insuficiencias del test. La necesidad de ir más allá: usos legítimos y arte apropiacionista.* ANEXO I. JURISPRUDENCIA. ANEXO II. BIBLIOGRAFÍA.

1. COPIAR UNA OBRA DE ARTE EN SUSTANCIA: DELIMITACIÓN DEL TEMA E IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES A TRATAR

1.1. DOS CUADROS QUE BRILLAN

En 1620, poco después de cumplir los veintitrés, Artemisia Gentileschi (1597-1654) culminó una de sus obras más conocidas. El lienzo, actualmente en la Galleria degli Uffizi de Florencia, es una de las imágenes barrocas más celebradas y que con mayor fuerza han ilustrado la historia bíblica de Judith y Holofernes:

Dos décadas antes, en 1599, otro pintor genial, Michelangelo Merisi da Caravaggio (1571-1610), también había ilustrado la historia de Judith y Holofernes en otra obra de gran potencia:

Ambas obras figuran, por méritos propios, en la historia del arte europeo y universal y representan dos manifestaciones magníficas del mejor barroco facturado en la Italia del s. XVII. Han seducido las dos a decenas de generaciones y han generado millares de páginas, más o menos lúcidas, dedicadas a discutir desde sus detalles menores a sus procesos de creación, pasando por sus cualidades técnicas o las vidas atribuladas y mentes geniales de sus autores. La fascinación que uno siente ante ambos pintores y sus obras invitaría a la contemplación, sin más, de Judith degollando a Holofernes, a disfrutar de la experiencia visual que ofrecen las dos imágenes, y a evitar utilizarlas de forma instrumental para discutir problemas prácticos y de calado jurídico como los tratados en este trabajo. Por ello, espero que el lector de estas líneas pueda perdonar el atrevimiento del ejercicio que se le propone en las páginas que siguen. Imagine el lector que tuviera que pronunciarse acerca de la posibilidad de que Artemisia Gentileschi hubiera copiado la obra pintada por Caravaggio.





1.2. ¿COPIÓ ARTEMISIA GENTISLECHI LA OBRA DE CARAVAGGIO?

La respuesta del lector dependerá, con alta probabilidad, de su formación, cultura o, en definitiva, de la información previa con la que cuente. Así, un lector ignorante de las biografías de ambos artistas podría formular su opinión a partir de la identificación del tema de las pinturas y la comparación de los elementos de ambos cuadros: en las dos obras, una mujer joven, acompañada de otra, degüella a un hombre en un lecho, la sangre brota con fuerza del cuello de la víctima en las dos imágenes, la posición de los brazos de la joven es prácticamente idéntica en ambas composiciones, así como también son casi idénticos los colores empleados en su vestido, en las sábanas, en el fondo oscuro, y en la masa de bermellón, que en un cuadro es un cortinaje y en el otro una manta y que anticipan la visión del charco de sangre que habrían de tener luego quienes descubrieran el cadáver decapitado. Estas coincidencias podrían llevar a un lector a la conclusión de que ambos lienzos guardan una semejanza sustancial y a inferir que uno es copia del otro[1].

1. Las historias bíblicas, las vidas de santos, las mitologías clásicas, los personajes del canon literario no siempre se harán presentes a cualquier lector, ni siquiera a los avezados a examinar y estudiar obras de arte. Hace poco tiempo, el escritor Javier Marías reflejaba con tono ácido esta cuestión en una de sus columnas semanales, la titulada «Si sólo vivieran los vivos», *La Zona Fantasma, El País*, 27.7.2014: «La cosa empezó hace veinte o más años, y no

Otro lector, informado acerca de las vidas de los dos pintores, podría señalar que el hecho de que el padre de Gentileschi, Orazio, hubiera trabajado en el taller de Caravaggio debía tenerse por indicio de que muy probablemente aquella conocía la obra de este y que, de, alguna forma, la incorporó a su lienzo[2]. Otro lector podrá advertir que ambos cuadros representan, como hemos señalado, la historia bíblica de Judith y Holofernes y que este es un tema canónico en la iconografía y en la historia del arte. En efecto, si Gentileschi quería ilustrar la historia bíblica necesariamente había de incluir en la pintura a dos mujeres, Judith y su sirvienta, y a un hombre, el general asirio Holofernes, a las órdenes de Nabucodonosor[3]. Incluso podría añadir que, en el caso de que únicamente hubiera pintado a una mujer, se habrían incumplido las convenciones tradicionales en el tratamiento del tema e inducido a error acerca de la identidad de la joven[4]. Por ello, para contestar a la pregunta, este lector no tendría en cuenta la coincidencia temática y concentraría su análisis en la comparación de los elementos expresivos y plásticos de una y otra obra. Quizás este lector, después de descontar el tema coincidente, habría juzgado muy parecidas ambas imágenes: la composición, los colores, en general, le producirían una sensación fuerte de similitud en el estilo y concepto (*Total concept and feel*) o en la impresión general (*Gesamteindruck*). Quizás este lector podría también destacar las diferencias expresivas entre una y otra obra: el rostro de Judith en cada uno de los cuadros, la edad de la sirvienta y su papel en la muerte de Holofernes,

---

ha hecho sino ir en aumento. Mi hermano Fernando, catedrático de Historia del Arte, me contaba ya entonces que no era raro que estudiantes suyos –universitarios especializados, ojo– describieran una Pietà como "mujer llorando la muerte de un hombre", o una pintura del juicio de Salomón como "dos mujeres disputándose un crío en presencia de un rey" (lo de "rey" lo deducían por el trono) o, según el momento de la escena representado, como "tirano amenazando a un niño con una espada ante la desesperación de su madre y otra". El colmo se produjo cuando un Cristo crucificado le fue descrito como "hombre casi desnudo sobre una cruz". Sí, hace ya tiempo que demasiada gente ha dejado de conocer las referencias bíblicas, y está incapacitada por tanto para interpretar los temas de buena parte de la historia de la pintura y la escultura».

2. Para las referencias bibliográficas sobre la relación entre ambos autores, nos remitimos a Garrard, M., *Artemisia Gentileschi: The Image of the Female Hero in Italian Baroque Art*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1989; Christiansen, K. y Mann, J., *Orazio and Artemisia Gentisleschi*, Metropolitan Museum of Art-Yale University Press, New York 2001; y Graham-Dixon, A., *Caravaggio. A Life Sacred and Profane,* Allen Lane-Penguin, Londres, 2010. El padre, Orazio Gentileschi, también se ocupó del tema de Judith y Holofernes en (1610-1612). Su hija también pintó tres cuadros más sobre la historia de Judith y Holofernes: (1612), (1613-1614), (1625).
3. Judit 1, 1-16,25.
4. Es famoso el tratamiento que hizo Erwin Panofsky de la distinción y solapamiento entre la representación de Judith, acompañada de su sirvienta, en la decapitación del general Holofernes y la representación de Salomé, sola y aguantando una bandeja con la cabeza de San Juan Bautista. A partir de un cuadro de Francesco Maffei, Panofsky muestra cómo es posible una tradición iconográfica en la cual Judith aparezca cargando una bandeja con la cabeza del general asirio decapitado y, en cambio, no es plausible una representación de Salomé empuñando una espada. Véase Panofsky, E., *Studies in Iconology. Humanistic Themes in the Art of the Renaissance*, Harper & Row, New York, 1962, p. 12.

la resistencia de este frente al ataque de las mujeres en una de las imágenes y la actitud de sorpresa, casi de pasividad, en la otra, la corpulencia del general, medible por el tamaño de las manos en cada cuadro, o la distribución horizontal o vertical de la composición podrían servir de indicios para negar que realmente una obra sea una copia más que menos servil de la otra. En cambio, otro lector más experto podría señalar que algunos elementos dan pistas del conocimiento de Gentileschi del cuadro de Caravaggio y de su copia: en una época en la cual no era habitual la representación de joyas en el arte, ambos cuadros las incluyen, un pendiente en el primero, un camafeo en el segundo[5].

El lector ya habrá podido intuir que, a pesar de que la pregunta acerca de si Gentileschi copió a Caravaggio pueda parecer sencilla a primera vista, son varios los problemas de entendimiento y de práctica que lleva aparejados. Ello se debe en buena medida a que la cuestión se mueve entre dos planos diferentes: uno fáctico y otro normativo.

1.3. ENTRE LO FÁCTICO Y LO NORMATIVO

En el terreno de lo fáctico, podemos preguntarnos si Gentileschi vio la pintura de Caravaggio y la reprodujo en su obra en mayor o menor medida. La pregunta así formulada inquiere por un nexo causal, por una causalidad de hecho. Mas lo normativo delimita lo fáctico: no toda copia o reproducción debe ser merecedora de un reproche. Aun habiendo podido ver la obra anterior y copiarla, sistemas normativos como un ordenamiento jurídico o un conjunto de normas sociales o costumbres podrían amparar la realización de una copia tal: solo aquellas copias, imitaciones o reproducciones que invadan un interés protegido son sujetas a reprobación o censura por el derecho o las normas sociales de la comunidad de que se trate. En este segundo aspecto, la pregunta inicial se puede reformular entonces en el sentido de inquirir si la obra de Caravaggio pudo haber influido en la obra de Gentileschi de tal modo que nos permita afirmar que esta se extralimitó y se apropió en sustancia de la obra de aquel y que, por ello, merece algún género de reproche.

La constatación de que una obra se apropia de otra anterior por ser una copia sustancial puede entrañar consecuencias de tipo diverso o si se prefiere reproches de índole variada[6]. En este trabajo, nos interesan las consecuencias jurídicas, pero

5. Véase Apostolos-Cappadona, D., «Costuming Judith in Italian Art of the Sixteenth Century», en Brine, K., Ciletti, E., y Lähnemann, H. (Eds.), *The Sword of Judith. Judith Studies Across the Disciplines,* OpenBook Publishers, Cambridge, 2010, pp. 325-344.

6. Al discutir el plagio académico, Stuart P. Green distingue tres tipos de sanciones: éticas, cuasijudiciales (procedimientos administrativos de sanción, por ejemplo, la expulsión de un estudiante que plagia un trabajo de doctorado) y de responsabilidad civil (por ejemplo, la obligación de indemnizar los perjuicios causados por una infracción). Green, S., «Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of

no podremos evitar referirnos a las sociales o morales. Copiar en lo sustancial es plagiar[7], mas el plagio no necesariamente acarrea consecuencias jurídicas; no siempre lleva aparejada una responsabilidad civil, penal o administrativa.

Así pues, algunas formas de copia o plagio podrán ser reprobables socialmente o en el marco de una comunidad cultural pero no entrañarán consecuencia jurídica alguna: no vulnerarán ningún derecho protegido por la ley de propiedad intelectual. Se trata de prácticas no toleradas socialmente o por la comunidad en cuestión pero sí admitidas por el derecho de autor, como, por ejemplo, copiar ideas, teorías o argumentos desarrollados por otro autor e intentar pasarlos como propios. Se produce, si se quiere, una cierta separación, una discontinuidad, entre el estatus social de determinada práctica y su estatus jurídico[8].

Por otra parte, determinadas infracciones de derechos de autor –en particular, algunas infracciones del derecho de reproducción–, a pesar de su relevancia jurídica, son toleradas, aceptadas o patrocinadas socialmente: la comunidad de artistas y el mercado permiten algunas prácticas de reproducción o de apropiacionismo[9] que una aplicación estricta del derecho de autor proscribiría[10]. Luego, podemos constatar de nuevo un *décalage* entre la concepción social y la concepción jurídica de estas prácticas artísticas[11]. No necesariamente se trata de un pro-

Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights», 54 *Hastings Law Journal* 167 (2002). Véase también en un sentido similar Frye, B. «Plagiarism is Not a Crime», 54 *Duquesne University Law Review* 133 (2016) (examinando cómo diferentes formas de sanción interactúan y tienen efectos en la realización de plagios).

7. La primera acepción del Diccionario de la RAE define «plagiar» como «1. tr. Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias».
8. Este tipo de fenómenos han sido estudiados a partir de la noción de «separación acústica». El filósofo del derecho Meir Dan-Cohen advirtió en un trabajo muy citado de 1984, de que pueden producirse entendimientos diferentes de una misma norma por parte de sus destinatarios –el individuo que debe decidir si seguir o no la conducta afectada por la norma y el individuo que debe aplicarla en relación con el primero– y que, en ocasiones, dicho entendimiento diferente, esta separación acústica o *décalage*, puede estar justificado. Sobre ello, Dan-Cohen, M., «Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», 97 *Harvard Law Review* 625 (1984) (explicando cómo algunas normas jurídicas o doctrinas judiciales sirven para «trans[mit] different normatives messages to officials and to the general public»).
9. Sobre respuestas legales al apropiacionismo en el arte, véanse Hudson Hick, D., «Appropriation and Transformation», 23 *Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L.J.* 1155 (2013); y Landes, W., «Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach», 9 *George Mason Law Review* 1 (2000).
10. Por motivos diversos, muchos relacionados con el coste de los procedimientos de protección de los derechos de propiedad intelectual, no es raro que sus titulares toleren determinados niveles de infracción. Ello puede acarrear varios problemas y viciar la seguridad jurídica. Sobre ello, Wu, T., «Tolerated Use», 31 *Colum. J.L. & Arts* 617 (2008).
11. Reproducción tiene un sentido jurídico técnico, es un *term of art*; copia en el mundo del arte tiene también un sentido artístico técnico, es otro *term of art*. Hay solapamiento: mientras una copia es reproducción, no toda reproducción implica una copia en el sentido artístico. Dreier, T., «Original und Kopie im rechtlichen Bildregime», en Mensger,

blema grave, ni conviene exagerar sus consecuencias, pero, sea como sea, que las visiones del mundo dentro y fuera del juzgado sean muy diferentes ha de generar alguna disfunción[12]. En el trabajo, intentamos señalar alguna de las consecuencias de estos desajustes y aproximar, a partir de la construcción de un test judicial, ambas visiones.

Una segunda implicación de la limitación de lo fáctico por lo normativo deriva del hecho de que, en ocasiones, pueden copiarse –incluso en abundancia– elementos de una obra ajena sin riesgo de reproche jurídico o social. Las visiones dentro y fuera del juzgado coinciden y no se produce aquí ninguna discontinuidad. El tema de una obra será las más de las veces apropiable y lo sería, en este caso, por dos motivos. Primero, Caravaggio en ningún caso podría pretender atribuirse la historia de Judith y Holofernes, que formaría parte del acervo religioso y literario común de la Cristiandad y que ha generado cientos de imágenes en nuestra cultura[13]. Segundo, la separación entre idea y expresión se ha erigido en uno de los dogmas fundamentales del derecho de autor. A pesar de excepciones varias, se repite a modo de mantra que la propiedad intelectual solo protege la forma de expresarse de un autor pero no las ideas que subyacen en su obra: cualquier pintor, grabador, fotógrafo, cineasta o autor de videoarte podría ilustrar la imagen de una mujer que, con la ayuda de otra, degüella a un hombre. Estilos pictóricos, convenciones artísticas, usos de determinadas perspectivas, entre otras estrategias de representación, quedan también fuera de la protección del derecho de autor y, en efecto, pueden ser libremente copiados por terceros. Por ello, a la hora de examinar desde el derecho si un autor copió sustancialmente la obra de otro, se hará necesario no tomar en consideración aquellos aspectos sobre los cuales no se proyecten los derechos de propiedad intelectual. Como tendremos ocasión de examinar, proceder a esta operación puede resultar complicado por la presencia de sesgos cognitivos que, además, pueden acrecentarse en el supuesto de obras visuales, que casi siempre se perciben, al menos en un primer contacto, como un todo (*Gestalt*).

También, y al menos en lo que al derecho se refiere, copiar sustancialmente obras en el dominio público tampoco entrañará responsabilidad civil. Una vez

A. (Ed.), *Déjà-vu?-Die Kunst der Wiederholung von Dürer bis You Tube*, Ausstellungskatalog, Staatliche Kunsthalle Karlsruhe, Bielefeld: Kerber 2012; pp. 110-119, p. 114.

12. Bently, L.,y Biron, L., «Discontinuities between legal conceptions of authorship and social practices. What, if anything, is to be done?», en Van Eechoud, M. (ed.), *The Work of Authorship*, Amsterdam University Press B.V., Amsterdam, 2014, pp. 237-276.

13. Una lista exhaustiva de todas las representaciones artísticas del tema de Judith y Holofernes es punto menos que imposible. Solo por citar algunos de los artistas más célebres que se han ocupado del tema, con menor o mayor fuerza y habilidad: Donatello (1460); Sandro Boticelli (1470-1472); Andrea Mantegna (1495); Giorgione (1504); Michelangelo en la Capilla Sixtina (1508-1512); Tiziano (1515) y (1570); Lucas Cranach el Viejo (1530); Parmigianino (c. 1530); Paolo Varonese (c. 1580); Cristofano Allori (1613); Peter Paul Rubens (c. 1616) y tras él, el grabador Cornellius Galle el Viejo (1610-1620); Rembrandt (1634) y (1653); Jan de Bray (1659); Gustav Klimt (1901) y (1909); y Franz Stuck (1924).

superada la duración legal de los derechos de autor, la obra pasará a formar parte del dominio público y podrá ser explotada por cualquier tercero sin riesgo de infracción, si se respetan los derechos morales básicos. Por ello, un fotógrafo que en la actualidad reprodujera la escena de Gentileschi a modo de *tableau vivant* no vulneraría ningún derecho de propiedad intelectual:



Ale Burset (Buenos Aires, 1970).
Fotografía de 2012.

También es posible que la copia sustancial venga amparada por alguna forma de autorización. La existencia de un contrato o de una licencia puede servir de amparo al presunto acto ilícito del demandado y, entonces, la cuestión se moverá en el marco de la interpretación del contrato y de su posible incumplimiento[14]. Otra forma de autorización puede ser legal: la realización de una parodia puede servir para excluir la responsabilidad civil por infracción de derechos de autor:

14. Pueden considerarse generalmente como reproducciones lícitas la copia por el mismo autor de obras anteriores o la autorización a sus colaboradores o a ayudantes de su estudio o taller para hacer copias de aquellas. Un buen ejemplo de lo primero la realización de cuatro versiones por Edvard Munch de su obra «El grito», además de una litografía. Seguramente, uno de los ejemplos más conocidos de lo segundo es el del pintor Anthony van Dyck (1599-1641), quien autorizó a los colaboradores de su taller Lucas Vorsterman (1595-1675) y Paulus Pontius (1603-1658) para que produjeran grabados basados en su obra. Ya en el siglo XX, el uso de la técnica de la rotoscopia en las películas más clásicas de Walt Disney sirve para ilustrar fenómenos de copia sustancial en el seno del estudio de animación propio.



Kathleen Gilje, «Self Portrait Slaying a Rooster after Artemisia Gentileschi's Judith Slaying Holofernes» (2012)

1.4. CONSTRUCCIÓN DE UN TEST JUDICIAL

En el terreno de lo normativo, un adjudicador –un juez en los países de *civil law* y un jurado, en muchos casos aunque no siempre, en los ordenamientos de *common law* – ha de adoptar una solución acerca de si una obra de arte reproduce sustancialmente a otra o a una imagen protegida por derechos de autor. En la toma de tal decisión, se plantean problemas referidos a la manera en cómo deberán contrastarse las dos imágenes en un juicio por infracción, qué factores deberán considerarse por el adjudicador y cuáles habrán de resultar irrelevantes; y a partir de qué punto de vista –el de un ciudadano corriente, el de un consumidor medio, el de un juez con conocimientos especiales, el de un experto u otro– debe realizarse el enjuiciamiento.

Un primer problema a tratar es determinar la posibilidad de un test único para cualesquiera tipos de obras protegidas por derechos de autor o la construcción de un test especial para las imágenes y, en particular, para las obras de arte. Los tribunales se han ocupado mayormente de utilizar sus test para la comparación de obras literarias y otros textos escritos y, por ello, habrá de discutirse su validez para la comparación de dos obras visuales. El hecho de que los jueces estén más bregados en trabajar con textos escritos, en su construcción mejor o peor y, sobre todo, en su interpretación, puede influir en su percepción de dos imágenes. En

otros términos, deberá examinarse si, al enfrentarse al lenguaje visual, la emoción del juez asume más protagonismo que la razón y, en cambio en el lenguaje escrito –acaso en el musical también– la razón predomina y las emociones, las intuiciones y las impresiones son desplazadas.

En el examen de esta cuestión y, en particular, en la discusión acerca de la preparación de los jueces para mirar y ver imágenes, no puede obviarse el hecho de que el uso de información visual es cada vez más frecuente y que acaso se hace necesario contar con algún tipo de formación para no caer en determinadas trampas, al menos las más evidentes. Los escritos de abogados cada vez llevan más imágenes incorporadas y la prueba que ha de practicarse en un juicio también se aferra crecientemente a lo visual. En el ámbito de la propiedad intelectual, parece que hay una tendencia hacia un mayor número de pleitos sobre obras con contenido visual[15]. Y muchos autores y artistas han advertido que, a consecuencia de los cambios tecnológicos, sociales y culturales de las últimas décadas, ya vivimos en un nuevo orden visual[16].

La adopción de un punto de vista determinado en aplicación de un test apunta también a un problema de mucho interés y calado para los juristas, el del papel de los expertos y de sus informes periciales. Así pues, podemos preguntarnos si resulta adecuado acudir al juicio de expertos para que nos ayuden a dilucidar si Gentileschi copió a Caravaggio; y si la respuesta es afirmativa, habrá que determinar en qué grado pueden intervenir dichos peritos y si deben poder ayudar al juez acerca de cualquier tipo de cuestión o deben limitar sus dictámenes e informes a cuestiones puramente fácticas o no normativas. La elección de uno u otro criterio en la construcción y aplicación de un test podrá aproximar más o menos las visiones dentro y fuera del derecho acerca de determinadas prácticas artísticas e influirá, al menos marginalmente, en la creación y producción de determinadas obras, géneros y estilos[17].

15. Así lo aseguran Cotropia, C., y Gibson, J., «Copyright's Topography: An Empirical Study of Copyright Litigation», 92 *Texas Law Review* 1981 (2014), pág. 1996, quienes señalan que un cincuenta por ciento de los pleitos en USA iniciados entre 2005 y 2008 que examinaron (una muestra de 1077 a partir de una población de 17.119 casos), tenían por objeto obras cuyo enjuiciamiento requería un análisis visual (arte comercial, diseños textiles, películas, obras audiovisuales, obras de arquitectura y diseños industriales).
16. Fontcuberta, J., *La furia de las imágenes. Notas sobre la postfotografía*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2016, p. 9: «Es obvio que estamos inmersos en un orden visual distinto y ese nuevo orden aparece marcado básicamente por tres factores: la inmaterialidad y transmitabilidad de las imágenes; su profusión y disponibilidad; y su aporte decisivo a la enciclopedización del saber y de la comunicación».
17. El derecho de la propiedad intelectual y su aplicación pueden afectar no solo a la cantidad de nuevas obras producidas, sino también a su contenido y calidad. La investigación sobre las relaciones entre derecho de la propiedad intelectual y calidad es todavía muy preliminar y los modelos desarrollados carecen de fuerza explicativa. Sobre ello, véase Fishman, J., «How Law Defines Music», Working Paper, 2016 (presentación en la 16th Annual Intellectual Property Scholars Conference, Stanford Law School, agosto de 2016),

1.4.1. Tres conceptos: «copia», «sustancialidad» y «comparación»

En el terreno de lo normativo, también hay que determinar qué ha de entenderse por «copiar» y por «sustancialmente». Copiar está relacionado con muchas prácticas sociales diferentes: reproducción, imitación, falsificación, duplicado, inspiración, homenaje, reconocimiento, recreación, emulación, plagio, pastiche, parodia, cita extensa, paráfrasis, alusión, apropiación, adaptación, transferencia, plantilla (*stencil*)[18], intertextualidad, calco, clonación, réplica, facsímil, collage, fotocopia, *swipe*[19], simulacro, *décollage*[20], *déchirage*[21], entre muchas otras.

Cada práctica en cuestión tiene reglas y pautas de funcionamiento propias y, además, viene determinada en muchas ocasiones por un conjunto de normas sociales y valores culturales del grupo social en el que tiene lugar. Así, por ejemplo, hay culturas milenarias que patrocinan formas de copia como homenaje: en China, el *mofang* describe la copia de una pintura o caligrafía hasta el último detalle y se interpreta como una celebración de la obra copiada, a la que rinde homenaje. Las cualidades técnicas de la copia y los modelos escogidos sirven para reflejar tanto las habilidades de su autor como el conocimiento que este tiene de la tradición pictórica[22]. También en China, el *Shanzai*, un concepto que puede traducirse como «doble», destaca y celebra las cualidades de réplicas u otros bienes copiados. Se

---

pp. 52-53. En cualquier caso, parece que no hay dudas de que el derecho afecta la vida de las imágenes y condiciona las prácticas sociales que se basan o se nutren de ellas. Véase Ramírez, J.A., «La crítica y la historia del arte frente a los derechos de reproducción», *Revista Lápiz,* núm. 217, noviembre 2005, pp. 26-41 (explicando cómo la reclamación por parte de entidades de gestión colectiva por el uso de reproducciones de imágenes de obras de arte condiciona disciplinas como la historia del arte o la crítica artística). El entendimiento del derecho puede restringir la creación artística. Proporciona varios ejemplos de ello Adler, A., «Fair Use and the Future of Art», 91 *New York University Law Review* 559 (2016).

18. Thierry Guetta (Mr. Brainwash) ha perdido dos pleitos en los cuales los actores, fotógrafos de profesión, entendían que la realización de *stencils* o plantillas sobre sus fotografías –en un caso, de Sid Vicious, cantante de los Sex Pistols; y, en el otro, de los raperos RUN D.M.C.– constituía una infracción de sus derechos de autor. Véase *David Morris v. Thierry Guetta,* 2013 U.S. Dist. LEXIS 15556 (C.D. Cal. 2013) y *Glenn Friedman v. Thierry Guetta*, US Dist LEXIS 66532 (CD Cal 2011).
19. Un *swipe* es un término propio del mundo de los cómics y las novelas gráficas utilizado para describir la copia intencional de la portada, una página o una viñeta de otra obra, habitualmente sin identificar su origen pero entendido como un homenaje encubierto.
20. *Décollage* es una técnica que, por oposición al *collage*, consiste en recortar una imagen y reconstruirla después dejando espacio entre sus fragmentos y añadiendo, en su caso, otros elementos. Uno de los artistas asociados a esta técnica es Wolf Vostell (1932-1998). La técnica está emparentada con otra utilizada por los surrealistas, los *étrécissements* realizados a una imagen.
21. *Déchirage* es una técnica similar al *décollage* en la que se rasgan partes más o menos sustanciales de una imagen previa.
22. Véase Robertson, K., «The Art of the Copy. Labor, Originality, and Value in the Contemporary Art Market», en Murray, L., Piper, T. y Robertson, K., *Putting Intellectual Property in its Place: Rights Discourse, Creative Labor, and the Everyday.* Oxford Scholarship Online, 2014, pp. 158-175.

aplica a cualesquiera imitaciones de productos de consumo –entre ellos, obras de arte para finalidades decorativas– y se entiende como un fenómeno diferente al de la falsificación[23]. Además las copias no se realizan muchas veces directamente de un original, sino de un subrogado (un *Gao*), una fotografía, una postal, que después de ser imitada es devuelta al comitente de la obra. Existen mercados alrededor de estos subrogados o imágenes intermedias[24].

Copiar no es inherentemente negativo[25]. La copia y la imitación forman parte de la educación, de los procesos de aprendizaje y de la cultura. También de la biología y de la supervivencia: son buenos ejemplos de ello la replicación del ADN mediante copias idénticas y los fenómenos de imitación del ambiente y camuflaje como estrategia de supervivencia de muchos animales[26]. La imitación y, en particular, el deseo mimético han servido para explicar estructuras sociales[27]. La historia del arte no deja de ser un estudio de la genealogía de las imágenes, o al menos así lo entendía uno de sus padres, Heinrich Wölfflin: son muchos los ejemplos y muy conocidos de obras que siguen a otras. Por ejemplo, la obra perdida de Rafael, *El Juicio de Paris*, conocido por medio de los grabados de Marcantonio Raimondi (1514-1518), influyó en la composición de *Le Déjeuner sur l'Herbe* de Édouard Manet (1863). También es reseñable la tríada de influencias que conforman la *Venus dormida*, también llamada *Venus de Dresde*, de Giorgione (c. 1510), la *Venus de Urbino* de Tiziano (1538) y la *Olympia* de Manet (1863). Los ukiyo-e de Hiroshige y Hokusai fueron copiados por muchos pintores europeos, entre ellos, Van Gogh y Degas. Por su relación con España, otra cadena de influencias destacable es la que se origina con el *Retrato del Cardenal Fernando Niño de Guevara* (c. 1600) de El Greco (Fig. 1), pasa por el *Retrato de Inocencio X* (1650) de Diego de Velázquez (Fig. 2) y llega al *Study after Velázquez's Portrait of Pope Innocent X* (1953) de Francis Bacon (Fig. 3)[28].

23. Véase Beebe, B., «Shanzhai, Sumptuary Law, and Intellectual Property Law in Contemporary China», 47 *U.C. Davis L. Rev.* 849 (2014) (destacando los problemas de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual, negociados y concluidos bajo otra concepción cultural de las copias).
24. El Prof. José Jiménez mostró la importancia de las imágenes intermedias en el acceso a una determinada obra –en su ejemplo, la *Mona Lisa* –, en su difusión social y en su inclusión en el canon occidental. De ahí, también puede desprenderse la idea de facilitar la reproducción y creación de tales imágenes subrogadas. En este sentido, véase Jiménez, J., *Teoría del Arte*, Tecnos, Madrid, 2004.
25. Véanse, entre muchos otros, Raustiala, K., y Sprigman, C., *The Knockoff Economy. How Imitation Sparks Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Tushnet, R., «Copy this essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It», 114 *Yale Law Journal* 535 (2004); Gomá Lanzón, J., *Tetralogía de la Ejemplaridad: Imitación y experiencia*, Taurus, Madrid, 2014; y Boon, M., *In Praise of Copying*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2010. Estos autores, desde perspectivas muy diversas, defienden prácticas de copia e imitación e identifican sus beneficios sociales y personales.
26. Sobre la relación entre arte y camuflaje, véase el fascinante estudio de Méndez Baiges, M., *Camuflaje. Engaño y ocultación en el arte contemporáneo*, Siruela, Madrid, 2007.
27. Girard, R., *La Violence et le Sacré*, Grasset, París, 1972.
28. Los ejemplos en otros ámbitos también abundan. Para ejemplos literarios, puede verse

Fig. 1



Fig. 2



Landes, W., y Posner, R., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press of Harvard University Press, 2003 (traducción al español por Manuel Sánchez Álvarez, La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006; por donde se cita), especialmente, pp. 72-93. Para ejemplos musicales, puede consultarse, entre otros, Mcdonagh, L., «Is Creative Use of Musical Works Without a Licence Acceptable Under Copyright?», *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)* 4 (2012), pp. 401-426. Para ejemplos en el ámbito de la arquitectura, véase Hernández Martínez, A., *La clonación arquitectónica*, Siruela, Madrid, 2007.

Fig. 3



En otros supuestos, las influencias y las prácticas artísticas de copia y apropiación son menos obvias, pero de algún modo las imágenes están emparentadas[29]. Así, por ejemplo, las conexiones entre *El desollamiento de Marsias* de Tiziano (1570-1576), la obra monocromática de Yves Klein, la escultura *Marsyas* de Anish Kapoor (2002) o el *Lamentate* del compositor estonio Arvo Pärt (2002), son más tenues.

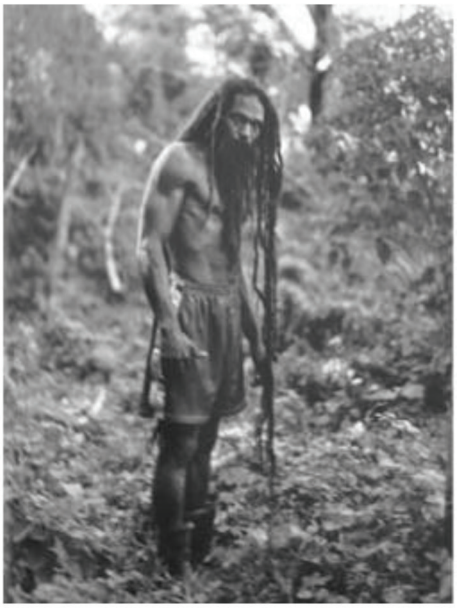
El derecho no habría de tratar igual a todos los fenómenos de copia. La concepción cultural e institucional de los diferentes fenómenos de copia, su ubicuidad, y casi la necesidad de emplear imágenes ajenas para dar sentido al nuevo orden visual en el arte actual[30] invitan a un tratamiento jurídico tolerante: solamente determinados supuestos habrían de merecer reproche jurídico, por ejemplo, aquellos que supongan una afectación a determinados intereses de un autor que este no tenga un deber jurídico de soportar.

Las prácticas sociales afectan la vida y el juego de las imágenes y, parece que también, deberían repercutir en algún grado en cómo el derecho las concibe. Ya hemos

29. En el sentido de «parecidos familiares», desarrollado por Ludwig Wittgenstein, o el establecimiento de una red compleja de semejanzas entre todas ellas, pero no necesariamente entre dos objetos del mismo grupo. Véase Wittgenstein, L., *Philoshopical Investigations,* (traducción de G.E. M. Anscombe), 2.ª ed., Basil Blackwell, Oxford, 1958, §66, pp. 31-32.

30. La abundancia visual y el desorden que la tecnología digital han generado conlleva para algunos artistas, casi como mandato ético, utilizar imágenes y otros contenidos producidos por terceros, ya sean otros artistas o sujetos sin intencionalidad artística, para prescribirles algún tipo de sentido, para evitar redundancias visuales y generar nuevos mensajes. Véase Fontcuberta, J., *La furia de las imágenes. op. cit, passim*, especialmente, pp. 32, y 54-55: «lo que en realidad prevalece es la asignación (o "prescripción") de la imagen que adoptamos. El valor de creación más determinante no consiste en fabricar imágenes nuevas, sino en saber gestionar su función»; p. 67: «la condición autoral no se ubica tanto en el hacer como en el prescribir, en la asignación de valor y sentido, en la conceptualización».

advertido los fenómenos de separación acústica que se pueden producir y de los desajustes entre el estatus artístico y jurídico de determinadas prácticas. Hay estrategias artísticas que reproducen sustancialmente una obra de un tercero, pero que, en su entendimiento artístico, van más allá de la copia[31]. Entre muchos otros, artistas españoles como Antoni Muntadas o Rogelio López Cuenca o latinoamericanos como Fernando Bryce, Óscar Bony o Jorge Macchi, han utilizado prácticas de cita o apropiación de contenidos de terceros protegidos por derechos de autor. Estas prácticas no producen reproche con arreglo al sistema de normas sociales propias de la comunidad artística, sino que de hecho son patrocinadas mediante su exhibición y su valoración en el mercado de arte, y cuando llegan a los tribunales lo hacen con cierta áurea de prestigio y altura creativa que parece blindarlas frente a la mirada del jurista. Ejemplos de litigios se producen tanto en los Estados Unidos como en la vieja Europa: los pleitos que han afrontado Richard Prince[32] y Luc Tuymans[33] ilustran muy bien la reacción jurídica frente a prácticas artísticas muy consolidadas.

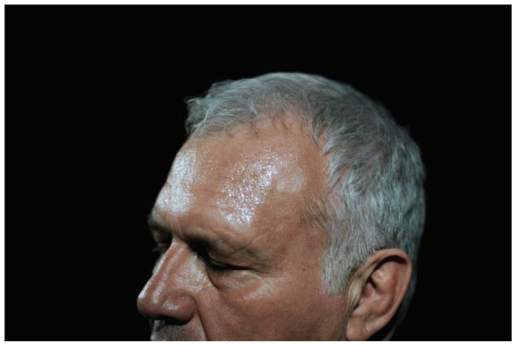


Patrick Cariou, *Yes Rasta*, 2000, una de las fotografías apropiadas por Prince.

31. Véase Fishman, J., «The Copy Process», 91 *New York University Law Review* __ (2016) (disponible en SSRR, por donde se cita: *http://ssrn.com/abstract=2748145*).
32. *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694 (2d Cir. 2013). Sobre el caso, véanse Francis, J., «On Appropriation: Cariou v. Prince and Measuring Contextual Transformation in Fair Use», 29 *Berkeley Technology Law Journal* 681 (2014); y Muñoz Sarmiento, S., y Van Haaften-Schick, L., «Cariou v. Prince: Toward a Theory of Aesthetic-Judicial Judgments», 1 *Texas A&M Law Review* 941 (2014).
33. Un juzgado de Amberes falló que el retrato realizado por Tuymans constituía una infracción de los derechos de propiedad intelectual del autor de la fotografía. Véase *Artforum*, 21.1.2015 (disponible en *http://artforum.com/news/id=49903*) (consultado en 15.9.2016).



Richard Prince, Canal Zone, 2008.



Fotografía de Jean Marie Dedecker por Katrijn van Giel's. Fuente: ImageDesk.be



«A Belgian Politician», Luc Tuymans.
Fotografía: Peter Cox

Para su protección jurídica, algunos derechos –no parece que sea el caso del español– cuentan con mecanismos para minimizar este desajuste entre estatus artístico y estatus jurídico y permitir que el reproche jurídico no les alcance. Por ello, defendemos en este trabajo, deberían preverse mecanismos para, después de haber determinado que una obra es una copia en sustancia de otra, excluir el carácter ilícito de la reproducción y así aproximar las visiones fuera y dentro del juzgado y del derecho.

La concreción del carácter sustancial de la copia también es problemática. Será necesario precisar si se refiere a una medida cuantitativa o cualitativa o si es posible medir la sustancialidad con base en ambos criterios. Otro aspecto relevante pasa por identificar el carácter relacional de la sustancialidad: la expresión que es apropiada puede calificarse de sustancial en la obra originaria –en el sentido de marcar la esencia de esta o su carácter distintivo– o puede resultar sustancial en la obra posterior. La discusión es importante para delimitar fenómenos de copia que son parciales, mínimos o residuales u otros que se suman a un esfuerzo del autor de la obra posterior. No todos los fenómenos de copia siguen la misma estructura analítica[34] y, por tanto, los intereses afectados también difieren. Hay copias que consistirán en la inclusión de expresión ajena en otra obra en la cual no tengan un protagonismo especial. El valor añadido o la capacidad de transformación aportada por quien utiliza expresión ajena parece que ha de jugar algún tipo de papel en la determinación del carácter lícito o ilícito de la conducta. También podrían discutirse otros criterios para examinar la sustancialidad, tales como si el carácter sustancial ha de proyectarse exclusivamente sobre la expresión protegida o también por las ideas subyacentes a la obra; o si la finalidad económica o ánimo de lucro puede desplegar algún tipo de papel; o si se el carácter sustancial ha de mesurarse también con atención al daño causado (entre otros, afectación al mercado de la obra, desplazamiento de la demanda de un bien, daño a la reputación, o pérdida de ingresos)[35].

Finalmente, también hay que dilucidar qué significa comparar. Las semejanzas o las diferencias que pueden encontrarse entre dos objetos tienden a infinito. Si comparamos un perro y una naranja, podemos destacar que se asemejan porque ambos son bienes dentro del comercio de los hombres, ambos cuestan habitualmente menos de 5.000 euros, ambos tienen hidrogeno en sus moléculas, etc.[36]. Es más sencillo encontrar similitudes en objetos más complejos que en otros sencillos. También se producen fenómenos de similitud asimétrica: los padres no se asemejan a los hijos del mismo modo que los hijos a sus padres[37]. Hay cadenas de comparación que se parten: mientras A puede parecerse a B, y B puede parecerse a C, es

34. Véase Fishman, J., «The Copy Process», *op. cit.*
35. En este sentido, Goold, P.R., «Unbundling the "Tort" of Copyright Infringement», 102 *Virginia Law Review* 1833 (2016).
36. Tversky, A., «Features of Similarity», 84 *Psychological Review* 327 (1977).
37. *Ibid.*

posible que A y C no guarden similitudes[38]. La valoración de la semejanza entre dos objetos está influenciada por, entre otros, el contexto, la situación, la perspectiva, posibles alternativas, experiencias previas y el grado de sofisticación y conocimiento del observador[39]. En el trabajo, perseguimos analizar en qué consiste comparar, cómo comparan los jueces y cómo deberían comparar, y los sesgos cognitivos que afectan sus decisiones acerca de la comparación entre dos imágenes.

Seguramente, la construcción y aplicación de un test, que como la espada de Judith, hiciera un corte limpio y separara correctamente las copias ilícitas de otras que no lo fueran es punto menos que imposible. Este trabajo no pretende ofrecer esta espada mágica, sino solo identificar los materiales básicos para forjar instrumentos más racionales y eficaces en la decisión en derecho español acerca de si una obra visual es copia sustancial de otra. Para ello, acudiremos a los materiales que nos proporcionan las humanidades y las ciencias sociales e intentar ofrecer a los jueces alguna guía en su función de resolver los pleitos sobre arte que se les presenten.

2. TEST EMPLEADOS EN DERECHO ESPAÑOL

2.1. CONCEPTO LEGAL DE DERECHO DE REPRODUCCIÓN

El artículo 17 del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[40] reconoce a los autores de una obra original el derecho exclusivo a su reproducción, esto es, a la realización de copias. El artículo 18 TRLPI define «reproducción»:

> *«Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias»*[41].

El derecho de reproducción o copia es el derecho fundacional de la propiedad intelectual e históricamente ha protegido a su titular frente a la realización de copias no consentidas de una obra[42]. Paradigmáticamente, el derecho servía a su titular para impedir la impresión no autorizada de una obra literaria. Por

38. *Ibid.*
39. Medin, D., Goldstone, R., y Gentner, D., «Respects for similarity», 100 *Psychological Review* 254 (1993).
40. Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE núm. 97, de 22.4.1996) (en adelante, TRLPI).
41. El artículo transpone al derecho español el concepto de reproducción previsto en el artículo 2 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 (DOUE núm. 167, de 22.6. 2001).
42. Véanse Rivero Hernández, F., «Comentario al artículo 18», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 283-303; y Rodríguez Tapia, J.M., «Comentario al artículo 18», en Rodríguez

lo general, la factura final en los ejemplares de obras literarias, a diferencia de estampas y grabados, carecía de un valor especial, por lo que la barrera técnica de la calidad no resultaba importante como mecanismo disuasivo de copias no consentidas: el textos, las palabras usadas por el autor, eran aquello que ansiaba el lector y las copias eran sustitutivas del original en el mercado. En cambio, en las imágenes, las copias no eran sustitutos del original: además de la calidad final de la estampa, los talleres de estampación podían acudir a otros mecanismos alternativos a los derechos de autor para disuadir la copia de terceros, como la protección del renombre o la utilización de marcas[43]. Los desarrollos tecnológicos que abarataron los costes de reproducción de imágenes y estampas y facilitaron las copias de calidad conllevaron la necesidad de acudir al derecho de autor y de ampliarlo para incluir reproducciones no idénticas.

El derecho de reproducción fue ampliando su alcance para incluir también las denominadas reproducciones no literales, esto es, aquellas copias parciales o modificaciones que suponían una apropiación de la obra original. La inclusión de la reproducción no literal como supuesto de infracción se construyó con criterios de justicia pero a costa de la certidumbre en la decisión: es punto menos que obvio que quien burdamente altera algunos detalles de una obra, el que sustituye palabras por sinónimos o altera el orden gramatical de las oraciones, o el que modifica algunas notas en una melodía deberán ser tratados como aquellos que las copiaren literalmente; pero ello no debe servir para reputar ilícita cualquier reproducción no literal, especialmente, en aquellos casos en los que la contribución del autor de la obra posterior tiene un valor, peso o importancia fundamental[44].

Tapia, J.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 180-182.

43. Sobre el uso de marcas y otros signos distintivos para la protección de la producción artística frente a apropiaciones por terceros, véase Posner, R., *The Little Book of Plagiarism,* Pantheon, New York, 2007, pp. 26 y 69, destacando el caso de Rembrandt y de su estudio. También es conocido el uso de signos por Albert Durer para evitar las reproducciones de Marcantonio Raimondi. En el arte contemporáneo, el artista como marca (Jeff Koons, Damien Hirst, Takashi Murakami o Ai Weiwei) es un fenómeno que afecta al entendimiento de algunas categorías jurídicas como autoría, atribución u obra colectiva. Véase Robertson, K., «The Art of the Copy...», *op. cit.*, pp. 158-175.

44. Dejamos fuera del alcance de este trabajo el examen de la difícil frontera entre el derecho de reproducción no literal y el derecho de transformación: las soluciones propuestas son muchas. Véase Samuelson, P., «The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right», 101 *Georgetown Law Journal* 1505 (2013). Sin ánimo de resultar exhaustivos, algunos autores han señalado que el derecho de transformación es superfluo al conllevar siempre una reproducción no literal de la obra en cuestión; otros autores han propuesto reservar el derecho de reproducción para supuestos de reproducción literal o cuasiliteral y contemplar el derecho de transformación para supuestos en los que la obra anterior sirva de modelo, inspiración o base de la obra posterior en un grado tal que convierta a esta en ilícita; otros autores han señalado que el derecho de reproducción alcanza a reproducciones no literales llevadas a cabo en el mismo medio, mientras que el derecho de transformación debe reservarse para reproducciones no literales en otros medios o, en su caso, en las modalidades típicas previstas legalmente; por último, otros han destacado

La búsqueda de una solución al conflicto entre justicia y seguridad jurídica fuerza a definir un estándar. Y, como es sabido, la aplicación de un estándar genera más incertidumbre, pero también resultados más justos, que la aplicación de reglas, como sería limitar la prohibición exclusivamente a las reproducciones literales[45].

Para la identificación de dicho estándar, es preciso acudir a la jurisprudencia en un sentido amplio. Como se ha señalado, el texto del TRLPI da pocas pistas acerca del criterio a utilizar y es por ello que las sentencias judiciales constituyen la fuente principal para identificar el modo mediante el cual se resuelve el conflicto entre dos obras que bajo la mirada del actor resultan tan similares que una de ellas, la posterior, ha de resultar ilícita por infringir los derechos exclusivos de aquel.

2.2. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE PLAGIO

La mayoría de supuestos en los cuales los tribunales españoles se han pronunciado sobre la infracción del derecho de reproducción no literal de una creación ajena y han tenido que comparar dos obras para examinar su similitud se refieren también a supuestos de plagio[46]. Y, además, se refieren, mayormente, al plagio de obras literarias o de otros escritos. Lo escrito predomina ante lo visual en la litigación española sobre propiedad intelectual.

---

que la aplicación del ámbito objetivo de uno u otro derecho depende de si se genera una obra nueva diferente de la anterior y con suficiente originalidad. Sea como fuere, el problema en la práctica es menos grave de lo que parece: los tribunales suelen acudir a los mismos criterios o estándares para determinar si se ha producido una vulneración del derecho exclusivo de reproducción o del de transformación; los abogados del titular suelen alegar la vulneración de ambos en sus escritos de demanda. El problema puede resultar más importante, según Nimmer, en el marco de la interpretación de los contratos de edición o de cesión de derechos en los cuales se reserva el derecho de transformación (véase Nimmer, M., y Nimmer, D., *Nimmer On Copyright*, § 8.09 [A] (2012)). Un ejemplo de ello es la SAP Barcelona, Sección 15.ª, núm. 12/2004, de 9 de enero (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (JUR 2004, 52542), en la que el tribunal resuelve que la cesionaria del derecho de reproducción sobre una obra musical que realizó un remix en la que redujo la duración de la canción, suprimió diversas estrofas y la combinó con otras obras musicales no constituía una infracción del derecho de transformación. En España, véase López Sánchez, C., *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 53-56, quien describe críticamente la problemática, apuntada por parte de la doctrina española basada en la literatura francesa, que señala la imposibilidad de que una copia de una obra de arte puede entenderse como un acto de reproducción. Véase también Mariscal, P., *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

45. La bibliografía sobre reglas y estándares es muy nutrida. Nos remitimos a Farnsworth, W., *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago University Press, Chicago, 2007, pp. 163-171, y a las referencias que allí se citan.

46. Para un tratamiento jurídico integral del plagio, véase Temiño Ceniceros, I., *El plagio en el derecho de autor*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015. Véase también Castán, A., *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*, Reus, Madrid, 2009.

Reproducción ilícita y plagio no son términos intercambiables[47]. Ni toda infracción de derechos de autor constituye un plagio, ni todo plagio conlleva la infracción de derechos de autor. El plagio, en su acepción jurídica, es una construcción jurisprudencial: en el derecho privado de autor no se menciona a esta figura y solo el derecho penal tipifica como delito la acción de plagiar, si concurren otros requisitos[48].

En el derecho privado de autor, el Tribunal Supremo ha expresado que «*por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las acciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo. No procede (sic: produce) confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento de todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación posterior. Por todo lo cual, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales*» (STS de 28 de enero de 1995)[49]. Este concepto jurisprudencial merece un examen más detallado.

47. Véase Sánchez Aristi, R., «El plagio de fondos musicales para spots ¿responde el editor?», *Revista Pe.i de propiedad intelectual*, núm. 17, mayo-agosto 2004, pp. 31 y ss.; quien señala que el plagio comporta una infracción de dos tipos de derechos; de derechos de explotación, y en particular, del derecho de reproducción, y de derechos morales y, en particular, del derecho de atribución.
48. Véase el artículo 270.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «*Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el 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 correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios*». Para la discusión del tipo penal, véanse, entre otras, SSTS, Sala 2.ª, de 14.2.1984 (RJ 1984, 1129) (asunto «versión de Julio Iglesias»); y de 28.5.1992 (RJ 1992, 4394) (asunto «postales navideñas»).
49. El asunto resuelto por la Sentencia trataba de una supuesta infracción de proyectos arquitectónicos en VPO. El JPI y la AP desestimaron las acciones por infracción de derechos de autor y estimaron otras pretensiones del actor. El TS confirmó la sentencia dictada en apelación, que había confiado en los dictámenes periciales aportados por los demandados para concluir que, a pesar de varias similitudes, no se trataba de un supuesto de plagio sustancial (STS, 1.ª, de 28.1.1995 (MP: Villagómez Rodil) (RJ 1995, 387);)). El concepto de plagio desarrollado por el TS en esta Sentencia ha sido reiterado literalmente en SSTS, 1.ª, núm. 886/1997, de 17 de octubre (MP: Eduardo Fernández-Cid de Termes)

La definición de plagio empleada por el Tribunal –«*todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial*»– coincide con la acepción tradicional de plagio[50]. El Tribunal se refiere a la «*acepción más simplista*» del plagio: puede haber pues una noción más compleja. El Tribunal deja abierta la posibilidad de enjuiciar cualesquiera prácticas artísticas que puedan resultar en una copia sustancial.

La obra pretendidamente plagiada ha de resultar una obra original y protegida por medio de derechos de autor[51].

La manifestación más usual del plagio es la de «*una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio*». La distinción entre genio e ingenio es retórica. Pero en la dosis de ingenio y del valor añadido puede estar la solución al problema planteado: si hay infracción o no hay infracción[52].

El plagio puede llevarse a cabo tanto mediante «*acciones [...] de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original*». Esta noción contempla tanto la infracción literal o copia servil[53] como la no literal del derecho de reproducción. Además, se destaca un elemento intencional o doloso del plagio encubierto[54], si bien, en general, la responsabilidad por infracción de derechos de autor es objetiva.

(RJ 1997, 7468) (falta de originalidad de listados industriales de cámaras de comercio); núm. 237/1999, de 23 de marzo (MP: Román García Varela) (RJ 1999, 2005) (plagio de artículos periodísticas referidos a un reportaje biográfico), núm. 963/2001, de 23 de octubre (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2001, 8660) (plagio de manuales sobre mantenimiento), núm. 1125/2003, de 26 de noviembre (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2003, 8098) (plagio de guías turísticas); y núm.1204/2008, de 18 de diciembre (MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) (RJ 2009, 534) (inexistencia de plagio en bases de datos periodísticas).

50. DRAE, 1.ª acepción.
51. El concepto de originalidad manejado por el Tribunal de Justicia de la UE, como creación intelectual propia del autor, comporta que el umbral de protección no sea muy exigente. Por ejemplo, los anuncios por palabras en un diario pueden estar protegidos mediante derechos de autor por ser suficientemente originales (STS 13.5.2002 (RJ 2002, 6744)). Con todo, varias sentencias de tribunales españolas se han pronunciado sobre la falta de originalidad de determinadas creaciones. Así no resultan suficientemente originales, entre otros, un proyecto para la gestión de residuos urbanos (SAP Baleares, 25.1.2010 (JUR 2010, 101593)), unos planos arquitectónicos (SAP Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 411/2005, de 29 de septiembre; MP: Luis Garrido Espa) (AC 2006, 121); los bordados de unos mantones (SAP Madrid, Sec., 21.ª, 21.3.2006) (JUR 2006, 140787), o unas preguntas de examen (SAP Madrid, 15.7.2004 (JUR 2004, 270139)).
52. En la academia norteamericana es muy conocida la frase siguiente y sus múltiples variantes: «*copy from one book and it is plagiarism; copy from several books and it is research*».
53. Para un asunto de identidad, véase SAP Madrid, Sec. 11.ª, núm. 455/2007, de 6 de junio (MP: José Zarzuelo Descalzo) (JUR 2007, 259528), sobre reproducción literal de partes idénticas de artículos periodísticos.
54. Ardid (DRAE, 3.ª acepción): «Artificio, medio empleado hábil y mañosamente para el

El plagio produce «*un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo*». Dos notas son importantes en esta calificación. En primer lugar, el plagio resulta en una situación de aprovechamiento y apropiación de lo creado por un tercero. No basta con copiar una obra ajena, sino que ha de ponerse de manifiesto un resultado de apropiación o aprovechamiento que merezca reproche jurídico[55]. Es decir, el juicio no es fáctico, sino normativo. Un problema con esta acotación es que la protección de una obra mediante derechos de autor no está vinculada o depende del esfuerzo creativo de su autor ni de la labor creativa desplegada[56]. En segundo lugar, la apropiación y aprovechamiento se proyectan tanto sobre la creación como sobre las ideas o intelecto desplegados por el autor. Parece, pues, que en la valoración del plagio han de tenerse en cuenta tanto las ideas como su forma de expresión en la obra. Sin embargo, los tribunales no tienen en cuenta las ideas, que no quedan protegidas por derechos de autor, y proceden a una disección de las obras en cuestión.

Procede una exclusión del concepto de plagio o su acotación negativa. Para el Tribunal Supremo no se produce plagio cuando no hay «*confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y el conocimiento de todos*». Aunque no resulte transparente del texto usado por el Tribunal, habrá elementos en la obra que correspondan al dominio público o que no constituyen verdadera aportación original del autor, por lo cual, no deberán tenerse en consideración a la hora de evaluar un posible plagio[57]. Es necesario, pues, determinar qué aspectos o elementos de una obra pueden quedar cubiertos[58].

El plagio, por último, se refiere «*a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales*»[59].

---

logro de algún intento». Véase Posner, R., *The Little Book of Plagiarism, op. cit.*, pp. 33-34, en las cuales relaciona dolo y plagio.

55. SAP La Coruña de 17.6.2005 (AC 2005, 1988): «la noción de plagio implica siempre un juicio de valor que precisa de prueba pericial».
56. Véase Casas Vallés, R., «The requirement of originality», en Derclaye, E. (Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2009, pp. 102-132.
57. Sánchez Aristi, R., «El plagio de fondos musicales para spots...», *op. cit.*, p. 40: «no hay plagio si los elementos utilizados, aunque aparezcan en una obra anterior, forman parte del patrimonio cultural común, y por ende del dominio público o constituyen datos o información de libre acceso».
58. Por ejemplo, en SAP Barcelona, Sección 15.ª, núm. 463/2011, de 29 de noviembre (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2011, 133028): no hay reproducción ilícita en la transcripción de un fragmento de un documento histórico.
59. Algunas coincidencias básicas se referirán a aspectos no protegibles, por ejemplo, a temas o tramas que necesariamente se han de tratar por el tipo de obra en cuestión. Esto es se trata de escenas que necesariamente se han de contar (*scenes a fáire*). Un ejemplo de ello es la SAP Barcelona Sec. 15.ª, núm. 12/2013, de 22 de enero (MP: Marta Rallo Ayezcuren) (AC 2013, 1399), sobre las coincidencias de temas en dos novelas eróticas. En cambio, en SAP Madrid, Sec. 28.ª, núm. 114/2011, de 8 de abril (MP: María de los Ángeles Rodríguez

El carácter fundamental o básico de las coincidencias refiere de nuevo a un juicio normativo de sustancialidad. Parece, pues, desprenderse la idea de que una coincidencia no sustancial no ha de entrañar responsabilidad por plagio. No parece, en cambio, que pueda utilizarse esta doctrina para construir una defensa «*de minimis*» en el derecho de autor español. No hay tampoco plagio cuando puede apreciarse que se trata de «*dos obras distintas y diferenciables, aunque tengan puntos comunes de exposición*»[60] o aunque tengan «*múltiples e innegables coincidencias*»[61]. En general, parece que si las obras en comparación contienen diferencias estructurales, no debería haber plagio, aunque haya otras coincidencias[62]: así pues, parece que las diferencias estructurales han de tener un peso superior a las coincidencias secundarias. Esta cuestión entronca con la idea de similitud relacional[63]. También está relacionada con el problema cuantitativo de la similitud y si se han de tratar igual los dos casos siguientes referidos a dos obras, A y B: (i) El autor de B copia sólo una pequeña parte de la obra A: copia un 1% de A, que constituye el 90% de la obra B, a la que hace pasar como obra propia. Y (ii) El autor de la obra B copia el 90% de la obra A, que incorpora a su obra B, en la cual solo tiene un valor-peso relativo del 1%[64].

El plagio, además de una infracción del derecho de reproducción, supondrá casi siempre también infracción del derecho moral de atribución, pues si se ha copiado sustancialmente una obra y su autoría se ha atribuido al plagiario, habrá violación del derecho moral. No será así, cuando estemos ante una infracción del derecho de transformación o la creación de una obra compuesta: en el primer caso, la obra nueva será suficientemente original para tener un nuevo autor; en el segundo caso, podrá serlo.

Los elementos discutidos resultan insuficientes para dilucidar cómo funciona en la práctica la evaluación judicial de un plagio. En particular, hay tres aspectos importantes en el tratamiento jurídico de las copias sustanciales que requieren ser examinadas:

Alique) (AC 2011, 510), las similitudes entre las dos obras van más allá de los meros clichés del género.

60. STS, 1.ª, de 20 de febrero de 1992 (MP: Matías Malpica González-Elipe) (RJ 1992, 1329) (asunto «Románico de Zaragoza»).
61. STS, 1.ª, núm. 563/1995, de 7de junio (MP: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa) (RJ 1995, 4628) (asunto «Cuadernos Rubio»).
62. STS, 1.ª, núm. 778/2012, de 27 de diciembre (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2013, 923) (asunto «plagio de tesis doctoral»), refiriéndose a la distinción hecha por el juzgador en la instancia entre similitudes externas, en la expresión escrita, y similitudes internas, en la estructura de la obra.
63. Véase *infra* apartado 4.3.2.
64. Puede plantearse hasta qué punto el concepto de plagio construido por el Tribunal Supremo es o no contrario al enfoque sobre originalidad que ha adoptado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening (TJCE 2009, 228). En particular, la apropiación por parte del demandado debería referirse a expresión que manifieste la creación intelectual del autor, que sea original. Es una cuestión que excede del objeto de este trabajo.

a) ¿Cuál es el estándar aplicable por un tribunal para contrastar la «total similitud» o «similitud sustancial» entre las dos obras en conflicto? Con independencia de que un perito pueda, durante el procedimiento, proporcionar su opinión normativa acerca del carácter sustancial de la similitud entre dos obras, la resolución pasará obviamente por el criterio final del juez. ¿Debe este utilizar un criterio como el de un «observador medio»? O, en su caso, ¿debe acudir a un estándar más especializado como el de un «observador razonablemente informado y perspicaz», u otro más exigente, como el del «usuario informado»? ¿Debe deferir el criterio a un experto del ámbito cultural en cuestión y, en particular, del de un experto que refleje el sentir de la comunidad artística?

b) ¿Cuál es el papel de los peritos o expertos en el procedimiento? ¿Deber ceñirse a presentar información acerca de los aspectos que deben excluirse de la confrontación entre las dos obras en liza, por ser ideas, temas o elementos del acervo común o a identificar las coincidencias estructurales básicas y fundamentales entre ambas obras? ¿O pueden pronunciarse acerca de cuestiones normativas relativas al juicio de comparación, esto es, hasta qué punto hubo una copia tan sustancial para concluir el carácter ilícito de la apropiación del demandado?

c) ¿Qué aspectos de una sentencia dictada en un asunto de plagio son recurribles en casación?

Los apartados siguientes se dedican a la discusión de estos problemas interrelacionados y a la forma en la que los afrontan los tribunales españoles. Advertimos al lector que la escasez de pronunciamientos en la materia no nos permite inferir conclusiones claras. También hemos de señalar la posibilidad de que el Tribunal de Justicia de la UE pueda, en cualquier momento, en su papel proactivo de armonización de los derechos de autor en la Unión, derogar o matizar los criterios empleados por tribunales nacionales[65].

2.3. EL ESTÁNDAR DEL «OBSERVADOR MEDIO»

Una búsqueda en las bases de datos jurídicas al uso no nos ofrece resultado alguno acerca de la utilización de un estándar del «observador medio» u «observador razonable» en pleitos sobre infracción de derechos de autor. Tampoco,

65. Véase Hugenholtz, B., «Is Harmonization a Good Thing?: the Case of the Copyright "Acquis"», en Ohly, A. y Pila, J. (Eds.), *The Europeanization of Intellectual Property Law: towards a European Legal Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 57-73; y Rosati, E., *Originality in EU Copyright. Full Harmonization Through Case Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2013. Los resultados de estudios empíricos cuestionan que la armonización indirecta por parte del tribunal tenga este alcance. Véase Favale, M., Kretschmer, M., y Torremans, P., «Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice», 79 *The Modern Law Review* 31 (2016).

constructos como los de «lector medio» o «espectador medio» aparecen en los repertorios jurisprudenciales. En cambio, en litigios sobre plagio musical, algunos tribunales han hecho referencia al test del «oyente medio» para confrontar las obras de actor y demandado.

Un ejemplo destacado de la utilización de este test es la sentencia de la AP de Barcelona, que resolvió la demanda interpuesta por el cantante Manu Chao y la sociedad cesionaria de sus derechos de explotación, Radio Bemba, contra la editora del diario gratuito *ADN*, Editorial Página Cero, S.A., y la agencia de comunicación The Love Comes, S.L., por la realización de una campaña publicitaria[66]. El spot publicitario litigioso incluía el eslogan «Me gusta mi ADN, me gustas tú» y, en opinión de los actores, constituía un acto de reproducción parcial y alterada de la obra musical «Me gustas tú», incluida en el álbum «Próxima Estación: Esperanza» (1999).

Los actores aportaron un dictamen pericial elaborado por un experto musical, compositor y director de orquesta, que comparaba la obra «Me gustas tú» con la utilizada en el spot publicitario. El informe, tras comparar el compás, la tonalidad y la modalidad, el carácter, el tiempo, el ritmo, la métrica, la tímbrica, la armonía, la melodía y la letra, concluía que se trataba de obras «*de carácter similar»,* con concordancias destacables, que hacían que «*aunque los elementos musicales no sean idénticos, y su entidad musical sea diferenciada en muchos aspectos, a través de[l fragmento de la letra "me gustas tú"], el spot nos recuerde la obra de Manu Chao*».

Los demandados presentaron tres dictámenes periciales referidos a la composición musical. El primero de ellos, elaborado por un músico y editor musical, consistía en una comparativa técnica entre las dos obras. Tras resaltar las diferencias referidas a la tonalidad, modo y estilo, concluía que «*su efecto musical conjunto es diferente*». El segundo informe, preparado por un músico, compositor y director musical, señaló que «*aspectos tan relevantes como la tonalidad, la modalidad, el carácter, el ritmo, la estructura, la tímbrica, la armonía o la melodía; u otros menos relevantes como el tempo, los cuales nos llevan a que nos encontremos ante dos obras diferentes*». Finalmente, un ingeniero de sonido emitió un dictamen en el que afirmó que, desde una perspectiva de edición técnica profesional, las obras objeto del litigio eran diferentes.

Tras valorar la prueba practicada, la sentencia de primera instancia concluyó que si bien las dos obras enfrentadas no guardaban identidad absoluta en las melodías o ritmos, sí que de alguna forma, la incluida en el spot publicitario evocaba o recordaba la canción de Manu Chao. Por ello, estimó parcialmente la demanda y declaró que las demandadas habían infringido el derecho moral de integridad del autor de la canción y vulnerado los derechos de reproducción y comunicación pública titularidad de la compañía discográfica.

66. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, núm. 274/2011, de 21 de junio (MP: Luis Garrido Espá) (AC 2011, 1998).

Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, el tribunal lo estimó y, con ello, desestimó las pretensiones de los actores. La Audiencia Provincial señaló que «*[l]a apreciación del plagio o, en definitiva, de una reproducción de la obra ajena, requiere un examen comparativo para valorar y determinar si la semejanza entre las obras en conflicto, aquí composiciones musicales, es sustancial*». Claramente el estándar empleado es el de la «semejanza sustancial», que coincide, por lo menos en el nombre, con el utilizado en otras jurisdicciones como los Estados Unidos (*substantial similarity*)[67].

Para la aplicación de dicho estándar, plantea luego el Tribunal, si las semejanzas han de centrarse en la comparación de los elementos expresivos que componen la obra musical o si puede recurrirse a impresiones como la evocación o el recuerdo de la obra preexistente que genera la obra controvertida. La sentencia apunta que: «*[e]l análisis que nos parece más razonable, por lo menos tratándose de obras de música ligera, es el que conjuga o combina una y otra categoría de criterios o parámetros, objetivos y subjetivos, para determinar la semejanza sustancial […] A estos efectos estimamos que un elemento relevante para apreciar la sustancialidad de la semejanza es, también, la impresión que la obra cuestionada produce en el círculo de destinatarios, a fin de completar la valoración de su efecto musical, que no puede obviar la percepción del público al que se dirige*».

Para el tribunal, este último criterio subjetivo resulta relevante ya que permitirá «*revelar si ese público (identificado con la figura ficticia del oyente medio, razonablemente atento y perspicaz), al que va dirigida la obra cuestionada, la percibe como una composición musical original y/o diferente en sus aspectos expresivos fundamentales con respecto a la obra anterior, o si, en atención a factores de percepción subjetiva como puede ser la evocación, la relación o el recuerdo, con suficiente intensidad, identifica los elementos expresivos fundamentales de la obra anterior en la posterior, en suma, si la percibe como una copia sustancial más o menos encubierta, por ser accesorias o irrelevantes las diferencias*»[68].

El tribunal señala que una valoración por parte de este oyente-consumidor medio entraña dificultades derivadas de su naturaleza subjetiva, de la heterogeneidad en los gustos musicales y del conocimiento de la composición previa. Por ello, la Audiencia considera que «*no basta la apreciación subjetiva del perito, ni estimamos suficiente a estos efectos la audición por el tribunal de ambas obras a partir de los soportes de fijación que constan en las actuaciones. Los miembros del tribunal no escapan*

67. Véase *infra* apartado 3.2.1. De hecho los argumentos empleados por la Audiencia en su resolución son casi un trasunto de los empleados en uno de los *leading cases* en esta materia en EE.UU, el litigio que enfrentó a los músicos Ira Arnstein y Cole Porter.

68. «*Por ello, además de o junto a la comparación desde el punto de vista objetivo y técnico de los distintos elementos que componen la obra musical (melodía, armonía, ritmo, tonalidad, carácter, tímbrica y en su caso la letra), debiera valorarse la medida en que el consumidor medio, al que no debe atribuirse conocimientos técnico-musicales, pese a captar diferencias objetivas entre una y otra obra, puede destacar éstas sobre las semejanzas, o a la inversa, en orden a distinguir una obra de otra […]. Y en ese juicio de valor influyen sin duda factores como la evocación o el recuerdo*».

a este ejercicio de cotejo a la relatividad determinada por la propia y personal percepción subjetiva, y de ahí que echemos en falta algún elemento probatorio adicional para poder representarnos la percepción de esa figura ficticia que es el oyente medio, y que aquí cobra singular relevancia al basarse la alegada infracción de los derechos de autor no en la identidad de las obras en conflicto sino en un parecido proporcionado por la impresión de evocación, relación o recuerdo». Y, por ello, la Audiencia sugiere la necesidad de aportar al pleito un estudio con una muestra de oyentes para inferir si estos mayoritariamente perciben una similitud sustancial entre ambas obras[69]. La medida eleva los costes de litigación: este tipo de informes, si siguen estándares de calidad científica, son mucho más caros que los dictámenes de expertos y, por supuesto, más costosos que la deferencia al juzgador para que realice la valoración acerca del carácter sustancial de una copia. Se elevan, acaso innecesariamente, las barreras para el ejercicio de acciones por infracción[70].

Puede cuestionarse si la aplicación del estándar del oyente medio o del observador medio constituye una manifestación de la práctica de prueba mediante reconocimiento judicial (artículos 353-359 LEC) o bien una valoración normativa. La concepción que se adopta incide en la posibilidad de control casacional de este elemento o determina su ausencia. La fractura no es tan clara y, como tendremos ocasión de señalar, el propio Tribunal Supremo ha sorteado esta distinción en procedimientos que presentan cesuras similares en cuanto a su objeto.

2.4. EL ROL DEL EXPERTO EN EL PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN

En el apartado anterior, hemos señalado que, al menos, en los litigios en los que se discute la semejanza sustancial entre dos obras de música ligera, las partes pueden acompañar informes periciales para: proceder a una contrastación de las obras en liza e identificar aquellos aspectos que comparten una y otra; destacar aquellos aspectos y elementos de una obra que han de quedar fuera de la com-

69. Prosigue el tribunal que «*[a] estos efectos hubiera sido muy útil un dictamen que practicara el llamado test del oyente medio (de uso frecuente en este tipo de litigios) que, previa exposición de los perfiles de oyentes seleccionados, mostrara, en un grado que pudiera estimarse suficiente, si la percepción del público, identificado con esa figura ficticia, es efectivamente de evocación o recuerdo de la obra [...] como paso previo a determinar si esa relación, evocación o recuerdo se traduce en la falta de distinguibilidad de ambas obras o en un grado de apropiación de los elementos de la obra ajena que justifique la estimación de la infracción de los derechos de autor*».

70. El coste de dichos informes puede trasladarse al demandado en caso de prevalecer en el pleito. Véase artículo 140.1 TRLPI: «[...] La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial». Pero la incerteza ex ante y la aplicación de un test acerca de la razonabilidad de los costes de investigación pueden disuadir a un potencial demandante de encargar un informe de estas características. Véase sobre el carácter razonable de los costes de investigación la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016, asunto C-57/15, United Video Properties Inc. y Telenet NV (TJCE 2016, 322).

paración o evaluación de las obras; y ofrecer resultados de muestrarios o estudios demoscópicos sobre la práctica del test del consumidor medio.

Un buen ejemplo reciente del rol del experto en un procedimiento por infracción es el de la sentencia dictada por la AP de Barcelona, sobre el conflicto entre dos espectáculos de danza y percusión[71]. Los hechos que dieron lugar a esta resolución fueron los siguientes: el Sr. R.C., coreógrafo y bailarín cubano, concibió y dirigió la obra «SONLAR», un espectáculo de danza y percusión ambientado en un solar, un patio de vecinos, de La Habana. La obra fue representada en España durante 2005 y 2006. La compañía «Arte y Promociones Artísticas, S.L.» (en adelante, APA) participó como agente de la contratación del espectáculo en España a cambio de una comisión. En 2007, el Sr. R.C., por imposibilidad de desplazarse desde Cuba a España o por desinterés en el proyecto, incumplió su compromiso de participar en los espectáculos ya fechados. Por ello, la compañía APA contrató los servicios de la Sra. L.G. para que se encargara del guion de una nueva obra y de su dirección artística y al Sr. R.E., director del ballet folclórico de Camagüey, para idear la coreografía. Todos ellos concibieron el espectáculo «SOLARSON», que se representó durante 2007 y 2008. La obra SONLAR era un espectáculo de danza y percusión que recreaba el transcurso de un día en un solar cubano, un patio de vecindad, en el cual se sucedían 16 diferentes escenas en las cuales los bailarines creaban ritmos a partir de la percusión de objetos cotidianos como bateas, cepillos, piezas de dominó, escobas o abanicos, y bailaban en diferentes estilos tales como danza cubana folclórica, danza contemporánea, hip-hop, claqué, entre otros. La obra SOLARSON partía del mismo concepto de danza y percusión, e incorporaba música en vivo y grabada, diálogos entre los bailarines y canciones.

El Sr. R.C. formuló una reclamación administrativa y luego una reclamación jurisdiccional por plagio en Cuba, que fueron rechazadas. Posteriormente, el Sr. R.C. interpuso en España demanda por infracción de derechos de autor y por actos de competencia desleal contra APA, contra la Sra. L.G., contra el Sr. R.E. (el actor desistió finalmente de las pretensiones dirigidas contra este) y contra la Sra. M.L., en su condición de administradora de APA.

El Juzgado de lo mercantil desestimó las pretensiones por vulneración de derechos de autor y estimó parcialmente las referidas a actos de competencia desleal: resolvió que la Sra. M.L. y APA habían incurrido en actos de confusión (artículo 6 LCD) y las condenó al pago de una indemnización de 3.500 euros. El juez resolvió que «*en atención a las diferencias expresivas entre una y otra obra, aun considerando sus elementos comunes, y siempre partiendo de que la propiedad intelectual no protege las ideas o conceptos*», no se había producido infracción de derechos de

71. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, núm. 222/2014 de 26 de junio (MP: Luis Garrido Espa).

autor. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia y para ello procedió con el siguiente análisis[72]:

2.4.1. Exclusión de las ideas y otros elementos no protegibles

Para la AP, la propiedad intelectual «*no protege ideas, principios o conceptos, teorías, procedimientos, sistemas o métodos que, de una u otra forma, pueden integrar el contenido intelectual de una obra*», sino que protege únicamente «*la forma concreta elegida por el autor para expresarlos*». La AP señala que se trata de un principio básico del derecho de autor contenido en el artículo 2 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor y el artículo 9.2 ADPIC, y consolidado en la jurisprudencia del TS desde la Sentencia del TS de 25 de abril de 1900 (asunto «Estancos de tabaco»)[73]. La protección de las ideas podría suponer, en palabras de la Audiencia, «*un freno para el desarrollo cultural, literario o científico, y libertades como las de expresión, creación, investigación o enseñanza podrían verse amenazadas si se permitiese su monopolio por un sujeto*».

En el asunto, para la AP, la «*idea conceptual o esquema dramatúrgico de un espectáculo de danza y percusión que se desarrolla en un solar cubano, y en el que los bailarines danza al tiempo que percuten, no es protegible en sí*». Por ello, «*[t]ratándose de una obra de danza y percusión que transcurre en un solar cubano, la protección del derecho de autor ha de quedar referida a los elementos básicos del discurso expresivo, que serían la coreografía y la polirritmia en conjunción con los demás elementos de puesta en escena*».

2.4.2. Examen de la originalidad de la expresión de la obra supuestamente infringida

Se ha de examinar la concreta formulación expresiva que combina diversos estilos de danza, pues la originalidad de la obra no puede encontrarse en la idea dramatúrgica de un espectáculo de danza y percusión. Como se había puesto de relieve, tanto en los informes periciales del actor como de las demandadas, obras relacionadas con el solar cubano, utilización de secuencias rítmicas o espectáculos de danza y percusión habían precedido a la obra del actor. En cualquier caso, se trataría de elementos conceptuales. En el examen de esta cuestión, la Audiencia Provincial da cuenta de hasta tres informes periciales, de un dictamen del Comité de Expertos nombrado por el Consejos Nacional de Cuba de las Artes Escénicas y de dos resoluciones en el procedimiento administrativo seguido en Cuba y dictadas por el Centro Nacional del Derecho de Autor de Cuba (CENDA).

72. Las operaciones empleadas por el tribunal se asemejan mucho al modo de determinar la similitud sustancial en el asunto norteamericano *Altai*. Véase *infra* apartado 3.2.1.5.

73. Para el tribunal, la copia sustancial «*ha de quedar referida a los elementos esenciales de la obra originaria que resulten protegidos o sean protegibles por la propiedad intelectual, no así de aquellos materiales desprotegidos, como son... la idea, la temática, la localización espacial o temporal, los ambientes, los caracteres personales, las tradiciones populares, la sucesión temporal, o cualesquiera otros que pertenecen al ámbito de la idea creativa o al acervo cultural común*».

Además, el magistrado del Juzgado de lo mercantil también inspeccionó los videos aportados de las dos obras.

No es necesario examinar la originalidad de la obra supuestamente infractora. Si no se trata de una reproducción literal, la cuestión pasará por determinar que estamos ante una obra diferente. Si se entendiera infringido el derecho de transformación, acaso podría jugar un peso la originalidad de la obra transformada.

2.4.3. Examen de la copia sustancial

La Audiencia se refiere en extenso al concepto de plagio y cita la jurisprudencia del TS en la materia (en especial, STS núm. 1204/2008 de 18 de diciembre (RJ 2009, 534)). La AP concluye que «*no es apreciable que SOLARSON sea una copia sustancial y tampoco una obra nueva y diferente resultante de la transformación o modificación de SONLAR, sino una obra nueva, original y diferente en su expresión formal, que se limitaría a tomar de SONLAR, en ejercicio de inspiración, elementos no protegidos que pertenecen al acervo cultural cubano y comúnmente general*». Para ello, la AP, además de referirse al visionado directo de ambas obras, cuyos soportes obran en autos, cita exhaustivamente las similitudes y diferencias destacadas por varios expertos. En particular, para llegar a la conclusión de que las similitudes son temáticas, conceptuales o referidas a elementos no protegibles y que las diferencias se refieren a expresión protegible la AP detalla los contenidos de hasta 11 informes periciales: los emitidos por una especialista del Conservatorio de Arte Dramático y Danza de Madrid; por la fundadora del Conjunto Folclórico Nacional de Cuba; por un especialista del Instituto Superior de Arte de La Habana; por un dramaturgo y ensayista musical; por el Comité de Expertos nombrado por el Consejos Nacional de Cuba de las Artes Escénicas; por una coreógrafa de prestigio graduada en la Escuela Nacional de Danza Moderna y Folclore Cubano; por una coreógrafa del Ballet Folclórico de Camagüey; por una escenógrafa; por una directora de escena; por un autor teatral; y por un investigador del Museo Nacional de la Música de Cuba.

En ningún momento, se refiere el tribunal a un criterio a considerar, el del observador medio y razonable u otro, pero da un papel muy relevante a los informes periciales acompañados por las partes en el pleito. La valoración que realiza la AP en el caso parece no escapar del ámbito de lo fáctico. Que se escude en ello no significa que no aplique, sin mencionarlo, un estándar de observador medio o razonable. Esto es, no defiere a la valoración normativa del experto, pero tampoco veda su posibilidad en determinados pleitos sobre derechos de autor. Con todo, señala el tribunal para rechazar la siguiente conclusión de uno de los informes periciales: «*para un espectador común, al observar ambas obras se establece de inmediato un paralelismo*»: «*… la asociación o paralelismo que pueda establecer el público al visionar una obra de danza y percusión con otra, como al igual que al visionar una representación*

teatral o una obra audiovisual referida a una temática determinada, o con una ambientación espacio-temporal coincidente, no es suficiente para admitir un plagio».

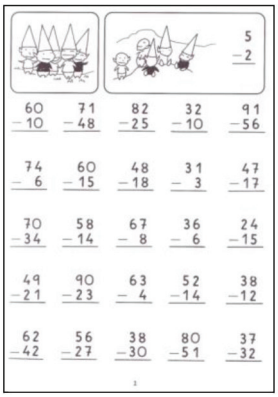
2.5. EL ACCESO A LA CASACIÓN

La comparación entre dos obras para determinar si una es una copia sustancial de otra aúna, como hemos visto, cuestiones de hecho y cuestiones de derecho. Puesto que, más por tradición histórica que por verdadera regla, la casación se concibe como fiscalizadora de la construcción, interpretación y aplicación de las normas por los tribunales inferiores, el examen de las circunstancias de hecho es ajeno a los magistrados del Tribunal Supremo. Si bien este principio no es absoluto, sirve para indicar qué aspectos son revisables en casación. En el fondo, la cuestión es resolver si la determinación de una copia sustancial es un juicio fáctico o normativo.

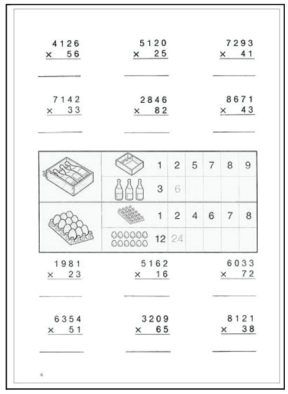
El Tribunal Supremo ha proporcionado una solución en el segundo sentido: no resulta suficiente una comparación de los elementos similares o idénticos de una y otra obra, cuya realidad y alcance pueden quedar determinados como hechos en el marco de un pleito, sino de determinar que la obra del demandado copia en sustancia, es decir, se apropia ilícitamente de la obra del actor. Así pues, el Tribunal Supremo puede fiscalizar este juicio de comparación emitido por un tribunal inferior y, además, al menos en algunas ocasiones, podrá tener en cuenta los aspectos cualitativos o normativos de los juicios de comparación que hayan realizado los expertos de cada una de las partes.

Un ejemplo de esta concepción del juicio de comparación entre dos obras se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 563/1995 de 7 de junio (asunto «Cuadernos Rubio»). La empresa editorial de «Cuadernos Rubio», unas libretas de ejercicios matemáticos para niños, demandó a la editora de otros cuadernos, muy similares, los denominados «Sis-Set».

Ejemplo de cuadernos Rubio



Ejemplo de cuadernos Nou-Set (sustituto de Sis-Set)



El caso es un ejemplo de la aplicación en el derecho español de la «*merger doctrine*», construcción jurisprudencial en el ámbito de los derechos de autor desarrollada por los tribunales federales de los EE.UU.[74]: en ocasiones solamente habrá una o pocas formas de expresar una misma idea y, por ello, los tribunales norteamericanos han venido resolviendo que la idea que subyace a una obra se fusiona de tal manera con la expresión que conlleva que se niegue protección a esta. El aprendizaje de la aritmética básica por niños de corta edad por medio de operaciones sencillas tiene pocas alternativas para expresarse, por lo que realmente, el Tribunal concluye que los cuadernos de ambas compañías, y la de toros editores, presentan «*un contenido equivalente por necesidad y desprovisto de toda genialidad*» (FJ 8.º).

La Sentencia interesa por la siguiente afirmación: «*[...] la noción de "plagio" es, por supuesto, un juicio de valor en función de los elementos probatorios puestos en juego pero, de por sí, no entra a formar parte de una cuestión fáctica propiamente dicha, y, por tanto, permite su revisión casacional, tarea para la que es obligado acudir, en primer lugar, al puro examen comparativo entre los Cuadernos "Rubio" y los "Sis-Set" obrantes en autos, y, en segundo término, a los informes periciales practicados en los mismos*» (FJ 10.º).

3. TEST EMPLEADOS EN OTRAS JURISDICCIONES

3.1. LA INFLUENCIA DE OTRAS TRADICIONES

Ya hemos advertido la influencia de algunos test utilizados en otros ordenamientos en la práctica de los tribunales españoles a la hora de resolver conflictos

74. El asunto más citado en aplicación de esta doctrina es *Morrissey v. Procter & Gamble*, 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967), sobre la estructura de un concurso o promoción dirigido a consumidores de productos detergentes. Véase Samuelson, P., «Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine» (April 12, 2016), 63 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2763903 (Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2763903*).

sobre plagio y reproducciones ilícitas de copias ajenas. Sin duda, por motivos históricos, el derecho francés de la propiedad intelectual se ha proyectado especialmente en los desarrollos legales, jurisprudenciales y doctrinales españoles en la materia. Sin duda también, el peso de Estados Unidos de América como mayor exportador de productos culturales del mundo, junto con la importancia cuantitativa y cualitativa de su jurisprudencia, han propiciado que los criterios utilizados en aquel país hayan llegado adaptados, con mayor o menor disimulo, al derecho español. Luego es preciso considerar otros derechos influyentes, como el inglés y el alemán. La importancia de estos dos ordenamientos acaso no se produce de un modo tan directo sobre el derecho español de la propiedad intelectual pero sí de manera indirecta al contribuir –el primero al menos hasta el referéndum sobre el Brexit– a los desarrollos legislativos de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Para la exposición, a los meros efectos de ordenar la información pero sin otorgarle ninguna fuerza explicativa o analítica, recurrimos a una distinción muy arraigada en la literatura, la que media entre la tradición del derecho anglosajón del copyright, propia de los sistemas de *common law*, y la tradición del derecho de autor continental, propia de los sistemas de *civil law*. Para unos la distinción se mueve entre el dogma y el atributo necesario, para otros presenta tantas excepciones que hacen que cada día tenga menos valor explicativo. De hecho, en relación con el objeto de este trabajo, la distinción nos sirve para mostrar que las soluciones adoptadas hasta la fecha por tribunales españoles son más similares en sustancia y forma a las adoptadas en ordenamientos del *common law*.

3.2. «COMMON LAW» Y TRADICIÓN DEL COPYRIGHT

3.2.1. Derecho de autor norteamericano

3.2.1.1. Panorama

El concepto básico que utilizan los tribunales norteamericanos para referirse a los supuestos de infracción de un derecho exclusivo de reproducción por medio de una copia no literal es el de la similitud sustancial entre dos obras (*substantial similarity*). Para su valoración, los tribunales de aquel país han desarrollado diferentes test. La preferencia por uno u otro criterio responde a diferentes causas, que van desde el tipo de obra en cuestión a la inercia histórica del precedente[75].

75. Sea como sea, la construcción y aplicación de estos criterios o test es duramente criticada. Valgan de ejemplo algunas de las caracterizaciones siguientes: los tests empleados son «bizarre» y «make no sense» (Lemley, M., «Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement», 57 *Journal of the Copyright Society USA 719* (2010)); el *case-law* en la materia es «frustratingly obscure, ambiguous, and confusing» (Samuelson, P., «A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement», 107 *Northwestern University Law Review* 1821 (2013)); «The concept of substantial similarity... remains one of the most elusive in copyright law» (Lippman, K., «The Beginning of the End: Preliminary Results of an

Los dos precedentes principales y más citados en la materia son los que dictaron en 1946 el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en *Arnstein v. Porter*[76] y en 1977 el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito en *Krofft v. McDonald's*[77]. La importancia de estos precedentes, así como de la jurisprudencias respectivas de ambos tribunales en el ámbito del derecho de autor, está alineada con los casos que potencialmente pueden llegar a ser conocidos por sus magistrados: el Segundo Circuito incluye Nueva York y, con ello, la principal sede del país en materia de televisión y arte; mientras que el Noveno Circuito incluye Hollywood y Silicon Valley, respectivamente, el cine y la tecnología[78].

Los test empleados en los dos circuitos son sustancialmente similares, pero hay algunas diferencias de nota de las que intentaremos dar cuenta en las páginas siguientes. También nos referiremos en las páginas que siguen a otros desarrollos o refinamientos de estos dos test: el test de la impresión global (*total concept and feel*) y el test de la abstracción, filtro y comparación.

3.2.1.2. El test del observador medio y la apropiación ilícita de la expresión ajena: «Arnstein v. Porter»

Ira Arnstein demandó en 1945 al compositor Cole Porter, entonces muy exitoso, por infracción de derechos de autor y alegó que algunas de las canciones de Porter –entre ellas, las muy populares «Don't fence me in», «Beguin the Beguine» y «My heart belongs to Daddy»– infringían las propias compuestas por Arnstein, incluso algunas que no habían sido ni siquiera divulgadas. Arnstein, quien había llevado a los tribunales a otros músicos por hechos similares, siempre sin éxito, alegó que Porter, para perpetrar los plagios denunciados, habría contratado a

Empirical Study of Copyright Substantial Similarity Opinions in the U.S. Circuit Courts», 2013 *Michigan State Law Review* 513 (2013), p. 515); «substantial similarity, copyright law's core infringement inquiry, is a mess» (Hickey, K., «Reframing Similarity Analysis in Copyright», 93 *Wash. U. L. Rev.* 681 (2016)); o la cuestión es «a virtual black hole in copyright jurisprudence», (Balganesh, S., «The Questionable Origins of the Copyright Infringement Analysis», 68 *Stanford Law Review* 791 (2016), p. 794).

76. 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), abrogated in part by *First Nat'l Bank of Ariz. v. Cities Serv. Co.*, 391 U.S. 253 (1968). Además de la profusión de citas en casos posteriores que han hecho uso del mismo test, su estatus de *leading case* también es manifiesta en los tratados y comentarios estándar: Nimmer, M. y Nimmer, D., *Nimmer on Copyright*, § 13.03[E][3]; Goldstein, P., *Goldstein on Copyright*, § 9.1 (3d ed. 2013); y Patry, W., *Patry on Copyright*, §§ 9:118, 9:87 (2007).
77. 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).
78. El lector interesado puede encontrar una breve descripción del sistema de organización judicial federal de los EE.UU. en Cooter, R.,y Ulen, T., *Law and Economics*, 6th edition, Berkeley Law Books. Book 2, 2016 (*http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2*), pp. 59 y ss. La preeminencia de los dos tribunales citados en materias relacionadas con el derecho de autor no excluye la importancia de otros fallos dictados por otros tribunales, alguno de los cuales será objeto de tratamiento en las páginas de este trabajo.

unos secuaces para que lo siguieran y rastrearan su domicilio en busca de composiciones que luego Porter habría hecho pasar como suyas.

Los abogados de Porter solicitaron la desestimación de la demanda en un juicio sumario («*summary judgment*»), esto es, sin participación de jurado. El Juez de instancia estimó la pretensión de Porter y, con ello, desestimó la demanda: el juez calificó de fantástico el relato de hechos contenido en la demanda y tomó en consideración las desestimaciones anteriores de otras demandas que habían sido consideradas como «vexatious litigation», una conducta cuya ilicitud puede encontrarse a medio camino entre la temeridad y el abuso procesales.

El Tribunal de Apelaciones estimó el recurso de Arnstein y devolvió las actuaciones al juzgador de instancia al entender que debía ser un jurado el que decidiera acerca de la credibilidad del actor después de ser interrogado. La resolución de la mayoría, en ponencia del Juez Jerome Frank respaldada por el Juez Learned Hand[79], distinguió dos elementos para determinar una infracción del derecho de reproducción: (a) la constatación de que el demandado había copiado la obra del actor; y (b) el carácter ilícito de la copia (*unlawful appropriation*). El primero de los elementos es fáctico, mientras que el segundo es normativo.

En relación con el primero de los requisitos, en algunos supuestos el demandado podrá admitir que copió la obra del actor y, entonces, su defensa se desplazará al segundo de los elementos (por ejemplo, mediante la alegación de que la reproducción era de una parte mínima (*de minimis*) o que estaba amparada por un uso legítimo (*fair use*)) o a otros argumentos, como, por ejemplo, la falta de protección de la obra del actor o la existencia de un abuso de derecho (*misuse*)). En otros supuestos, el demandado podrá alegar que no tuvo acceso a la obra del actor y que, por tanto, la desconocía y resultó imposible que la copiara. Además, la defensa de la creación independiente es generalmente admitida en el derecho federal de autor[80].

En estos últimos supuestos, el actor deberá acreditar que el demandado accedió a la obra y que se dan similitudes suficientes entre las dos obras para que el jurado o, en su caso, un juez, pueda inferir que el demandado copió de la obra del actor. En tales casos, la prueba podrá ser directa a partir, por ejemplo, de un testigo que presenció el acceso a la obra o, lo que será más frecuente, circunstancial a partir de las similitudes detectadas entre ambas obras. Dichas similitudes

79. Para una explicación histórica del caso y de la confluencia de diferentes concepciones del derecho para la construcción del test de la semejanza sustancial, véase Balganesh, S., «The Questionable Origins...», *op. cit.*

80. El juez Learned Hand describió su funcionamiento con el ejemplo siguiente: «[I]f by some magic a man who had never known it were to compose anew Keats's *Ode on a Grecian Urn*, he would be an "author", and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats's» (*Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49 (1936)).

pueden examinarse, según el tribunal, a partir del análisis o disección de las obras objeto del pleito y, para ello, los informes periciales de expertos pueden utilizarse en cualquier caso. A falta de pruebas o indicios del acceso del demandado a la obra del actor, el jurado o el juez, en su caso, podrán presumirlo si las similitudes entre ambas obras fueran tan llamativas que hicieran descartar la posibilidad de que el actor y el demandando pudieran haber llegado al mismo resultado expresivo de forma independiente.

Admitido o probado el primero de los requisitos, la cuestión a dilucidar se centrará en el carácter lícito o ilícito de la copia. Esta es una cuestión normativa y, según el tribunal en *Arnstein*, debe resolverse por medio del estándar del oyente lego y ordinario sin necesidad de contar con informes periciales y con la disección de las obras en liza. Poco más añadió el tribunal a este segundo elemento del test. En el caso, en cuestión, el tribunal señalaba que la audiencia a la cual se dirigían obras de música popular como las melodías de Cole Porter estaba conformada por oyentes legos, y que, por ello, no se requería contar con la opinión de expertos para decidir acerca del carácter ilícito de la copia. En un tono de superioridad intelectual, el juez Frank señaló en relación con los peritos: «*the views of such persons are caviar to the general –and plaintiff's and defendant's compositions are not caviar*». En otros casos, en los que la obra en cuestión fuera más compleja, Frank dejaba entrever, podría ser útil la opinión de un experto para informar a los miembros del jurado acerca de los aspectos coincidentes entre las obras en liza[81].

La importancia del caso radica en la construcción de este test dual, que separa el requisito fáctico del normativo, los hechos del estándar, y que circunscribe el ámbito de los dictámenes periciales y el rol de los diferentes agentes implicados en un pleito por infracción de derechos de autor. En particular, refiere la determinación del carácter lícito o ilícito de una copia a un juicio normativo vedado al experto y a realizar por un oyente lego –o, en general, un observador razonable–, esto es, con base en un estándar hipotético construido a partir de las características que se presumen de la comunidad a la que se dirige la obra en cuestión.

El test todavía es empleado hoy en día por el tribunal y ha influido en la práctica de otros tribunales[82]. El test, sin embargo, ha sido objeto de varias críticas. En

81. En otro asunto, el juez Learned Hand señaló que «the ordinary observer, unless he set out to detect the disparities, would be disposed to overlook them» (*Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960)). Frente a este problema general, algunos tribunales han acudido a una noción más estricta: el test del observador medio más perspicaz (*«more discerning ordinary observer test»).*

82. Véase Osterberg, R., y Osterberg, E., *Substantial Similarity in Copyright Law*, Practising Law Institute, 2011, especialmente, § 3:1.1. En asuntos posteriores, el Segundo Circuito ha matizado que la similitud a analizar en el primero de los elementos del test tiene una finalidad probatoria de la copia y ha empleado la terminología «similitud probativa» (*«probative similarity»*) para distinguirla de la «similitud sustancial» (*«substantial similarity»*). Véanse *Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Group, Inc.*, 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998) (infracción del derecho de transformación por la publicación de un juego de preguntas sobre la serie

primer lugar, no ofrece una guía clara sobre cómo deberá el observador medio o razonable comparar las obras en liza y qué elementos deberá considerar. En segundo lugar, tampoco no ofrece una solución transparente al problema de que las dos obras a comparar sean semejantes solo porque en ellas coinciden elementos no protegibles por derechos de autor. Además, la disección de la obra por parte de peritos o especialistas se limita al primero de los elementos del test: el establecimiento de un nexo causal, a partir de indicios, para dilucidar si hubo o no hubo acceso a la obra. Por ello, Mark Lemley ha señalado que el test empleado en el asunto *Arnstein* afronta el problema totalmente al revés[83]: diseccionar la obra para determinar si el demandado tuvo o no acceso a la obra es irrelevante y, en cambio, cobra sentido allí donde el tribunal no lo permite, para valorar las semejanzas sustanciales y resolver el carácter ilícito de la copia. También, las semejanzas que puedan encontrarse en aplicación del primer elemento del test sesgan y condicionan la decisión acerca del carácter ilícito de la copia[84].

3.2.1.3. El test de la doble valoración extrínseca e intrínseca de las obras: «Krofft v. McDonald's»

Otro test doble, y también muy influyente, es el diseñado en 1977 por el Noveno Circuito en *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.* Los hechos del caso fueron los siguientes: la compañía «Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc.», titular de los derechos de explotación sobre el programa de televisión para niños «H.R. Pufnstuf» creado por los hermanos Sid y Marty Krofft, demandó a «McDonald's Corp.» y a su agencia publicitaria por infracción de derechos de autor y alegó que una campaña publicitaria de la cadena de restaurantes infringía los derechos de reproducción sobre elementos expresivos propios del programa de televisión como escenarios o personajes.

El programa «H.R. Pufnstuf», emitido por primera vez en 1970, había obtenido un rápido éxito y se había convertido al año en el programa más visto de las mañanas de los sábados en EE.UU. La popularidad del programa se vio reforzada con una película e, incluso, con un parque temático. Muchos anunciantes contactaron a los hermanos Krofft para poder vincular sus productos y servicios a la popularidad de los personajes de «H.R. Pufnstuf». Una agencia publicitaria, «Needham, Harper & Steers, Inc.», que tenía a McDonald's en cartera, propuso a los Krofft crear una campaña publicitaria cuyo tema principal fuera

de televisión «Seinfeld»); *Repp v. Webber*, 132 F.3d 882 (2d Cir. 1997) (desestimación de acciones por plagio de la canción «Phantom» de Andrew Lloyd Webber). Véase sobre «probative similarity», Latman, A., «"Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement», 90 *Columbia Law Review* 1187 (1990)).

83. El test funciona «*exactly backwards»;* Lemley, M., «Our Bizarre System...», *op. cit.*, pp. 736-738.

84. Véase *infra* apartado 4.3.

«McDonaldland», un país imaginario a semejanza del de «H.R. Pufnstuf» y con personajes adaptados del mismo.

Después de haber hablado en diversas ocasiones, Needham informó de forma inesperada a los hermanos Krofft que finalmente su cliente había decidido no utilizar la idea en la campaña y finalizaron los contactos. Sin embargo, McDonald's y Needham prosiguieron con su plan y lanzaron la campaña. Para ello, Needham contrató a antiguos empleados de Krofft, así como a su especialista en voces para las marionetas del programa. En el pleito que siguió, Krofft aportó pruebas, además, de que después de la campaña de McDonald's no pudo explotar sus personajes para otras campañas publicitarias y que incluso algún anunciante había decidido no renovar sus contratos de licencia.

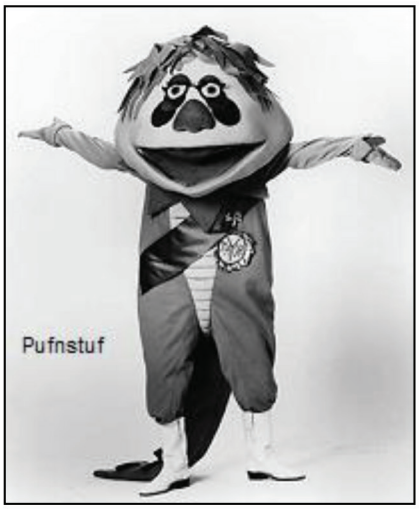
Un jurado dio la razón a la compañía actora y, apelado por las demandadas, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito confirmó el fallo y reenvió el caso al juzgado para la decisión acerca de la indemnización de daños y perjuicios. En la sentencia, el Tribunal parte del precedente de *Arnstein*, y elabora su propio test dual que distingue entre la valoración extrínseca e intrínseca de las obras:

El primer elemento, que se corresponde con el primero de *Arnstein*, es denominado por el tribunal «extrínseco», «porque no se hace depender de la impresión del jurado o el juzgador, sino en criterios específicos que pueden listarse y analizarse», como, por ejemplo, «el tipo de obra en cuestión, los materiales utilizados, el tema tratado y la ambientación del tema». Para realizar esta valoración, es posible acudir a un análisis o disección de las obras y valerse de dictámenes de peritos en el ámbito artístico de que se trate.

El segundo elemento, que también se corresponde con el segundo de *Arnstein*, es calificado por el tribunal como «intrínseco», pues «no depende del tipo de criterios y análisis externos que denotan al test extrínseco». La valoración por el jurado o el juez tiene un carácter global y puede llevarse a cabo sin diseccionar la obra o acudir al criterio de expertos. Se trata principalmente de centrarse en el examen de la similitud en la expresión protegida empleada por ambas obras a partir de la respuesta subjetiva del adjudicador.

Las circunstancias del caso, para el Tribunal, ponían de relieve un aprovechamiento por parte de la demandada del programa de televisión. El acceso a la obra por parte de Needham y McDonald's era manifiesto y su estrategia de defensa se centró en diseccionar ambas obras –la campaña publicitaria y el programa de televisión– para mostrar las diferencias y mostrar que las coincidencias operaban únicamente en aspectos no protegibles por medio de derechos de autor. En cambio, el Tribunal consideró que las similitudes eran abundantes: las dos obras mostraban «mundos imaginarios habitados por plantas y animales antropomórficos y otras criaturas fantásticas. Las características topográficas de ambas eran idénticas: árboles, cuevas, un estanco, una carretera y un castillo. [...] Los personajes

también son similares. Ambos mundos son gobernados por alcaldes con cabezas desproporcionadamente grandes y con amplias bocas. [...] En ambos pueden encontrarse científicos locos y una criatura maligna con muchos brazos. Tales similitudes van más allá del plano de las ideas para entrar en el de la expresión».





El test también ha sido criticado. Así, para algunos autores, en *Krofft*, el Tribunal realiza una interpretación incorrecta de *Arnstein*, y construye la dualidad en términos de idea y expresión[85]. Así, el Tribunal señala que el examen extrínseco se refiere básicamente a la constatación de una similitud sustancial de ideas o temas entre las dos obras en conflicto, mientras que el examen intrínseco se refiere a la valoración de la similitud relativa en la expresión de ambas obras[86]. También, la terminología «extrínseco/intrínseco» es demasiado ambigua y no da cuenta de lo que pretendía el tribunal con su uso[87].

3.2.1.4. «Total concept and feel»

La utilización de este test se remonta a otro caso decidido por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito: *Roth Greeting Cards v. United Card Company*[88]. En el asunto, la compañía demandada había copiado algunos mensajes de postales fabricadas por Roth, como por ejemplo las frases «*I miss you already...*» (en la por-

85. Samuelson, P., «A Fresh Look at Tests...», *op. cit.*
86. Otros casos posteriores han corregido este error y han señalado que el primer elemento del test se refiere tanto a la similitud de ideas como de expresión para la determinación de la copia desde un punto de vista fáctico. *Shaw v. Linheim*, 919 F.2d 1353, 1357 (9th Cir. 1990).
87. El empleo de las expresiones «objetivo/subjetivo» acaso hubiera sido más entendedor En este sentido, Hickey, K., «Reframing Similarity...», *op. cit.*, p.11.
88. 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

tada de la postal) y «... *and you haven't even left*» (en el interior de la postal); que imprimía en postales con dibujos diferentes.



El Tribunal de distrito desestimó la demanda al resolver que las frases copiadas no estaban protegidas por derechos de autor, al no ser suficientemente originales y que los dibujos entre unas y otras postales no eran sustancialmente similares. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones revocó la sentencia. A pesar de que convino que los mensajes de las postales no eran protegibles por derechos de autor y que las imágenes eran diferentes, había una similitud entre el «*total concept and feel*», entendido como «*the combination of the art work conveying a particular mood with a particular message*».

Este test que recurre a la impresión global causada en el destinatario se ha utilizado junto con otros test o en soledad para decidir varios casos. En ocasiones también se utiliza la expresión «*overall look and feel*» para referirse a este enfoque[89]. Se ha criticado la utilización de este test por aludir a la comparación de «conceptos», cuando estos no son protegibles mediante derechos de autor[90], y por la fácil tendencia a concluir que existen similitudes globales, a pesar de

89. Véase también *Boisson v. Banian, Ltd.*, 273 F.3d 262 (2d Cir. 2001), un litigio sobre el diseño de dos quilts que incorporaban letras del alfabeto y diferentes ilustraciones. En estos supuestos, en los cuales la obra supuestamente infringida incluye tanto elementos protegibles por derechos de autor como otros que no lo son, quien valora de la prueba –un jurado, un juez– deberá determinar si el observador medio u ordinario, si no tuviera en cuenta las partes de la obra del actor que no fueran protegibles, opinaría que la obra del demandado copió de aquella comparando las dos obras en conjunto. Véase Osterberg, R., y Osterberg, E., *Substantial Similarity in Copyright Law*, *op. cit.*, especialmente §3:1.1.[B].

90. Nimmer, M., y Nimmer, D., *Nimmer on Copyright*, § 13:03 [A][1][c]: «More broadly, the touchstone of "total concept and feel" threatens to subvert the very essence of copyright... "Concepts" are statutorily ineligible for copyright protection».

que se refieren a aspectos que quedan fuera del ámbito de protección de los derechos de autor.

3.2.1.5. El test de la abstracción/filtro/comparación: «Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.»

Este test desarrollado en el asunto *Altai*[91] se emplea sobre todo para el contraste de las semejanzas sustanciales entre dos programas de ordenador y, de hecho, es utilizado en todos los circuitos judiciales de aquel país, con independencia del test que de ordinario aplican a otro tipo de obras.

Se trata de un sistema formalizado para el análisis de este tipo de casos: en primer lugar, se procede a la fase de abstracción: se examina la obra del demandante para separar aquellos elementos que no son protegibles por derecho de autor (ideas, conceptos, elementos requeridos por la funcionalidad del software y otros por el estilo) de aquellos otros que forman parte de la expresión protegida del código fuente original. En segundo lugar, se filtran los elementos no protegibles, para dejar solamente como punto de referencia la expresión protegida. Por último, se procede a comparar las dos obras en liza, en particular, aquellos aspectos originales del código fuente en cada programa.

Las tres operaciones o pasos previstos en el test admiten la ayuda de expertos. En *Altai*, el tribunal confirmó la vigencia del test de *Arnstein* y señaló su utilidad en supuestos en los cuales las obras a considerar eran «fácilmente comprensibles y familiares a una persona lega media». En el caso de copias no literales de un programa de ordenador, en cambio, el objeto del pleito es «técnico y muy complicado» y requiere de un enfoque diferente para observar la estructura interna de un programa de ordenador, «algo probablemente impenetrable para un observador profano».

La principal crítica a este test la ha realizado William Patry, antiguo profesor de derecho y autor de uno de los tratados de referencia en propiedad intelectual, actualmente consejero de Google, Inc. en materias relacionadas con derechos de autor. En palabras de Patry, este test, «*the most complicated copyright "test" ever conceived*», procede a una «*brutal... desiccation*» de los elementos de una obra que impide tener una visión global de su naturaleza y calidad[92].

91. *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992). El test surgió como reacción judicial a una sentencia muy criticada, *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), que había considerado protegibles mediante derechos de autor la estructura, secuencia y organización de un programa de ordenador.
92. Patry, W., *Patry on Copyright*, §§ 9:94, 4:27 (2007).

3.2.2. Derecho de autor en el Reino Unido

3.2.2.1. Panorama

Los jueces británicos también acuden a un test jurisprudencial doble para resolver los asuntos en los cuales el demandante alega que la obra del demandando supone una copia ilícita de su propia creación. La mayoría de estos supuestos se reconducen a la determinación de si se ha producido una infracción del derecho de reproducción, protegido por los artículos 16(1), 17 y 18(1) de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*[93].

Para ello, la jurisprudencia dictada en esta materia establece que, además de concluirse que el acto que se atribuye al demandado invade el haz de facultades inherentes al ámbito de protección del derecho de reproducción, deben acreditarse los dos requisitos siguientes[94]:

a) La obra del demandado ha de derivar de la obra protegida creada por el demandante, esto es, ha de establecerse una relación de causalidad («*causal connection*») entre ambas obras.

b) El acto en cuestión llevado a cabo por el demandado ha de apropiarse de la obra del demandado o de una parte substancial de ella.

3.2.2.2. El requisito de la «derivación»

Es necesario establecer una relación causal entre la obra protegida por derechos de autor del actor y la obra del demandado y concluir que esta deriva de algún modo de aquella. El fundamento de este requisito es la posibilidad de que

93. Artículo 16(1) CDPA: «*The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom– (a)to copy the work (see section 17); (b)to issue copies of the work to the public (see section 18); […] and those acts are referred to in this Part as the "acts restricted by the copyright"*».
Artículo 17 CDPA: «*Infringement of copyright by copying. (1)The copying of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work; and references in this Part to copying and copies shall be construed as follows. (2) Copying in relation to a literary, dramatic, musical or artistic work means reproducing the work in any material form. This includes storing the work in any medium by electronic means. (3)In relation to an artistic work copying includes the making of a copy in three dimensions of a two-dimensional work and the making of a copy in two dimensions of a three-dimensional work. (4)Copying in relation to a film includes making a photograph of the whole or any substantial part of any image forming part of the film. (5) Copying in relation to the typographical arrangement of a published edition means making a facsimile copy of the arrangement. (6)Copying in relation to any description of work includes the making of copies which are transient or are incidental to some other use of the work*».
Artículo 16(1) CDPA: «*The issue to the public of copies of the work is an act restricted by the copyright in every description of copyright work*».

94. Bently, L. y Sherman, B., *Intellectual Propery Law,* 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 190. Véanse *Krisarts SA v. Briarfine* [1977] FSR 577; *Designers Guild Ltd v. Russell Williams (Textiles) Limited* [2000] UKHL 58; y *Temple Island Collections Ltd v New English Teas Ltd* [2012] EWPCC 1.

la obra del demandado fuera el resultado de una creación independiente y que, en efecto, no hubiera apropiación de la obra anterior[95].

La relación causal no debe ser necesariamente directa: es posible que el demandado hubiera infringido la obra copiando a su vez una copia de la obra original, con independencia de que esta reproducción intermedia fuera o no una copia ilícita[96]. Un ejemplo de cadena causal es el de la realización de un dibujo a partir de un objeto tridimensional construido a partir de un boceto original. El dibujo puede resultar una infracción del derecho de reproducción sobre el boceto[97].

Se trata de una cuestión de hecho, que exigirá al actor aportar prueba para convencer al juez de este requisito. En el caso de que el demandado niegue haber tenido acceso o conocimiento de la obra anterior del demandante, se requerirá o bien una prueba directa del acceso o conocimiento de la obra, como, por ejemplo, el testimonio ofrecido por un exempleado del demandado; o bien, una prueba a partir de indicios que permitan al juez inferir que la obra del demandado deriva o está conectada causalmente con la del actor[98].

Entre los indicios que consideran los tribunales se cuentan las similitudes entre ambas obras, y, en particular, si estas son muchas, las que tiene sobre todo que ver con elementos secundarios[99], o si estas son pocas, si son idiosincráticas, o las probabilidades de que las coincidencias sean o no el resultado de una creación independiente. Los tribunales también analizan las posibilidades efectivas que pudo tener el demandado de haber copiado o accedido a la obra, por ejemplo, el grado de divulgación de la obra anterior, su puesta a disposición mediante internet o su distribución por otros medios.

Si se aportan suficientes indicios, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba: deberá ser el demandado quien acredite que la obra fue resultado de una creación independiente. Para ello, deberá acreditar que las similitudes entre las obras tienen su origen en un factor diferente a la copia de la obra anterior: por ejemplo, que ambas obras habían bebido de una misma fuente[100] o se habían

95. *Francis Day* & *Hunter Ltd v Bron* [1963] Ch 587.
96. Véanse *King Features Syndicate Inc. vs. O.* & *M.* Kleeman *Limited* [1941] AC 417; y *British Leyland Motor Corp v Armstrong Patents* [1986] A.C. 577.
97. Torremans, P., *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 8th edition, Oxford University Press, 2016, p. 261.
98. Por ejemplo, en *LB (Plastics) v Swish Products* [1979] RPC 551, el demandado había visto los esbozos de un diseño de un mueble realizado por el actor. Esta oportunidad para copiar y las claras similitudes entre las obras llevaron al tribunal a la conclusión de que se había producido una infracción de derechos de autor.
99. *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd and others* [2007] RPC 25.
100. Por ejemplo, a partir de unos mismos datos históricos: *Harman Pictures NV v Osborne* [1967] 2 All ER 324.

inspirado en una misma obra de un tercero[101]; que ambas obras eran similares porqué ello respondía a las funciones o funcionalidades que necesariamente debían desplegar[102]; o, que, en definitiva, que las coincidencias se debían pura y simplemente al azar. También puede acreditar que su obra es anterior a la del demandante[103].

La relación a acreditar se refiere en exclusiva a la expresión protegible. Si los indicios se mueven en un plano de abstracción, en el cual solamente las ideas subyacentes a ambas obras coinciden o están relacionadas, las similitudes no serán suficientes para confirmar este requisito[104].

Un asunto que ilustra muy bien el enfoque seguido por los tribunales británicos es *Designers Guild v. Russell Williams*[105]. «Designers Guild» produjo en 1994 un diseño de tela denominado «Ixia», que empezó a comercializar en septiembre de 1995:



Diseño ixia. Autora: Helen Burke

Un año después, «Designers Guild» descubrió que la demandada, «Russell Williams», comercializaba tejidos con un diseño muy similar al que había denominado «Marguerite».

101. *Roberton v Lewis* (1960) [1976] RPC 169 y *Warwick Films v Eisinger* [1969] 1 Ch 508.
102. *Johnstone Safety Co v Peter Cook International plc* [1990] FSR 161: el diseño de la base hexagonal de un cono para señalizar el tráfico se concibe con un elemento funcional.
103. En *T&A Textiles and Hosiery Ltd v Hala Textile UK Ltd, Abdul Hadi Shehezad and Irfan Ahmad* [2015] EWHC 2888, el demandado pudo mostrar cómo sus productos se fabricaron con anterioridad a los diseños elaborados por el demandante.
104. Torremans, P., *Holyoak and Torremans..., op. cit.,* p. 259. Véase también *IPC Media Ltd v Highbury SPL Publishing Ltd. Reference* [2004] EWHC 2985 (Ch).
105. *Designers Guild Ltd v. Russell Williams (Textiles) Limited* [2000] UKHL 58.



Diseño «Marguerite». Autora; Jane Ibbotson[106].

Ambos diseños presentaban diferencias y la compañía demandada negó que el suyo derivara del de la actora. Defendía que se había inspirado en un diseño propio anterior conocido como «Cherry Bossom».

El Juez Lawrence Collins QC resolvió, a partir de un conjunto de indicios, que mediaba una relación causal entre ambas obras. La *House of Lords* confirmó este extremo. Para ello, el magistrado destacó siete semejanzas entre las dos obras: ambos diseños se basaban en rayas y flores dispersas; se usaba un estilo impresionista, que mostraba pinceladas; las rayas tenían límites no definidos; los pétalos de las flores se habían realizado del mismo modo; los pistilos de las flores en ambos diseños eran manchas más oscuras; las hojas presentaban dos tonalidades diferentes de verde; y, en ambos diseños, las líneas cruzaban algunos de los pétalos. Para el juez, estas similitudes iban «más allá de lo que uno podría simplemente esperar del hecho de que ambos se basaran en un estilo impresionista o en una combinación de líneas y flores y hojas esparcidas»[107]. Además, el Juez señaló que la diseñadora de «Marguerite» había tenido la posibilidad de copiar el diseño anterior, ya que había acudido a una feria en 1995 donde se exhibía el diseño «Ixia». El juez no dio veracidad a la explicación de la demandada de que se hubiera inspirado en su anterior diseño.

3.2.2.3. El requisito de la apropiación de la obra o de una parte substancial de esta

La copia idéntica de una obra no plantea problemas y da lugar a una infracción, a excepción de que concurra alguna limitación o excepción prevista legal-

106. Fuente: Bently, L., y Sherman, B., *Intellectual Propery Law, op. cit.*, p. 192.

107. Las diferencias iban «*far beyond the similarities which would be expected simply from both being based on an impressionistic style or from both being based on a combination of stripes and scattered flowers and leaves*».

mente. Mas, desde 1911, con la promulgación de la *Copyright Act*, el derecho de autor del Reino Unido ha venido proporcionando protección al titular de derechos de autor, no únicamente frente a copias literales de una obra sino también frente a supuestos en los cuales el demandado utiliza o se apropia de una parte sustancial de aquella[108]. Esta facultad de control se extiende tanto a situaciones en las cuales el demandado utiliza una parte de la obra ajena como a aquellas otras en las cuales modifica la forma de la obra. En este último caso, la copia se refiere a la sustancia de la obra ajena, por lo que su discusión jurisprudencial es menos objetiva.

Tradicionalmente, en el derecho británico, el test para examinar esta cuestión se ha desglosado en dos preguntas: (a) ¿Cuál es la obra del actor a los efectos de determinar su infracción?; y (b) ¿Ha utilizado el demandado la totalidad de la obra del actor o una parte sustancial de esta?

En primer lugar, habrá de determinarse cuál es la obra que supuestamente se ha infringido, lo que pasa por establecer los límites o contornos de la obra en cuestión. La tarea pasa primero por señalar sus parámetros y luego distinguir los elementos protegibles por el derecho de autor de los que no lo son[109].

Los parámetros de la obra no plantean demasiados problemas en general. Estos aparecen, en cambio, cuando una obra puede ser dividida en elementos inferiores y debe resolverse si cada uno de estos elementos o partes constituyen la obra en cuestión para compararla con la del demandado. La cuestión puede ser importante, pues si un elemento –en un libro, por ejemplo, un capítulo, una página, un párrafo– constituye una obra *per se,* más posibilidades habrá de que se concluya una infracción. Por ello, los jueces evitan, en ocasiones, una comparación entre fragmentos menores de dos obras y acuden a una impresión de conjunto[110].

Después de identificarse la obra a comparar, la cuestión a resolver es qué aspectos de esta se protegen. Aquellos aspectos no protegibles deberán descontarse. Se trata de una tarea de disección, que en función de la obra será más o menos complicada.

En segundo lugar, habrá de determinarse si el demandado ha utilizado la totalidad de la obra del actor o una parte sustancial de esta. A la hora de valorar el carácter sustancial, debe hacerse en relación con la obra supuestamente infringida, no en relación con la relevancia de la infracción. Por ejemplo, copiar los

108. En la actualidad, el artículo 16(3) CDPA establece: (3)References in this Part to the doing of an act restricted by the copyright in a work are to the doing of it– (a)in relation to the work as a whole or any substantial part of it, and (b)either directly or indirectly; and it is immaterial whether any intervening acts themselves infringe copyright. [...]».

109. Bently, L., y Sherman, B., *Intellectual Propery Law, op. cit.*, p. 197.

110. Norman, H., *Intellectual Property Law Directions*, 2nd edition, Oxford University Press, 2014, p. 241.

colores empleados en un mapa no se considera infracción pues estos no reflejan su importancia en la obra original y la razón de ser de su protección mediante derechos de autor[111]. El carácter sustancial puede ser cualitativo o cuantitativo[112]. Si la copia se produce en relación con diferentes obras o fuentes, la constatación del carácter sustancial de la apropiación debe hacerse respecto de cada una de ellas[113].

3.3. DERECHO CIVIL CONTINENTAL Y LA TRADICIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

3.3.1. Derecho de autor francés

Al igual que las normas españolas de derecho privado sobre derechos de autor, el derecho francés no contiene tampoco una previsión o regulación del plagio («*plagiat*»), que, en general, se considera una infracción ética, pero que, en algunos casos, podrá ser perseguida como infracción de derechos de propiedad intelectual («*contrefaçon*»)[114].

La *contrefaçon* se define de forma amplia en el artículo L 335-3 del *Code de la Propriété Intellectuelle*[115] como «*la reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit d'une oeuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur*». Así pues, no cubre solo falsificaciones o fenómenos propios de la piratería, sino también alcanza a supuestos en los que un autor se apropia ilícitamente de expresión protegida por derechos de propiedad intelectual en otra obra. El asunto más citado para determinar en qué supuestos una similitud entre dos obras comporta una *contrefaçon* es el que tuvo por objeto la novela *La bicyclette bleue.*

La escritora francesa Régine Deforges se inspiró para escribir *La bicyclette bleue* en la novela *Lo que el viento se llevó* de Margaret Mitchell y, así, lo afirmaba de buena fe en las primeras páginas de su libro publicado en 1981. Por ello, no podría alegar luego que las coincidencias entre ambas obras eran fortuitas. Las escenas y las relaciones entre personajes, que en la novela de Mitchell transcurrían en el estado norteamericano de Georgia durante la Guerra de Sucesión,

111. *Geographia v Penguin* [1985] FSR 208.
112. *Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Fooaball) Ltd*; *Hawkes* & *Son v Paramount Film Services* [1934] Ch 593 (infracción por inclusión de un extracto de menos de 30 segundos de la marcha «Colonel Bogey» en un reportaje sobre una ceremonia pública); *Spelling Golberg v BPC Publications Ltd* [1981] RPC 280 (infracción por utilización de un fotograma de la serie «Starsky y Hutch» para la realización de un póster); *Sweeny v. Macmillan Publishers Ltd* [2002] RPC 35 (la copia de unas pocas frases de un manuscrito de James Joyce se considera sustancial por la importancia de las oraciones en cuestión).
113. Torremans, P., *Holyoak and Torremans, op. cit.*, p. 265.
114. Colombet, C., *Propiété littéraire et artistique et droits voisins,* 5.ª ed., Dalloz, Paris, 1990, p. 378.
115. Loi n.º 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

se desarrollaban en Francia durante la Segunda Guerra mundial en la obra de Deforges.

Los herederos de Margaret Mitchell demandaron a Deforges y a su editor y ejercieron acciones por «*contrefaçon*». El *Tribunal de grande instance*[116], tras comparar minuciosamente ambas novelas y determinar la presencia de similitudes en relación con el desarrollo general de la obra, la progresión dramática, las características físicas y psicológicas de los protagonistas y de algunos personajes secundarios, las relaciones entre ellos, la composición y expresión de ciertas situaciones, la forma de algunas escenas reproducidas o adaptadas, de otras escenas modificadas, combinadas o novedosas en la novela de Deforges, estimó la demanda y resolvió que los demandados habían infringido los derechos de autor alegados en el pleito. Recurrida la sentencia, el tribunal de apelaciones[117] concluyó que los elementos coincidentes entre ambas obras eran menores y, en general, recaían sobre aspectos, como la trama, que no eran protegibles mediante derechos de autor. Con todo, la propia sentencia reconoció que la situación era más complicada, ya que la novela de Deforges incluyó, a modo de juego, detalles de algunas escenas muy conocidas del libro de Mitchell. Para el tribunal, tales pasajes consistían en una evocación de recuerdos literarios que perseguían establecer una complicidad que agradara a los lectores. Había una finalidad lúdica en la evocación literaria de la obra de Mitchell que parece excusar, según el tribunal de apelaciones, la apropiación de elementos de la obra de aquella por parte de Deforges y, en particular, de la evolución y desarrollo de la trama.

La *Cour de cassation*[118] casó la sentencia de apelación y reenvió el caso al tribunal *a quo* para su revisión. Para el Tribunal era necesario examinar si, por su composición o la expresión empleada, los informes que describen las escenas y diálogos de ambas obras y las comparan identifican o no similitudes tales que, dentro de la obra demandada, no son más que reproducciones o adaptaciones. Para el Tribunal, la comparación debe proyectarse sobre les similitudes que presentan las relaciones entre los personajes en ambas obras. Las diferencias entre las dos novelas también deben sopesarse, pero en el caso, no deben considerarse las diferencias espacio-temporales entre ellas: escapar de la responsabilidad civil por infracción de derechos de autor sería muy fácil si las diferencias que resultaban de situar la acción de la novela en la Francia de la Segunda Guerra Mundial bastaran para evitar una infracción de derechos de autor.

Un caso reciente sobre plagio fotográfico ilustra bien la prevalencia en el examen comparativo de las similitudes entre dos obras y el carácter residual de la identificación de las diferencias. En el asunto, una revista publicó en portada, tras retocarla ligeramente, una fotografía con el rostro de una mujer parcialmente

116. TGI Paris, 6 déc. 1989: Cah. Dr. auteur mai-juill. 1990, p. 21.
117. CA paris, 1ère ch., 21 nov. 1990: RIDA jav. 1990, p. 319.
118. Cass. 1ère civ., 4 fév. 1992: JCP G 1992, II, 21930.

sumergida en un líquido azulado. El fotógrafo que había realizado la fotografía utilizada por el editor de la revista admitió haberse inspirado en la obra «Where the Wild Roses Grow» de Marc Lamey.



Marc Lamey, «Where the Wild Roses Grow»



Portada litigiosa

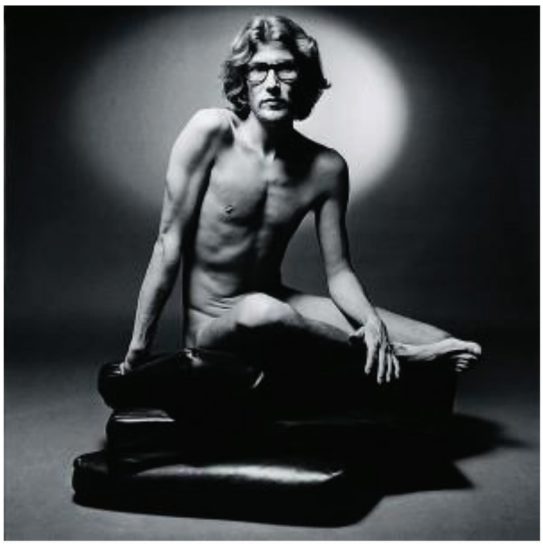
Marc Lamey demandó a la sociedad editora de la revista «Photo» y ejerció acciones por *contrefaçon*. La demandada alegó, además de una falta de originalidad en la obra del actor, que existían diferencias de nota entre ambas fotografías que excluían la concurrencia de una infracción: el color del agua es diferente en ambas fotografías, así como también los ojos de las dos modelos; en la foto de Lamey, destacan las ondas en la superficie del agua, mientras que, en la empleada por la revista, el agua está quieta; y en la segunda fotografía, el cabello de la modelo queda fuera del marco.

Para el Tribunal[119], el examen debe centrarse en las similitudes entre ambas obras: el encuadre estrecho sobre el rostro de las modelos, una iluminación a partir de una luz frontal, homogénea y suave, una composición a partir del rostro impasible de dos mujeres con la mirada fija, sumergidas dentro de un líquido de color, formando una especie de V y con el agua cubriendo hasta las comisuras de sus labios, ligeramente entreabiertos y pintados de un rojo intenso. El Tribunal no tuvo en cuenta las muchas imágenes que la demandada aportó como pruebas de que la idea de una modelo sumergida en un líquido era un tema habitual en la fotografía de moda[120].

El examen de las similitudes también puede llevarse a cabo en el marco de unas diligencias preliminares, en las cuales el eventual actor en una acción por infracción de derechos de propiedad intelectual solicita la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado luego como responsable[121]. En estos casos, puesto que la solicitud de diligencias preliminares ha de acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción, será necesario proceder –en supuestos fuera de actos de piratería comercial– a una comparación provisional de la obra del solicitante con la del eventual demandado para decidir acerca de la petición de exhibición documental. La comparación entre ambas obras y la determinación acerca de la concurrencia de una infracción de derechos se resolvería en el eventual pleito posterior.

La decisión del Tribunal de Apelaciones de Paris de 6 de noviembre de 2012[122] ilustra el rol de la comparación en el marco de las diligencias preliminares. Los hechos del caso son los que siguen: los herederos de Jean Louis Sieff, titulares de los derechos de autor sobre la fotografía que tomó en 1971 del diseñador Yves-Saint Laurent, consideraron que la fotografía utilizada por la sociedad «Dolce & Gabbana» en una campaña publicitaria de un perfume podía constituir una infracción y, antes de iniciar el correspondiente pleito, solicitaron diligencias preliminares para la exhibición de la contabilidad y otra documentación para así poder calcular la indemnización de daños y perjuicios que les correspondería.

119. TGI Paris, 3ème ch., 1ère section, RG 13/04056.
120. Verbrugge, J., «Plagiat condamnable ou inspiration légitime?», 20.10.2014 (*http://blog.droit-et-photographie.com/plagiat-condamnable-ou-inspiration-legitime/*) [Consultado en24.9.2016].
121. Véase artículo L 33-1-2 del *Code de la Propriété Intellectuelle*. En el derecho español, véase artículo 256.1.8.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
122. CA Paris, 6 novembre 2012 –RG.º 12/05076 (véase Verbrugge, J., «**S** imilitude, inspiration ou plagiat et-parasitisme», 30.12.2012 (*http://blog.droit-et-photographie.com/similitude-inspiration-ou-plagiat-et-parasitisme/*) [Consultado en 24.9.2016].



Jean Louis Sieff, 1971.



Anuncio publicitario de Dolce&Gabbana.
Foto de Mariano Vivanco

El Tribunal de instancia denegó la petición formulada por los herederos de Sieff, quienes recurrieron ante el Tribunal de apelaciones. El Tribunal de apelaciones de París resolvió que las similitudes entre ambas fotografías eran suficientes para fundar un deber de exhibición documental entre las partes para la preparación de una eventual demanda por infracción de derechos de propiedad

intelectual. El tribunal destacó que en ambas fotografías, en blanco y negro, aparece un modelo joven desnudo –Yves Saint Laurent y David Gandy– con gafas, con una posición corporal prácticamente idéntica, bajo una iluminación que destaca un halo de luz detrás del modelo y sirve para contrastar con la sombra en el resto del fondo de la imagen, y con el rostro firme mirando hacia el objetivo. Para el Tribunal, es más o menos obvio que las características esenciales de la fotografía de Sieff y que manifiestan su huella personal se hallan reproducidas en la fotografía utilizada por «Dolce & Gabbana». Señala también el Tribunal que las diferencias entre ambas fotografías no son suficientes para eliminar la impresión de que la segunda fotografía no solo se inspira en la primera y la homenajea, sino que es casi idéntica. No sirven para evitar dicha impresión la escala de grises diferente en la segunda foto, el cabello y el cuerpo más atlético de David Gandy, o el encuadre más cerrado que utilizó el fotógrafo.

3.3.2. Derecho de autor alemán

En el derecho alemán, el punto de partida para el análisis de la cuestión es el reconocimiento de facultades de exclusiva sobre la reproducción de una obra, establecidas en el párrafo 15 de la Ley de derechos de autor (*Urheberrechtsgesetz* (UrhG)[123]). El derecho de reproducción se define en el párrafo 16.1 UrhG del modo siguiente:

> «§ 16 Derecho de reproducción
>
> (1) El derecho de reproducción es el derecho de producir copias de una obra, con independencia de que sean temporales o permanentes o de los medios y de la cantidad empleados [...]»[124].

En los supuestos de copias literales (*Eins-zu-eins-Kopie*), la cuestión a determinar es si la obra reproducida es original, en definitiva, si está protegida o no por derechos de autor. En su caso, luego se tendrá en cuenta si el demandado puede justificar su actuación en alguna excepción por usos privados o personales[125].

123. *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte («Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 4. April 2016 (BGBl. I S. 558) geändert worden ist»).*

124. «§ 16 Vervielfältigungsrecht. (1) Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl [...]».

125. Véase §53 UrhG. Para una definición del concepto de reproducción, véase, por ejemplo, la sentencia del BGH dictada en el asunto «Buscador de imágenes de Google» (BGH, Urteil vom 29. 4. 2010-I ZR 69/08-Vorschaubilder; NJW 2010, 8; GRUR 2010, 628). En aquella decisión, el Tribunal definió el derecho de reproducción del siguiente modo: «*Vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers werden auch solche-sogar in einem weiteren Abstand vom Original liegende-Werkumgestaltungen erfasst, die über keine eigene schöpferische Ausdruckskraft verfügen und sich daher trotz einer vorgenommenen Umgestaltung noch im Schutzbereich des Originals befinden, weil dessen Eigenart in der Nachbildung erhalten bleibt und ein übereinstimmender Gesamteindruck besteht*».

Las reproducciones literales plantean pues pocos problemas. También se equiparan a estas aquellas copias que modifican solamente algunos pequeños detalles. En este sentido, las referencias a los medios y a la cantidad empleados en el párrafo 16(1) UrhG sirven para reputar como ilícitas aquellas copias que modifiquen, por ejemplo, solo el tamaño de una obra original: la reproducción de una fotografía en un formato póster constituiría así una infracción del derecho de reproducción si no se cuenta con la autorización del autor o del titular de los derechos[126].

En las copias no literales, la cuestión pasa, además de determinar que la obra del actor está protegida mediante derechos de propiedad intelectual –es suficientemente original–, por examinar si la obra del demandado infringe los derechos de autor de aquel por consistir en la realización de una adaptación de su obra o si, en cambio, una reproducción es lícita por tratarse de una utilización libre de esta. Así pues, en derecho alemán podemos distinguir dos figuras para el tratamiento de las copias sustanciales, que no son copia literal, de otra obra: la adaptación de esta (*Bearbeitung*) y su libre utilización (*Freie Benutzung*):

> «§ 23 Adaptaciones y transformaciones
>
> Las adaptaciones u otras transformaciones de la obra podrán ser solamente publicadas o explotadas con el consentimiento del autor de la obra adaptada o transformada. En el caso de una versión filmada de la obra, la ejecución de planos o bocetos de una obra artística, la construcción de una obra arquitectónica o la adaptación o transformación de una base de datos, será necesario el consentimiento del autor para su adaptación o transformación»[127].
>
> «§ 24 Utilización libre
>
> (1) Una obra independiente creada por medio de la utilización libre de la obra de un tercero podrá ser publicada o explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada.
>
> (2) El apartado (1) no resultará de aplicación a la utilización de una obra musical en la cual la melodía se ha tomado de forma reconocible de una obra y es utilizada como base de la nueva obra»[128].

126. El Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* (BGH)) ha señalado que el derecho de reproducción es infringido si el autor de la obra posterior solo lleva a cabo cambios menores que no alteran la impresión general de la obra anterior. BGH, Urteil vom 16.5.2013, I ZR 28/12-Beuys-Aktion, para 37-38.
127. «§ 23 Bearbeitungen und Umgestaltungen. Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden. Handelt es sich um eine Verfilmung des Werkes, um die Ausführung von Plänen und Entwürfen eines Werkes der bildenden Künste, um den Nachbau eines Werkes der Baukunst oder um die Bearbeitung oder Umgestaltung eines Datenbankwerkes, so bedarf bereits das Herstellen der Bearbeitung oder Umgestaltung der Einwilligung des Urhebers».
128. «§ 24 Freie Benutzung. (1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden. (2) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung ei-

Las fronteras entre reproducción literal y reproducción no literal y, en relación con esta última, la delimitación que media entre adaptación y utilización libre no son fáciles y, como puede anticiparse, la jurisprudencia se refiere mayormente a supuestos que se mueven en las márgenes de estas categorías jurídicas[129].

Para que una utilización de una obra ajena pueda calificarse como un supuesto de adaptación, las diferencias entre una obra y otra tendrán que ser sustanciales. La calificación como adaptación no elimina su carácter ilícito o infractor: deberá acreditarse que la adaptación fue consentida por el titular de los derechos sobre la obra ajena o que va más allá y constituye una utilización libre. El Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof* (BGH)) ha resuelto expresamente que la calificación como adaptación, con arreglo al § 23 UrhG, debe reservarse a supuestos de modificaciones sustanciales[130]; y que, incluso en estos casos, la adaptación no consentida constituye también una infracción del derecho de reproducción[131].

En el asunto resuelto por el Tribunal en su Sentencia de 16 de mayo de 2015, el BGH tenía que decidir si la exhibición de 18 fotografías tomadas por Manfred Tischer durante la performance de Joseph Beuys titulada «*Das Schweigen von Marcel Duchamp wird überbewertet, 1964*» («El silencio de Marcel Duchamp está sobrevalorado, 1964») vulneraba los derechos de autor sobre la performance. Para el demandante, la sociedad de gestión colectiva «Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst», las fotografías constituían una adaptación de la obra, que habría requerido el consentimiento del titular de los derechos para su reproducción y exhibición pública. Para el demandado, el museo («Stiftung Museum Schloss Moyland»), las fotografías constituían obras independientes resultado de un uso libre de la performance.

---

nes Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird».

129. Dreier, T., «Original und Kopie im rechtlichen Bildregime», *op. cit.,* p. 116. Para un análisis de los asuntos resueltos por tribunales alemanes en el ámbito del arte y de las imágenes publicitarios, véase Maaβen, W., «Plagiat, freie Benutzung oder Kunstzitat? Erscheinungsformen der urheberrechtlichen Leistungsübernahme in Fotografie und Kunst», en Schierholz, A., y Melichar, F., *Kunst, Recht und Geld. Fetschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburstag*, C.H. Beck, München, 2012, pp. 135-178.
130. BGH, Urteil vom 16.5.2013, I ZR 28/12-Beuys-Aktion, para 37-38.
131. BGH, Urteil vom 16.5.2013, I ZR 28/12-Beuys-Aktion. Este también es el parecer mayoritario de la doctrina alemana. Véanse: Loewenheim, U., «§ 16 UrhG», en Schricker, G., y Loewenheim, U., *Urheberrecht. Kommentar*, 4.ª ed., C.H. Beck, Munich, 2010; § 16 UrhG Rn. 8; Schulze, G., «§ 16 UrhG», en Dreier, T. y Schulze, G., *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar*, 4.ª ed., C.H. Beck, Munich, 2013, § 16 Rn. 10; Nordemann, A., «§§ 23/24 UrhG», en Nordemann, A., y Nordemann, J.B. (Eds.), *Fromm/Nordemann, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, 11.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2014, §§ 23/24 Rn. 8; y Dreyer, G., «§16 UrhG», en Dreyer, G., Kotthoff, J., y Meckel, A., *Urheberrecht*, 3.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2013, § 16 Rn. 9.



Algunas de las fotografías de Manfred Tischer objeto del pleito, reproducidas en la Sentencia del BGH.

Tanto en primera instancia como en apelación, los tribunales dieron la razón a la sociedad demandante y consideraron las obras una adaptación de la performance, cuya explotación habría exigido el consentimiento previo por parte de los titulares de derechos de autor. En cambio, el BGH consideró que puesto que no se había aportado prueba suficiente del contenido de la performance –un video con la intervención de Beuys durante su acción– no podía comparar adecuadamente ambas obras y determinar si las fotografías en cuestión debían considerarse una adaptación no consentida o una utilización libre y, por tanto, lícita, de la performance.

Por otra parte, la distinción entre adaptación y la utilización libre de la obra ajena descansa, según el Tribunal, en la «distancia» («*Abstand*») que la nueva obra adopta en relación con aquellos aspectos que ponen de manifiesto los rasgos personales de la obra ajena. A mayor distancia, mayores son las probabilidades de que la obra posterior se conciba como una utilización lícita de la anterior. Para ello, los tribunales alemanes proceden a comparar los aspectos que resultan protegibles mediante derechos de autor de una y otra obra para detectar las diferencias entre ambas: se han de tener en cuenta aquellas características objetivas que determinan la peculiaridad creativa de la obra original[132]. Los tribunales resuelven desestimar la demanda y consideran que el uso en cuestión es libre con arreglo al § 24 UrhG en los dos supuestos siguientes:

(*i*) Cuando haya diferencias sustanciales que pongan de manifiesto una distancia extrínseca («*außerer Abstand*») tal que a partir de una impresión global se pueda concluir que los rasgos personales de la obra ajena hayan enmudecido, palidecido, o, en definitiva, se hayan desvanecido («*verblassen*» es el verbo emplea-

132. «*Da nach den dargelegten Grundsätzen der Abstand maßgebend ist, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält, kommt es auf die Übereinstimmung im Bereich der objektiven Merkmale an, durch die die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmt wird*» (BGH, Urteil vom 17. 7. 2013-I ZR 52/12-Pippi-Langstrumpf-Kostüm I, para. 47).

do por el Tribunal Supremo en una nutrida jurisprudencia[133]). En estos casos, la obra original sirve solo de estímulo o inspiración a la obra posterior, que resulta también protegida.



Imagen del disfraz reproducida en la Sentencia del BGH.

Por ejemplo, en el asunto resuelto por la sentencia del BGH de 17 de julio de 2013 («disfraz de Pippi Calzaslargas I»)[134], los titulares de los derechos de autor sobre la saga de libros infantiles *Pippi-Langstrumpf,* escrita por la escritora sueca Astrid Lindgren (1907-2002), demandaron a una cadena de supermercados por

133. Véanse BGH, Urteil vom 11. März 1993-I ZR 263/91, BGHZ 122, 53, 60-Alcolix; Urteil vom 11. März 1993-I ZR 264/91, GRUR 1994, 191, 194-Asterix-Persiflagen; Urteil vom 29. April 1999-I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, 280-Laras Tochter; Urteil vom 20. März 2003-I ZR 117/00, BGHZ 154, 260, 267-Gies-Adler; Urteil vom 1. Dezember 2010-I ZR 12/08, GRUR 2011, 134 Rn. 34 = WRP 2011, 249-Perlentaucher; BGH, Urteil vom 17. Juli 2013-I ZR 52/12, GRUR 2014, 258 Rn. 38 = WRP 2014, 178-Pippi-Langstrumpf– Kostüm I). *BGH, Urteil vom 28. 7. 2016-I ZR 9/15.* En esta última, el Tribunal Supremo afirma: «*Vervielfältigung (§ 16 UrhG), eine (unfreie) Bearbeitung (§ 23 UrhG) oder eine freie Benutzung (§ 24 Abs. 1 UrhG) darstellt, kommt es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entscheidend auf den Abstand an, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält. Eine freie Benutzung setzt voraus, dass angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblassen*» (par. 22).

134. BGH, Urteil vom 17. Juli 2013-I ZR 52/12, GRUR 2014, 258 Rn. 38 = WRP 2014, 178-Pippi-Langstrumpf– Kostüm I).

la comercialización y publicidad de un disfraz de carnaval del personaje principal de la novela, Pippi Calzaslargas. El Tribunal, tras expresar que los personajes individuales de una novela pueden gozar de protección mediante derechos de autor al margen de la obra en la que se insieren, resolvió que una recreación visual a partir del texto de la obra no puede considerarse automáticamente una utilización libre con arreglo al § 24 UrhG. Sin embargo, acotó, la representación de la apariencia externa de un único personaje raramente podrá considerarse un supuesto de infracción del derecho de reproducción o una adaptación no consentida: si, además, resulta manifiesto que el uso del personaje de la novela se lleva a cabo mediante un vestido para disfrazarse en Carnaval y encarnar al personaje en cuestión, puede concluirse que hay una distancia suficiente con la obra original y, por tanto, una libre utilización[135].

(*ii*) Cuando hay diferencias que ponen de manifiesto una distancia intrínseca («*innerer Abstand*»): por ejemplo, se realiza un tratamiento completamente opuesto de los elementos expresivos de la obra, como en los supuestos de parodia[136].

Para examinar si se produce una distancia suficiente con la obra original, deben determinarse en primer lugar las características objetivas de su peculiaridad creativa. Para ello, se separan aquellos aspectos no protegibles mediante derechos de autor coincidentes o similares en ambas obras, pues se trata de elementos que pueden ser usados libremente por cualquiera en aplicación del § 24 UrhG. A continuación, deben compararse la expresión protegible de las dos obras y determinar si se han tomado, y hasta qué punto, rasgos intrínsecamente creativos de la obra anterior. Un factor determinante en la decisión es una comparación de la impresión global («*Gesamteindruck*») de ambas obras, mediante la cual han de valorarse desde un punto de vista general los aspectos creativos de ambas obras[137].

135. Con posterioridad, el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de noviembre de 2015 (BGH Urteil vom 19.11. 2015– I ZR 149/14– *Pippi-Langstrumpf– Kostüm II*), examinó el mismo asunto desde la perspectiva del derecho de la competencia desleal y resolvió que los disfraces no constituían ni una imitación desleal («*Nachahmung*»), ni un acto contrario a la cláusula general de deslealtad («*Leistungsschutz*»).

136. BGH GRUR 1994, 191– *Asterix-Persiflagen*, 1994, 206– *Alcolix*; BGH 2003, 956– *Gies-Adler*; BGH, Urteil vom 28. 7. 2016-I ZR 9/15. En el derecho europeo de autor, el Tribunal de Justicia requiere la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, entre otros, para la licitud de una parodia (Sentencia del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen y otros) (TJCE 2014, 247).

137. BGH, Urteil vom 28. 7. 2016-I ZR 9/15: «*Zur Prüfung, ob diese Voraussetzung vorliegt, ist zunächst im Einzelnen festzustellen, welche objektiven Merkmale die schöpferische Eigentümlichkeit des benutzten Werkes bestimmen. Sodann ist durch Vergleich der einander gegenüberstehenden Gestaltungen zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang in der neuen Gestaltung eigenschöpferische Züge des älteren Werkes übernommen worden sind. Maßgebend für die Entscheidung ist letztlich ein Vergleich des jeweiligen Gesamteindrucks der Gestaltungen, in dessen Rahmen sämtliche übernommenen schöpferischen Züge in einer Gesamtschau zu berücksichtigen sind*» (para. 24).

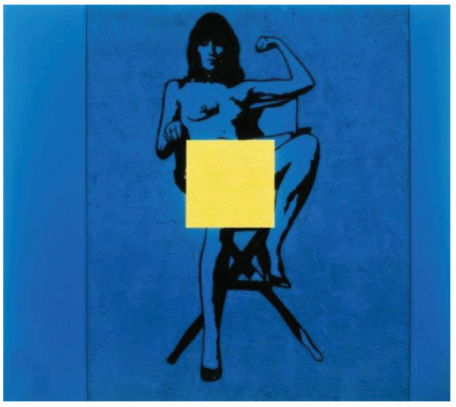
En el derecho alemán, la noción de utilización libre de una obra ajena o «*freie Benutzung*» sirve pues para dos menesteres[138]: en primer lugar, permite a un tribunal examinar la posibilidad de copiar o apropiarse de los aspectos de una obra ajena no protegidos por derecho de autor; y, en segundo lugar, permite a un tribunal examinar el alcance y licitud de la apropiación de aspectos protegidos por derechos de autor pero con una finalidad amparada por los intereses generales o finalidades que se pretenden proteger con la institución (tales como la libertad de expresión o la libertad artística)[139]. Esto es, se mezclan en un único test funciones que en otros ordenamientos se hacen separadamente: así en el derecho de los EE.UU, la primera función se reserva al examen de la «*substantial similarity*», mientras que la doctrina del «*fair use*» solo se ocupa de la segunda función. En derecho español, no hay una cláusula general de usos lícitos: así pues, la primera cuestión se discute en el marco del plagio o de la infracción del derecho de reproducción. La segunda no se discute o no se puede discutir, excepto si se rompen las costuras del sistema[140].

Por último, el derecho alemán permite la cita de obras visuales o artísticas (*Kunstzitat, Bildzitat*). En este sentido el § 51 UrhG establece que «la reproducción, distribución y la comunicación pública de una obra publicada con la finalidad de citarla están permitidas siempre que el alcance de dicha explotación esté justificado por la finalidad específica»[141]. El precepto no limita la cita a los supuestos previstos expresamente (citas literarias, citas en artículos científicos, pasajes musicales), y los tribunales han reconocido su aplicación en el supuesto de obras de arte y fotografías. Un ejemplo de ello es el asunto «Power of Blue». El Tribunal de apelaciones de Hamburgo desestimó la demanda por infracción de derechos de autor interpuesta por el fotógrafo Helmut Newton contra el pintor ruso George Pusenkoff, por la utilización de uno de sus retratos en un cuadro titulado «Power of Blue», junto con otras citas visuales a las obras de Kazimir Malévich e Yves Klein[142].

138. Véanse Dreier, T., «Original und Kopie im rechtlichen Bildregime», *op. cit.*, pp. 110-119; Schack, H., *Urheber-und Urhebervertragsrecht*, 5.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010; y Geller, P.E., «A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations?», 57 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 553 (2010).
139. Véase la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfG) de 31 de mayo de 2016sobre la utilización como sample de un fragmento de una canción de Kraftwerk (Urteil vom 31. Mai 2016-1 BvR 1585/13, «*Metall auf Metall*»).
140. Véase *infra* apartado 5.5.
141. § 51 UrhG: «*Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist*». Sobre el uso de esta excepción, véase Schack, H., «Bildzitate zu Lasten der Fotografien», en Schierholz, A., y Melichar, F., *Kunst, Recht und Geld. Fetschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburstag*, C.H. Beck, München, 2012, pp. 207-2015.
142. OLG Hamburg, 12.10.1995, *Zeitschrift für Urheber– und Medienrecht* 315 (1996).



Helmut Newton, «Miss Livingston I» (1981)



George Pusenkoff, «Power of Blue» (1995).

4. PROBLEMAS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN TEST EFICAZ DE COMPARACIÓN DE OBRAS VISUALES

4.1. INTRODUCCIÓN

Los apartados que siguen tratan problemas asociados a la construcción de un test judicial para la comparación de dos obras de arte y para determinar si una de ellas resulta ser una copia ilícita de la otra. Asumimos que este tipo de conflictos se pueden presentar con mayor o menor frecuencia ante un juez o un tribunal, que aquel o los magistrados de este han de resolverlos, y que necesitan de algún tipo de criterio, pauta o test para afrontar una tarea tal, que no sea una mera decisión arbitraria o subjetiva[143].

143. Por supuesto, pueden existir mecanismos alternativos de control social de este tipo de con-

La primera cuestión que planteamos persigue resolver si este test debe ser genérico para cualesquiera tipos de obras protegidas por derechos de autor o si cada tipo de contenido y, en particular, las obras de arte, requieren de un test particular. En el examen de este problema, abordamos si las imágenes merecen un tratamiento diferente al que reciben, por ejemplo, los escritos o las composiciones musicales o, en otros términos, qué hace especiales a las imágenes y hasta qué punto están los jueces preparados para examinarlas, interpretarlas y contrastarlas con otras.

La segunda cuestión que tratamos inquiere sobre los sesgos cognitivos que afectan a la adopción de decisiones y cómo estos pueden también estar presentes en la aplicación de un test para contrastar dos imágenes. El objetivo es identificar aquellos aspectos sustantivos o procedimentales de aplicación de un test que minimicen el impacto de los sesgos cognitivos en aquellos individuos que hayan de decidir acerca de una copia supuestamente ilícita de otra obra.

La tercera cuestión que se aborda refiere aspectos metodológicos y teóricos acerca del empleo en derecho de test que identifican a un sujeto ideal, como el del observador medio, para resolver problemas jurídicos. El objetivo es mostrar que tanto una concepción normativa como otra positiva o fáctica de identificación de un sujeto ideal presentan problemas epistemológicos y, por ello, acaso habrá de optarse por la concepción que conlleve los problemas menos serios.

La cuarta cuestión que analizamos se refiere a las características que ha de reunir el sujeto ideal a considerar en el marco del test y, en particular, pasa por determinar la muestra de población relevante en su construcción. El objetivo es identificar si es preciso recurrir a un observador medio o a un observador más especializado, más sofisticado, conocedor del mercado del arte o incluso de un sector más reducido de este mercado. La salvaguarda de determinados intereses jurídicos por el derecho de autor ha de condicionar, en nuestra opinión, el test a elegir. En el caso del arte y de la promoción de espacios institucionales que promuevan la creatividad y la experimentación, consideramos que el test del experto es el más adecuado y el que contribuye más a reducir las discontinuidades entre las concepciones de algunas prácticas artísticas fuera y dentro del juzgado.

---

ductas, principalmente la decisión por parte de una organización privada o mecanismos de sanción social (ostracismo, efectos reputacionales, etc.). En el caso de plagios u otras formas de copia sustancial, uno puede llegar a defender las ventajas de estos mecanismos para resolver estos conflictos frente al poder judicial. En este sentido, véase VV.AA., «Ex Ante. Plagiarism», *The Green Bag*, Spring 2007 (vol. 10, no. 3) 2007, p.273: «Plagiarism is... the kind of wrongdoing best left to informal, private sanctions». Sobre las ventajas de las organizaciones privadas para disciplinar a sus miembros y ejercer control social sobre sus conductas, entre otras, el plagio, véase Ellickson, R. «When Civil Society Uses an Iron Fist: The Role of Private Associations in Social Control», (July 25, 2016). Forthcoming, *American Law and Economics Review; Yale Law* & *Economics Research Paper No. 550*. Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2771662*).

La quinta cuestión está relacionada con la anterior y pregunta por el papel de los expertos y de sus informes periciales para la decisión de un supuesto de infracción de derechos de autor. Si el test que se adopta es el del observador medio, entonces parece que la función del perito no será la de proporcionar un juicio de valoración acerca de la infracción y su tarea deberá referirse a otros aspectos. Si el test a adoptar es el de un observador especializado, el rol de los peritos judiciales en el pleito se amplía y un juez debería deferir la valoración normativa acerca de la ilicitud de ciertas prácticas artísticas al criterio de aquellos.

La sexta cuestión, también relacionada con las dos anteriores, trata de identificar los problemas que se derivan de acotar las tareas que incumben al perito judicial en los juicios por infracción. Si la separación en el test entre aspectos fácticos –sobre los que se puede pronunciar un perito judicial– y aspectos normativos –cuya aplicación corresponde al juzgador– es posible, entonces solo los segundos aspectos en un juicio por infracción de derechos de autor serían revisables en casación.

4.2. ¿REQUIEREN LAS IMÁGENES DE UN TRATAMIENTO JURÍDICO DIFERENTE AL QUE RECIBEN OTRAS OBRAS?

4.2.1. Derecho e imágenes

Las interrelaciones entre derecho e imagen, los vínculos entre lo jurídico y lo visual, se han estudiado y se siguen estudiando desde perspectivas diversas[144]. Un primer enfoque examina las representaciones visuales del derecho, por ejemplo, el tratamiento de cuestiones y temas jurídicos en películas y series de ficción[145] o la representación de aspectos de la justicia en obras de arte, tanto desde un punto de vista iconográfico como iconológico[146]. Una segunda perspectiva se dedica a estudiar cómo las representaciones visuales del derecho construyen el propio derecho, cómo legitiman, dan significado o moldean las interpretaciones que, después, los diferentes agentes jurídicos emplearán en sus tareas profesionales[147].

144. Silbey, J., «Images in/of Law», 57 *New York Law School Law Review* 171 (2012-2013), pp. 177-181.

145. Sherwin, R., *When Law Goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, The University of Chicago Press, Chicago, 2000 (describiendo diversos estudios de cultura popular a partir de películas y series de television). En España, son muy frecuentes los cursos de verano sobre cine y derecho, basados casi siempre en los mismos títulos cinematográficos.

146. En Europa, desde al menos el siglo XVII, se estudian las representaciones artísticas de la justicia. Tradicionalmente, bajo la etiqueta *Iurisprudentia picturata*. Sobre ello, por ejemplo, Kocher, G., *Zeichen und Symbole des Rechts*, C.H. Beck Verlag, München, 1992. También véase la evolución histórica en Boehme-Nessler, V. *Pictorial Law: Modern Law and the Power of Pictures*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2011.

147. Por ejemplo, cómo la retransmisión o la transmisión mediática de vistas afecta al entendimiento del derecho por la ciudadanía y se construyen percepciones sesgadas acerca del contenido del derecho. En España, por ejemplo, cómo las denominadas «penas de

Una tercera perspectiva se ocupa de la regulación legal de las imágenes, por ejemplo, las normas jurídicas que dictan qué imágenes se pueden o no se pueden mostrar[148]. Finalmente, otra perspectiva de estudio examina la utilización de imágenes y elementos visuales en el derecho, por ejemplo, como prueba en un litigio, o como un elemento discursivo más en los escritos jurídicos –tales como un escrito de demanda, una sentencia judicial o un manual para estudiantes de derecho–. Problemas relativos a la interpretación de las imágenes, a los mecanismos visuales que contribuyen a proporcionar relevancia a uno u otro aspecto o a persuadir a sus destinatarios, son algunas de las cuestiones principales que preocupan a este último enfoque analítico. Esta última perspectiva de estudio es la que más nos interesa para el objeto de nuestro trabajo: en las páginas que siguen, vamos a centrar nuestra atención en el empleo más o menos sofisticado, más o menos formal, de imágenes y contenidos visuales por diferentes agentes jurídicos y a cómo estos se enfrentan a aquellas.

El punto de partida roza el tópico, el cliché: vivimos en una época de saturación visual[149]. Estamos expuestos a una cantidad ingente de información visual creada específicamente, de contenidos visuales fabricados –que se suman al resto de información visual que ofrece la naturaleza–, tales como las imágenes que pueblan vallas publicitarias, las páginas de prensa, la televisión o muchos sitios web en internet. Si comparamos la información visual que recibía una persona hace quinientos años a la que recibe ahora cualquier ciudadano de una gran ciudad, las diferencias de grado son enormes. Acaso, el número de imágenes que veía una persona en toda su vida hace quinientos años era inferior a la que percibe hoy un adolescente en un rato tras consultar sus cuentas en Facebook, Instagram, Twitter y visitar YouTube o su WhatsApp en el móvil. Pero además, el comportamiento cultural frente a las imágenes ha cambiado. Gracias a la tecnología, todos somos productores y consumidores de imágenes[150]. Las imágenes han dejado

---

telediario» afectan a la concepción del castigo penal. Véase, en este sentido, Varona Gómez, D., «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret* 1/2011 (*http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf*).

148. Reglas sobre obscenidad, protección de datos e intimidad, o religión marcan algunos de los límites sobre las imágenes que se pueden mostrar. Un ejemplo de este enfoque es el artículo de Salvador Coderch, P., Rubí Puig, A., y Ramírez Silva, P., «Imágenes veladas», *InDret* 1/2011 (*www.indret.com/pdf/805_es.pdf*) (discutiendo el tratamiento jurisprudencial de imágenes de personajes anónimos y la tendencia a la pixelización u otros mecanismos de supresión de información visual). El derecho también prescribe reglas sobre regulación de seguridad de productos y responsabilidad civil que gobiernan las imágenes y otros contenidos visuales que han de aparecer en determinados productos de consumo, tales como las cajas de cigarrillos. Véase, por ejemplo, en este sentido Jolls, C., «Debiasing Through Law and the First Amendment», 67 *Stanford Law Review* 1411 (2015) (analizando cómo normas que obligan a incluir determinadas imágenes en los envases o envoltorios de productos contribuyen a una toma de decisiones más informada y menos sesgada por parte de consumidores finales).
149. Fontcuberta, J., *La furia de las imágenes. op. cit.,* pp. 21-26.
150. *Ibidem*, p. 32.

hace tiempo de ser el monopolio de magos y de artistas[151]. De un cierto temor casi reverencial a las imágenes, estamos ahora acostumbrados a interactuar con ellas: podemos ampliar o reducir mediante el zoom el tamaño de las fotografías, podemos cambiar las perspectiva –por ejemplo, en los mapas de Google Maps–, podemos geolocalizar las imágenes, las podemos modificar con sencillos programas de tratamiento, las podemos comunicar casi automáticamente a un amigo o por medio de una red social, o pasarlas rápidamente con las yemas de los dedos, como en el caso de algunas aplicaciones para conocer gente. Nuestra relación con las imágenes va, así, más allá de la visión y también es táctil.

La ubicuidad de lo visual también ha supuesto un uso incremental de imágenes en el discurso jurídico: actualmente, en muchos escritos se incluyen fotografías o diagramas, no necesariamente como pruebas documentales sino, gracias a la tecnología, directamente integradas en el discurso escrito, como por ejemplo, en el texto de una demanda o de un recurso de apelación. También ya algunos jueces incluyen imágenes en sus sentencias: en España, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Alicante utiliza con mucha frecuencia imágenes para resolver litigios sobre marcas europeas y diseños comunitarios[152]. Tarde o temprano, otros elementos visuales acabarán por integrarse en los discursos jurídicos y les dotarán de mayor dinamismo[153]. Entre ellos, podemos destacar metraje de videos (por ejemplo de teléfonos móviles, cámaras de seguridad, videos de operaciones quirúrgicas, de procesos de fabricación, etc.); clips animados como por ejemplo gifs o vines; visiones panorámicas, que permiten al lector poder observar una escena, por ejemplo, en 360.º; pantallazos de ordenador o de teléfono móvil; mapas como los ofrecidos por los servicios de Google Maps, que permitirán su interacción; presentaciones de Powerpoint y otras dispositivas; *sparklines* o minigráficos; o *rollovers*. También el aparato que se utilice para leer el documento permitirá su modificación visual: así, el usuario interactuará con el texto y sus imágenes y podrá modificar su tipografía, el tamaño y color de las fuentes, o el color del fondo, entre muchas otras funciones.

Las nuevas generaciones de abogados y jueces están más acostumbradas a formatos multimedia. La generalización de los smartphones y de las tabletas informáticas, con sus múltiples herramientas para acceder, tratar y comunicar imágenes y otros contenidos visuales hará inevitable, casi natural, que lo visual gane protagonismo en el ámbito del derecho. La utilización de imágenes en el discurso jurídico no está regulada e ignoramos cómo se sabrán manejar los diferentes agentes ante estas tendencias.

151. *Ibidem*, p. 37.

152. Taranilla, R., «El empleo de imágenes en la sentencia judicial. (Reflexiones sobre la evolución del género)», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 63, 2015, p. 1-12.

153. Porter, E., «Taking Images Seriously», 114 *Columbia Law Review* 1687 (2014), pp. 1749-1750. De hecho, el propio TS norteamericano incluyó como parte de la sentencia un video de una persecución policial en *Scott v. Harris*, 550 U.S. 372 (2007).

4.2.2. Jueces e imágenes

Ante el incremento de elementos visuales en el discurso jurídico, podemos preguntarnos si los jueces están preparados para enfrentarse y analizar imágenes o argumentos visuales. En otros términos, se hace preciso examinar hasta qué punto los jueces saben mirar y saben ver.

Los jueces están más habituados a trabajar con textos que con imágenes. En su formación, han internalizado reglas básicas de interpretación de normas y contratos[154]. La materia prima de jueces y magistrados, así como de abogados y otros profesionales jurídicos, es el texto escrito. Su objeto de trabajo predominante es textual: las normas del ordenamiento a aplicar, otras sentencias a considerar, los escritos presentados por las partes son mayormente literarios. La cultura jurídica está en general muy aferrada al texto: revistas jurídicas, manuales y monografías de derecho incluyen muy pocas ilustraciones; y, de hecho, en algunos países, los formatos utilizados hace más de un siglo se mantienen –es el caso, por ejemplo, de la *Harvard Law Review*–. La jurisprudencia y literatura sobre libertad de expresión también se aferra a lo textual.

Avezados a la interpretación textual y a adoptar una actitud más escéptica frente a lo escrito, los jueces no se comportan igual frente a lo visual[155]. Hay una tendencia general –no solo de los jueces– a dar por buenas las imágenes, a creer que son objetivas, que representan la verdad, que no requieren interpretación y que todos los que miran verán más o menos lo mismo. Varias máximas o expresiones reflejan esta concepción: «una imagen vale más que mil palabras»; «las imágenes hablan por sí solas»; «ver es creer»; o «ver para creer»[156]. Sin embargo, muchos han apuntado que las imágenes no hablan por sí solas, que no son transparentes[157], que son legibles solo en parte[158] o que son inescrutables[159]. Al no hablar por sí solas, son sus usuarios –los abogados, jueces y miembros de un jurado– los que hablan por ellas[160]. Son ellos quienes prescriben su sentido y significado y, en algunas ocasiones, ello puede resultar en su manipulación o en su utilización instrumental[161].

154. Tushnet, R., «Worth a Thousand Words: The Images of Copyright Law», 125 *Harvard Law Review* 683 (2012), p. 702.
155. Véanse Silbey, J., «Images in/of Law», *op. cit.*, p. 176; y Porter, E., «Taking Images Seriously», *op. cit.*, p. 1710.
156. Esta tendencia ha sido calificada de realismo naïve. En este sentido, Porter, E., «Taking Images Seriously», *op. cit.*, pp. 1756 y ss.
157. Tushnet, R., «Worth a Thousand Words...», *op. cit.*, p. 758.
158. Mnookin, J., «Semi-legibility and Visual Evidence: An Initial Exploration», 10 *Law, Culture and Humanities* 43 (2014), p. 43-45.
159. Silbey, J., «Images in/of Law», *op. cit.*, p. 172.
160. *Ibidem.*
161. Frente a este riesgo, algunos autores abogan por una «humildad epistémica». En este sentido, Tushnet, R., «Worth a Thousand Words...», *op. cit.*, especialmente, p. 759.

Además la utilización de imágenes en el derecho presenta dos problemas adicionales: trastoca, en parte, la distribución de competencias entre tribunales (en el caso español, la posibilidad de acceder a las imágenes por parte del Tribunal Supremo en casación[162]). Y, en segundo lugar, puede llevar a banalizar funciones de la justicia, a una trivialización del derecho, mediante la sustitución de razones y argumentos de fondo por una imagen que pretendidamente explica lo mismo que mil palabras[163].

Los problemas principales a los que se enfrentan los jueces al examinar imágenes son su fácil manipulación y las capacidades limitadas que poseen para detectarla. Ya desde los inicios de la fotografía, las imágenes fotográficas han sufrido mutilaciones, retoques, montajes para esconder la realidad, para hacerla mejor o para contarla mejor. Un ejemplo clásico es el de un retrato célebre de Abraham Lincoln: del viejo presidente de los Estados Unidos, el retrato solo contenía su cabeza; el cuerpo sobre el que descansaba y el fondo fueron tomados de otra fotografía, un retrato de estudio de John Calhoun, un

162. Véase *infra* apartado 4.7.

163. La utilización de imágenes e imaginería para banalizar la función de adjudicación que corresponde a un juez ha sido denunciada por Elizabeth Porter. En su trabajo, describe la utilización de imágenes en este sentido por el juez Richard A Posner. Richard A. Posner (Nueva York, 1939) es, sin ningún género de duda, uno de los juristas más influyentes de los últimos cincuenta años en todo el mundo. Uno de los padres del análisis económico de derecho, ha abierto incontables debates con su elevada producción académica y su inteligencia arrolladora. Sus virtudes analíticas, su prosa excelente y su capacidad de innovación también se han hecho evidentes en su rol judicial. Desde 1981, ha sido juez en el tribunal de apelaciones del séptimo circuito en Estados Unidos. Habrá escrito centenares de decisiones, muchas de ellas polémicas, y en muchas de ellas ha incorporado imágenes que ilustran, complementan o llegar a sustituir al lenguaje verbal. El primer caso en el que posiblemente Posner incorporara imágenes en una sentencia es de 1997. Se trata de *Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc.*, 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997), un caso sobre infracción de derechos de autor por la fabricación de unos animales de peluche. En este caso, las imágenes se incorporaban como anexo a la propia sentencia, y no intercaladas en el propio texto de la resolución. Las imágenes no provenían de la documental aportada por las partes, sino que el juez o sus ayudantes las habrían tomado durante el pleito. Algunas de sus sentencias posteriores sirven para destacar varios problemas planteados por el empleo de contenidos visuales en el ámbito jurídico. Así, por ejemplo, en *Gonzalez-Servin v. Ford Motor Co.*, 662 F.3d 931 (7th Cir. 2011), mostró la imagen de un avestruz con la cabeza escondida bajo tierra al lado de la imagen de un señor con traje, arrodillado en el suelo y también con la cabeza bajo tierra, para criticar la actitud del abogado del actor en el pleito, decisión muy criticada por entender que el empleo de humor banaliza la función de la justicia. En otro caso, Posner recurre a una imagen construida *ad hoc*. En *Sandifer v. U.S. Steel Corp.* (Sandifer II), 134 S. Ct. 870 (2014), incluyó una fotografía, que no formaba parte de la documental del pleito, sino de una imagen tomada de uno de sus letrados, de uno de sus *law clerks*, quien se vistió con la indumentaria propia de los trabajadores de la industria siderúrgica. La imagen transmite la facilidad del cambio de ropa, la pose del hombre intenta comunicar comodidad y facilidad, incluso frivolidad; y condiciona el sentido del fallo en el caso, contrario a computar como jornada laboral el tiempo dedicado por los trabajadores a cambiarse de ropa.

líder político demócrata sureño de la época[164]. El episodio de los rostros que iban esfumándose, uno tras otro con los años, de las fotografías de grupo de Josef Stalin también es muy conocido. Otro ejemplo notorio fue el retoque de una fotografía de O.J. Simpson, para disminuir su brillo, en la portada de la revista *Time*, en vísperas del procedimiento penal contra aquel por homicidio, que valió a la publicación acusaciones de racismo[165].

Quizá las fotografías de guerra son las que más manipulaciones han sufrido. Fotomontajes como los del fotógrafo Brian Walski en Irak para el *Los Angeles Times* o de Adnan Hajj en Líbano para la agencia de noticias Reuters causaron indignación y resultaron en el despido del primero por su diario y la retirada por la agencia Reuters de su repositorio de todas las fotografías del segundo[166]. En 2003, Brian Walski, un periodista gráfico con más de veinte años de experiencia, entregó a Los Angeles Times, que la publicó, una fotografía que mostraba a un soldado británico en Basra (Irak) indicado a civiles que buscaran refugio. La fotografía era un fotomontaje obtenido de dos fotografías. En 2006, Adnan Hajj entregó a la agencia Reuters una fotografía de un barrio de Beirut después de un bombardeo de la aviación israelí. Mediante Photoshop, el fotógrafo había añadido más humo y exagerado los efectos del bombardeo.

Las técnicas tradicionales de fotografía requerían de mucho más tiempo, labor y esfuerzo para manipular una fotografía. En la actualidad, herramientas digitales como el programa informático «Photoshop» hacen que cualquiera pueda modificar fácilmente una imagen, con mayor o menor acierto. También hacen que resulte más complicado poder determinar hasta qué punto una imagen ha sido manipulada y, por ello, se han desarrollado herramientas matemáticas para la detección de imágenes alteradas[167].

La elección del campo –aquello que se nos muestra de una imagen– y del contracampo –aquello que se nos oculta– sirve también para manipular la información. Recortar una fotografía para mostrar solo una parte de lo que ocurría en el momento en que fue tomada trastoca completamente su significado.

164. Véase Farid, H., «Digital Doctoring: can we trust photographs?», en Harrington, B. (Ed.), *Deception: From Ancient Empires to Internet Dating*, Stanford University Press, 2009; pp. 95-108.
165. Ibidem.
166. Ibidem.
167. Por ejemplo, véase Kee, E., y Farid, H., «A Perceptual Metric for Photo Retouching», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(50): 19907-19912, 2011.









Acaso uno de los supuestos más conocidos es el de una de las imágenes más influyentes de los últimos cincuenta años: la tomada por Nick Ut el 8 de junio de 1972 en Trang Bong (Vietnam), después de que la población fuera bombardeada con Napalm.

En el centro de la imagen, Phan Thi Kim Phúc, una niña vietnamita que entonces contaba con nueve años de edad corre desnuda y aterrada por la situación. La foto que valió el Premio Pulitzer a Nick Ut aquel año hace que el espectador centre su mirada en la niña y su rostro despavorido. Pero la imagen que tomó Nick Ut fue otra:

En ella, un soldado americano aparece a la derecha concentrado en su cámara de fotos, totalmente insensible a la escena de dolor y desesperación que vivían Kim Phúc y otros niños, quemados por el Napalm. Aunque los detalles siguen

siendo controvertidos, parece que fue un editor del *New York Times*, quien recortó la fotografía[168].





168. Adler, A., «Fair Use and the Future of Art», *op. cit.*, pp. 594-595.
Nick Ut acompañó a Kim Phúc y a otros niños al hospital Barsky de Saigon, donde concluyeron que probablemente no sobreviviría. Después de catorce meses en el hospital y diecisiete operaciones, pudo volver a casa y recuperarse.

El problema de fondo es que cualquier imagen es un acto de manipulación, como recuerda Joan Fontcuberta[169]. La elección de un encuadre, la elección de la luz, de contraste, de brillos, comportan elecciones sobre lo que se muestra y lo que no se muestra y también sobre cómo se opta por una forma de mostrar la realidad frente a otras alternativas posibles. Todas estas decisiones, más o menos conscientes, alteran el significado perceptible de una imagen. Además, estas elecciones pueden ser de grado: uno puede decidir utilizar un contraste u otro muy superior para dar más dramatismo a una imagen y, entonces, puede discutirse qué manipulaciones son válidas y qué otras resultan excesivas.

La cuestión no es sencilla ni dentro, ni fuera de los juzgados. Un ejemplo reciente ilustra este problema. En 2013, el fotógrafo sueco Paul Hansen recibió el premio World Press Photo por una imagen otra vez tomada en un conflicto bélico. La foto muestra a un grupo de hombres palestinos de frente, en un callejón estrecho, llevando los cadáveres de Suhaib y Muhammad Hijzai, dos niños de dos y tres años respectivamente, muertos junto a sus padres en un ataque del ejército israelí en Beit Lahiya, en la franja de Gaza, el 19 de noviembre de 2012.



La luz y el contraste de la fotografía son poco naturales y, con el juego de la perspectiva, contribuyen a destacar el frente del plano; las sombras en los rostros de los familiares y vecinos de las víctimas transmiten la ira y el desasosiego; el jue-

169. Fontcuberta, J., *El beso de Judas. Fotografía y verdad*, Gustavo Gili, Barcelona, 1997, pp. 125-127.

go de la luz cenital del sol y los claroscuros en el callejón marcan al espectador el dramatismo y la tragedia de la situación. Estos efectos, conseguidos mediante la postproducción de la fotografía en el ordenador de Paul Hansen, fueron cuestionados por algunos periodistas, fotógrafos e informáticos después de que la imagen fuera galardonada con uno de los premios de fotografía más reputados internacionalmente.

Por ejemplo, Neal Krawetz, un conocido especialista en informática forense, aseguró que la imagen había sido manipulada de un modo tal que vulneraba los estándares propios de la profesión de periodista seguidos por medios y plataformas como Reuters, Associated Press, Getty Images o la National Press Photographer's Association. Tras el escándalo, Word Press Photo encargó dos informes independientes para examinar el grado de manipulación de la fotografía. Los expertos consultados concluyeron que no se había producido una alteración de la imagen captada por Hansen: no había realizado ningún fotomontaje a partir de elementos de varias imágenes o había copiado elementos de la misma imagen, simplemente había jugado con efectos de luz y contraste para reforzar el mensaje que quería transmitir. Se trataba, en definitiva, de técnicas que tradicionalmente también habría podido conseguir, con más esfuerzo y mayor paciencia, en el laboratorio fotográfico a la hora de revelar sus carretes.

La elección de un color o la utilización del banco y negro pueden perseguir determinadas intenciones: estudios experimentales han mostrado cómo la cultura y el género afectan las preferencias cromáticas de las gentes. El abogado espabilado que sabe que su caso va a ser decidido por una juez podrá decidir utilizar gamas de colores o filtros que estadísticamente atraigan más a las mujeres que a los hombres y si sabe que será un hombre quien resolverá su litigio utilizar otra gama cromática.

Frente al riesgo de manipulación, podemos preguntarnos si sería adecuado regular el uso de imágenes de tal modo como en otros ordenamientos se regula la tipografía y tamaño de fuentes. Por ejemplo, tales reglas podrían normar el tamaño de las fotografías, la utilización de colores o de blanco y negro, la posibilidad de que estén enmarcadas o no, hasta qué punto pueden recortarse o fragmentarse, u otras opciones posibles. En el caso de contenido audiovisual, o de imágenes en formato GIF, por ejemplo, puede plantearse introducir una prohibición de utilizar música de fondo, que sesga la impresión que tiene el espectador. Algunos ordenamientos incluyen reglas muy minuciosas acerca de los textos a presentar ante un juzgado y, se ocupan de detalles más generales, como la extensión máxima de un escrito, como aspectos más específicos como el tipo y tamaño de fuente, el espacio interlineado, o los espacios después de los signos de puntuación, además de las reglas para citación de fuentes[170]. Estas reglas persiguen, en parte,

170. Véase, en España el *Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de veinte de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al*

garantizar cierta igualdad entre litigantes. Tales reglas, a lo que nos alcanza, no existen todavía en relación con el empleo de imágenes. Una solución regulatoria no parece ser la más indicada, aunque hay modelos ya probados en derecho para otras funciones, en particular, para dar a conocer los límites de determinadas innovaciones y facilitar que terceros puedan desarrollar innovaciones secundarias sin riesgo de infringir u oponerse al registro de determinados derechos de propiedad intelectual[171].

En segundo lugar, puede plantearse si debe obligarse al abogado que utiliza cualquier técnica de manipulación que lo comunique al juzgado, por ejemplo, que informe si ha modificado el contraste o el brillo de la imagen, ha distorsionado su tamaño, ha aplicado determinados filtros, la ha recortado, o si la fotografía fue realizada ad hoc u obtenida antes de iniciar el procedimiento, etc... En algunos casos, esta información será obvia, en otras no. No parece que sea una opción viable: los textos también se manipulan, se seleccionan aquellas frases que poseen mayor poder de captar la atención, de condensar mejor una idea que se quiere transmitir. Se recortan frases, se sacan de contexto, se omite información relevante, se oscurecen referentes, se altera la gramática de una oración, entre muchas otras estrategias.

Por último, se puede dejar en manos de los abogados de las partes la posibilidad de impugnar la prueba si las imágenes aportadas por la otra parte están excesivamente manipuladas. Una manipulación excesiva debería poder resultar en la discusión de la falta de autenticidad de la prueba (art. 427.1 LEC) y su impugnación en el trámite de audiencia previa. Sin embargo, en relación con las imágenes que forman parte del propio discurso jurídico –aquellas imágenes que, por ejemplo, se reproducen en un escrito de demanda o de contestación de demanda– los mecanismos actuales de impugnación previstos en la LEC no les alcanzarían y acaso su valoración –discutir sus alteraciones y hacer evidentes al juez las decisiones que tomó su autor para resaltar o esconder tal o cual información– se habrán de reflejar en el propio escrito de contestación a la demanda o ya en la fase de conclusiones en la vista.

---

recurso de casación ante la Sala Tercera; y los otros conjuntos de reglas que allí se citan. En particular, las reglas que disciplinan la presentación de escritos procesales en EE.UU. suelen ser muy detallados en relación con aspectos tipográficos, ortográficos y de estilo.

171. Este es el caso, por ejemplo, de las *Directrices relativas al examen de los Dibujos Y Modelos Comunitarios Registrados de la Oficina de Propiedad Intelectual De La Unión Europea (EUIPO)*, aprobadas en su última versión por el Director Ejecutivo de la EUIPO el 25 de julio de 2016 (Decisión n.º EX-16-5) (entrada en vigor: 1.8.2016) (*https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/design-guidelines*) (consultado en 10.10.2016). En ellas se incluyen reglas muy detalladas acerca de cómo se ha de presentar la información visual en una solicitud de registro, entre muchas otras, reglas sobre colores a emplear en el diseño, las gamas de color a utilizar en el fondo de las fotografías, el uso de determinadas perspectivas, o el empleo en gráficos de líneas continuas o discontinuas.

4.2.3. Diferencias entre lo visual y lo textual

Las imágenes, además de su mayor capacidad para ser percibidas como un dato objetivo y verdadero y de los mayores riesgos de ser manipuladas, presentan otras diferencias frente a los textos escritos y a otros contenidos protegibles por derechos de autor. Sin ningún ánimo de ser exhaustivos, queremos referirnos a algunas de ellas, en especial, aquellas que afectan a la evaluación judicial de la similitud sustancial entre dos obras de arte.

Las imágenes se perciben inicialmente como un todo (*Gestalt*), mientras que, en el texto escrito, el conjunto solo se percibe después de la lectura de todas sus partes. Así, la visión de una imagen es sintética y la lectura de un texto escrito es secuencial y analítica. En la imagen, el primer contacto es global, unitario y, en un segundo momento, el espectador puede intentar fijarse en los detalles, en los elementos que conforman el todo[172]. En el texto, la lectura es secuencial, se va desde los detalles a la visión global o de conjunto. El tiempo resulta menos importante en la imagen que en el texto escrito, la composición musical o en contenidos audiovisuales. Esta diferencia condiciona el empleo de test para evaluar el carácter ilícito de determinados fenómenos de copia y sugiere la aplicación de test de impresión global o de conjunto en el caso de las imágenes.

Las imágenes son inmediatas. Ello comporta que se *lean* más rápidamente[173], con menos esfuerzo y más intuición[174]. Hay una confianza exagerada en que las imágenes se entienden mejor, más claramente. Parece que no hay que tener una formación o entrenamiento previos para ver y entender imágenes. Si se permite el oxímoron, el analfabetismo visual nos parece imposible. Las ilusiones ópticas –en ocasiones muy difundidas[175]– pueden contribuir, sin embargo, a reducir la confianza en las imágenes y a ser más escépticos frente a ellas.

---

172. Véase Tushnet, R., «Worth a Thousand Words...», *op. cit.*, p. 690 («[B]ecause we process images so quickly and generally, we may stop looking before we realize that critical thought should be applied to them. Pictures are perceived more as a gestalt, while texts appear to the reader in a set sequence, most or all of which needs to be processed for the whole to be understood»); y por ello, algunos autores han patrocinado el uso de un test de impresión global para las imágenes. En este sentido véase Patry, W., *Patry on Copyright*, § 9:71 («visual works can rarely be divided into chapters or paragraphs like textual works can and instead rely on perceptions of the whole to convey meaning»).
173. «Images are efficient, accessible, and memorable» (Porter, E., «Taking Images Seriously», *op. cit.*, p. 1694).
174. De hecho, el aprendizaje visual es más rápido que el lingüístico. Por ejemplo, aprender una lengua de signos para sordos es mucho más rápido que aprender otra lengua a partir de textos escritos y sonidos.
175. En 2015, la discusión pública acerca de si un vestido era azul y negro o blanco y dorado llenó millares de páginas en periódicos, y en revistas científicas como *Journal of Vision* o *Current Biology*. Véase, por ejemplo, J.S., «La ciencia confirma que el vestido de Internet es en realidad azul y negro», *El País*, 23.7.2015 (disponible en *http://elpais.com/elpais/2015/07/21/ciencia/1437467727_976825.html*). (Consultado en 12.9.2016).

El carácter intuitivo y sintético de las imágenes las acerca a la emoción y, acaso a la irracionalidad. Es claro que las imágenes sirven para impresionar[176]. Kahneman, Slovic y otros muchos psicólogos distinguen al estudiar la racionalidad humana entre el Sistema 1, intuitivo, preanalítico, intutivo, automático, y el Sistema 2, lógico, racional, deliberativo: insisten desde hace más de una generación en la influencia de la imagen de un rostro humano en el Sistema 1, que desencadena de forma inmediata y automática los afectos, la humanidad y la compasión del observador[177]. El Sistema 2 funciona como control del Sistema 1, pero, en la práctica sus exigencias son más bien laxas. En un juicio, recurrir a este Sistema 1 puede ampliar la capacidad de persuasión: para ganar el pleito puede ser más efectiva una imagen que su descripción en palabras. Así, en casos de infracción de derechos de autor, incluir la imagen de la obra artística en cuestión en el escrito de demanda en lugar de su *ekfrasis* o descripción parece dar mejores resultados[178]. Las imágenes también despiertan la empatía del observador[179]: permiten tener una experiencia más completa que la del texto escrito, más vivida, por ejemplo, acudiendo a una visión tridimensional de un mundo virtual.

La intuición y la inmediatez de las imágenes también contribuyen a una tendencia a completar aquellas que son fragmentarias o inconclusas, de un modo similar a lo que ocurre con las melodías. En cambio, en los textos esta tendencia es mucho más limitada y acaso sujeta a reglas como las de rima.

La utilización de contenidos ajenos se hace posiblemente más indispensable en el lenguaje visual que en el escrito. Las paráfrasis visuales son más complicadas que las literarias. Por ello, sorprende que las excepciones de cita previstas legalmente las permitan solo en supuestos muy acotados y sin posibilidad de ser parciales o fragmentarias (véase, en este sentido, artículo 32.1 TRLPI).

El estado de la técnica para el análisis de copias sustanciales es diferente para los textos escritos y las imágenes. Gracias al uso de big data, los programas informáticos de detección de plagio como *Turnitin* están muy desarrollados y son efectivos. En cambio, el software disponible para la comparación de dos imágenes es

176. Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 141: «La misma idea de discurso o de texto cede ante el mensaje audiovisual: de la información para reflexionar a la imagen para impresionar».

177. Slovic, P., Zionts, D., Woods, A., Woods, A., Goodman, R., y Jinks, D., «Psychic Numbing and Mass Atrocity», en E. Shafir (Ed.), *The behavioral foundations of public policy*, Princeton University Press, New Jersey, 2013, pp. 126-142 (disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=1809951*).

178. Porter, E., «Taking Images Seriously», *op. cit.*, pp. 1729-1730.

179. Gurstein, R., *The Repeal of Reticence: A History of America's Cultural and Legal Struggles over Free Speech, Obscenity, Sexual Liberation, and Modern Art*, Hill and Wang, New York, 1996: «[T]he dominance of the visual image in contemporary culture and the technology that makes it possible to capture and, in an instant universally to disseminate a picture or sound allows us, and leads us to expect, to see and hear what our great-grandparents could have known only through written description».

más rudimentario y genera más errores de todo tipo, tanto falsos positivos como falsos negativos.

Por supuesto, no todas las imágenes, ni siquiera las imágenes artísticas, son y funcionan del mismo modo. Así, por ejemplo, la pintura y la fotografía difieren: como escribió Susan Sontag, «el pintor construye, el fotógrafo revela»[180]. También, en las imágenes, habrá que distinguir entre imágenes que representen la realidad y otras que no sean figurativas. En el arte contemporáneo, en muchas ocasiones la imagen tiene una finalidad de documentación, de dato, de una experiencia artística, como una instalación o una performance.

Las imágenes también presentan diferencias con otros contenidos protegibles mediante derechos de autor. Así, por ejemplo, uno de los aspectos definitorios de las composiciones musicales no se dan en las imágenes: la música se crea para ser interpretada. También en la música, la comparación entre dos obras es más analítica y consiste en la disección en elementos y la prevalencia de la melodía como elemento para determinar una infracción y carácter secundario de otros aspectos como la armonía, el tono o la orquestación[181]. El derecho de autor no utiliza un único sistema de protección para cualesquiera tipos de obras, sino que tiene en cuenta diferentes aspectos en función del mercado relevante y las características de sus consumidores, los costes de producción y distribución de una obra y los efectos de red para su diseminación entre el público[182]. En consecuencia, creemos, no necesariamente el test a emplear para comparar dos obras de arte ha de ser idéntico al empleado para otros tipos de obras.

4.2.4. Jueces y arte

Las obras de arte conforman una categoría especial dentro del universo de imágenes a las cuales han de enfrentarse jueces y magistrados. En diferentes tipos de pleitos –no únicamente los relativos a propiedad intelectual–, los jueces han de acabar pronunciándose sobre cuestiones estéticas y las decisiones que adoptan pueden llegar a afectar al valor, al significado o, incluso, a la calificación como arte de un determinado objeto[183].

180. Sontag, S., *On Photography*, Penguin, New York, 1977, pp. 92: «The painter constructs, the photographer discloses».
181. Fishman, J., «How Law Defines Music», *op. cit.*
182. Carroll, M., «One for All: the Problem of Uniformity Cost in Intellectual Property Law», 55 *Am. U. L. Rev.* 845 (2006).
183. Un ejemplo histórico es el de la calificación de la escultura «Bird in Space» de Constatin Brancusi a efectos de determinar el porcentaje de impuestos aduaneros por su importación a EE.UU. La negativa de las autoridades aduaneras a considerarla una obra de arte motivó un pleito entre 1926 y 1928. Sobre ello, Toscano Franca Filho, M. y Lima Maia, M., «*Ceci n'est pas un oiseau* –The Judge as a Critic and the Work Of Art Concept in Tax Law», *Anamorphosis-Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 1, n. 2, julho-dezembro 2015 (traducción al inglés por Felipe Zobaran); y Fincham, D., «How Law Defines Art», 14 *J.* Marshall *Rev. Intel. Prop.* L. 314 (2015).

La posibilidad de alterar el valor estético de una obra se ha interpretado tradicionalmente como la consecuencia de una valoración judicial subjetiva que, de forma más o menos consciente, privilegia el gusto personal del propio juez frente al de los justiciables[184]. La salvaguardia de la objetividad en la función judicial, que ha operado en los últimos siglos como mandato para sortear o minimizar la discrecionalidad de jueces y magistrados, también se ha proyectado sobre la evaluación judicial del arte. En el derecho de los Estados Unidos de América, esta actitud de contención dio lugar a una tesis judicial, la denominada «doctrina de la evitabilidad» («*avoidance doctrine*»), cuyos orígenes se remontan a una sentencia del Tribunal Supremo de 1903, escrita por el magistrado Oliver Wendell Holmes (1841-1935), según quien:

> «Para personas formadas solo en derecho, erigirse en jueces últimos del valor de unas estampas ilustradas sería, fuera de los límites más estrictos y obvios, una empresa peligrosa. En un extremo, algunas obras geniales nunca serían apreciadas. Su propia novedad las haría repulsivas hasta que el público hubiera aprendido el lenguaje nuevo que su autor empleó en ellas... En el otro extremo, se privarían de derechos de autor a imágenes que agradaran a gentes menos educadas que el juez. Pero si despiertan el interés de algún público, es que tienen valor comercial –sería atrevido decir que carecen de valor estético y educativo– y el gusto de ese público no puede ser tratado con desdén»[185].

La posición de Holmes perseguía evitar establecer una frontera entre arte popular y arte elitista en la valoración de unos posters comerciales y su protección jurídica mediante derechos de propiedad intelectual. El párrafo transcrito, un *obiter dictum* y no la razón detrás del fallo en el asunto, ilustra los tres problemas básicos asociados a la evaluación judicial del arte. En primer lugar, los jueces –no era el caso de Holmes– pueden carecer de formación o habilidades especiales para examinar, interpretar o apreciar una determinada obra. En segundo lugar, la valoración de la belleza se ha concebido tradicionalmente como una cuestión inherentemente subjetiva: *de gustibus non est estipandum*. La filosofía pragmática que informó la vida y la obra del juez Holmes alababa la experimentación y la variedad. Y, por último, la evaluación judicial del arte comporta un riesgo de censura

184. Véanse para críticas de esta suerte, Cohen, A., «Copyright Law and the Myth of Objectivity: The Idea-Expression Dichotomy and the Inevitability of Artistic Value Judgments», 66 *Indiana Law Journal* 175 (1990); y Said, Z., «Reforming Copyright Interpretation», 28 *Harvard Journal of Law and Technology* 469 (2015).

185. «It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke.... At the other end, copyright would be denied to pictures which appealed to a public less educated than the judge. Yet if they command the interest of any public, they have a commercial value –it would be bold to say that they have not an aesthetic and educational value– and the taste of any public is not to be treated with contempt» (*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251-52 (1903)).

y el sesgo del propio gusto del juez. La advertencia anticipa otra de las creaciones jurisprudenciales más influyentes del juez Holmes: el mercado de las ideas.

A pesar de estos problemas, el objeto del pleito o las pretensiones de cada una de las partes obligarán a los jueces en ocasiones a decidir cuestiones estéticas que afectarán al reconocimiento de una determinada obra y a su estatus artístico[186]. Hay cuestiones –y, en particular, a lo que nos interesa, la determinación de si una obra es copia sustancial de otra– que conllevan, de forma más o menos velada, un juicio estético. Los test utilizados en la mayoría de jurisdicciones para determinar qué constituye una copia sustancial que hemos presentado consisten en la comparación de los elementos expresivos de las dos obras en liza. Esta aproximación responde a un enfoque estético formalista. Sin embargo, no es un enfoque constante en otro tipo de casos que afectan a obras de arte, ni tampoco parece ser la concepción dominante en la actualidad para entender qué es el arte y qué hace que un objeto pueda considerarse una obra artística[187].

Podemos identificar tres grandes grupos de teorías estéticas sobre qué es el arte: formalismo, intencionalismo e institucionalismo. Los párrafos siguientes presentan, de forma muy resumida y por tanto sin los matices necesarios, una visión de los tres grupos de teorías[188].

Las tesis formalistas se basan en la identificación de aquellos aspectos en un objeto que provocan una emoción o reacción estética[189]. Tales aspectos y su calidad son los que dotan a un objeto de su calificación como obra de arte[190]. Tradicionalmente, el arte se ha venido entendiendo como una representación o mimesis de la naturaleza[191]: según estas concepciones, es arte aquello que imita la naturaleza, que sirve de representación más o menos idealizada del mundo. Después, aparecieron tesis que centraron la discusión del arte en su capacidad para transmitir determinadas impresiones de este mundo: ya no es la estrategia de imitación o mimesis la que define el arte, sino la posibilidad de que una obra exprese y haga visibles al público determinados estados mentales de su autor,

186. Véanse Polakovic, R., «Should the Bauhaus Be in the Copyright Doghouse? Rethinking Conceptual Separability», 64 *University of Colorado Law Review* 871 (1993); Yen, A., «Copyright Opinions and Aesthetic Theory», 71 *Southern California Law Review* 247 (1998); Walker, R.K., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments in Copyright Law: A Community of Practice Standard», 109 *Northwestern University Law Review* 343 (2015).
187. Walker, R.K., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments...», *op. cit.*, p. 372.
188. Para una introducción a la estética, véase Givone, S., *Historia de la estética*, Tecnos, Madrid, 1999.
189. Yen, A., «Copyright Opinions and Aesthetic Theory», *op. cit.*, p. 253.
190. Las tesis formalistas también suelen conocerse como tesis esencialistas, ya que postulan que existen condiciones necesarias y suficientes para definir una obra de arte y dotarla pues de una esencia. Véase Farley, C.H., «Judging Art», 79 *Tulane Law Review* 805 (2005), p. 841.
191. El tratamiento clásico puede encontrarse en *La República* de Platón y en la *Poética* de Aristóteles.

como sentimientos o emociones, con independencia de la intención del autor. Otras teorías formalistas se centran únicamente en aquellos aspectos o cualidades formales de la obra –tales como la composición, la utilización de líneas, puntos, planos y colores– que hacen despertar una sensación estética[192]. La intención del autor, su biografía y su ideología resultan también irrelevantes para la apreciación e interpretación de la obra en cuestión. En sus concepciones más extremas, las tesis formalistas prometen una interpretación única y correcta de una obra[193]. La belleza no depende de quien mira, sino de características objetivas de la obra y empíricamente contrastables. El tratamiento judicial de muchas cuestiones relacionadas con obras de arte se asemeja a una concepción estética formalista. Así, la valoración de la originalidad, especialmente en obras de arte aplicado o funcionales, o la disección de obras, de elementos no protegidos, diferentes a la expresión, evitan examinar las intenciones de su autor o las respuestas que generan en el público.

Las tesis intencionalistas se basan en la intención o voluntad del autor de una obra. Si una persona persigue transmitir un mensaje al que dota de estatus artístico entonces el objeto creado puede entenderse como una obra de arte. A la hora de interpretar la obra en cuestión, será preciso determinar qué quería expresar u ocultar su autor. En algunos casos, identificar la intención de un autor resultará complicado o incierto; en otros casos, las manifestaciones del autor pueden ser interesadas o engañosas. En derecho de autor, la intención del autor resulta relevante en el examen de la licitud de una parodia[194]. En algunos ordenamientos, también resulta relevante para contrastar si, a efectos de invocar la defensa de un uso lícito (*fair use*), se ha llevado a cabo un uso suficientemente transformativo[195].

Las tesis institucionalistas enfatizan el papel de los destinatarios de las obras de arte, así como de todo el entramado institucional construido alrededor del arte. Muchos y varios antecedentes –desde la obra de Wittgenstein hasta la semiótica

192. Para una concepción formalista moderna e influyente, véase Beardsley, M., *The Aesthetic Point of View*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1982. Para este filósofo del arte y la estética, una obra de arte es «*either an arrangement of conditions intended to be capable of affording an experience with marked aesthetic character or (incidentally) an arrangement belonging to a class or type of arrangements that is typically intended to have this capacity*» (p. 299).

193. Walker, R.K., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments...», *op. cit.*, p. 354.

194. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 3 de septiembre de 2014, asunto C-201/13, Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen y otros (TJCE 2014, 247): «20. [...] la parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca».

195. Algunos autores han mostrado cómo el examen de la intención de un artista para determinar si un uso es transformativo induce a algunos a reconstruir su mensaje ex post y a otros a no poder defenderse. Véanse Adler, A., «Fair Use and the Future of Art», *op. cit.*; y Jasiewicz, M.I., «"A Dangerous Undertaking": The Problem of Intentionalism and Promise of Expert Testimony in Appropriation Art Infringement Cases», 26 *Yale Journal of Law and the Humanities* 143 (2014).

y el posestructuralismo de Roland Barthes– han contribuido al desarrollo de diferentes enfoques institucionalistas. Para algunas tesis («teorías de la respuesta del lector» («*Reader-Response Theory*»[196])), una obra carece de un significado único y universal y su interpretación va a depender de las habilidades y conocimientos de cada lector individual. Algunos lectores o espectadores pueden estar mucho más dotados que otros, lo que permite inferir la posibilidad de un «lector ideal» o «audiencia ideal» hipotéticos[197]. En el límite, acaso la audiencia más dotada para aseverar el estatus artístico de una obra, así como su interpretación y su valor estético, es la formada por los miembros del «mundo del arte» (*artworld*).

La noción institucional de «mundo del arte» fue avanzada por uno de los filósofos y críticos de arte más influyentes del siglo XX: Arthur Danto (1924-2013)[198]. Para Danto, «un objeto es una obra de arte si y solo si (i) trata de un tema (ii) sobre el cual proyecta una actitud o un punto de vista –esto es, tiene un estilo–; (iii) por medio de una elipsis retórica (usualmente metafórica) que invita a la audiencia a participar para rellenar aquello que falta; y (iv) la obra en cuestión y sus interpretaciones requieren de un contexto histórico-artístico»[199]. Este contexto es condición necesaria y conforma lo que Danto llamó «artworld». Posteriormente, George Dickie ha sido quien ha contribuido más al desarrollo del institucionalismo estético. Para Dickie[200]: (1) un artista es una persona que participa conscientemente en la realización de una obra de arte; (2) una obra de arte es un artefacto creado para ser presentado a un público del mundo del arte; (3) un público es un conjunto de personas preparadas hasta cierto grado para comprender un objeto que se les presenta; (4) el mundo del arte es la totalidad de todos los sistemas del mundo de arte; y (5) un sistema del mundo del arte es un marco para la presentación de una obra de arte por un artista a un público del mundo del arte. Estos sistemas del mundo del arte pueden ser muy sofisticados y, con frecuencia, autorreferenciales.

Las tesis institucionalistas dominan la estética y la crítica del arte actual y cuentan con mucho arraigo en la discusión del arte contemporáneo. Por supuesto, han sido muy criticadas, entre otros motivos, por dejar fuera a los *outsiders*, al arte no occidental, y, sobre todo, a milenios de historia de objetos que operaban en un entramado institucional que no presentaba las características que se describen del mundo del arte.

196. Jaszi, P., «Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"», 1991 *Duke Law Journal* 455 (1991). Véase también, fuera del derecho, Eco, U., *Opera Aperta*, Bompiani, Milán, 1962.
197. Walker, R.K., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments...», *op. cit.*, p. 357.
198. Danto, A., The Transfiguration of the Commonplace, Harvard University Press, Cambridge, 1981.
199. Adajian, T., «The Definition of Art», en Zalta, E. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 edition) (URL: *http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/art-definition/*).
200. Dickie, G., *The Art Circle*, Haven, New York, 1984.

La comparación de dos obras para determinar si una es copia sustancial de otra recurre de forma predominante a un enfoque estético formalista. La operación consiste en relacionar aspectos formales o expresivos de una y otra obra, sin considerar la intención del autor de cada una de ellas y, en particular, el significado que el autor de la última de ellas puede generar. Tampoco interesa que los espectadores puedan percibir las dos obras de manera diferente y atribuirle significados diferentes. Así las cosas, interesa solamente el significante y no el significado en las tareas de comparación de dos imágenes, que llevan a cabo la mayoría de tribunales en las jurisdicciones que hemos examinado.

Con todo, la utilización de un estándar como el del observador razonable al que se destina la obra puede estar permeado por nociones propias de una teoría institucionalista del arte: se considera la perspectiva del destinatario de la obra, aunque en realidad, la valoración que este observador ha de realizar se centra en exclusiva en cuestiones formales (el significante solo). Acudir a este estándar y moldearlo en función de las obras objeto del pleito lleva al juicio el mundo del arte: si finalmente es un experto conocedor de un determinado sector de producción artística –de un particular sistema del mundo del arte– quien ha de ofrecer la guía que utilizará el juez para resolver el asunto, el fallo estará informado por prácticas, consideraciones y valoraciones de orden institucional. La decisión no se hará al margen del sector en cuestión en el que se han producido las obras de ambas partes. El problema será, como tendremos ocasión de mencionar, identificar cuál es el sector particular –el entramado institucional– para el que se ha de adoptar la decisión y del que habrán de formar parte los expertos que emitan su opinión acerca de las obras en liza.

4.3. SESGOS COGNITIVOS PRESENTES EN LOS PLEITOS POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

4.3.1. Racionalidad sesgada

El conocimiento por los jueces del lenguaje visual y de sus trampas, así como de la historia y de la práctica del arte, podrán ahuyentar decisiones de un pleito subjetivas, intuitivas o basadas en sus gustos personales, pero no podrán impedir que otro peligros afecten al juicio de aquellos: los sesgos cognitivos que son ingénitos a los humanos, jueces incluidos, y que socavan la racionalidad de sus decisiones[201].

En la toma de decisiones, los individuos con frecuencia utilizamos ciertos atajos mentales, a los que los psicólogos denominan reglas heurísticas. En la mayoría de supuestos, el uso de estos atajos nos lleva a las elecciones más adecuadas, pero en otros casos, generan errores sistemáticos en la adopción de nuestras de-

201. Los jueces también sufren tales sesgos. Véase Guthrie, C., Rachlinski, J., y Wistrich, A., «Inside the Judicial Mind», 86 *Cornell Law Review* 777 (2001).

cisiones. Estos errores o sesgos cognitivos constituyen patrones sistemáticos de comportamiento que inciden en el tratamiento de la información que recibimos y nos alejan de la decisión que sería racional y que adoptaríamos sin ninguna afectación.

Las decisiones que adoptan los individuos implicados en un procedimiento por infracción de derechos de autor, sean estos las partes en el pleito o el juez que ha de resolverlo, así como los diferentes profesionales presentes, están también afectadas por sesgos cognitivos. La concurrencia de estos patrones complica la aplicación de los test de comparación para decidir acerca de la infracción del derecho exclusivo de reproducción y pone en duda el estándar del observador medio y razonable que se emplea habitualmente en esta materia[202].

En los últimos treinta años, la psicología aplicada al derecho y a la economía ha contribuido a una nutrida bibliografía con el ánimo de identificar aquellas causas que afectan a una toma de decisiones informada y razonable y, más en particular, a las soluciones que pueden servir para frenar o minimizar los efectos de tales sesgos y condicionantes[203]. Las páginas siguientes resumen los principales sesgos cognitivos identificados por la bibliografía relevante en materia de psicología y derechos de propiedad intelectual y analizan, en particular, su incidencia en los juicios de similitud sustancial e infracción de derechos de autor.

4.3.2. Utilización de anclajes («anchoring») y marcos («framing»)

La manera de presentar la información que recibe quien debe adoptar una decisión influye en el sentido de esta[204]. Así el contexto en el que se enmarca la cuestión a contestar condiciona su contenido. Cambios en el color, la textura, la

202. Por todos, véase Manta, I., «Reasonable Copyright», 53 *Boston College Law Review* 1303 (2012).

203. Algunas referencias básicas son Jolls, C. et al., «A Behavioral Approach to Law and Economics», 50 *Stanford Law Review* 1471 (1998); Korobkin, R., y Ulen, T., «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», 88 *California Law Review* 1051 (2000); y Kahneman, D., *Thinking, fast and slow*, Allen Lane, 2011.

204. En un experimento muy conocido, Amos Twersky y Daniel Kahneman preguntaron a los participantes que eligieran entre dos tratamientos médicos para un grupo de 600 afectados de una enfermedad mortal. En el primer grupo, los sujetos debían escoger entre el tratamiento A («200 personas van a salvarse») o entre el tratamiento B («Hay una probabilidad del 33% de que se salven 600 personas y una probabilidad del 66% de que no se salve ninguno»). En el segundo grupo, la información se ofrecía de forma negativa: debían escoger entre el tratamiento A («400 personas van a morir») o el tratamiento B («Hay una probabilidad del 33% de que no muera nadie y una probabilidad del 66% de que mueran las 600 personas»). A pesar de que las cuatro opciones tienen las mismas consecuencias, en el primer grupo un 72% de los participantes escogieron el tratamiento A, mientras que en el segundo grupo solo un 22% escogieron este tratamiento. Véase Twersky, A., y Kahneman, D., «The Framing of decisions and the psychology of choice», *Science,* Vol. 211, Issue 4481 (1981), pp. 453-458.

forma, el tamaño de las imágenes en conflicto pueden concebirse como marcos que son susceptibles de afectar a las decisiones acerca de su similitud[205]. Pero también, y a pesar de corregirse estos factores, la secuencia con la que se muestran las dos imágenes a un sujeto y a qué información se le da más relevancia puede influir el contenido de la decisión ulterior.

El sesgo cognitivo del anclaje deriva de la tendencia a fijar puntos de referencia de forma arbitraria y que pueden influir la decisión de una persona. Por ejemplo, en un experimento, la mitad de los participantes fueron informados de que 50.000 personas fallecían en accidentes de tráfico en EE.UU. cada año. La otra mitad fue informada de que 1.000 personas fallecían en electrocuciones cada año en aquel país. Luego se les preguntaba que estimasen el número de víctimas en otro tipo de eventos. Los participantes del primer grupo tendían a ofrecer estimaciones más elevadas que los del segundo grupo, ya que tomaban la cifra de 50.000 como punto de referencia[206]. En el ámbito jurídico, este sesgo de anclaje es particularmente relevante en la fijación de indemnizaciones de daños y perjuicios y, en particular, del daño moral. Se ha comprobado experimentalmente que si se solicita una indemnización elevada por daño moral, un jurado tendrá una tendencia a no alejarse del importe reclamado, ya que se tomaría como anclaje de la decisión[207].

El sesgo de anclaje puede tener otras consecuencias diferentes a la de la fijación de importes indemnizatorios. En los procesos por infracción de derechos de autor, el juez debe comparar la obra del demandado con la del actor y puede, con ello, tomar como punto de anclaje esta última[208]. En un juicio de comparación, resultará inevitable tomar en consideración ambas obras para evaluar la infrac-

205. Así, por ejemplo, en el ámbito de la similitud entre obras musicales, un estudio reciente ha mostrado cómo el hecho de presentar grabaciones musicales de las obras en liza al oyente influye a una mayor constatación de una infracción que si se presentan los elementos compositivos de ambas obras. En este sentido, Lund, J., «An Empirical Examination of the Lay Listener Test in Music Composition Copyright Infringement», 11 *Va. Sports & Ent. L. J.* 137 (2011)). En particular, Lund mostró que jurados simulados resolvían en un 86% de los casos que dos obras musicales eran sustancialmente similares cuando se ejecutaban de un modo similar mientras que cuando la ejecución o interpretación era diferente, en un 84% de los casos decidían que las obras no eran similares.

206. Slovic, P., Fischhoff, B., y Lichtenstein, S., «Facts versus Fears: Understanding Perceived Risk», en Kahneman, D., Slovic, P., y Twersky, A. (Eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

207. En un experimento, se organizaron diferentes jurados que debían conceder una indemnización por la muerte de dos niños en un accidente de trabajo. En un grupo de participantes, el abogado de la parte actora solicitaba una indemnización de 2 millones de dólares, mientras que en el otro grupo, el abogado pedía un importe de 20 millones. Los jurados en el primer grupo concedieron indemnizaciones medias de 1 millón de dólares mientras que los del segundo otorgaron importes medios de 9 millones de dólares (Hinsz, V., y Indahl, K., «Assimilation to Anchors for Damages Awards in a Mock Trial», 25 *J. Applied Soc. Pychol.* 991 (1995)).

208. En el análisis de una infracción del derecho de reproducción, el focus se produce sobre

ción pero el hecho de que el punto de partida sea la obra del demandante puede condicionar a que el observador esté más predispuesto a exagerar la similitud entre ambas[209]. Muy probablemente, un observador independiente que desconociera el rol procesal de los dos autores de las obras contrapuestas estaría menos condicionado a encontrar las similitudes entre ellas.

Partiendo del modelo clásico de similitud de Amos Tversky[210], la similitud entre dos objetos A y B es una función de los atributos que tienen en común, de los atributos que tenga A y que no tenga B, y de los atributos que tenga B y que no tenga A, además de su carácter más o menos prominente. Formalmente, Amos Tverski emplea la siguiente anotación[211]:

$$s\,(A,B) = \theta f\,(A \cap B) - \alpha f\,(A-B) - \beta f\,(B-A)$$

Las decisiones acerca de la similitud entre dos obras no son simétricas o transitivas[212]. No es lo mismo comparar A con B que B con A. Amos Tversky señaló que la formulación de la pregunta afecta a la respuesta: no es lo mismo preguntar si A se parece a B, que si B se parece a A. El mismo Tversky señalaba que las gentes están más dispuestas a afirmar que los hijos se parecen a los padres que los padres se parecen a los hijos. Para Tversky, las gentes tienden a encontrar más similitudes cuando el elemento principal sirve de referente de comparación: así, en el experimento que llevó a cabo, comprobó cómo los sujetos tendían a estar más de acuerdo con la afirmación «México es similar a los Estados Unidos» que con la afirmación «Estados Unidos es similar a México».

A la hora de juzgar la similitud entre dos obras, otro elemento a considerar en relación con el empleo de anclajes o de marcos es si resulta más adecuado comparar las similitudes o las diferencias entre ellas[213]. No es lo mismo apreciar diferencias (α (A-B) + β (B-A)) que apreciar similitudes (θ (A∩B)) y poner el énfasis en unas u otras puede condicionar el fallo en un pleito. Cuando se toma un elemento como referente en la comparación, los sujetos estarían más dispuestos a asignar un peso superior a los elementos únicos de este elemento y a no tener

todo en la obra anterior. En el análisis de una infracción del derecho de transformación, el focus se produce sobre todo en la obra posterior.

209. Manta, I., «Reasonable Copyright», *op. cit.*, p. 1342.

210. Tversky, A., «Features of Similarity», 84 *Psychological Review* 327 (1977).

211. La similitud entre dos elementos A y B, *s(A,B)*, resulta de una combinación lineal de diferentes grupos de rasgos. En primer lugar *(A ∩ B)* representa las características que ambos elementos comparten. *(A-B)* representa las características que A tiene pero de las que B carece. *(B-A)* representa las características que tiene B pero que no se encuentran en A. Los términos θ, α y β reflejan las medidas de relevancia que se dé a cada subgrupo de atributos y se asume que la función *f* es aditiva.

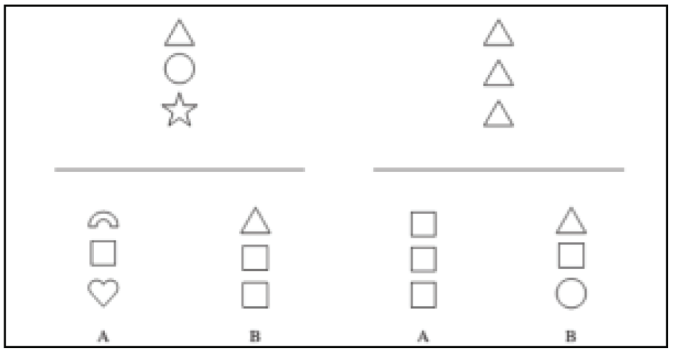
212. Tushnet, R., «Seeing Like a Copyright Lawyer: Judging Similarity in Copyright Cases», *JOTWELL* (September 9, 2014).

213. Klonick, K., «Comparing Apples to Applejacks: Cognitive Science Concepts and Similarity Judgment and Derivative Works», 60 *Journal of the Copyright Society of the USA* 365 (2013), p. 376.

tan presentes los elementos únicos del otro elemento. Así pues, un sujeto a quien se pregunta por el grado de semejanza entre dos objetos tenderá a otorgar un peso mayor a los rasgos comunes entre ellos, mientras que otro, a quien se pregunta por el grado de diferencia, se centrará en destacar aquellos elementos más divergentes. El modelo de Tversky muestra, pues, que dependiendo de cómo se formula una pregunta –cuál es el elemento de partida y qué hay que hacer, buscar similitudes o buscar diferencias– la respuesta podrá diferir.

Un test basado en el *total concept and feel* es más neutral en cuanto a la utilización de marcos, ya que parte de una impresión global en que los destinatarios observan tanto semejanzas como diferencias. En cambio, otros criterios, en particular, las operaciones de disección de las obras, pueden hacer más salientes las diferencias y, por ello, conllevar que los observadores refuercen este elemento y concluyan que las obras no son similares[214].

El modelo de Tversky resulta demasiado simple para comparar objetos que presentan una estructura más rica que la identificación de semejanzas y diferencias y, por ello, modelos posteriores han desarrollado la noción de similitud relacional. Algunos de estos tienen en cuenta una estructura relacional en la que se ordenan características de forma jerárquica (partes y subpartes) o de una forma proposicional[215]. Así, la comparación implica no únicamente la identificación de semejanzas, sino también la determinación de en qué forma tales semejanzas se alinean o relacionan con otras, por ejemplo, en el sentido de qué papel juegan en el objeto en cuestión[216]. Por ejemplo, una camisa con los botones rojos y una gabardina con el forro interior de color rojo comparten la característica «rojo», pero difícilmente podrá concluirse que esta característica incrementa la similitud entre ambos objetos. La siguiente ilustración muestra cómo se puede contrastar la similitud relacional entre dos objetos[217]:



214. Ibidem, p. 381 y 385.
215. Goldstone, R., «The role of similarity in categorization: Providing a groundwork», 52 *Cognition* 125 (1994).
216. *Ibidem.*
217. Klonick, K., «Comparing Apples to Applejacks...», *op. cit.*, p. 379.

En el supuesto de la izquierda, los observadores deciden mayoritariamente que la figura B se asemeja más al referente (similitud en los atributos); mientras que en el supuesto de la derecha, los observadores deciden mayormente que la figura A es la más semejante al referente (similitud relacional): dan más importancia a la organización y la estructura de relaciones entre las tres figuras que a la coincidencia formal de un triángulo[218].

Puede discutirse si esta similitud relacional es más importante a efectos de un juicio de comparación de dos obras visuales que el examen de la similitud de atributos. La similitud relacional se centra en el contexto, en las finalidades perseguidas por el autor, en su disposición en la obra, mientras que la similitud entre atributos compara solamente características específicas expresivas de dos elementos[219].

4.3.3. Sesgo retrospectivo («Hindsight Bias»)

El sesgo retrospectivo es inherente a cualquier tipo de decisión sobre la responsabilidad que se realiza *ex post*, una vez el hecho que está en su origen ya ha tenido lugar. A toro pasado, un observador tiende a creer que las probabilidades de que unos hechos ocurrieran o de que ocurrieran de tal o cual manera eran superiores a las que fueron en realidad o a las que habría pronosticado si se le hubiera preguntado *ex ante*[220].

Una primera manifestación de este sesgo en los pleitos sobre similitud sustancial es una mayor propensión a estimar que se produce una infracción. Un juez puede primero inferir que si vale la pena copiar una obra habrá también

218. *Ibidem*, p. 379.
219. *Ibidem*, p. 382.
220. El artículo seminal es Fischhoff, B., «Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty», 1 *J. of Experimental Psychol.: Hum. Perception & Performance* 288 (1975). El trabajo describe el experimento al que Fischhoff sometió a un grupo de individuos, a los que se proporcionó información sobre un episodio bélico entre las tropas británicas y los Gurkas de Nepal en la India de principios del siglo XIX y se les preguntaba que estimaran cuál podía ser la probabilidad ex ante de que el conflicto terminará en una de las siguientes situaciones: victoria británica, victoria de los Gurkas, acuerdo de paz, o un empate militar. La muestra de individuos se dividió en cinco grupos: un primer grupo no recibió ningún tipo de información sobre cómo finalizó el conflicto. Los otros cuatro pudieron leer, cada uno, una frase en la que se señalaba que el conflicto había terminado con una de las cuatro opciones antes indicadas. El experimento mostró cómo los individuos que recibían información sobre un resultado determinado tendían a otorgar más probabilidad ex ante a ese resultado que los miembros de otros grupos. Véase también Kamin, K., y Rachlinski, J., «Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight», 19 *Law & Hum. Behav.* 89 (1995) (describiendo varios trabajos que han mostrado cómo el sesgo retrospectivo afecta decisiones tales como las de cirujanos acerca de los resultados de intervenciones quirúrgicas, las de médicos acerca de un diagnóstico, las de mujeres acerca de pruebas de embarazo o las de votantes acerca de los resultados electorales).

motivos para protegerla[221]. También, segundo, que si el autor de la obra copiada se tomó la molestia de iniciar un pleito es que en parte lo hizo confiando en su razón.

El sesgo retrospectivo se relaciona también con el *Reverse halo effect*, el sesgo de inferir a partir de un acto concreto de ilicitud una actitud ilícita global. Si alguien ya está dispuesto a copiar, seguramente estará dispuesto a copiar de un modo ilícito. Hay una cierta asunción de que copiar es incorrecto o reprobable, que hay cierta mala fe o cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que acaba contaminando todo la apreciación judicial[222].

En el caso de la aplicación de test de copia sustancial, este sesgo también afecta a la decisión del adjudicador, a la hora de proceder a realizar una comparación o contrastación entre las obras en liza: el juzgador ya conoce que se ha producido la copia, que no ha habido una creación independiente por parte del demandado, sino que este necesariamente conocía la obra previa del demandante y la copió o se inspiró de algún modo en ella. Esto es, la decisión acerca de si la copia ha sido sustancial –es decir, si ha habido una apropiación sobre la expresión de la obra del actor– sucede a la decisión acerca de si se ha producido una copia y, por ello, el conocimiento del hecho de la copia puede incrementar la creencia, la propensión al juicio normativo, de que dicha copia es a su vez ilícita. Este resultado se ha mostrado experimentalmente a partir de estudios realizados a partir de la observación entre dos imágenes. Shyamkrishna Balganesh, Irina D. Manta y Tess Wilkinson-Ryan, tres profesores de derecho, han mostrado que si el observador de dos imágenes similares conoce de antemano que el autor de una de ellas copió la otra se muestra más propenso a decidir que se ha producido una copia ilícita y, por tanto, una infracción de derechos de autor[223]. Según estos autores, el hecho de conocer previamente que el autor de una obra tuvo acceso a la otra con la que se le compara y que copió de ella incrementa la apreciación del carácter sustancial de la similitud entre ambas y de su ilicitud. Parte del problema, según Manta, es que el test funciona de forma binaria, a diferencia de lo que ocurre con los test propios de la infracción marcaria, donde se tienen en consideración varios elementos[224].

221. Balganesh, S., «Foreseeability and Copyright Incentives», 122 *Harvard Law Review* 1569(2009), p. 1631.
222. Mckenzie, L., «Drawing Lines: Addressing Cognitive Bias in Art Appropriation Cases», 20 *UCLA Entertainment Law Review* 83 (2013), págs. 96-98.
223. Balganesh, S., Manta, I., y Wilkinson-Ryan, T., «Judging Similarity», 100 *Iowa Law Review* 267 (2014). En el primer experimento descrito en el trabajo, los individuos que participaron tenían que calificar en una escala del 0 al 7 el grado de semejanza entre varias parejas de obras –tomados de distintos pleitos norteamericanos en derecho de autor. Aquellos individuos que formaron parte del grupo que recibió la información adicional de que el autor de una de las obras había copiado al otro tendieron a atribuir, de forma estadísticamente significativa, un mayor grado de semejanza a las obras.
224. Manta, I., «Reasonable Copyright», *op. cit.*, p. 1340.

En cualquier caso, ignorar información obvia es una tarea cognitiva muy ardua. Decidir sobre la semejanza de dos obras cuando se conoce que el demandado tuvo acceso a la primera de las obras y la copió es muy complicado. El rol del experto para mostrar cómo fenómenos de copia y de apropiación son usuales y aceptados por el mundo del arte puede contribuir a reducir los efectos de este sesgo cognitivo.

4.3.4. Sesgo de confirmación («Confirmation Bias»)

El sesgo de confirmación consiste en la reafirmación de creencias, expectativas o hipótesis a partir de una interpretación o valoración sesgadas de la prueba. Esto es, el sujeto tiende a examinar e interpretar la prueba de modo que esta confirma sus intuiciones iniciales acerca de la decisión a tomar.

En el ámbito de la similitud sustancial, un juez puede concluir, a partir de apreciar algunos rasgos similares entre la obra original y la obra del demandado, que otros rasgos de las mismas obras guardan también similitud y en un grado superior del que concluiría si no tuviera en cuenta la información inicial[225]. Así, por ejemplo, el hecho de que se detecten similitudes importantes entre aspectos no protegidos de ambas obras (ideas, tema, función, estilo, etc.), puede llevar al observador a exagerar o dar un peso superior a las similitudes que se presentan en la expresión protegible. En el caso de las imágenes, dado el carácter holístico de la obra, el alcance de este sesgo es más dudoso. Las dificultades de separar elementos protegibles de los elementos que no lo son comportan que la información que recibe el sujeto no sea secuencial.

Con todo, parece que proporcionar mucha información al observador acerca de aspectos no protegibles puede incrementar las probabilidades de que este decida que se ha producido una infracción. Así, una serie de experimentos llevados a cabo por Shyamkrishna Balganesh, Irina D. Manta y Tess Wilkinson-Ryan han mostrado que proporcionar información al observador acerca del proceso creativo seguido por el autor de la obra preexistente aumenta la probabilidad de que el observador decida que la obra posterior es sustancialmente similar a aquella[226].

225. *Ibidem*, p. 1342.

226. Balganesh, S., Manta, I., y Wilkinson-Ryan, T., «Judging Similarity», *op. cit.* En el segundo experimento que llevaron a cabo estos autores, analizaron si el hecho de conocer que el autor de la obra original había invertido tiempo y esfuerzo en crearla o si el hecho de que la aparición de la segunda obra hubiera tenido un impacto económico negativo influían en la decisión acerca de la similitud entre obras. El experimento reveló que la primera información sí afectaba significativamente a la decisión sobre la similitud substancial entre las dos obras en liza, resultado que los autores atribuyen al papel desempeñado, no solo por el sesgo de confirmación, sino especialmente por fenómenos de «motivated cognition», o la tendencia a realizar atribuciones o imputaciones a partir de premisas morales.

4.3.5. Sobreconfianza («Overconfidence Effect»)

Los individuos solemos confiar en exceso en nuestras propias capacidades para tomar decisiones. Creemos que estamos mejor preparados de lo que lo estamos para decidir y con frecuencia nos equivocamos en nuestras elecciones. Los individuos sobrestimamos nuestras habilidades, tendemos a consideran que nuestras aptitudes nos sitúan sobre la media de nuestros pares y solemos otorgar mayor crédito a la corrección de nuestras creencias que a la verdad de las de los otros.

Un efecto claro de este efecto es la tendencia a no considerar otras opiniones o alternativas posibles. En un procedimiento judicial en el cual el adjudicador ha de escuchar necesariamente alternativas de las dos partes en el pleito, este efecto quedará más matizado, pero aun así puede sesgar la decisión del juez.

La interacción de este efecto con sesgos culturales complica la aplicación de test judiciales. Algunos autores han estudiado cómo afecta la ideología o la identidad cultural en la toma de decisiones o en la formación de preferencias de política pública[227]. En un trabajo reciente, Dan Kahan y su equipo de investigadores mostraron cómo las preferencias culturales de los individuos afectaban la percepción de un video de una persecución policial que el Tribunal Supremo americano incluyó en su sentencia en el asunto *Scoott v. Harris*, cuyo magistrado ponente señaló que la grabación «hablaba por sí misma». A pesar de la pretendida claridad del video, las interpretaciones de los espectadores no fueron unánimes sino que dependieron mucho del patrón cultural de cada uno de ellos[228]. Una forma de mitigación de este efecto consiste en acudir al criterio de expertos para la toma de la decisión en cuestión.

4.3.6. Efecto dotación («Endowment Effect»)

En pocas palabras, el efecto dotación describe aquel sesgo por medio del cual un sujeto atribuye mayor valor a un bien por el hecho de que este esté en su poder. La titularidad de algún derecho o facultad sobre un bien, han mostrado varios experimentos, comporta que un sujeto otorgue una valoración superior de

227. Entre otros, véanse Kahan, D., Hoffman, D., Evans, D., Devins, N., Luci, E., y Cheng, K., «"Ideology" or "Situation Sense"? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment», 116 *University of Pennsylvania Law Review* 349 (2016) (discutiendo cómo determinadas ideologías y sesgos culturales afectan a la decisión sobre aspectos jurídicos de diferentes grupos, entre ellos, jueces, abogados y estudiantes de derecho); y Kahan, D., Hoffman, D., Evans, D., Braman, D.,y Rachlinski, J., «"They Saw a Protest": Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction», 64 *Stanford Law Review* 851 (2012) (describiendo un experimento sobre cómo la ideología de los sujetos condiciona la valoración de una manifestación y su legitimidad).

228. Kahan, D., Hoffman, D., y Braman, D., «Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism», 122 *Harvard Law Review* 837 (2009).

este si ha de desprenderse de él a la valoración que le daría si hubiera de adquirir el mismo bien de un tercero[229].

Trabajos experimentales recientes de los profesores de derecho Christopher Buccafusco y Christopher Jon Sprigman han identificado implicaciones de este efecto también en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, que ponen trabas a un funcionamiento eficiente del mercado en este sector[230]. Señalan, por ejemplo, que los autores de obras protegidas por derechos de autor tienden a sobreestimar su valoración si aquellas son el resultado de una decisión propia –no son encargos–, y especialmente, si han de invertir tiempo y esfuerzo en su desarrollo.

Hay otras posibles manifestaciones posibles del efecto dotación. Así, un autor al que copian puede creer que su obra tiene mayor valor por el mero hecho de ser copiada. La existencia de este efecto dotación puede proporcionar más incentivos a este autor a acudir al auxilio de los tribunales.

4.3.7. Cautelas en la aplicación judicial del test

La discusión sobre los sesgos cognitivos presentes en operaciones de observación y comparación de dos imágenes u obras visuales sugiere la adopción de determinadas cautelas para la aplicación de un test. En particular, los jueces o los sujetos implicados en tomar una decisión acerca de la similitud sustancial entre dos imágenes habrían de:

i. Evitar que la información sobre el acceso o conocimiento por el demandado a la obra del demandante pueda sesgar o condicionar la decisión acerca del carácter ilícito de una copia.

ii. Considerar las diferencias que implica utilizar un test de impresión global y otro de disección, en el cual se tengan en cuenta únicamente las similitudes relativas a aquellos aspectos protegidos por derechos de autor.

iii. Proceder a repetir el empleo de un test de comparación a partir de diferentes puntos de vista. Así, pueden acudir a las siguientes operaciones: comparar la obra del demandado a la del demandante; comparar la obra del demandante a la del demandado; buscar las similitudes entre ambas obras; y buscar las diferencias entre ambas obras.

iv. Distinguir entre semejanzas relacionales y semejanzas en los atributos en ambas obras.

229. Korobkin, R., «The Endowment Effect and Legal Analysis», 97 *Northwestern University Law Review* 1227 (2003).

230. Buccafusco, C., y Sprigman, C.J., «Valuing Intellectual Property: An Experiment», 96 *Cornell Law Review* 1 (2010); Buccafusco, C., y Sprigman, C.J., «The Creativity Effect», 78 *University of Chicago Law Review* 31 (2011).

4.4. DE LA IMPOSIBILIDAD LÓGICA Y METAFÍSICA DEL OBSERVADOR MEDIO A SU RELEVANCIA PRÁCTICA

4.4.1. Estándares jurídicos de remisión a sujetos ideales y otros constructos

El derecho recurre con frecuencia a estándares que persiguen reflejar qué haría o consideraría hacer un sujeto ideal, poseedor de determinadas cualidades que se hacen predicar de una entera población de sujetos similares, para dar solución a un problema jurídico determinado. Estándares como el del buen padre de familia[231], el del consumidor medio, el del ordenado comerciante, el representante leal, el experto en patentes, o la «sensibilidad moral del espectador medio»[232], abundan y fundamentan muy a menudo criterios de decisión jurídica. A veces también el derecho contempla normas que apelan a entidades supraindividuales como la comunidad jurídica, los usos del sector del comercio de que se trate, el uso social[233] o, en general, la costumbre para tratar de dar respuesta a un problema jurídico.

Este tipo de estándares se califican de objetivos por oposición al empleo de una valoración subjetiva individual para adoptar la misma solución: el del consumidor individual que ha sufrido un engaño, el del comerciante en cuestión que por su experiencia y actitud es más o menos prudente, el del padre de familia que es más o menos diligente y razonable que sus pares. No se trata de considerar cómo un hecho o evento determinados han sido percibidos por un sujeto concreto o cómo este, con sus propias habilidades, conocimientos y contingencias, ha reaccionado, sino proyectar la respuesta esperable de un sujeto ideal del mismo grupo de población. Así, por ejemplo, para decidir acerca de la similitud sustancial, el estándar del observador medio no recurriría a la consideración del demandante o del demandado, a la del juez que ha de decidir, a la de un ciudadano particular, sino a la de un constructo ideal que posea determinadas características que, por un motivo u otro, se hacen predicar de una población de sujetos o de una muestra de estos[234].

Este tipo de patrones objetivos presentan ventajas en términos de seguridad jurídica frente a otros criterios subjetivos que se basan en las cualidades y creencias de un determinado sujeto –piénsese en los casos de difamación: una víctima puede sentirse efectivamente ultrajada mas la mayoría de sus conciudadanos pueden pensar que no es para tanto–. Sin embargo, estándares como el del observador

231. Artículos 1094, 1104.2, 1555.2, 1889, 1788, 1903 in fine CC.

232. Para la determinación de la moralidad pública, la jurisprudencia se ha referido a la «sensibilidad moral del espectador medio» (STC 49/1984 (RTC 1984, 49) (FJ 4) y STS de 18 de diciembre de 1993 (Sala 3..ª, Secc. 6..ª, rec. 6857/1992) (RJ 1993, 9377)).

233. Art. 8.2.b) LO 1/1982.

234. Balganesh, S., «The Normativity of Copying in Copyright Law», 62 *Duke Law Journal* 205 (2012), p. 221: «The ordinary-observer standard operates along the lines of tort law's reasonable-person requirement, creating a legal fiction through which the wrongfulness of the action in question is assessed».

medio o de la persona razonable presentan problemas de fundamentación metafísica y epistemológica.

La determinación de quién es y qué cualidades tiene este sujeto ideal puede realizarse por dos vías diferentes: un juicio fáctico-positivo o un juicio normativo[235].

La realización de un juicio fáctico-positivo trata de identificar las cualidades de un sujeto ideal a partir de la observación de conductas estadísticamente prevalentes en un grupo social determinado. Este proceder lleva a la identificación del hombre medio, *l'homme moyen*, en expresión de Adolphe Quetelet (1796-1874), uno de los padres de la estadística moderna[236]. Así, por ejemplo, la determinación en un pleito de responsabilidad civil acerca de si el demandado actuó negligentemente o no, pasaría por observar cuál es la conducta habitual que siguen personas que se hallan en el mismo sector de actividad que el demandado –por ejemplo, la integración de la *lex artis* consistiría en determinar la regla de conducta que sigue el común de los profesionales del sector, lo que efectivamente hacen los cirujanos, abogados o auditores, por ejemplo, próximos a la media o mediana de la población–. La construcción del patrón se realizaría a partir de información o datos observables empíricamente. Podrá haber mecanismos más o menos complejos de construcción del patrón a partir de la agregación de información y podrá recurrirse a instrumentos usuales en la estadística como la media, la mediana o el percentil 90%, o la inferencia informal a partir de observaciones en un determinado grupo social.

La utilización de este tipo de patrones que persiguen construir un sujeto ideal con unos atributos determinados a partir de una población de sujetos concretos presenta los problemas propios de la agregación social de preferencias. Casi ocho siglos de literatura[237], más o menos dispersa y sofisticada, han apuntado a los problemas de racionalidad en la agregación de preferencias de los sujetos en un determinado grupo social y a la imposibilidad lógica de su fundamentación.

La segunda forma de identificación del observador medio o de un sujeto ideal respondería a un criterio normativo. Por ejemplo, en el estándar de la persona razonable para determinar la diligencia exigible en la causación de daños, un posible criterio normativo es el de minimización de los costes sociales. La diligencia exigible sería aquella conducta que se predicaría de una persona razonable y que está adoptaría ex ante para minimizar la suma de los costes esperados de un

235. Sobre ello, Miller, A., y Perry, R., «The Reasonable Person», 87 *New York Law Review* 323 (2012), pp. 325-327.
236. *Ibidem*, p. 370.
237. El escritor y filósofo mallorquín Ramon Llull (1232-1315) ideó una forma de votación en 1299 muy similar a la diseñada siglos más tarde y conocida como método Condorcet. Sobre ello, véase Hägele, G., y Pukelsheim, F., «Llull's writings on electoral systems», 41 *Studia Lulliana* 3 (2001).

accidente y de las medidas de precaución para evitarlo. Otro ejemplo de identificación normativa de la persona razonable es deóntica, basada en la justicia correctiva, e intenta identificar bienes jurídicos absolutos, que no pueden ser sacrificados para el bienestar social[238]. Una concepción normativa de un test parte de un constructo hipotético, un sujeto ideal en relación al cual se compara o evalúa el comportamiento de las partes en el pleito y las funciones que se persiguen en su aplicación.

4.4.2. Imposibilidad lógica de juicios positivos de determinación del observador medio

Modelos de elección racional y el uso extendido de la teoría de juegos en las ciencias sociales han expuesto con brillantez que a pesar de que cada miembro de un grupo pueda tener un interés en la producción de un bien colectivo, el grupo en su conjunto puede no alcanzar dicho interés debido a comportamientos oportunistas, como el *free-riding*, o a la falta de equilibrios cooperativos[239].

Un enfoque limitado exclusivamente a los individuos en un grupo puede conllevar falsas suposiciones acerca del grupo en su conjunto o sobre la agregación de sus comportamientos o preferencias. Algunas interacciones entre los individuos que forman parte de un grupo generan efectos sistémicos que no eran queridos por sus miembros. De hecho, algunos de estos efectos pueden ser contrarios a las intenciones o a los intereses de los miembros del grupo. Los efectos sistémicos emergen, entre otros casos, cuando el grupo muestra un comportamiento o preferencia que ninguno o pocos de sus miembros comparte o cuando el grupo no lleva a cabo aquella actuación que todos sus miembros o una mayoría de ellos desearían y esperarían[240]. Así, efectos sistémicos emergen cuando las intenciones, creencias o juicios de los miembros individuales no necesariamente o suficientemente determinan la decisión que adopta el grupo[241].

238. Miller, A., y Perry, R., «The Reasonable Person», *op. cit.* pp. 348-355.
239. La referencia básica en ciencias sociales es Olson, Jr., M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, 1965.
240. En tales supuestos, diversos científicos sociales concluyen que los grupos o colectivos actúan con agencia. Agencia se define técnicamente como aquellas capacidades para «(1) represent or otherwise gather information about the environment (i.e., beliefs); (2) form motivational states about how the entity would like the environment to be (i.e., desires, needs, intentions, plans); and (3) act to bring the environment into accord with the entity's motivational states» (véase Pardo, M., «Group Agency and Legal Proof; o, Why the Jury is an "It"», 56 *William & Mary Law Review* 1792 (2015), p. 1796). Por ejemplo, Christian List y Philip Pettit sugieren que los grupos actúan con agencia cuando se cumplen tres condiciones: el grupo (1) se enfrenta a diferentes opciones; (2) entiende sus opciones y tiene acceso a información para valorar las diferentes alternativas; y (3) tiene el control necesario para elegir entre opciones (List, C., y Pettit, P., *Group Agency: The Possibility, Design, and Statute of Corporate Agents,* Oxford University Press, 2011; p. 158).
241. Véase Vermeule, A., *The System of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2012,

Los efectos sistémicos se conocen desde hace siglos. Un ejemplo clásico de efecto sistémico es la paradoja de la votación o paradoja de Condorcet, llamada así por el filósofo y matemático francés Marqués de Condorcet (1743-1794). De acuerdo con esta paradoja, los miembros de un grupo que han de adoptar una elección colectiva tienen cada uno preferencias transitivas mientras que las preferencias del grupo son intransitivas[242].

El ejemplo siguiente describe la paradoja: en un grupo de tres votantes, cada uno de ellos tiene preferencias transitivas. Por ejemplo, el votante 1 prefiere la opción A a la opción B; y la opción B a la opción C. Así, el votante 1 también prefiere la opción A a la opción C. El votante 2 ordena sus preferencias del modo siguiente B> C> A, y el votante 3 así, C> A> B. La tabla siguiente muestra las opciones de cada votante:

	Primera opción	Segunda opción	Tercera opción
Votante 1	A	B	C
Votante 2	B	C	A
Votante 3	C	A	B

Si deseamos agregar las preferencias de los tres miembros del grupo, esto es, decidir que elegirían en su conjunto, observamos que no hay ninguna opción que sea preferida mayoritariamente por el grupo. La opción A no sería ganadora, ya que a los votantes 2 y 3 no les gustaría y preferirían la opción C. Si la opción C se discute entre los miembros del grupo después, los votantes 1 y 2 pueden ponerse de acuerdo para presionar por la opción B. Debido a este fenómeno cíclico en la deliberación previa a la toma de una decisión, surge un efecto sistémico: a pesar de que cada miembro del grupo tiene preferencias transitivas, las preferencias colectivas del grupo son intransitivas[243]. Si la transitividad se concibe como una condición necesaria de la racionalidad, podemos decir que el orden de preferen-

pp. 14-38 (este trabajo proporciona una excelente descripción de las situaciones en las cuales pueden emerger efectos sistémicos).

242. Farnsworth, W., *The Legal Analyst...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

243. Téngase en cuenta también el Teorema de la imposibilidad de Arrow. Véase Arrow, K., *Social Choice and Individual Values*, 2nd ed., Yale University Press, New Haven, 1963. Una descripción aproximada del teorema de imposibilidad o paradoja de Arrow sigue: no hay ninguna forma de ordenar las preferencias sociales que pueda satisfacer simultáneamente todas las condiciones siguientes: (i) no dictadura: ningún individuo del grupo puede imponer su preferencia en el orden de preferencias del grupo; (ii) unanimidad: si cada individuo prefiere una opción a otra, el grupo también debería hacer lo mismo; (iii) universalidad: cada individuo debe ser capaz de tener cualquier orden de preferencias; (iv) ausencia de alternativas irrelevantes: la eliminación de una opción no debe alterar el resto de preferencias; y (v) universalidad: el mecanismo de ordenación debería poder procesar todos los conjuntos posibles de preferencias de los miembros del grupo.

cia del grupo es irracional, a pesar de la racionalidad de todos sus miembros[244]. La solución para, por ejemplo, por atribuir el poder de agenda a uno de los miembros del grupo.

Tales efectos sistémicos y los problemas de agregación de preferencias en un determinado grupo comportan que la realización de un juicio positivo para definir estándares como el de la persona razonable o el del observador medio no puedan concebirse como lógicamente correctos e incontestables[245].

4.4.3. Alternativa: un juicio meramente normativo y su problemática

El diseño de un determinado juicio positivo puede comportar que las preferencias de un colectivo en particular sean unas y no otras. Quien maneja la agenda en el grupo –o un sujeto externo encargado de realizar el juicio positivo en cuestión– puede influir en el resultado del test. Estos problemas se suman a otros propios de los sondeos demoscópicos con consumidores. Por ello algunos autores sugieren la utilización de juicios normativos para determinar estándares como el de la persona razonable o del observador medio.

El problema, en este caso, reside en determinar cuál es la función que el derecho atribuye al estándar. En el ámbito del derecho de la propiedad intelectual, consideramos que el empleo de test para buscar similitudes sustanciales es doble. En primer lugar, el test sirve para delimitar el equilibrio de incentivos necesario para que no se menoscaben los intereses de un autor en producir nuevos contenido, pero tampoco se impida a otros poder acceder a aquel y llevar a cabo determinados usos, aporten o no un valor añadido[246]. En segundo lugar, el test sirve para identificar aquellos aspectos de una obra que un autor no puede pretender apropiarse y, que a modo de materiales de construcción, podrán ser empleados por otros autores. Esta última función persigue salvaguardar ámbitos institucionales en los que autores puedan entrar en un diálogo con otros y contribuir a la creación de una comunidad artística o, si se quiere, de un sistema en el mundo del arte.

244. Vermeule, A., *The System of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 19. Otros efectos sistémicos conocidos en la literatura jurídica incluyen la «paradoja doctrinal», también conocido como el «dilema discursivo». Estos efectos sistémicos han sido identificados en la literatura jurídica desde hace varias décadas. Véanse Kornhauser, L., y Sager, L., «Unpacking the Court», 96 *Yale Law Journal* 82 (1986); Kornhauser, L., y Sager, L., «The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts», 81 *California Law Review* 1 (1993); y Levmore, S., «Conjunction and Aggregation», 99 *Michigan Law Review* 723 (2001).

245. Miller, A., y Perry, R., «The Reasonable Person», *op. cit.*, pp. 348-355. En el mismo sentido, Miller, A., y Perry, R., «A Group's a Group, No Matter How Small: An Economic Analysis of Defamation», 70 *Washington and Lee Law Review* 2269 (2013).

246. En este sentido, véanse, por todos, Lemley, M., «Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property», 71 *University of Chicago Law Review* 129 (2004); y Bracha, O., y Syed, T., «Beyond the Incentive-Access Paradigm? Product Differentiation & Copyright Revisited», 92 *Texas Law Review* 1841 (2014).

4.5. LA IDENTIFICACIÓN DEL TEST: UNA DEFENSA DE LA MIRADA DEL EXPERTO

«Vous qui ne voyez pas penser à ceux qui voient».
André Breton

Los test descritos en este trabajo emplean diferentes estándares, que, en un continuo, varían en sofisticación y exigencia. Debe determinarse qué tipo de patrón es preferible y si debe modularse a partir de las características de cada caso en cuestión. En particular, nos interesa determinar cuál es el estándar preferible en supuestos en los cuales la disputa afecte a dos obras de arte. Este criterio puede diferir para otro tipo de obras visuales (diseños de productos protegidos por derechos de autor; fotografías no artísticas; entre otras) e, incluso, en atención a los bienes jurídicos afectado en cada supuesto, consideramos plausible que, en el ámbito del arte, también puedan utilizarse estándares diferentes.

4.5.1. Observador razonable

El test del observador razonable constituye el estándar habitual al que acuden los tribunales en diferentes jurisdicciones para comparar dos obras visuales en un pleito por infracción de derechos de autor, aunque con frecuencia el test es matizado o auxiliado por la visión ofrecida por expertos. El test del observador razonable comporta la realización de un juicio normativo para, a partir de la identificación de la visión hipotética que de dos obras tendría un sujeto ordinario quien, con un determinado grado de diligencia, atendiera a su similitudes expresivas, dilucidar si la obra posterior se ha apropiado ilícitamente de la primera. A este sujeto hipotético no se le suponen conocimientos especiales, ni siquiera un interés en participar en el mercado de las obras en cuestión. Desde una perspectiva institucionalista, es ajeno al mundo del arte en el que se desarrolló la obra objeto del litigio. Su condición es equivalente a la de la persona razonable empleada como test general en la responsabilidad civil por culpa (artículo 1104 y 1902 CC).

La concreción de este juicio normativo puede delegarse al juez –o a un jurado– que ha de resolver el litigio. De entrada, su valoración habría de poder servir como subrogado de la visión que tendría este sujeto hipotético. Al igual que en el ámbito del derecho de daños, donde la determinación del grado de diligencia exigible puede entenderse que persigue un interés general en minimizar las pérdidas sociales, la utilización del estándar del observador razonable en derecho de autor puede servir para implementar políticas púbicas inherentes al derecho de la propiedad intelectual: la delimitación de aquellos actos de apropiación que exceden de lo que resulta necesario y menoscaban los incentivos de los autores a crear y desarrollar nuevas obras y la de aquellos otros que no distorsionan los incentivos de estos[247]. Los test de infracción cumplen una función intersticial y

247. Goold, P., «Unbundling the "Tort" of Copyright Infringement», *op. cit.*, p. 36.

sirven para marcar el punto a partir del cual la provisión marginal de incentivos a la creación de nuevas obras no compensa los costes sociales marginales derivados de la atribución de derechos de exclusiva[248].

Ver y comparar no son tareas sencillas y, por ello, acaso el grado de diligencia que ha de adoptar tal sujeto razonable implica el aprendizaje y realización de tareas que le permitan minimizar errores y sesgos cognitivos. El adjudicador habría de tener en cuenta varios *caveats* o instrucciones: separar aquellos aspectos protegibles mediante derechos de autor de aquellos que no lo son; analizar tanto las diferencias como las similitudes entre ambas obras y su fuerza relacional en ambas obras; y considerar que una visión global puede resultar excesivamente indicadora de una similitud sustancial[249]. Por supuesto, la repetición de la tarea puede ayudar a reducir los riesgos de error y sesgos. El hecho de que este tipo de casos estén reservados en España a los juzgados de lo mercantil y, en algunas provincias como en Madrid y Barcelona, en fase de apelación, a secciones especiales de sus Audiencias provinciales, incrementa las probabilidades de repetir ejercicios de comparación entre dos obras.

Cuando las tareas inherentes a la utilización de un test de razonabilidad se complican y se incrementan los costes de aplicación y los costes de error, los ordenamientos recurren a test más exigentes, que habitualmente implicarán la colaboración de expertos. Así pues, la valoración de la diligencia profesional o *lex artis ad hoc* funcionará de forma diferente a la determinación de la diligencia ordinaria o del buen padre de familia: si bien un juez, en aplicación del estándar de la persona razonable, puede sentirse capacitado para identificar deberes de cuidado generales, muy probablemente deferirá a la valoración pericial para identificar el nivel de cuidado específico exigible en asuntos de responsabilidad profesional. También, en la responsabilidad por producto defectuoso, la complejidad de determinados bienes obliga a abandonar el test de las expectativas razonables del consumidor a favor de un análisis coste-beneficio.

Resulta también importante para la aplicación de test como el de la persona razonable contar con suficiente información acerca de las circunstancias en las que se han producido las obras en conflicto[250]. El tipo de obra visual puede ser diferente y, por ello, las tareas de comparación entre dos obras pueden requerir de matizaciones o modulaciones para las que acaso un observador razonable no está suficiente preparado. En particular, en un momento histórico en el que muchas prácticas artísticas se basan en la utilización o apropiación, más o menos descarada, de contenidos ajenos, por supuesto que existirán similitudes sustanciales o

248. Véanse Lemley, M., «Ex Ante versus Ex Post Justifications...», *op. cit.*; y Bracha, O., y Syed, T., «Beyond the Incentive-Access Paradigm...», *op. cit.*
249. Manta, I., «Reasonable Copyright», *op. cit.*, p. 1335. Véase *supra* apartado 5.3.2.
250. Fromer, J., y Lemley, M., «The Audience in Intellectual Property Infringement», 112 *Michigan Law Review* 1251 (2014), p.1284.

incluso identidad para un observador razonable que no tiene porqué conocer las normas sociales, los usos y pautas propias de una actividad artística particular o de un determinado movimiento o moda. Acaso el test del observador medio y razonable resulta insuficiente para su uso en relación con prácticas estéticas cuyos estatus artístico, mensaje y significado dependen de su contexto –entendido tanto en un sentido coloquial de «ámbito» como en otro literal relativo a otras expresiones con las que la obra entra en contacto–.

Por último, la función delimitadora o intersticial que cumple el test del observador razonable puede no ser especialmente útil en el ámbito de las obras artísticas, pues en ellas, algunos trabajos empíricos y experimentales muestran cómo los incentivos o estímulos que se derivan de la atribución de derechos de autor juegan un papel residual: el propio placer, el aprendizaje, la reputación y la fama individual, entre otros, sirven para estimular la creación y para garantizar fuentes de ingresos no dependientes de derechos exclusivos de propiedad intelectual[251]. En este ámbito, recurrir pues al test del observador razonable resulta menos relevante.

4.5.2. Consumidor medio y razonable

Este criterio se utiliza en el ámbito del derecho marcario y del derecho represor de la competencia desleal, en especial, para el análisis de los actos de confusión marcaria y otras prácticas engañosas en el mercado. En el derecho marcario, el público pertinente o relevante será el integrado por el consumidor medio de los productos o servicios para los que se registró la marca, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz[252]. Las referencias generales a la información y a la perspicacia de este consumidor hipotético se refieren la primera a su sofisticación y la segunda a la atención que preste en el mercado teniendo en cuentas las circunstancia de tal o cual caso. En el ámbito del derecho de la competencia desleal, el estándar del consumidor medio sirve como elemento para enjuiciar si un determinado comportamiento concurrencial en el mercado resulta

251. Véanse, entre otros, Fromer, J., «A Psychology of Intellectual Property», 104 *Northwestern University Law Review* 1441 (2010); Tushnet, R., «Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions», 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 513 (2009); y Mandel, G., «To Promote the Creative Process: Intellectual Property Law and the Psychology of Creativity», 86 *Notre Dame Law Review* 1999 (2000).

252. Véase, especialmente, STJUE de 22 de junio de 1999, asunto C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH contra Klijsen Handel BV (TJCE 1999, 138), apdo. 26. Véanse también STJUE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-251/95, Sabel c. Puma (TJCE 1997, 232); y Sentencias del Tribunal Supremo núm. 282/2016, de 29 de abril (RJ 2016, 2426); núm. 95/2014, de 11 de marzo (caso Bombay Sapphire) (RJ 2014, 2245); núm. 433/2013, de 28 de junio (RJ 2013, 4987); núm. 777/2010, de 9 de diciembre (RJ 2011, 1414); núm. 427/2008, de 28 de mayo (RJ 2008, 3178); núm. 838/2008, de 6 de octubre (RJ 1008, 7176); núm. 225/2009, de 30 de marzo (RJ 2009, 1751); núm. 569/2009, de 22 de julio (RJ 2009, 4575); núm. 827/2009, de 4 de enero de 2010 (RJ 2010, 153); núm. 72/2010, de 4 de marzo (RJ 2010, 1454); y núm. 364/2010, de 2 de junio (RJ 2010, 2664).

objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe[253]. En el caso de prácticas comerciales o comportamientos concurrenciales dirigidos a un grupo específico de consumidores, se tomará en consideración el miembro medio de este grupo destinatario[254].

En el ámbito de la propiedad intelectual, el criterio del consumidor medio ha sido también utilizado por los tribunales españoles para el examen de la similitud sustancial entre dos obras musicales, en casos en los cuales se recurre a la supuesta audiencia a la que se dirige el género musical en cuestión[255].

Este estándar es importante en aquellos supuestos en los cuales el interés jurídico a proteger es el mercado y se persigue evitar que se produzca un desplazamiento de la demanda del bien ofrecido por el titular de los derechos sobre la obra o producto originario hacia el ofrecido por el demandado[256]. El interés público a proteger en estos casos parece centrarse más en la protección de la estructura del mercado que la de la protección de otros intereses también salvaguardados por el derecho de la propiedad intelectual.

Si bien el derecho de autor persigue, entre otras finalidades, desincentivar la creación o distribución de bienes sustitutos de aquellos protegidos por derechos de exclusiva, este objetivo en menos presente en el ámbito de las obras de arte[257]. En este, muy probablemente este efecto sobre la demanda no ocurre o no ocu-

253. Articulo 4.1 LCD: «1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

254. Sentencia del TJ de 3 de septiembre de 2009, asunto C-498/07 P, Aceites del Sur-Coosur, S.A., v. Koipe Corporación, S.L. y OAMI (marca «La Española») (TJCE 2009, 247): «se supone que el consumidor medio es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pero su grado de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios de que se trate [...]» (ap. 74). En algunos supuestos marcarios, el Tribunal Supremo ha matizado el estándar del consumidor medio y ha recurrido a construcciones como el «consumidor profesional y especializado» (STS de 2 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1834), y 17 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1979)) o el «consumidor elitista» (STS, Sala 3.ª, de 13 de julio de 2006 (rec. 10428/2003) (MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona) (RJ 2006, 4625)).

255. Véase *supra* SAP, Sección 15.ª, núm. 274/2011, de 21 de junio (MP: Luis Garrido Espá) (Asunto «Manu Chao») (AC 2011, 1998). Véase también *supra* el asunto *Arnstein v. Porter*.

256. Fromer, J., y Lemley, M., «The Audience...», *op. cit.*, p. 1275-1276.

257. Seguramente, en el sector del arte, los cometidos principales del derecho de autor se centran en la delimitación de derechos entre el propietario del soporte de la obra y el artista; la atribución de derechos morales, y, en particular, el derecho de integridad; el funcionamiento del *droit de suite*; y la regulación de los mercados secundarios de obras (*merchandising*, ilustraciones en libros).

rre con el mismo grado que con otros bienes y obras. No se trata de bienes de consumo general y, en muchas ocasiones, son bienes únicos. Además, el consumidor o comprador medio en estos mercados tiene cualidades especiales: muchos reflexionarán la decisión de compra, buscarán asesoramiento externo antes de resolverse a comprar una obra y acaso prevalecerán en la decisión factores como la autoría de la obra frente a la expresión concreta de esta.

Si la decisión que ha de tomar un miembro hipotético de este grupo especial de consumidores, el círculo de destinatarios («*intended audience*»), ha de servir para determinar si las similitudes entre una y otra obra conllevan que el autor de la primera pierda demanda que se desplaza hacia el autor de la segunda, es probable que en muy pocas ocasiones se aprecie tal resultado: el consumidor razonable de entre este grupo concreto de consumidores difícilmente concluiría que la aparición de la segunda obra con semejanzas expresivas con la primera reduce su interés inicial por adquirir la primera de ellas. Concluiría también que no hay afectación del mercado: no se produce un acto de confusión. Además, es posible que, en algunas ocasiones, el autor de la obra apropiada vea como su reputación aumenta, al igual que la difusión de su obra previa y acaso incentiva la producción de nueva obra[258].

El estándar del consumidor medio plantea el problema adicional relativo a la forma de su identificación y, en particular, si ha de realizarse a partir de una valoración normativa o una valoración fáctica, esto es, a partir de encuestas o estudios demoscópicos[259]. En el ámbito marcario, los tribunales han señalado que el estándar implica un juicio normativo y que, junto con otros factores, estudios con consumidores pueden ayudar a su concreción, pero que ni resultan suficientes ni necesarios[260].

4.5.3. Usuario informado

El estándar del usuario informado resulta más exigente que el del consumidor medio, pero menos que el de un experto en el sector de que se trate. En el derecho de la propiedad intelectual en un sentido amplio, este criterio se utiliza, por ejemplo, para enjuiciar el carácter singular de un diseño industrial a partir de la

258. Véase Parkin, S., «The $5.7 Million Magazine Illustration», *The New Yorker*, February 19, 2014 (*http://www.newyorker.com/culture/culture-desk/the-5-7-million-magazine-illustration*) (consultado en 15.10.2016) (describiendo los efectos de la obra del artista británico Glenn Brown sobre la persona y obra de Chriss Floss, ilustrador de portadas de libros de ciencia ficción, entre otros, muchos de Isaac Asimov y J.G. Ballard).

259. Fromer; J., y Lemley, M., «The Audience...», *op. cit.*, p. 1278.

260. Ha influido la mala calidad de muchos estudios y la facilidad con que pueden manipularse las respuestas y conclusiones. Véase Seidman Diamond, S., y Franklyn, D., «Trademark Surveys: An Undulating Path», 92 *Texas Law Review* 2029 (2014) (describiendo las mejoras en el desarrollo de estudios demoscópicos en el ámbito del derecho marcario y de la publicidad engañosa).

impresión general que este usuario hipotético tendría al compararlo con otros diseños anteriores[261].

La ley no define las características que se presuponen a este usuario informado y resulta preciso acudir a la jurisprudencia. En particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación del Reglamento (CE) N.º 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios ha declarado que debe entenderse como un concepto intermedio entre el de consumidor medio, aplicable en materia de marcas, al que no se exige ningún conocimiento específico y que, por lo general, no realiza una comparación directa entre las marcas en pugna, y el de experto en el sector, con amplias competencias técnicas. De este modo, el concepto de «usuario informado» puede entenderse referido a un usuario que presenta no ya un grado medio de atención, sino un especial cuidado, ya sea debido a su experiencia personal, ya a su amplio conocimiento del sector de que se trate[262].

Para el Tribunal de Justicia, un usuario informado puede ser un joven o niño respecto de un dibujo representativo de una silueta que se imprimiría en camisetas, gorras o pegatinas a ellos dirigidas[263], o un niño de entre cinco y diez años respecto de un dibujo o modelo comunitario de artículos promocionales para juegos[264]. En el derecho español, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha identificado, para la apreciación de unas figuritas decorativas inspiradas en Antoni Gaudí, al usuario informado como los «encargados de la tienda de artículos de regalo»[265]; y la Sala Primera, en relación con los envoltorios de caramelos de palo

261. Véase artículo 7 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (BOE núm. 162, de 8.7.2003): «Artículo 7. Carácter singular. 1. Se considerará que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad. 2. Para determinar si el diseño posee carácter singular se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño». Véase también artículo 6 del Reglamento (CE) N.º 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (DOCE n.º L 3 de 5.1.2002, p. 1). Cfr. Con el tratamiento de esta cuestión en los EE.UU., donde para los diseños (*design patents*), una infracción se enjuicia «in the eye of an ordinary observer, giving such attention as a purchaser usually gives» (*Gorham Co. V. White*, 81 U.S. (14 Wall.), 511 (1871); y *Oakley, Inc. v. Int'l Tropical-Cal, Inc.*, 923 F.2d 167 (Fed. Cir. 1991)).

262. Sentencias de 20 de octubre de 2011, asunto C-281/10 P, PepsiCo, Inc. contra Grupo Promer Mon Graphic SA (TJCE 2011, 327), y de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-101/11 P y C-102/11 P, *Neuman y Galdeano contra José Manuel Baena Grupo,* S.A. (TJCE 2012, 304).

263. Sentencia de 18 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-101/11 P y C-102/11 P, Neuman y Galdeano contra José Manuel Baena Grupo, S.A. (TJCE 2012, 304).

264. Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-281/10 P, PepsiCo, Inc. contra Grupo Promer Mon Graphic SA. (TJCE 2011, 327)

265. STS, 3.º, de 14 de marzo de 2014 (núm. de recurso: 585/2013) (MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona) (Asunto «Figuritas decorativas») (RJ 2014, 1169).

(Chupa Chups y Kojak de Fiesta), ha resuelto que el usuario informado puede identificarse como «el comprador o consumidor habitual de este tipo de golosinas y de los envases y demás accesorios directamente relacionados con ellas, que está familiarizado con estos productos en un grado superior al que puede esperarse de un consumidor medio, que presta un nivel relativamente alto de atención cuando los adquiere o los utiliza, sin llegar a ser un experto ni, naturalmente, un diseñador, y que por ello tiene un cierto nivel de conocimiento de los diseños utilizados habitualmente en este sector»[266]. Este test persigue identificar la impresión general o global que tendría este usuario informado[267].

En lo que nos interesa, esta concepción del estándar permitiría tener en cuenta algunos participantes del mundo del arte, en el sentido institucionalista que hemos destacado: vendedores, marchantes, galeristas, o responsables de museos, entre otros, pueden reflejar este estándar, sin necesidad de ser expertos en un sector o género en especial y tener un conocimiento especializado de las reglas, pautas y normas sociales del sistema particular del mundo del arte en el que se produjo la obra en cuestión.

4.5.4. Experto en el sector

El experto en el sector cuenta con mayor sofisticación que la del usuario informado. El test refleja la decisión de un conocedor del sector –en nuestro caso, del sistema particular del mundo del arte– y un destinatario sensible, que cuenta con el máximo de información relevante para decidir la cuestión que se le plantea.

En el ámbito del derecho de propiedad intelectual, el recurso a expertos suele confinarse a situaciones en las que puede resultar necesario determinar si una obra, un producto o una invención, por ejemplo, son demasiado similares a otros anteriores en el sector o si aportan alguna novedad, mejora técnica o valor añadido[268]. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho de patentes, el criterio utilizado para determinar la actividad inventiva de una determinada invención recurre al estándar del experto en la materia (*person skilled in the art*; *Fachmann*)[269]. En el

266. STS núm. 160/2014 de 30 de abril (MP: Rafael Sarazá Jimena) (asunto envoltorio Chupa-Chups y Kojak de Fiesta) (RJ 2014, 2796).

267. Sobre los elementos a considerar en esta impresión global, véase, en extenso, las consideraciones realizadas en SJMerc núm. 1 de Alicante de 17.6.2011 (AC 2011, 1481); y, en la STS, 1.ª, núm. 343/2014, de 25 de junio (MP: Rafael Sarazá Jimena) (Asunto «diseño de grifería») (RJ 2014, 5101).

268. Fromer, J., y Lemley, M., «The Audience...», *op. cit.*, p. 1280. En el mismo sentido, Fromer, J., «A Psychology of Intellectual Property», *op. cit.*, quien destaca que en los procesos creativos e innovadores suelen patrocinarse dos valores primarios: la novedad y la apreciación, entendida esta última como el reconocimiento social en el marco de una determinada comunidad de cierto mérito o crédito.

269. Véase artículo 8.1. de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (BOE núm. 177, de 25/07/2015): «*Artículo 8. Actividad inventiva. 1. Se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquélla no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un*

ámbito de los derechos de autor, el estándar del experto suele emplearse en casos en los cuales la determinación de similitudes entre dos creaciones requiere conocimientos especiales, en especial, en el ámbito de la protección de los programas de ordenador y la comparación entre los códigos fuente respectivos[270].

Si en aplicación de los test anteriores, la participación del perito en el pleito tenía una función auxiliadora, aquí su intervención resulta necesaria. En pocos casos, un juez o un jurado podrán llegar a sustituir su valoración[271]. Por supuesto, su intervención en un litigio no está exenta de problemas: los posibles sesgos o manipulaciones de sus informes y, en definitiva, la utilización de criterios acientíficos para presentar sus conclusiones (*junk science*)[272]; la utilización de informes con conclusiones opuestas por los peritos propuestos por ambas partes (*battle of experts*)[273]; y el procesamiento de la información por parte de sujetos legos que habrán de resolver[274].

La utilización de este estándar permite que la determinación del carácter ilícito de una apropiación se realice con arreglo a las valoraciones y usos de una comunidad en cuestión. Esto es, defiere a los participantes en un determinado grupo social la decisión acerca del estatus legal de sus prácticas habituales[275]. Y, en consecuencia, la costumbre en un sector o sus normas sociales entran en la deci-

---

experto en la materia». En el mismo sentido, véanse el artículo 8.1. de la todavía vigente Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; y el artículo 56 del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973.

270. Algunos autores han propuesto la utilización de este estándar entendido como una «community of practice» en el ámbito del arte. Véase Walker, R., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments...», *op. cit.*; quienes patrocinan este estándar para la determinación de cuestiones que presentan implicaciones estéticas –por ejemplo, la determinación de una copia sustancial o de un uso legítimo. Para estos autores, en primer lugar, es preciso identificar la comunidad relevante en cuestión, pues difieren las comunidades en las que se produce un arte más popular o un arte más alternativo. En segundo lugar, se ha de identificar a un sujeto ideal dentro de esta comunidad que conozca el sector en particular y que, en definitiva, podrá en muchas ocasiones ser un experto.
271. Fromer, J., y Lemley, M., «The Audience...», *op. cit.*, pp. 1282-1281.
272. Salvador Coderch, P., y Rubí Puig, A., «Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, 2008, fasc. I, pp. 5-56.
273. Véase, por ejemplo, Brewer, S., «Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process», 107 *Yale Law Journal* 1535 (1998).
274. Véanse, en este sentido, los trabajos del profesor de la Facultad de derecho de Yale Dan M. Kahan, y de su equipo. Entre otros, Kahan, D., «On the Sources of Ordinary Science Knowledge and Extraordinary Science Ignorance» (June 13, 2016), en *Oxford Handbook of the Science of Science Communication* (en prensa); *Yale Law* & *Economics Research Paper No. 548* (disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2794799*); y Kahan, D., Jenkins-Smith, H., y Braman, D., «Cultural Cognition of Scientific Consensus», 14 *Journal of Risk Research* 147 (2011).
275. Por ejemplo, en la determinación de la autoría sobre una obra, puede recurrirse a las normas codificadas de un determinado grupo o gremio. Sobre el estudio de las reglas de atribución de los guionistas en Hollywood, véase Fisk, C., «The Role of Private Intellectual Property Rights in Markets for Labor and Ideas: Screen Credit and the Writers Guild of America, 1938-2000», 32 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 215 (2011).

sión jurídica. El derecho defiere con frecuencia al costumbre o los usos del sector para la adopción de determinadas decisiones (artículo 1.3 del Código Civil): la determinación de la *lex artis*, la interpretación del contrato (artículo 1287 CC), la determinación de las prácticas honestas del mercado (artículo 4.1 LCD); o las prácticas leales en materia industrial o comercial (artículo 37 LM) son ejemplos de ello.

La deferencia a la costumbre del sector o al criterio propio de una comunidad no siempre es deseable y habrá ocasiones en las cuales será preferible el enjuiciamiento a partir de la visión que puede ofrecer un sujeto ordinario externo a aquellos[276].

En derecho de daños, por ejemplo, se evita recurrir al uso de la costumbre cuando la finalidad perseguida es la reducción de los niveles de actividad de una actividad peligrosa. En estos supuestos, se prefiere la aplicación de normas de responsabilidad objetiva a normas de responsabilidad por culpa y se evita así la valoración de la diligencia, por ejemplo, a partir de la identificación de los usos del sector. En el ámbito del derecho del arte y, en general, del derecho de la propiedad intelectual, no parece que, en ningún caso, se persiga la reducción de los niveles de actividad y, de hecho, la atribución de derechos de autor se concibe mayormente como un incentivo más a la cantidad que a la calidad[277].

También el derecho evita deferir a la costumbre en el sector cuando la información que pueden manejar sujetos ajenos al sector es mejor que la que tienen los *insiders*. El seguimiento por parte de un sujeto de determinada costumbre o uso en un sector puede concebirse como un indicio de que la conducta no ha de merecer un reproche jurídico –en el ámbito del derecho de daños, que el causante de los mismos fue suficientemente diligente al ajustar su nivel de cuidado al seguido en su comunidad[278]–, pero no es más que eso, un indicio. Las normas sociales o costumbres pueden reforzar un equilibrio o status quo ineficiente en el cual los participantes en una determinada actividad no tomen en consideración las consecuencias negativas para otros sujetos y, entonces la intervención legislativa o judicial resulta plausible para desmantelar la práctica en el sector, por ejemplo, acudiendo a un análisis coste-beneficio[279]. No parece que un problema de asimetría informativa sirva para abogar una mayor intervención pública en el mundo del arte y proscribir determinadas prácticas artísticas. En todo caso, la asimetría informativa juega a favor del mundo del arte y de promover mecanismos

276. Heald, P., «The Economics of Professional Deference: Berne 10(1) and the Case of Music Copyright», 2016 (presentación realizada en el 35.º Congreso Anual de la ATRIP, Universidad Jagelónica, Cracovia, Polonia).
277. Cfr. Fishman, J., «Creating Around Copyright», 128 *Harvard Law Review* 1333 (2015).
278. El caso clásico en la discusión de la costumbre en el derecho de daños es *The T.J.* Hooper [60 F.2d 737 (2d Cir.), *cert. denied*, 287 U.S. 662 (1932).
279. Salvador Coderch, P., y Fernández Crende, A., «Instrumentos de control social y derecho de daños», *InDret* 4/2004 (*www.indret.com*), pp. 10-12.

para que los jueces puedan obtener información valiosa sobre el estatus artístico de determinadas prácticas y su entendimiento en el marco de la comunidad de que se trate.

Tampoco resulta plausible acudir a la costumbre del sector si ello comporta que se desborden los costes de administración del sistema, en particular, los costes de verificación de la costumbre y de aplicación resultante a los hechos del caso. En el derecho del arte, estos costes se han de comparar con otros test alternativos y no son necesariamente superiores a los inherentes al test del consumidor medio o a los costes de error que puedan derivarse de la aplicación del estándar general del observador medio.

El derecho también suele evitar recurrir a la costumbre cuando esta es fragmentaria. Esto es, si hay variedad de usos o no hay pautas muy claras. Así, por ejemplo, en la reforma del Código Civil español de 1974 se eliminó el requisito de que la costumbre a considerar como fuente del derecho fuera la costumbre del «lugar». El ejemplo de estudio en la literatura norteamericana de dificultad en la identificación de cuál es la norma social en una comunidad determinada refiere las diferentes prácticas de retirada de nieve en algunas ciudades norteamericanas: las prácticas pueden diferir de un barrio a otro en una misma ciudad, e incluso en un mismo barrio, de una calle a otra[280].

Es posible, sin embargo, que determinadas comunidades tengan unas normas sociales muy marcadas y estables y que el problema de la fragmentación no sea relevante. Las normas sociales han atraído la atención de muchos juristas en las últimas tres décadas[281]. Y, de hecho, han sido objeto de varios estudios fascinantes en el ámbito de la propiedad intelectual. Comunidades de diseñadores de moda, cocineros, monologuistas, magos, tatuadores o autores de graffitis han sido puestos como ejemplos de ámbitos en los cuales puede existir un elevado grado de creatividad e innovación, sin necesidad de recurrir a la protección formal que ofrecen los derechos de autor[282]. Estos trabajos muestran cómo en un determinado sector,

280. Silbey, S., «J. Locke, op. cit.: Invocations of Law on Snowy Streets», *Journal of Comparative Law*, Vol. 5, no. 2 (2010).

281. Véanse Ellickson, R., *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991; Posner, E., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, 2000; Mcadams, R., «A Focal Point Theory of Expressive Law», 86 *Virginia Law Review* 1649 (2000); Mcadams, R., y Rasmusen, E., «Norms in Law and Economics», en Polinsky, A.M., y Shavell, S. (Eds.), *Handbook of Law and Economics*, II, Palgrave Macmillan, 2007; Bernstein, L., «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», 21 *Journal of Legal Studies* 115 (1992); y Bernstein, L., «Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions», 99 *Michigan Law Review* 1724 (2001).

282. Véanse Rustiala, K., y Sprigman, C.J., «The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design», 92 *Virginia Law Review* 1687 (2006);Hemphill, C.S., y Suk, J., «The Law, Culture, and Economics of Fashion», 61 *Stanford Law Review* 1147 (2009); Fauchart, E., y Von Hippel, E., «Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs», 19 *Organization Science* 187 (2008); Loshin, J., «Secrets Revealed: How

sus participantes comparten un conjunto de normas sociales. Normalmente, se trata de grupos sociales pequeños, pues al producirse un aumento, se produce una fragmentación y los sujetos suelen recurrir al derecho[283].

La delegación al estándar del experto o del conocedor de la costumbre en el sector puede resultar indeseable cuando ello comporta externalidades negativas o consecuencias perversas para algunos sujetos[284]. El ejemplo clásico es el de evitación de determinadas costumbres colusorias en el mercado y que afectan negativamente al bienestar de los consumidores. En el ámbito del derecho del arte, algunos autores han destacado que admitir la costumbre y normas sociales del mundo del arte comporta la adopción de una tesis elitista que discrimina a artistas que no forman parte de aquel[285].

Las limitaciones descritas al uso de la costumbre y a la deferencia hacia la comunidad particular de que se trate parecen no concurrir en el ámbito artístico y no justifican limitar el empleo de un estándar más estricto que el del observador razonable, que se aproveche de los conocimientos de un experto para la identificación de las

---

Magicians Protect Intellectual Property without Law», en Corcos, C. (Ed), *Law and Magic: A Collection of Essays*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2010; Oliar, D., y Sprigman, C.J., «There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy», 94 *Virginia Law Review* 1787 (2008); Perzanowski, A., «Tattoos and IP Norms», 98 *Minnesota Law Rev* iew 511 (2013); Roundtree, A., «Graffiti Artists "Get Up" in Intellectual Property's Negative Space», 31 *Cardozo Arts & Entertainment Law Review* 959 (2013). Para dos estudios generales de esta literatura véanse Rosenblatt, E., «A Theory of IP's Negative Space», 34 *Columbia Journal of Law & The Arts* 317 (2011) (proponiendo una teoría unificadora acerca de los rasgos que hacen que un tipo de obra pueda llevarse a cabo en el marco de una comunidad o sector en el cual hay niveles de creación e innovación significativos sin la protección efectiva de derechos de propiedad intelectual); y Raustiala, K., y Sprigman, C.J., «When Are IP Rights Necessary? Evidence from Innovation in IP's Negative Space», en Menell, P., y Depoorter, B. (Eds.), *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016 (en prensa, disponible en SSRN).

283. Merges, R., «Economics of Intellectual Property Law» (March 20, 2014), en Parisi, F. (Ed.), *Oxford Handbook of Law and Economics*, en prensa (disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2412251*).

284. En este sentido, Hetcher, S., «Creating Safe Social Norms in a Dangerous World», *73 University of Southern California Law Review* 1 (1999), pp. 19-22.

285. Véanse Gilden, A., «Raw Materials and the Creative Process», 104 *Georgetown Law Journal* 355 (2015) (señalando que en la litigación sobre «fair use» y sobre la utilización del derecho de imagen con finalidades comerciales, los tribunales tienden a dar la razón a artistas blancos y hombres); y Gilden, A., y Greene, T., «Fair Use for the Rich and Fabulous?», *80 University of Chicago Law Review Dialogue 88* (2013) (criticando *Cariou v. Prince*, como manifestación de un sesgo contrario a minorías raciales, en este caso, la comunidad rastafari de Jamaica). En el ámbito de la atribución de autoría de artículos científicos, Haeuessler y Sauermann han mostrado cómo científicos y autores más asentados en la comunidad suelen figurar más como autores por contribuciones secundarias que otros autores menos consolidados por la realización de las mismas tareas (Haeussler, C., y Sauermann, H., «Credit Where Credit Is Due? The Impact of Project Contributions and Social Factors on Authorship and Inventorship», *Research Policy* 42(3) (2013)).

normas sociales del contexto institucional en el que una obra se insiere. Recurrir al juicio normativo que puede ofrecer un conocedor especializado del sector permite ir mucho más allá de la valoración de la impresión global que comportan las dos obras en liza y no limitar el alcance de la valoración exclusivamente a las cualidades formales y expresivas de aquellas. Este estándar puede poner dichas cualidades en relación con otras referencias externas al objeto tangible en el que se expresa la obra, entre otras, la intención del autor y la prescripción de sentido que este otorga a la imagen o información visual que emplea, las prácticas artísticas contemporáneas similares, la historia del arte, las normas sociales, los símbolos sociales y culturales a considerar, entre otros[286]. En último término, permite minimizar las discontinuidades entre la comprensión jurídica y compresión social de una determinada práctica[287].

Con todo, muchos artistas no estarán preocupados por tales discontinuidades. Su labor se realiza a pesar del derecho y, también, a pesar de las normas sociales y pautas del mundo del arte en el que participan. Su función es subvertir tales reglas, particularmente, las nociones de autoría, originalidad, copia, audiencia y de arte, que se cuestionan y se reformulan constantemente. Y es bueno que así sea.

4.6. EL ROL DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

En los apartados anteriores, hemos descrito cómo la elección de un test para contrastar una copia sustancial entre dos imágenes puede variar en función del tipo de caso que se presente al juez y de los intereses jurídicos protegidos en cada situación. Dependiendo de la elección de uno u otro test, el papel de los expertos en un pleito por infracción de derechos de autor será más o menos amplio. En la comparación de dos obras de arte, consideramos que el mejor test es el del experto, pues permite llevar a la discusión las prácticas propias de la comunidad artística y promover espacios propicios para la experimentación y creación artísticas. Así pues, los expertos que tuvieran que participar en pleitos por infracción de derechos de propiedad intelectual en este sector deberían poder tener un papel activo y llegar a emitir juicios valorativos acerca de la consideración de si una obra se ha apropiado ilícitamente de expresión de otra obra protegida por derechos de autor. En otros supuestos en los cuales otro test –el del observador medio o el del consumidor medio– resulte de aplicación, los informes periciales habrán de ser más limitados. La información que suministren podrá ayudar al juez a formular su evaluación acerca de la comparación entre dos imágenes[288].

286. En este sentido, véase también Walker, R.K., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments...», *op. cit.*, p. 375.
287. Bently, L., y Biron, L., «Discontinuities between legal conceptions of authorship and social practices...», *op. cit.*, 261.
288. Sobre la protección de los informes periciales mediante derechos de autor, véase Cadarso Palau, J., «Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual», en Rogel Vide, C. (Coord.), *Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2004, pp. 103-118. Para un examen de la prueba y del papel de los expertos en este ámbito, véase

En primer lugar, los expertos en el pleito podrán valorar si la obra del demandante resulta en su conjunto protegida por derechos de autor, esto es, si reviste suficiente originalidad para merecer la protección jurídica ofrecida por la legislación sobre propiedad intelectual. También, en el ámbito de las imágenes, su valoración puede resultar necesaria para distinguir entre obras fotográficas y meras fotografías[289].

Un segundo aspecto a valorar por los expertos es la disección de la obra para determinar qué aspectos particulares son los que resultan protegibles mediante derechos de autor. Así, por ejemplo, el experto puede exponer por qué algunos o todos los elementos de una obra son funcionales o dictados por la función que persigue el diseño de aquella, cómo algunos aspectos vienen impuestos necesariamente por el tema a tratar (*scenes a fáire*), cómo algunos aspectos de la obra no son originales, pues, por ejemplo, son elementos expresivos en el dominio público, tienen un ascendente común o siguen un mismo patrón compositivo. La función del experto es delimitar sobre qué aspectos particulares de la obra del demandante ha de proyectarse la comparación.

Un tercer aspecto a considerar por un experto en el pleito es el de la identificación de las semejanzas entre ambas obras, esto es sobre los aspectos particulares que reciben protección por derechos de autor. Los expertos podrán ayudar a hacer explícitas algunas semejanzas de aspectos secundarios o menores, pero que difícilmente pueden deberse a una coincidencia fortuita. Además de identificar particularidades, singularidades o idiosincrasias de la obra anterior, los expertos también podrán destacar diferencias entre ambas obras.

Finalmente, al menos en algunos casos, los expertos pueden realizar una valoración normativa acerca de si existe o no apropiación ilícita de la expresión. En nuestra opinión, este solo puede ser el caso de los supuestos en los que se aplique el test del experto para dilucidar si se ha producido un supuesto de copia sustancial. En tales casos, el experto puede ofrecer una comparación completa desde su impresión global y también diseccionar las similitudes y diferencia para valorar el carácter sustancial e ilícito de la copia y presentar cuál es el entendimiento de esta valoración en el marco de la comunidad artística de que se trate. En los supuestos en los que se parte del test del observador medio, la valoración que realiza un experto resulta irrelevante y, de hecho, contraproducente, pues puede influir y sesgar las decisiones posteriores[290].

Arroyo Aparicio, A., Bellido Añón, J. y Gómez, M.d.M., *La relevancia de la prueba en el derecho de autor de las obras plásticas. Estudio de jurisprudencia comparada,* Trama Editorial. Colección Arte y Derecho, Madrid, 2011.

289. Con arreglo al TRLPI, procede distinguir entre obras fotográficas (artículo 10.1.h) y meras fotografías (art. 128). Las primeras están protegidas por un plazo igual a la vida del autor y 70 años después de su muerte, mientras que las segundas tienen un plazo de protección de 25 años desde su realización. Sobre los criterios para distinguir entre una y otra, véanse STS, 1.ª, núm. 214/2011, de 5 de abril (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2011, 3146); y SAP Barcelona, Sección 15.ª, núm. 17/2008, de 24 de enero (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2008, 138689). En la literatura, véase Bondía Román, F., «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de derecho civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 1065-1114.

290. Por supuesto ello no ha de obstar a la posibilidad de que el experto pueda mostrar, a partir

4.7. LA (FRÁGIL) SEPARACIÓN ENTRE ELEMENTOS FÁCTICOS Y NORMATIVOS. EL ACCESO A LA CASACIÓN

«Das Bild ist eine Tatsache» (Ludwig Wittgenstein, *Tractatus*).

En la contraposición de dos imágenes, la mayoría de aspectos a considerar para determinar si una es una copia sustancial de otra implican valoraciones normativas, juicios de valor, que, en efecto, serán revisables en casación. Las calificaciones jurídicas ya comportan la realización de valoraciones que entremezclan elementos fácticos con otros valorativos o normativos[291].

Así ocurre con las valoraciones acerca de si una obra ha copiado en sustancia de otra y, por tanto, se ha apropiado ilícitamente de su expresión protegida mediante derechos de autor. La decisión adoptada por un tribunal acerca de la valoración que tendría un observador razonable, un consumidor medio o un expector en el sector comporta un juicio normativo, ayudado en mayor o menor grado de la información suministrada por los informes periciales aportados por las partes en el pleito. Y este juicio normativo, que parte de información fáctica –las semejanzas y, en su caso, las diferencias; su cuantificación y su cualifiación–, es revisable por medio del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Así lo ha afirmado el propio Tribunal en asuntos dictados en el ámbito de los derechos de propiedad intelctual en un sentido amplio[292].

---

de la realización de sondeos de opinión o demoscópicos, cuál puede ser la valoración que un consumidor medio o un observador razonable realizaría a partir de su contrastación empírica con una muestra de población relevante y suficiente para inferir estadísticamente sus consideraciones. Sobe ello, véase Palau Ramírez, F., «El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en derecho español y europeo», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo núm. 19, 1998, pp. 367-396.

291. En este sentido, Díez Picazo, L., *Experiencias Jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 214-217. Véase también Sancho Gargallo, I., *Iuris Prudentia del Juez Civil*, Discurso de Ingreso, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2010: «La constatación de la premisa fáctica también envuelve operaciones valorativas o juicios estimativos: de una parte, la propia valoración de todos los elementos de prueba y, de otra, la calificación de los hechos, ya que unos mismos hechos pueden ser susceptibles de diferentes calificaciones jurídicas, según la estimación que se haga de sus componentes» (p. 26). «No es posible, pues, deslindar la "quaestio facti" de la "quaestio iuris", porque al interpretar la primera se lleva a cabo, ordinariamente, una operación de valoración jurídica, de la misma manera que al interpretar la norma no pueden perderse de vista los hechos» (p. 27).

292. Por ejemplo, véanse, en el ámbito marcario, Sentencia núm. 433/2013, de 28 de junio (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2013, 4987): «En otras ocasiones hemos declarado, que la "distinción entre juicios de hecho, regidos por las normas de valoración de prueba, y juicios de valor que, a partir de lo que se haya probado, permiten afirmar la identidad del supuesto fáctico litigioso con el enunciado como premisa en la norma aplicable, alcanza también a la afirmación o negación del riesgo de confusión" (Sentencia 414/2011, de 22 de junio, con cita de las anteriores sentencias 119/2010, de 18 de marzo, y 1230/2008, de 15 de enero de 2009). La apreciación del juicio de confusión es un juicio de valor que puede ser revisado en casación, en la medida en que no se haya acomodado a las directrices marcadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la interpretación de la normativa aplicable, y por la jurisprudencia de esta Sala» (FJ 5); y en el ámbito de los diseños industriales, STS, 1.ª,

Hay otros aspectos en la contraposición entre dos imágenes que pueden ser fiscalizados en vía casacional por el Tribunal Supremo: así, por ejemplo, el grado de originalidad de una obra para su protección por medio de derechos de autor; la separación de aspectos protegibles en una obra de aquellos que no lo son; la filtración entre idea y expresión; la consideración de formas expresivas impuestas por el tipo de obra o por su función («*merger doctrine*»); elementos indispensables para seguir un determinado estilo o género («*scenes a fáire*»).

El alcance de esta revisión socava la vieja doctrina según la cual el Tribunal Supremo, que es un tribunal de casación y no de revisión, no entra la apreciación de los hechos realizada por el tribunal de instancia salvo que este hubiera llegado a apreciaciones absurdas, manifiestamente contrarias al buen sentido y a toda regla de interpretación. Este nueve enfoque de la función casacional –menos formalista y más próxima a la función de revisión de tribunales como el BGH en Alemania– abre la puerta, en nuestra opinión, a ser también permisivos frente a la inclusión de imágenes y otros contenidos visuales en los escritos de recurso de casación.

5. CONCLUSIÓN: PROPUESTAS PARA LA CONCRECIÓN DE UN TEST EN DERECHO ESPAÑOL

5.1. LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD: EL ACCESO DEL DEMANDADO A LA OBRA DEL DEMANDANTE

En un pleito sobre copias sustanciales, será necesario acreditar la causalidad de hecho y determinar que de algún modo el demandado tuvo conocimiento de los elementos expresivos de la obra anterior y los copió. La exigencia de este elemento persigue descartar las creaciones independientes: el derecho de autor, a diferencia del derecho de patentes, ampara obras que a pesar de ser muy similares a otras anteriores fueron realizadas independientemente por sus autores sin haber accedido a ellas o haberlas conocido. Este puede ser el caso de obras simples en su composición expresiva: es más fácil que alguien cree independientemente una obra prácticamente idéntica a un cuadro de Kazimir Malévich que otra muy

núm. 343/2014, de 25 de junio (MP: Rafael Sarazá Jimena) (RJ 2014, 5101): «La aplicación de los criterios jurídicos del juicio comparativo para determinar si un diseño industrial produce en el usuario informado del sector industrial pertinente la misma impresión general que otro prioritariamente protegido, es materia susceptible de revisión en el ámbito del recurso de casación» (FJ 13.º). Cfr. con orientaciones anteriores del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en la STS, 1.ª, núm. 214/2011, de 5 de abril (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2011, 3146): «[l]a ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, [...] correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia [...], y aun cuando el juicio definitivo sobre la "suficiencia creativa" es verificable en casación en tanto que la "originalidad creativa" –"creación original", en la dicción legal– es un concepto jurídico indeterminado, el ámbito de conocimiento de este Tribunal no es igual al de un Tribunal de instancia, porque no supone un nuevo juicio, sino solo un control de razonabilidad de la apreciación de la resolución de la Audiencia; en definitiva, si el mismo responde a un criterio de buen sentido» (FJ 6.º).

similar a uno de Nicolas Poussin. Una creación independiente puede ser también el resultado de una decisión consciente en la que el autor, simplemente conociendo aspectos funcionales no protegibles de la obra del tercero, desarrolla la suya propia sin información acerca de los elementos expresivos y protegibles de esta[293].

El conocimiento por el demandado no tiene por qué ser directo: una imagen intermedia o algún tipo de descripción de la obra anterior o de sus elementos protegibles mediante derechos de autor habrían de bastar. También es posible que el acceso fuera remoto y olvidado por el demandado en el momento de realizar su obra: los casos de criptomnesia no habrían de impedir acreditar la posibilidad de conocimiento[294]. En particular, puesto que la responsabilidad por infracción tiene generalmente carácter objetivo, no se requiere una conducta intencional o culposa en la copia.

En la era de internet, la difusión online de una obra ha de poder constituir un indicio claro de acceso por parte del demandado o, en otros términos, de que este no podía razonablemente ignorar la existencia de la obra. En este sentido, parece razonable establecer una presunción de causalidad en estos supuestos y desplazar la carga de la prueba al autor demandado[295]. El requisito de la prueba quedaría pues reservado a aquellos casos en los cuales la obra fue mantenida en secreto por su autor: en ellos, será esté quien tendrá que acreditar que el demandado tuvo la posibilidad de conocerla y copiarla.

El uso de la presunción anterior permitiría simplificar el test e impediría realizar un examen comparativo doble; una comparación para detectar semejanzas suficientes para acreditar que el demandado no pudo haber creado su obra sin haber accedido a la obra originaria; y otra comparación para determinar si las semejanzas son sustanciales y determinar el carácter ilícito de la copia. Eliminar la primera comparación reduce las posibilidades de que esta sesgue la decisión acerca del carácter ilícito de la copia.

5.2. DISECCIÓN DE ELEMENTOS PROTEGIBLES

Para proceder a la comparación, es necesario antes determinar los elementos que resultan protegibles de la obra del demandante: después de acreditar el suficiente nivel de originalidad de la obra, el juez, con la ayuda de los expertos en el pleito, habrá de identificar aquellos aspectos que singularmente no resulten pro-

293. No parece que las *cleanrooms* o «murallas chinas», que se dan en la ingeniería inversa para el estudio y desarrollo de software, tengan mucha relevancia en el ámbito del arte.

294. Sobre criptomnesia, véase Posner, R., *The Little Book of Plagiarism, op. cit.*, pp. 96-105.

295. Dadas las posibilidades de acceso actuales por medio de internet a muchos contenidos, varios autores coinciden que exigir al demandado la prueba de un acceso constituye un requisito desfasado y sugieren su supresión o un desplazamiento de la carga de la prueba. En este sentido, Bartow, A., «Copyrights and Creative Copying», 1 *U Ottawa L & Tech* J 75 (2003-2004), pp. 84-84; y Bevill, K., «Note: Copyright Infringement and Access: Has the Access Requirement Lost Its Probative Value?», 52 *Rutgers L. Rev* 311 (1999)).

tegidos por medio de derechos de autor. En particular, entre otros, no resultan protegibles los elementos siguientes:

- Tema de la obra: las ideas expresadas en la obra son generalmente no protegibles mediante derechos de autor. Por supuesto, la delimitación entre expresión e ideas no resulta tan sencilla y cuando el tema determina la estructura compositiva podrá recibir protección mediante derechos de autor[296].
- Los estilos pictóricos tampoco resultan generalmente protegibles. Así pues alguien podría libremente pintar un lienzo inspirándose en el estilo puntillista, en el tipo de pincelada de Vincent Van Gogh o en las técnicas pictóricas de Gerhard Richter.
- Colores: no son protegibles por medio de derechos de autor[297].
- Los elementos funcionales que se asocian directa y necesariamente a expresar un determinado contenido (*merger doctrine*). Por ejemplo, una determinada perspectiva o una determinada pose en un retrato presidencial puede entenderse casi como un elemento necesario, inseparable de la composición para la imagen de un alto mandatario[298].
- *Scénes a faire*. Por ejemplo, en el tratamiento iconográfico de la Anunciación de la Virgen María hay cinco escenas tradicionales a partir del Evangelio de Lucas: *conturbatio* (inquietud), *cogitatio* (reflexión), *interrogatio* (interrogatorio), *humiliatio* (sumisión), *meritatio* (mérito)[299]. Nadie puede atribuirse un monopolio sobre esta imaginería o una parte de ella.

La disección de la obra anterior permite establecer el grado de protección. Si la mayoría de elementos de la obra no son protegibles, el nivel de protección que debería ofrecerse a la obra debería ser inferior al que debería tener una obra cuyos elementos fueran más originales o más protegibles[300]. Consideramos que en casos

296. Sobre estos aspectos, véanse, por todos, Sánchez Aristi, R., «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 4, 2000, pp. 25-68; y Sánchez Aristi, R., «La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte», en FUNDACIÓN PROFESOR URÍA (Editor), *Derecho del arte. Anuario Iberoamericano 2015. Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 23-110.

297. Algunos colores podrán resultar protegibles mediante otros derechos de exclusiva. En el arte, Anish Kapoor afirma tener derechos de exclusiva para utilizar el color más negro de entre todos los negros, el *Vantablack*. Véase Jones, J., «Can an artist ever really own a colour?», *The Guardian*, 29.2.2016 (*https://www.theguardian.com/artanddesign/shortcuts/2016/feb/29/anish-kapoor-vantablack-paint*) (consultado en 10.10.2016).

298. Este es el argumento empleado por William W. Fisher Iii en su defensa del artista apropiacionista Shepard Fairey, autor de un famoso retrato del Presidente de los EE.UU. Barack Obama. Véase Fisher Iii, W., Cost, F., Fairey, S., Feder, M., Fountain, E., Stewart, G., y Sturken, M., «Reflections On The Hope Poster Case», 25 *Harvard Journal of Law & Technology* 244 (2012), p. 320.

299. Véase Baxandall, M., *Painting and Experience in Fifteenth-Century Italy*, Oxford University Press, Oxford, 1972, pp. 32-56.

300. Balganesh, S., «The Normativity of Copying...», *op. cit.*, p. 207: «The thicker the entitle-

en los cuales el grado de originalidad en la obra visual anterior sea elevado, un test que recurra para compararla con la obra posterior a una impresión global es adecuado. En cambio, en supuestos en los cuales el grado de protección sea bajo, la disección de ambas obras resulta preferible.

5.3. IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERESES JURÍDICOS PROTEGIDOS Y SELECCIÓN DEL TEST

El tipo de obra en cuestión, el grado de originalidad o de elementos protegibles por derechos de autor que contiene, y los intereses jurídicos que el demandado juzgue como afectados han de condicionar la selección del criterio con el cual se ha de realizar la comparación de las obras en liza y la determinación del carácter ilícito o no de la copia.

En primer lugar, es posible y consideramos adecuado distinguir entre diferentes obras con contenido visual: la comparación de dos fotografías publicitarias, de dos estampados, de dos tatuajes o de dos obras reconocidas como artísticas por el mundo del arte pueden someterse a diferentes test, que tengan en cuenta la especialización y sofisticación del entramado institucional en el que se producen.

En segundo lugar, los intereses jurídicos protegidos por el derecho de autor pueden incidir en la selección de un test. Como hemos señalado en este trabajo, hay supuestos de copia que pueden resultar en un desplazamiento de la demanda de los consumidores sobre la obra preexistente copiada hacia la posterior, si las dos obras son suficientemente sustitutivas. Ello puede ser más frecuente cuando ambos autores o productores compiten en el mismo mercado, por ejemplo, los dos diseñan y producen postales para felicitar aniversarios, nacimientos u otras celebraciones. En estos casos, la visión que puede ofrecer el test del consumidor medio razonablemente atento y perspicaz puede resultar preferible para proteger el nivel de competencia en el mercado y evitar prácticas confusorias o afectaciones en la demanda de productos competidores no basadas en los esfuerzos propios. En otros casos, la copia puede resultar en un pérdida de ingresos, pues el autor de una determinada obra visual ofrece la posibilidad a terceros de llevar a cabo reproducciones de su obra a cambio de un precio y un sujeto decide sin autorización reproducir, más o menos literalmente, la obra en cuestión. Esto es, el autor de la obra posterior invade las posibilidades de apropiabilidad de valor del autor de la anterior, a las cuales el derecho de autor protege. En estos casos, el test del observador razonable puede ser suficiente para enjuiciar si la utilización por el tercero es legítima o no y para garantizar un equilibrio

---

ment, the greater the forms and types of copying that are likely to be actionable; conversely, the thinner the entitlement, the fewer the forms and types of copying that are considered actionable»; SAMUELSON, P., «A Fresh Look at Tests...», *op. cit.*, pp. 1842-1843: «An overall-impression test may be inappropriate in many thin copyright cases, such as those involving internal structures of computer programs. In other cases, however, an overall impression may be appropriate to consider similarities in expressive aspects».

eficiente entre incentivos a la creación y el acceso legítimo por terceros a una obra. Finalmente, en otros casos, no hay posibilidad de confusión en el mercado, pues las obras no son sustitutivas, y además no se afectan a las posibilidades de apropiabilidad de valor de un autor. En estos casos, igualmente, la aportación que el segundo autor realiza es significativa. Por ello, un test como el del experto en el sector puede resultar más adecuado para considerar si el acto de copia o apropiación se ajusta a las pautas y normas sociales seguidas en la comunidad artística de que se trate o ha de merecer un reproche jurídico.

El cuadro siguiente resume las consideraciones anteriores:

Interés protegido	**Grado de protección**		**Comparación**	**Test**
	Bajo	**Alto**		
Apropiabilidad de valor por el autor	X		Disección	Observador razonable
		X	Impresión global	Observador razonable
Sustitución en el mercado	X		Disección	Consumidor medio
		X	Impresión global	Consumidor medio
Protección de la expresión	X		Disección	Experto
		X	Impresión global	Experto

5.4. LA COMPARACIÓN DE LAS OBRAS Y LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER SUSTANCIAL DE LA COPIA

La calificación como infractora de una reproducción –la ilicitud de un fenómeno de copia– deriva de su carácter sustancial. Diversos fenómenos de copia muy diferentes pueden ser juzgados como sustanciales: este puede ser el caso, entre otros, de una obra posterior que consiste casi en su integridad de la expresión que conforma una obra prexistente; o de una obra que se limitar prácticamente a reproducir un fragmento de otra previa; o de una obra que integra la totalidad de la obra anterior junto con otros elementos expresivos de poca originalidad y valor. Por ello, en aplicación del test escogido, se habrán de valorar las relaciones entre expresión apropiada y la obra preexistente o un fragmento independiente de esta; y entre expresión apropiada y la obra posterior.

Por lo que respecta a la primera relación, el derecho de autor otorga protección a pequeños fragmentos de una obra, si estos reflejan ser una creación de

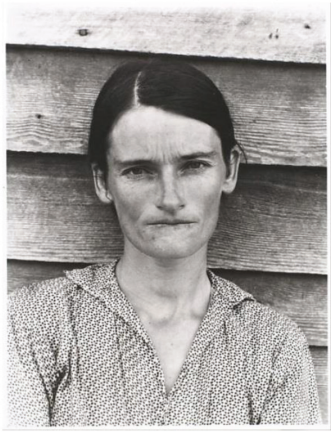
su autor[301]. Puesto que la protección de las partes de una obra conlleva problemas de fragmentación de facultades y de atomización de los derechos de propiedad intelectual[302], son preferibles una interpretación y una aplicación restrictivas y muy acotadas de esta posibilidad. En los casos de utilización de un pequeño fragmento de una obra ajena, consideramos que si este, aunque pueda protegerse de forma independiente, se utiliza en el marco de otra obra de la que constituye una parte mínima o irrelevante –tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo–, la actuación del demandado no debería reputarse como una copia en sustancia y, por tanto, debería ser lícita[303]. En cambio, si la expresión apropiada que se utiliza en la obra posterior constituye una parte sustancial o muy sustancial de esta, habrá más motivos para considerar su reproducción como ilícita.

Por lo que respecta a la segunda relación, sería deseable que la sustancialidad se midiera no solo según criterios cuantitativos sino también cualitativos. Es posible que un autor o un artista se apropien en sustancia de contenidos ajenos para dotarlos de un nuevo estatus artísticos y para prescribirles un nuevo sentido estético. En estos supuestos, aproximar las visiones dentro y fuera del derecho sobre determinadas prácticas artísticas sugeriría valorar, en esta segunda relación, la relación entre la expresión apropiada y la obra posterior, entendida esta no solo como la expresión protegible mediante derechos de autor, sino en su conjunto, incorporando elementos no protegibles. Esta propuesta persigue aprovecharse de un enfoque institucionalista sobre cuestiones estéticas y del mundo del arte. El examen de la sustancialidad en esta La relación tendría en cuenta, pues, si la inclusión de expresión ajena en un nuevo contexto o en un nuevo espacio institucional del mundo del arte hace que la cantidad de aquello copiado, imitado o, en definitiva, apropiado deje de resultar sustancial. En cualquier caso, somos muy conscientes de que las consideraciones hechas en este apartado no dejan de ser propuestas y de que están alejadas de la forma en que los tribunales de las jurisdicciones de nuestro entorno afrontan los juicios de comparación de dos obras.

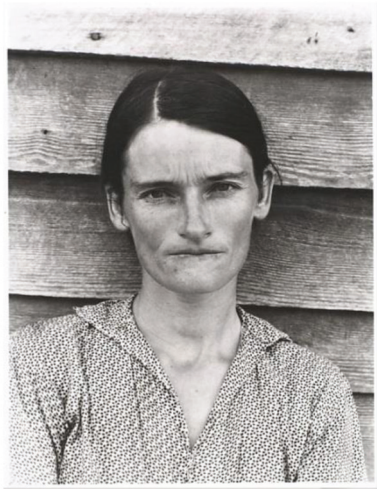
301. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 16.7.2009, asunto C-5/08, Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening (TJCE 2009, 228): «Respecto a una parte de la obra, ha de señalarse que nada en la Directiva 2001/29 ni en ninguna otra directiva aplicable a la materia indica que las partes que integran una obra deban someterse a un régimen distinto al del conjunto de ésta. Por consiguiente, dichas partes están protegidas por los derechos de autor dado que participan de la originalidad del conjunto de la obra» (par. 38).
302. Sobre ello, véase Van Houweling, M.S., «Author Autonomy and Atomism in Copyright Law», 96 *Virginia Law Review* 549 (2010); y Kaminski, M., y Rub, G., «Copyright's Framing Problem» (October 28, 2016). 64 *UCLA L. Rev.*___ (2017) (disponible en SSRN: *https://ssrn.com/abstract=2860914*).
303. Esta es la conclusión que se desrpende de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfG) de 31 de mayo de 2016, relativa a la utilización como sample de un pequeño fragmento de una canción de Kraftwerk (Urteil vom 31. Mai 2016-1 BvR 1585/13, «*Metall auf Metall*»).

5.5. INSUFICIENCIAS DEL TEST. LA NECESIDAD DE IR MÁS ALLÁ: USOS LEGÍTIMOS Y ARTE APROPIACIONISTA

La aplicación de los criterios indicados y la elección de un test particular, y en particular, el de la comparación por parte de un experto en el sistema del mundo del arte de que se trate, no impiden que se eliminen las discontinuidades entre la concepción artística y la concepción jurídica de una determinada práctica. Hay prácticas apropiacionistas en las cuales el carácter de sustancial de la copia resulta innegable. Si la condición de ilicitud de una copia se basa en exclusiva en su carácter sustancial, la solución a una pretensión jurídica planteada por el titular del derecho de reproducción sobre la obra apropiada, con arreglo al derecho de propiedad intelectual vigente es evidente: habrá copia sustancial.



Walker Evans (1935). Retrato de Allie Mae Burroughs.



Sherrie Levine (1981), *After Walker Evans.*
Quizá el ejemplo de arte apropiacionista más conocido.

Las reglas del derecho de autor y los cimientos de su comprensión judicial y doctrinal son preduchampianas. Por ello, se acomodan mal a las prácticas artísticas contemporáneas, especialmente aquellas que se centran en aspectos conceptuales o en la prescripción de sentido a objetos y otros contenidos ajenos (*art trouvé*). Con todo, consideramos que el derecho positivo actual permite amparar este tipo de prácticas, al menos en parte, y así hacer permeables las concepciones jurídica y artística de determinadas prácticas. Creemos que el derecho positivo ofrece, al menos, tres posibles vías para la valoración de estas prácticas, que describimos brevemente, y cuyo análisis posponemos para un trabajo futuro.

Una primera posibilidad es entender que la lista de excepciones y limitaciones a los derechos de autor no es necesariamente cerrada y que instituciones generales, como los usos inocuos o legítimos, pueden servir para fundar nuevas excepciones[304]. Además, la libertad de expresión y la libertad artística también limitan el alcance de los derechos de propiedad intelectual[305]. Una segunda posibilidad es entender que la excepción de cita prevista en el artículo 32.1 TRLPI permite también la cita visual en el marco de una obra de arte. Este precepto requiere que las obras de «carácter plástico o fotográfico figurativo» se citen únicamente de forma «aislada» para «su análisis, comentario o juicio crítico». Hay voces que consideran que una limitación tal es contraria a los compromisos internacionales asumidos por los estados miembros del Convenio de Berna[306]: para algunos autores, los ordenamientos internos no pueden limitar ni el tipo de obra, ni la forma, ni las finalidades de una cita, siempre que esta resulte compatible con prácticas justas y razonables en el sector de que se trate[307]. Finalmente, una última posibilidad que ofrece el ordenamiento es acudir a la flexibilización o modulación de los remedios por infracción[308], con fundamento en el artículo 3 de la Directiva relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual[309]. La solución con-

304. Este es el camino que abrió la STS, Sala 1.ª, núm. 172/2012 de 3 de abril (MP: Francisco Marín Castán) (RJ 2012, 5272), en el asunto Google, en el cual el Tribunal recurrió a la figura de los usos inocuos.
305. Geiger, C., y Izyumenko, E., «Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression», *IIC* 2014, 45(3), pp. 316-342 (describiendo la relación entre libertad de expresión y derechos de autor y dando cuenta de la jurisprudencia última del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia).
306. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886. Artículo 10.1.
307. En este sentido, Bently, L., «What Became of Global, Mandatory, Fair Use (GMFU)? A Case Study in "Dysfunctional Pluralism"», 2016 (presentación realizada en el 35.º Congreso Anual de la ATRIP, Universidad Jagelónica, Cracovia, Polonia).
308. Véase, en este sentido, Hilty, R. «The Role of Enforcement in Delineating the Scope of IP Rights», *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 15-03* (May 1, 2015) (available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2602221*).
309. Véase artículo 3 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual: «1. Los Estados miembros establecerán las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la pre-

sistiría en estimar una infracción por el artista apropiacionista del derecho de reproducción pero privar a su titular del uso de determinados remedios: el titular del derecho no podría ejercer pretensiones de cese o de destrucción de la obra posterior infractora y su posición estaría protegida únicamente por una pretensión indemnizatoria. Esta, a su vez, quedaría limitada a los ingresos dejados de obtener o a la regalía hipotética, pero no incluiría la posibilidad cuantificar los daños mediante la expropiación de los beneficios del autor de la obra posterior.

Estas posibilidades ofrecidas por el derecho positivo complementan a la espada de Judith que resulta de la aplicación de los test de similitud sustancial y, conjuntamente, podrán contribuir a que los pleitos sobre arte que se planteen ante jueces españoles no incrementen las discontinuidades ni abran nuevas intermitencias entre las comprensiones artística y jurídica de determinadas obras y prácticas. El derecho del arte no puede operar de espaldas al arte: hay que exponerlo a la intemperie, a veces gélida, de los sistemas del mundo del arte.

ANEXO I. JURISPRUDENCIA

España

STC núm. 49/1984, de 5 de abril (MP: Jerónimo Arozamena Sierra) (RTC 1984, 49).

STS, Sala 1.ª, de 25 de abril de 1900 (asunto «Estanqueros de tabaco»).

STS, Sala 1.ª, de 2 de marzo de 1992 (MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes) (RJ 1992, 1834).

STS, Sala 1.ª, de 20 de febrero de 1992 (MP: Matías Malpica González-Elipe) (RJ 1992, 1329).

STS, Sala 1.ª, núm. 12/1995, de 28 de enero (MP: Alfonso Villagómez Rodil) (RJ 1995, 387).

STS, Sala 1.ª, núm. 563/1995, de 7de junio (MP: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa) (RJ 1995, 4628).

STS, Sala 1.ª, núm. 207/1997, de 17 de marzo (MP: Jesús Marina Martínez-Pardo) (RJ 1997, 1979).

STS, Sala 1.ª, núm. 886/1997, de 17 de octubre (MP: Eduardo Fernández-Cid de Termes) (RJ 1997, 7468).

sente Directiva. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán justos y equitativos, no serán inútilmente complejos o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios. 2. Dichas medidas, procedimientos y recursos serán asimismo efectivos, proporcionados y disuasorios, y se aplicarán de tal modo que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo y se ofrezcan salvaguardias contra su abuso».

STS, Sala 1.ª, núm. 237/1999, de 23 de marzo (MP: Román García Varela) (RJ 1999, 2005).

STS, Sala 1.ª, núm. 963/2001, de 23 de octubre (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2001, 8660).

STS, Sala 1.ª, núm. 429/2002, de 13 de mayo (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) (RJ 2002, 6744).

STS, Sala 1.ª, núm. 1125/2003, de 26 de noviembre (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2003, 8098).

STS, Sala 1.ª, núm. 427/2008, de 28 de mayo (MP: Francisco Marín Castán) (RJ 2008, 3178).

STS, Sala 1.ª, núm. 838/2008, de 6 de octubre (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ 2008, 7176).

STS, Sala 1.ª, núm.1204/2008, de 18 de diciembre (MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) (RJ 2009, 534).

STS, Sala 1.ª, núm. 225/2009, de 30 de marzo (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ 2009, 1751).

STS, Sala 1.ª, núm. 569/2009, de 22 de julio (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ 2009, 4575).

STS, Sala 1.ª, núm. 827/2009, de 4 de enero de 2010 (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ 2010, 153).

STS, Sala 1.ª, núm. 72/2010, de 4 de marzo (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ 2010, 1454).

STS, Sala 1.ª, núm. 364/2010, de 2 de junio (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (RJ 2010, 2664).

STS, Sala 1.ª, núm. 777/2010, de 9 de diciembre (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2011, 1414).

STS, Sala 1.ª, núm. 214/2011, de 5 de abril (MP: Jesús Corbal Fernández) (RJ 2011, 3146).

STS, Sala 1.ª, núm. 172/2012 de 3 de abril (MP: Francisco Marín Castán) (RJ 2012, 5272),

STS, Sala 1.ª, núm. 778/2012, de 27 de diciembre (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2013, 923).

STS, Sala 1.ª, núm. 433/2013, de 28 de junio (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2013, 4987).

STS, Sala 1.ª, núm. 95/2014, de 11 de marzo (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2014, 2245).

STS, Sala 1.ª, núm. 160/2014 de 30 de abril (MP: Rafael Sarazá Jimena) (RJ 2014, 2796).

STS, Sala 1.ª, 1.ª, núm. 343/2014, de 25 de junio (MP: Rafael Sarazá Jimena) (RJ 2014, 5101).

STS, Sala 1.ª, núm. 282/2016, de 29 de abril (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (RJ 2016, 2426).

STS, Sala 2.ª, de 14 de febrero de1984 (MP: Fernando Díaz Palos) (RJ 1984, 1129).

STS, Sala 2.ª, núm. 1278/1992 de 28 de mayo (MP: Manuel García Miguel) (RJ 1992, 4394).

STS, Sala 3.ª, de 18 de diciembre de1993 (rec. 6857/1992;) (MP: Pablo García Manzano) (RJ 1993, 9377).

STS, Sala 3.ª, de 13 de julio de 2006 (rec. 10428/2003) (MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona) (RJ 2006, 4625).

STS, Sala 3.ª, de 14 de marzo de 2014 (rec. 585/2013) (MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona) (RJ 2014, 1169).

SAP Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 12/2004, de 9 de enero (MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel) (JUR 2004, 52542).

SAP Madrid, Sec. 16.ª (Penal), núm. 374/2004 de 15 julio (MP: Gregoria Díaz Bordallo) (JUR 2004, 270139).

SAP La Coruña, Sec. 3.ª, núm. 238/2005 de 17 junio (MP: Rafael Jesús Fernández-Porto García) (AC 2005, 1988).

SAP Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 411/2005, de 29 de septiembre; MP: Luis Garrido Espa) (AC 2006, 121).

SAP Madrid, Sec., 21.ª, núm. 156/2006, de 21 de marzo (MP: Guillermo Ripoll Olazábal) (JUR 2006, 140787).

SAP Madrid, Sec. 11.ª, núm. 455/2007, de 6 de junio (MP: José Zarzuelo Descalzo) (JUR 2007, 259528).

SAP Barcelona, Sección 15.ª, núm. 17/2008, de 24 de enero (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2008, 138689).

SAP Baleares, núm. 27/2010 de 25 enero (MP: Covadonga Sola Ruiz) (JUR 2010, 101593).

SAP Madrid, Sec. 28.ª, núm. 114/2011, de 8 de abril (MP: María de los Ángeles Rodríguez Alique) (AC 2011, 510).

SAP Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 274/2011, de 21 de junio (MP: Luis Garrido Espá) (AC 2011, 1998).

SAP Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 463/2011, de 29 de noviembre (MP: Ignacio Sancho Gargallo) (JUR 2011, 133028).

SAP Barcelona Sec. 15.ª, núm. 12/2013, de 22 de enero (MP: Marta Rallo Ayezcuren) (AC 2013, 1399).

SAP Barcelona, Sec. 15.ª, núm. 222/2014 de 26 de junio (MP: Luis Garrido Espa).

SJMerc núm. 1 de Alicante, núm. 192/2011 de 17 junio (MP: Rafael Fuentes Devesa) (AC 2011, 1481).

Tribunal de Justicia de la UE

Sentencia de 11.11.1997, asunto C-251/95, Sabel c. Puma (TJCE 1997, 232).

Sentencia de 22.6.1999, asunto C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH contra Klijsen Handel BV (TJCE 1999, 138).

Sentencia de 3.9.2009, asunto C-498/07 P, Aceites del Sur-Coosur, S.A., v. Koipe Corporación, S.L. y OAMI (TJCE 2009, 247).

Sentencia de 16.7.2009, asunto C-5/08, Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening (TJCE 2009, 228).

Sentencia de 20.10.2011, asunto C-281/10 P, PepsiCo, Inc. contra Grupo Promer Mon Graphic SA (TJCE 2011, 327).

Sentencia de 18.10.2012, asuntos acumulados C-101/11 P y C-102/11 P, Neuman y Galdeano contra José Manuel Baena Grupo, S.A (TJCE 2012, 304).

Sentencia de 3.9.2014, asunto C-201/13, Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW contra Helena Vandersteen y otros (TJCE 2014, 247).

Sentencia de 28.7.2016, asunto C-57/15, United Video Properties Inc. y Telenet NV (TJCE 2016, 322).

EE. UU

Gorham Co. V. White, 81 U.S. (14 Wall.), 511 (1871).

Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 251-52 (1903).

The T.J. Hooper [60 F.2d 737 (2d Cir.), *cert. denied,* 287 U.S. 662 (1932).

Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49 (1936).

Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946).

Peter Pan Fabrics, Inc. v. Martin Weiner Corp., 274 F.2d 487, 489 (2d Cir. 1960)).

Morrissey v. Procter & *Gamble*, 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967).

First Nat'l Bank of Ariz. v. Cities Serv. Co., 391 U.S. 253 (1968).

Roth Greeting Cards v. United Card Company, 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

Shaw v. Linheim, 919 F.2d 1353, 1357 (9th Cir. 1990).

Oakley, Inc. v. Int'l Tropical-Cal, Inc., 923 F.2d 167 (Fed. Cir. 1991).

Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

Ty, Inc. v. GMA Accessories, Inc., 132 F.3d 1167 (7th Cir. 1997).

Repp v. Webber, 132 F.3d 882 (2d Cir. 1997).

Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Group, Inc., 150 F.3d 132 (2d Cir. 1998).

Boisson v. Banian, Ltd., 273 F.3d 262 (2d Cir. 2001).

Scott v. Harris, 550 U.S. 372 (2007).

Gonzalez-Servin v. Ford Motor Co., 662 F.3d 931 (7th Cir. 2011).

Glenn Friedman v. Thierry Guetta, US Dist LEXIS 66532 (CD Cal 2011).

David Morris v. Thierry Guetta, 2013 U.S. Dist. LEXIS 15556 (C.D. Cal. 2013).

Cariou v. Prince, 714 F. 3d 694 (2d Cir. 2013).

Sandifer v. U.S. Steel Corp. (Sandifer II), 134 S. Ct. 870 (2014).

Reino Unido

Ladbroke (Football) Ltd v William Hill (Fooaball) Ltd; *Hawkes & Son v Paramount Film Services* [1934] Ch 593.

King Features Syndicate Inc. vs. O. & M. Kleeman Limited [1941] AC 417.

Francis Day & Hunter Ltd v Bron [1963] Ch 587.

Harman Pictures NV v Osborne [1967] 2 All ER 324.

Warwick Films v Eisinger [1969] 1 Ch 508.

Roberton v Lewis (1960) [1976] RPC 169

Krisarts SA v. Briarfine [1977] FSR 577;

LB (Plastics) v Swish Products [1979] RPC 551.

Spelling Golberg v BPC Publications Ltd [1981] RPC 280.

Geographia v Penguin [1985] FSR 208.

British Leyland Motor Corp v Armstrong Patents [1986] A.C. 577.

Johnstone Safety Co v Peter Cook International plc [1990] FSR 161.

Designers Guild Ltd v. Russell Williams (Textiles) Limited [2000] UKHL 58.

Sweeny v. Macmillan Publishers Ltd [2002] RPC 35.

IPC Media Ltd v Highbury SPL Publishing Ltd. Reference [2004] EWHC 2985 (Ch).

Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd and others [2007] RPC 25.

Temple Island Collections Ltd v New English Teas Ltd [2012] EWPCC 1.

T&A Textiles and Hosiery Ltd v Hala Textile UK Ltd, Abdul Hadi Shehezad and Irfan Ahmad [2015] EWHC 2888.

Francia

Cass. 1ère civ., 4 fév. 1992: JCP G 1992, II, 21930.

CA Paris, 1ère ch., 21 nov. 1990: RIDA jav. 1990, p. 319.

CA Paris, 6 novembre 2012-RG.º 12/05076

TGI Paris, 6 déc. 1989: Cah. Dr. auteur mai-juill. 1990, p. 21.

TGI Paris, 3ème ch., 1ère section, RG 13/04056.

Alemania

BVerfG, Urteil vom 31.3.2016-1 BvR 1585/13-Metall auf Metall.

BGH, Urteil vom 11.3.1993-I ZR 263/91-Alcolix.

BGH, Urteil vom 11.3.1993-I ZR 264/91-Asterix-Persiflagen.

BGH, Urteil vom 29.3.1999-I ZR 65/96-Laras Tochter.

BGH, Urteil vom 20.3.2003-I ZR 117/00-Gies-Adler.

BGH, Urteil vom 29.4.2010-I ZR 69/08-Vorschaubilder.

BGH, Urteil vom 1.12.2010-I ZR 12/08-Perlentaucher.

BGH, Urteil vom 16.5.2013, I ZR 28/12-Beuys-Aktion.

BGH, Urteil vom 17.7.2013-I ZR 52/12-Pippi-Langstrumpf-Kostüm I.

BGH, Urteil vom 19.11.2015-I ZR 149/14-Pippi-Langstrumpf-Kostüm II.

BGH, Urteil vom 28.7.2016-I ZR 9/15-Auf fett getrimmt.

OLG Hamburg, 12.10.1995, *Zeitschrift für Urheber-und Medienrecht* 315 (1996).

ANEXO II. BIBLIOGRAFÍA

Adajian, T., «The Definition of Art», en Zalta, E. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 edition) (URL: *http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/art-definition/*).

Adler, A., «Fair Use and the Future of Art», 91 *New York University Law Review* 559 (2016).

Apostolos-Cappadona, D., «Costuming Judith in Italian Art of the Sixteenth Century», en Brine, K., Ciletti, E., y Lähnemann, H. (Eds.), *The Sword of Judith. Judith Studies Across the Disciplines,* OpenBook Publishers, Cambridge, 2010, pp. 325-344.

Arroyo Aparicio, A., Bellido Añón, J., y Gómez, M.d.M., *La relevancia de la prueba en el derecho de autor de las obras plásticas. Estudio de jurisprudencia comparada,* Trama Editorial. Colección Arte y Derecho, Madrid, 2011.

Arrow, K., *Social Choice and Individual Values*, 2nd ed., Yale University Press, New Haven, 1963.

Balganesh, S., «Foreseeability and Copyright Incentives», 122 *Harvard Law Review* 1569(2009).

– «The Normativity of Copying in Copyright Law», 62 *Duke Law Journal* 205 (2012).

– «The Questionable Origins of the Copyright Infringement Analysis», 68 *Stanford Law Review* 791 (2016), p. 794.

Balganesh, S., Manta, I., y Wilkinson-Ryan, T., «Judging Similarity», 100 *Iowa Law Review* 267 (2014).

Bartow, A., «Copyrights and Creative Copying», 1 *U Ottawa L & Tech* J 75 (2003-2004).

Baxandall, M., *Painting and Experience in Fifteenth-Century Italy*, Oxford University Press, Oxford, 1972.

Beardsley, M., *The Aesthetic Point of View*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1982.

Beebe, B., «Shanzhai, Sumptuary Law, and Intellectual Property Law in Contemporary China», 47 *U.C. Davis L. Rev.* 849 (2014).

Bently, L., y Biron, L., «Discontinuities between legal conceptions of authorship and social practices. What, if anything, is to be done?», en Van Eechoud, M. (ed.), *The Work of Authorship*, Amsterdam University Press B.V., Amsterdam, 2014, pp. 237-276.

Bently, L., y Sherman, B., *Intellectual Propery Law,* 4th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Bently, L., «What Became of Global, Mandatory, Fair Use (GMFU)? A Case Study in "Dysfunctional Pluralism"», 2016 (presentación realizada en el 35.º Congreso Anual de la ATRIP, Universidad Jagelónica, Cracovia, Polonia).

Bernstein, L., «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», 21 *Journal of Legal Studies* 115 (1992).

– «Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions», 99 *Michigan Law Review* 1724 (2001).

Bevill, K., «Note: Copyright Infringement and Access: Has the Access Requirement Lost Its Probative Value?», 52 *Rutgers L. Rev* 311 (1999)).

Boehme-Nessler, V., *Pictorial Law: Modern Law and the Power of Pictures*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2011.

Bondía Román, F., «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de derecho civil*, vol. 59, núm. 3, 2006, pp.1065-1114.

Boon, M., *In Praise of Copying*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2010.

Bracha, O., y Syed, T., «Beyond the Incentive-Access Paradigm? Product Differentiation & Copyright Revisited», 92 *Texas Law Review* 1841 (2014).

Brewer, S., «Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process», 107 *Yale Law Journal* 1535 (1998).

Buccafusco, C., y Sprigman, C. J., «Valuing Intellectual Property: An Experiment», 96 *Cornell Law Review* 1 (2010).

– «The Creativity Effect», 78 *University of Chicago Law Review* 31 (2011).

Cadarso Palau, J., «Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual», en Carlos Rogel Vide (Coord.), *Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2004, pp. 103-118.

Carroll, M., «One for All: the Problem of Uniformity Cost in Intellectual Property Law», 55 *Am. U. L. Rev.* 845 (2006).

Casas Vallés, R., «The requirement of originality», en Derclaye, E.(Ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2009, pp. 102-132.

Castán, A., *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*, Reus, Madrid, 2009.

Christiansen, K., y Mann, J., *Orazio and Artemisia Gentisleschi*, Metropolitan Museum of Art-Yale University Press, New York 2001.

Cohen, A., «Copyright Law and the Myth of Objectivity: The Idea-Expression Di-

chotomy and the Inevitability of Artistic Value Judgments», 66 *Indiana Law Journal* 175 (1990).

Colombet, C., *Propiété littéraire et artistique et droits voisins,* 5.ª ed., Dalloz, Paris, 1990.

Cooter, R., y Ulen, T., *Law and Economics*, 6th edition, Berkeley Law Books. Book 2, 2016 (*http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2*).

Cotropia. C. y Gibson, J., «Copyright's Topography: An Empirical Study of Copyright Litigation», 92 *Texas Law Review* 1981 (2014).

Dan-Cohen, M., «Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», 97 *Harvard Law Review* 625 (1984).

Danto, A., The Transfiguration of the Commonplace, Harvard University Press, Cambridge, 1981.

Dickie, G., *The Art Circle*, Haven, New York, 1984.

Díez Picazo, L., *Experiencias Jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

Dreier, T., «Original und Kopie im rechtlichen Bildregime», en Mensger, A. (Ed.), *Déjà-vu?-Die Kunst der Wiederholung von Dürer bis You Tube*, Ausstellungskatalog, Staatliche Kunsthalle Karlsruhe, Bielefeld: Kerber 2012; pp. 110-119.

Dreyer, G., «§16 UrhG», en Dreyer, G., Kotthoff, J. y Meckel, A., *Urheberrecht*, 3.ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2013.

Eco, U., *Opera Aperta*, Bompiani, Milán, 1962.

Ellickson, R., *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

– «When Civil Society Uses an Iron Fist: The Role of Private Associations in Social Control», (July 25, 2016). Forthcoming, *American Law and Economics Review; Yale Law & Economics Research Paper No. 550*. Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2771662*).

Farid, H., «Digital Doctoring: can we trust photographs?», en Harrington, B. (Ed.), *Deception: From Ancient Empires to Internet Dating*, Stanford University Press, 2009; pp. 95-108.

Farley, C. H., «Judging Art», 79 *Tulane Law Review* 805 (2005).

Farnsworth, W., *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago University Press, Chicago, 2007.

Fauchart, E., y Von Hippel, E., «Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs», 19 *Organization Science* 187 (2008).

Favale, M., Kretschmer, M., y Torremans, P., «Is there an EU Copyright Juris-

prudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice», 79 *The Modern Law Review* 31 (2016).

Fincham, D., «How Law Defines Art», 14 *J.* Marshall *Rev. Intel. Prop.* L. 314 (2015).

Fischhoff, B., «Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty», 1 *J. of Experimental Psychol.: Hum. Perception & Performance* 288 (1975).

Fisher Iii, W., Cost, F., Fairey, S., Feder, M., Fountain, E., Stewart, G., y Sturken, M., «Reflections On The Hope Poster Case», 25 *Harvard Journal of Law & Technology* 244 (2012).

Fishman, J., «Creating Around Copyright», 128 *Harvard Law Review* 1333 (2015).

– «The Copy Process», 91 *New York University Law Review* __ (2016) (disponible en SSRR, por donde se cita: *http://ssrn.com/abstract=2748145*).

– «How Law Defines Music», Working Paper, 2016 (presentación en la 16th Annual Intellectual Property Scholars Conference, Stanford Law School, agosto de 2016).

Fisk, C., «The Role of Private Intellectual Property Rights in Markets for Labor and Ideas: Screen Credit and the Writers Guild of America, 1938-2000», 32 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 215 (2011).

Fontcuberta, J., *El beso de Judas. Fotografía y verdad*, Gustavo Gili, Barcelona, 1997.

–, *La furia de las imágenes. Notas sobre la postfotografía*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2016.

Francis, J., «On Appropriation: Cariou v. Prince and Measuring Contextual Transformation in Fair Use», 29 *Berkeley Technology Law Journal* 681 (2014).

Fromer, J., y Lemley, M., «The Audience in Intellectual Property Infringement», 112 *Michigan Law Review* 1251 (2014), p.1284.

Fromer, J., «A Psychology of Intellectual Property», 104 *Northwestern University Law Review* 1441 (2010).

Frye, B., «Plagiarism is Not a Crime», 54 *Duquesne University Law Review* 133 (2016).

Garrard, M., *Artemisia Gentileschi: The Image of the Female Hero in Italian Baroque Art*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1989.

Geiger, C., y Izyumenko, E., «Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression», *IIC* 2014, 45(3), pp. 316-342

Geller, P. E., «A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations?», 57 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 553 (2010).

Gilden, A., y Greene, T., «Fair Use for the Rich and Fabulous?», *80 University of Chicago Law Review Dialogue* 88 (2013).

– «Raw Materials and the Creative Process», 104 *Georgetown Law Journal* 355 (2015).

Girard, R., *La Violence et le Sacré*, Grasset, París, 1972.

Givone, S., *Historia de la estética*, Tecnos, Madrid, 1999.

Goldstein, P., *Goldstein on Copyright*, 3d ed. 2013.

Goldstone, R., «The role of similarity in categorization: Providing a groundwork», 52 *Cognition* 125 (1994).

Gomá Lanzón, J., *Tetralogía de la Ejemplaridad: Imitación y experiencia*, Taurus, Madrid, 2014.

Goold, P. R., «Unbundling the "Tort" of Copyright Infringement», 102 *Virginia Law Review* 1883 (2016).

Graham-Dixon, A., *Caravaggio. A Life Sacred and Profane,* Allen Lane-Penguin, Londres, 2010.

Green, S., «Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights», 54 *Hastings Law Journal* 167 (2002).

Gurstein, R., *The Repeal of Reticence: A History of America's Cultural and Legal Struggles over Free Speech, Obscenity, Sexual Liberation, and Modern Art*, Hill and Wang, New York, 1996.

Guthrie, C., Rachlinski, J., y Wistrich, A., «Inside the Judicial Mind», 86 *Cornell Law Review* 777 (2001).

Haeussler, C., y Sauermann, H., «Credit Where Credit Is Due? The Impact of Project Contributions and Social Factors on Authorship and Inventorship», *Research Policy* 42(3) (2013)).

Hägele, G., y Pukelsheim, F., «Llull's writings on electoral systems», 41 *Studia Lulliana* 3 (2001).

Heald, P., «The Economics of Professional Deference: Berne 10(1) and the Case of Music Copyright», 2016 (presentación realizada en el 35.º Congreso Anual de la ATRIP, Universidad Jagelónica, Cracovia, Polonia).

Hemphill, C. S., y Suk, J., «The Law, Culture, and Economics of Fashion», 61 *Stanford Law Review* 1147 (2009).

Hernández Martínez, A., *La clonación arquitectónica*, Siruela, Madrid, 2007.

Hetcher, S., «Creating Safe Social Norms in a Dangerous World», *73 University of Southern California Law Review* 1 (1999), pp. 19-22.

Hickey, K., «Reframing Similarity Analysis in Copyright», 93 *Wash. U. L. Rev.* 681 (2016).

Hilty, R., «The Role of Enforcement in Delineating the Scope of IP Rights», *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 15-03* (May 1, 2015) (available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2602221*).

Hinsz, V., y Indahl, K., «Assimilation to Anchors for Damages Awards in a Mock Trial», 25 *J. Applied Soc. Pychol.* 991 (1995).

Hudson Hick, D., «Appropriation and Transformation», 23 *Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L.J.* 1155 (2013).

Hugenholtz, B., «Is Harmonization a Good Thing?: the Case of the Copyright "Acquis"», en Ohly, A., y Pila, J. (Eds.), *The Europeanization of Intellectual Property Law: towards a European Legal Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 57-73.

Jasiewicz, M. I., «"A Dangerous Undertaking": The Problem of Intentionalism and Promise of Expert Testimony in Appropriation Art Infringement Cases», 26 *Yale Journal of Law and the Humanities* 143 (2014).

Jaszi, P., «Toward a Theory of Copyright: The Metamorphoses of "Authorship"», 1991 *Duke Law Journal* 455 (1991).

Jiménez, J., *Teoría del Arte*, Tecnos, Madrid, 2004.

Jolls, C., et al., «A Behavioral Approach to Law and Economics», 50 *Stanford Law Review* 1471 (1998).

– «Debiasing Through Law and the First Amendment», 67 *Stanford Law Review* 1411 (2015).

Jones, J., «Can an artist ever really own a colour?», *The Guardian*, 29.2.2016 (*https://www.theguardian.com/artanddesign/shortcuts/2016/feb/29/anish-kapoor-vantablack-paint*).

Kahan, D., Hoffman, D., Evans, D., Devins, N., Luci, E., y Cheng, K., «"Ideology" or "Situation Sense"? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment», 116 *University of Pennsylvania Law Review* 349 (2016).

Kahan, D., Hoffman, D., Evans, D., Braman, D., y Rachlinski, J., «"They Saw a

Protest": Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction», 64 *Stanford Law Review* 851 (2012).

Kahan, D., Hoffman, D., y Braman, D., «Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism», 122 *Harvard Law Review* 837 (2009).

Kahan, D., Jenkins-Smith, H., y Braman, D., «Cultural Cognition of Scientific Consensus», 14 *Journal of Risk Research* 147 (2011).

Kahan, D., «On the Sources of Ordinary Science Knowledge and Extraordinary Science Ignorance» (June 13, 2016), en *Oxford Handbook of the Science of Science Communication* (en prensa); *Yale Law & Economics Research Paper No. 548* (disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2794799*).

Kahneman, D., *Thinking, fast and slow*, Allen Lane, 2011.

Kamin, K., y Rachlinski, J., «Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight», 19 *Law & Hum. Behav.* 89 (1995).

Kaminski, M. y Rub, G., «Copyright's Framing Problem» (October 28, 2016). 64 *UCLA L. Rev.*___ (2017) (disponible en SSRN: *https://ssrn.com/abstract=2860914*).

Kee, E., y Farid, H., «A Perceptual Metric for Photo Retouching». *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(50):19907-19912, 2011.

Klonick, K., «Comparing Apples to Applejacks: Cognitive Science Concepts and Similarity Judgment and Derivative Works», 60 *Journal of the Copyright Society of the USA* 365 (2013).

Kocher, G., *Zeichen und Symbole des Rechts*, C.H. Beck Verlag, München, 1992.

Kornhauser, L., y Sager, L., «Unpacking the Court», 96 *Yale Law Journal* 82 (1986).

–«The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts», 81 *California Law Review* 1 (1993).

Korobkin, R., y Ulen, T., «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», 88 *California Law Review* 1051 (2000).

Korobkin, R., «The Endowment Effect and Legal Analysis», 97 *Northwestern University Law Review* 1227 (2003).

Landes, W., «Copyright, Borrowed Images, and Appropriation Art: An Economic Approach», 9 *George Mason Law Review* 1 (2000).

Landes, W., y Posner, R., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

Latman, A., «"Probative Similarity" as Proof of Copying: Toward Dispelling Some Myths in Copyright Infringement», 90 *Columbia Law Review* 1187 (1990)).

Lemley, M., «Ex Ante versus Ex Post Justifications for Intellectual Property», 71 *University of Chicago Law Review* 129 (2004).

– «Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement», 57 *Journal of the Copyright Society USA* 719 (2010).

Levmore, S., «Conjunction and Aggregation», 99 *Michigan Law Review* 723 (2001).

Lippman, K., «The Beginning of the End: Preliminary Results of an Empirical Study of Copyright Substantial Similarity Opinions in the U.S. Circuit Courts», 2013 *Michigan State Law Review* 513 (2013).

List, C., y Pettit, P., *Group Agency: The Possibility, Design, and Statute of Corporate Agents,* Oxford University Press, 2011.

Loewenheim, U., «§ 16 UrhG», en Schricker, G., y Loewenheim, U., *Urheberrecht. Kommentar*, 4.ª ed., C.H. Beck, Munich, 2010.

López Sánchez, C., *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.

Loshin, J., «Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property without Law», en Corcos, C. (Ed), *Law and Magic: A Collection of Essays*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2010.

Lund, J. «An Empirical Examination of the Lay Listener Test in Music Composition Copyright Infringement», 11 *Va. Sports & Ent. L. J.* 137 (2011).

Maaβen, W., «Plagiat, freie Benutzung oder Kunstzitat? Erscheinungsformen der urheberrechtlichen Leistungsübernahme in Fotografie und Kunst», en Schierholz, A., y Melichar, F., *Kunst, Recht und Geld. Fetschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburstag*, C. H. Beck, München, 2012, pp. 135-178.

Mandel, G., «To Promote the Creative Process: Intellectual Property Law and the Psychology of Creativity», 86 *Notre Dame Law Review* 1999 (2000).

Manta, I., «Reasonable Copyright», 53 *Boston College Law Review* 1303 (2012).

Marías, J., «Si sólo vivieran los vivos», *La Zona Fantasma, El País*, 27.7.2014.

Mariscal, P., *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Mcadams, R., «A Focal Point Theory of Expressive Law», 86 *Virginia Law Review* 1649 (2000).

Mcadams, R., y Rasmusen, E., «Norms in Law and Economics», en Polinsky, A.M., y Shavell, S. (Eds.), *Handbook of Law and Economics*, II, Palgrave Macmillan, 2007.

Mcdonagh, L., «Is Creative Use of Musical Works Without a Licence Acceptable Under Copyright?», *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)* 4 (2012), pp. 401-426.

Mckenzie, L., «Drawing Lines: Addressing Cognitive Bias in Art Appropriation Cases», 20 *UCLA Entertainment Law Review* 83 (2013).

Medin, D., Goldstone, R., y Gentner, D., «Respects for similarity», 100 *Psychological Review* 254 (1993).

Méndez Baiges, M., *Camuflaje. Engaño y ocultación en el arte contemporáneo*, Siruela, Madrid, 2007.

Merges, R., «Economics of Intellectual Property Law» (March 20, 2014), en Parisi, P. (Ed.), *Oxford Handbook of Law and Economics*, en prensa (disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2412251*).

Miller, A., y Perry, R., «The Reasonable Person», 87 *New York Law Review* 323 (2012), pp. 348-355.

– «A Group's a Group, No Matter How Small: An Economic Analysis of Defamation», 70 *Washington and Lee Law Review* 2269 (2013).

Mnookin, J., «Semi-legibility and Visual Evidence: An Initial Exploration», 10 *Law, Culture and Humanities* 43 (2014).

Muñoz Sarmiento, S., y Van Haaften-Schick, L., «Cariou v. Prince: Toward a Theory of Aesthetic-Judicial Judgments», 1 *Texas A&M Law Review* 941 (2014).

Nimmer, M. y Nimmer, D., *Nimmer On Copyright*, 2012.

Nordemann, A., «§§ 23/24 UrhG», en Nordemann, A., y Nordemann, J.B. (Eds.), *Fromm/Nordemann, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, 11.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2014.

Norman, H., *Intellectual Property Law Directions*, 2nd edition, Oxford University Press, 2014.

Oliar, D., y Sprigman, C. J., «There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy», 94 *Virginia Law Review* 1787 (2008).

Olson, Jr., M., *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, 1965.

Osterberg, R., y Osterberg, E., *Substantial Similarity in Copyright Law*, Practising Law Institute, 2011.

Palau Ramírez, F., «El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en derecho español y europeo», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo núm. 19, 1998, pp. 367-396.

Panofsky, E., *Studies in Iconology. Humanistic Themes in the Art of the Renaissance*, Harper & Row, New York, 1962.

Patry, W., *Patry on Copyright*, 2007.

Pardo, M., «Group Agency and Legal Proof; o, Why the Jury is an "It"», 56 *William & Mary Law Review* 1792 (2015).

Parkin, S., «The $5.7 Million Magazine Illustration», *The New Yorker*, February 19, 2014 (*http://www.newyorker.com/culture/culture-desk/the-5-7-million-magazine-illustration*).

Perzanowski, A., «Tattoos and IP Norms», 98 *Minnesota Law Rev* iew 511 (2013).

Polakovic, R., «Should the Bauhaus Be in the Copyright Doghouse? Rethinking Conceptual Separability», 64 *University of Colorado Law Review* 871 (1993).

Porter, E., «Taking Images Seriously», 114 *Columbia Law Review* 1687 (2014).

Posner, E., *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

Posner, R., *The Little Book of Plagiarism,* Pantheon, New York, 2007.

Ramírez, J. A., «La crítica y la historia del arte frente a los derechos de reproducción», *Revista Lápiz*, núm. 217, noviembre 2005, pp. 26-41.

Raustiala, K., y Sprigman, C. J., «The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design», 92 *Virginia Law Review* 1687 (2006).

– *The Knockoff Economy. How Imitation Sparks Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

– «When Are IP Rights Necessary? Evidence from Innovation in IP's Negative Space», en Menell, P., y Depoorter, B. (Eds.), *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law*, Vol. I, Edward Elgar Publishing, 2016 (en prensa, disponible en SSRN).

Rivero Hernández, F., «Comentario al artículo 18», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 283-303.

Robertson, K., «The Art of the Copy. Labor, Originality, and Value in the Contemporary Art Market», en Murray, L., Piper, T., y Robertson, K., *Putting Intellectual Property in its Place: Rights Discourse, Creative Labor, and the Everyday.* Oxford Scholarship Online, 2014, pp. 158-175.

Rodríguez Tapia, J. M., «Comentario al artículo 18», en Rodríguez Tapia, J.M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 180-182.

Rosati, E., *Originality in EU Copyright. Full Harmonization Through Case Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2013.

Rosenblatt, E., «A Theory of IP's Negative Space», 34 *Columbia Journal of Law & the Arts* 317 (2011).

Roundtree, A., «Graffiti Artists "Get Up" in Intellectual Property's Negative Space», 31 *Cardozo Arts & Entertainment Law Review* 959 (2013).

Said, Z., «Reforming Copyright Interpretation», 28 *Harvard Journal of Law and Technology* 469 (2015).

Salvador Coderch, P., *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Salvador Coderch, P., y Fernández Crende, A., «Instrumentos de control social y derecho de daños», *InDret* 4/2004 (*www.indret.com*).

Salvador Coderch, P., Rubí Puig, A., y Ramírez Silva, P., «Imágenes veladas», *InDret* 1/2011 (*www.indret.com/pdf/805_es.pdf*).

Salvador Coderch, P., y Rubí Puig, A., «Riesgos de desarrollo y demarcación judicial de la buena ciencia», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, 2008, fasc. I, pp. 5-56.

Samuelson, P., «The Quest for a Sound Conception of Copyright's Derivative Work Right», 101 *Georgetown Law Journal* 1505 (2013).

– «A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement», 107 *Northwestern University Law Review* 1821 (2013).

– «Reconceptualizing Copyright's Merger Doctrine» (April 12, 2016), 63 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Forthcoming; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2763903 (Available at SSRN: *http://ssrn.com/abstract=2763903*).

Sancho Gargallo, I., *Iuris Prudentia del Juez Civil*, Discurso de Ingreso, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2010.

Sánchez Aristi, R., «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 4, 2000, pp. 25-68.

– «El plagio de fondos musicales para spots ¿responde el editor?», *Revista Pe.i de propiedad intelectual*, núm. 17, mayo-agosto 2004, pp. 31 y ss.

– «La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte», en Fundación Profesor Uría (Editor), *Derecho del arte. Anuario Iberoamericano 2015. Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 23-110.

Schack, H., *Urheber-und Urhebervertragsrecht*, 5.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

– «Bildzitate zu Lasten der Fotografien», en Schierholz, A., y Melichar, F., *Kunst, Recht und Geld. Fetschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburstag*, C.H. Beck, München, 2012, pp. 207-2015.

Schulze, G., «§ 16 UrhG», en Dreier. T., y Schulze, G., *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar*, 4.ª ed., C.H. Beck, Munich, 2013.

Seidman Diamond, S., y Franklyn, D., «Trademark Surveys: An Undulating Path», 92 *Texas Law Review* 2029 (2014).

Sherwin, R., *When Law Goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, The University of Chicago Press, Chicago, 2000.

Silbey, J., «Images in/of Law», 57 *New York Law School Law Review* 171 (2012-2013).

Silbey, S., «J. Locke, op. cit.: Invocations of Law on Snowy Streets», *Journal of Comparative Law*, Vol. 5, no. 2 (2010).

Slovic, P., Zionts, D., Woods, A., Woods, A., Goodman, R., y Jinks, D., «Psychic Numbing and Mass Atrocity», en E. Shafir (Ed.), *The behavioral foundations of public policy*, Princeton University Press, New Jersey, 2013, pp. 126-142 (disponible en SSRN: *http://ssrn.com/abstract=1809951*).

Slovic, P., Fischhoff, B., y Lichtenstein, S., «Facts versus Fears: Understanding Perceived Risk», en Kahneman, D., Slovic, P., y Twersky, A. (Eds.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

Sontag, S., *On Photography*, Penguin, New York, 1977.

Taranilla, R., «El empleo de imágenes en la sentencia judicial. (Reflexiones sobre la evolución del género)», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 63, 2015, p. 1-12.

Temiño Ceniceros, I., *El plagio en el derecho de autor*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

Torremans, P., *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, 8th edition, Oxford University Press, 2016.

Toscano Franca Filho, M., y Lima Maia, M., «*Ceci n'est pas un oiseau* –The Judge as a Critic and the Work Of Art Concept in Tax Law», *Anamorphosis-Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 1, n. 2, julho-dezembro 2015 (traducción al inglés por Felipe Zobaran).

Tushnet, R., «Copy this essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It», 114 *Yale Law Journal* 535 (2004).

– «Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions», 51 *Wm. & Mary L. Rev.* 513 (2009).

– «Worth a Thousand Words: The Images of Copyright Law», 125 *Harvard Law Review* 683 (2012).

– «Seeing Like a Copyright Lawyer: Judging Similarity in Copyright Cases», *JOTWELL* (September 9, 2014).

Tversky, A., «Features of Similarity», 84 *Psychological Review* 327 (1977).

Twersky, A., y Kahneman, D., «The Framing of decisions and the psychology of choice», *Science,* Vol. 211, Issue 4481 (1981), pp. 453-458.

Van Houweling, M. S., «Author Autonomy and Atomism in Copyright Law», 96 *Virginia Law Review* 549 (2010).

Varona Gómez, D., «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret* 1/2011 (*http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf*).

Verbrugge, J., «Plagiat condamnable ou inspiration légitime?», 20.10.2014 (*http://blog.droit-et-photographie.com/plagiat-condamnable-ou-inspiration-legitime/*).

– «Similitude, inspiration ou plagiat et-parasitisme», 30.12.2012 (*http://blog.droit-et-photographie.com/similitude-inspiration-ou-plagiat-et-parasitisme/*).

Vermeule, A., *The System of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

VV.AA., «Ex Ante. Plagiarism», *The Green Bag*, Spring 2007 (vol. 10, no. 3) 2007, p.273.

Walker, R. K., y Depoorter, B., «Unavoidable Aesthetic Judgments in Copyright Law: A Community of Practice Standard», 109 *Northwestern University Law Review* 343 (2015).

Wittgenstein, L., *Philoshopical Investigations,* (traducción de G.E. M. Anscombe), 2.ª ed., Basil Blackwell, Oxford, 1958, §66, pp. 31-32.

Wu, T., «Tolerated Use», 31 *Colum. J.L. & Arts* 617 (2008).

Yen, A., «Copyright Opinions and Aesthetic Theory», 71 *Southern California Law Review* 247 (1998).

Arte y Derecho Mercantil. Imagen y concepto de los títulos-valores en la España ilustrada

CARLOS PETIT CALVO

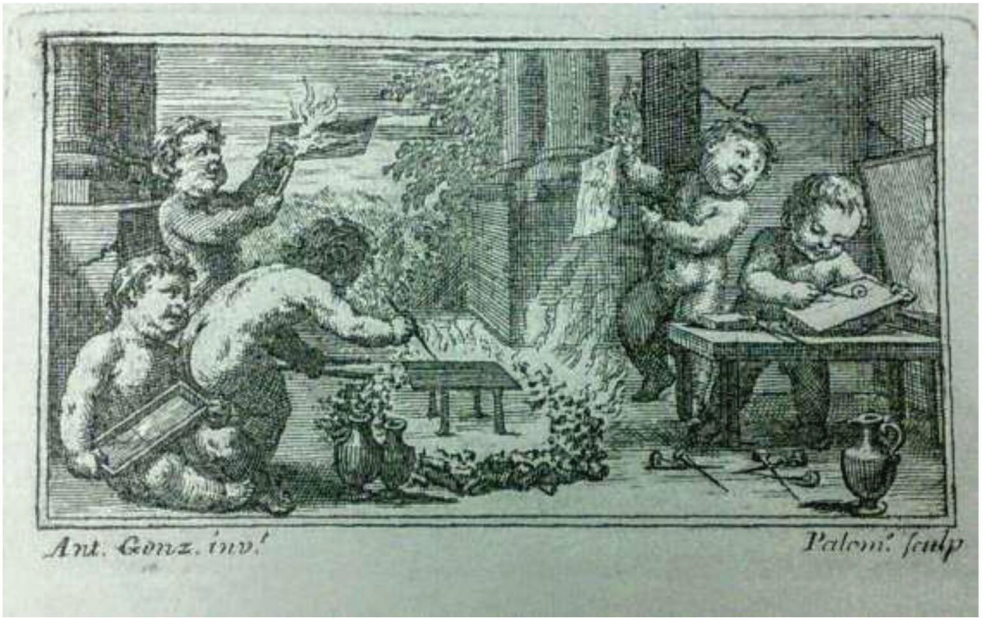
Doctor en Derecho. Catedrático en la Universidad de Huelva

SUMARIO: 1. PRELIMINAR. 2. CONSIGNAS Y EMPEÑOS DEL GOBIERNO «ACTIVO». 3. EL PODER Y LA TALLA DULCE: CONSIDERACIÓN DE LOS VALES REALES. 4. REPÚBLICA POR ACCIONES Y ACCIONES PARA LA REPÚBLICA. 5. PECUNIA Y «FIDES PUBLICA»: LAS CÉDULAS DEL BANCO «NACIONAL» DE SAN CARLOS. 6. CONCLUSIÓN. APÉNDICE DOCUMENTAL.

Pero no basta sólo con la mirada. Sentir la profunda belleza de los títulos-valores emitidos en la España borbónica nos obliga a conocer algo mejor las claves jurídicas y culturales que justificaron su existencia. Las acciones del capital de una real compañía, los papeles emitidos por la Corona, los billetes –en fin– del llamado Banco nacional son las manifestaciones plásticas de un universo jurídico-mercantil sacudido por profundas transformaciones. Conceptos de significado cambiante, nuevas palabras para realidades también nuevas, la desmaterialización veloz de la riqueza y una concepción diferente del poder –por recordar de modo sumario algunos elementos que merecen nuestro análisis– enmarcaron la existencia de esos títulos, cuya factura material se hizo posible gracias al trabajo de expertos de altísima cualificación.

1. PRELIMINAR

§ 1. En realidad, los cambios tuvieron que ver con una transformación fundamental. El dinero, aquel viejo asunto de derecho natural, una *res* indisponible



según el pensamiento de los juristas medievales, convertido desde el siglo XVI en *cosa mercantil* dejada al albur del príncipe abandonó poco a poco el bolsillo de los comerciantes para convertirse en objeto al alcance de cualquiera[1]. Signo universal del valor –«no es el valor *por* el que las mercancías son intercambiadas», advirtió un polémico banquero, «sino el valor *mediante* el cual las mercancías son intercambiadas»– desde los experimentos de John Law, autor de las frases recogidas, la moneda metálica quedó a su vez representada por signos todavía más sutiles cuando no enteramente banales: meros trozos de papel que dependían del extraño, hasta entonces desconocido, concepto de *crédito público:* «la opinión que los hombres forman de la agena providad», que dijo el *traductor* español de Adam Smith[2]. La suerte de los inventos financieros de la Regencia había mostrado que la difusión del dinero cartáceo –en sus varias manifestaciones: moneda de banco, títulos del Tesoro, letras de cambio, cédulas de un capital asociado– corría más deprisa que los saberes necesarios para su empleo, con un resultado ruinoso, en medio de revoluciones y guerras, para la comprensión popular de esos flamantes *signos* del *signo:* «[e]l papel amonedado ó villete es un signo representativo de la moneda física, así como ella lo es del valor de las cosas, pero con la notable

1. Paolo Grossi, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960.
2. Joseph Alonso Ortiz, *Ensayo económico sobre el sistema de la moneda-papel y sobre el crédito público*, Madrid, Imprenta Real, 1796, p. 227 con esta definición «minimalista». Para estas cuestiones, Thomas E. Kaiser, «Money Despotism, and Public Opinion in Early Eigtheenth-Century France: John Law and the Debate on Royal Credit», en *Journal of Modern History* 63 (1991), 1-28.

diferencia de carecer de valor intrínseco... Si se pretendiera que los villetes circulasen no en vez de la moneda, sino como si fuesen la moneda misma; entonces le sucedería lo que eternamente ha sucedido á todo valor puramente impositicio ó imaginario, esto es, el desaparecer delante del valor efectivo. El crear por la palabra sólo está reservado á la Divinidad»[3].

§ 2. Las páginas que siguen combinan la evocación del viejo derecho mercantil que dio sentido a esos *signos* de papel –esa pura *creación* de la palabra– con el recuerdo de los artistas y el análisis de los elementos figurativos que los documentaron. Pero no quisieran solamente yuxtaponer los conocimientos de la historia institucional –algo cortos en esta materia– al caudal de datos diversos que atesora una erudición histórico-artística de estirpe positivista[4]. Sin desconocer su utilidad para superar un coleccionismo anecdótico[5], aquí se sostiene que la España ilustrada consiguió armonizar –con alto grado de coherencia– los hallazgos artísticos y las novedades jurídicas según una praxis política hasta entonces desconocida (II). Desde esta perspectiva, el auge de la talla dulce a partir de Fernando VI, el lanzamiento de los vales reales bajo su hermano Carlos III y la fundación, por uno y otro monarca, de compañías por acciones y academias artísticas (III-IV) fueron las manifestaciones de una cultura distinta, donde las artes plásticas y el derecho mercantil –en gesto muy comercial– se dieron cordialmente la mano. El símbolo del Banco nacional de San Carlos, por cierto, que decoró sus billetes (V).

§ 3. En lo concerniente al asunto jurídico de esta investigación se recuerda que nos interesan los *títulos-valores*, esto es, papeles escritos (un objeto material o *ser*) a los que se *incorporan* derechos (de crédito: un *deber ser*). Nada más[66]. Y nada menos: el concepto de referencia reposa sobre esos dos elementos que viven en continua tensión. De un lado, el tenor literal del papel fija las posibilidades del crédito que

3. Cf. *Consulta elevada a S. M. por la Junta del Banco nacional de San Carlos sobre la pérdida de valor de los vales reales y expedicion de cédulas de caja en 10 de noviembre de 1794*, Madrid, Sobrinos de los sucesores de Manuel Minuesa de los Ríos, rep. 1935, p. 17.
4. Para lo primero, José Martínez Gijón, *Historia del derecho mercantil. Estudios*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad, 1999; para lo segundo, con la pertinente crítica, Gonzalo M. Borrás Gualis, «La historia del arte, hoy», en *Artigrama* 2 (1985), 213-238.
5. Alexander Kiefer, *Historische Wertpapiere der spanischen königlichen und privaten Handelsgesellschaften des 18. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Haag und Herschen, 1991, útil fuente de informaciones. El gusto por acopiar esos papeles comerciales –llamado, en un calco del inglés, *escripofilia*– consiste en «el conocimiento, la colección y la preservación de títulos-valores históricos, como serían documentos (impresos o manuscritos) de acciones, préstamos, obligaciones, bonos, certificados de depósito, cédulas de participación, etc. Como ámbito anexo a este coleccionismo cabe añadir los documentos de derecho privado de índole notarial, cuentas, talones, letras de cambio... de bancos, sociedades mercantiles e individuos, así como cartas de porte y demás papeles de empresas reconocidas o de personajes notables en la historia económica y financiera», p. 9.
6. No considero otros documentos de alcance jurídico, fuentes de pingües rentas fiscales: papel sellado (siglo XVII), sello seco (siglo XVIII), timbres y papel de pagos al Estado (siglo XIX), sellos postales (siglo XIX)... incluso plantillas reintegradas de letras de cambio. Cf. Juan Carrete Parrondo *et al.*, *El grabado en los documentos de garantía y seguridad. Real Impuesto del Sello, Fábrica del Sello y Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1637-1994*, Madrid, FNMT, 1994.

documenta, de suerte que la transmisión del *deber ser* incorporado tiene que anotarse sobre el soporte o *ser* físico del título (cf. *infra* § 15). Y la fortuna material del soporte condiciona, de otro lado, la suerte del derecho que ahí consta por escrito: cualquier pérdida o manipulación del documento o su paso a otras manos destruye, altera o transmite las obligaciones pertinentes. La tentación de trazar analogías con la creación artística es demasiado fuerte, y no porque, en un juego fácil de palabras, recordemos el caso de efectos que son jurídicamente *abstractos* (desvinculados de la relación subyacente que les dio curso) como *abstracto* llamaremos también a un cuadro de Piet Mondrian o de Kandinsky. «La obra de arte misma posee un carácter de cosa», ha escrito Gadamer, «que tiene la función de infraestructura sobre la que se levanta a modo de superestructura la auténtica configuración estética»[7]. Que la afinidad entre el derecho cambiario y la plástica es algo más profunda resulta patente si consideramos, dentro de la línea sugerida, que la prestación del artista pone en juego objetos intrínsecamente casi despreciables (lienzo, metal, buriles, colores) al servicio de valores ideales (símbolos, emociones, reflexiones) con el propósito de obtener un resultado estético. Pero la pieza surgida del proceso creativo también se encuentra sometida al azar que sacude o destruye su materia; depende entonces de la dicha «infraestructura» de apoyo, tal y como los derechos del título-valor están en función del papel donde se inscriben.

§ 4. La relación entre los documentos de interés mercantil y las artes plásticas se acentúa más allá de esa vaga analogía cuando los primeros, entendidos otra vez desde la fisicidad del papel (o la vitela) en que constan, han recibido un trato estetizante. Además de ser títulos-valores las acciones de las reales compañías, los billetes de banco y los vales españoles del siglo XVIII fueron estampas de calidad poco común en otros espacios europeos. Del barroco algo tosco de un Tortolero (autor de las acciones de la Compañía sevillana de San Fernando) a la elegancia neoclásica de Fernando Selma (y nos valen los títulos diseñados para la Real Compañía de Filipinas), alegorías paganas y figuras del santoral, orlas de rico dibujo, arquitecturas, vistas urbanas y campestres, amorcillos, continentes, emblemas náuticos y divisas comerciales conformaron un óptimo producto y hoy día, una vez extinguidos aquellos derechos aunque subsistente la condición artística de los títulos, estos instrumentos se convierten en piezas de colección (figs. 1-2). «Joyas de la documentación mercantil del temprano capitalismo», ha escrito un experto en estas cosas, «excelentes expresiones artísticas las de estas compañías ibéricas, cuyo paso no llegan a alcanzar los papeles similares de otros países»[8].

No importaba tan solo, claro está, embellecer documentos de relevancia jurídica gracias a un hermoso ornato. El empeño artístico desplegado en los título-valores sirvió, en primer lugar, para inculcar en la *nación* («colección de los

7. Hans-Georg Gadamer, «La verdad en la obra de arte» (1960), en *Los caminos de Heidegger*, trad. Ángela Ackermann Pilári, Barcelona, Herder, 2002.
8. Cf. Kipfer, *Historische Wertpapiere*, p. 11. Noticia de una importante colección española –con piezas que pasan del millar– en Loreto Mármol, «Sus acciones nunca perderán valor», en *El Mundo-Magazine* (Madrid), 9 de noviembre, 2008.

habitadores en alguna Provincia, Pais o Reino», según advertía por entonces el *Diccionario de Autoridades*) aquellos hábitos de buen gusto y alta cultura que los teóricos señalaban al monarca como objetivo central de su reinado: «[e]n un Estado civilizado hay una connexion entre los diferentes Ramos del Gobierno que todo lo mantiene en una harmonía perpétua, y precave todas las revoluciones prontas y funestas. Quien dice una Nacion culta, dice una Nacion que abunda de quanto necesita, y esta abundancia es el origen de la industria, que llega á ser Madre de las bellas Artes, Ciencias, Artes mecánicas, y del Comercio. La reunion de todos estos objetos constituye la felicidad del Estado»[9]. De ese modo cabe explicar el recurso a formas refinadas para despachar los mil y un escritos –entre ellos, nuestros títulos– necesarios en la vida cotidiana[10].



Fig. 1. Acción de la Real Compañía de San Fernando de Sevilla (1748).

9. Jacob Friedrich Bielfeld (1717-1770), *Instituciones políticas. Obra en que se trata de la Sociedad Civil, de las Leyes, de la Policía, de la Real Hacienda, del Comercio, y Fuerzas de un Estado, traducida al castellano por D.* Domingo de la Torre y Mollinedo (1760), I, Madrid, Imprenta de D. Gabriel Ramírez, 1767, pp. 67-68, con su conclusión final que relaciona artes, riqueza y *grand tour:* «un País tan dichoso no dexa de ser freqüentado por un gran número de Estrangeros, que viajan, cuyo gásto contribuye á enriquecerle. El buen gusto se introduce en él para todo: el entendimiento se cultiva: los grandes hombres en todas clases se forman: la vida se pasa con mas tranquilidad, y conveniencia. El Comercio hace que se entablen correspondencias con Otros Pueblos; y por fin, un Estado en que la Nacion está civilizada, figura de otro modo en el mundo y en la posteridad, que un Reyno que conserve su poco, ó su mucho de barbarie».
10. Cf. Juan Carrete Parrondo, *Estampas. Cinco siglos de imagen impresa,* Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1981, 21-44; cf. nn.º 942, 945-946, 947-949, 950-951, 954-957, 960-961, 972-973, 975-976 para las justamente llamadas «estampas-documento».



Fig. 2. Acción de la Real Compañía de Filipinas
(Fernando Selma, dibujo de Cosme de Acuña. 1785).

El esmero artístico aportó a los derechos inscritos, en segundo lugar, un añadido, en absoluto despreciable, de *seguridad*. Los sellos y las firmas, la numeración, la calidad del papel, las condiciones de renovación tratándose de los vales (§ 18)... fungían de marcas de autenticación, pero el trabajo con los buriles hacía irrepetibles las estampas: dos láminas que abriese el mismo artista nunca llegarían a idéntico resultado[11]. Por esa razón, pero también por el severo régimen penal de la falsedad (la del vale real se consideró justamente falsificación de moneda, un delito castigado con la pena capital) no fueron tan frecuentes (§ 20) las manipulaciones[12]. La dureza punitiva era esperada, toda vez que, aparte el interés de la

11. Florián Ruiz Vélez-Frías y Jorge Alentorn Vilá, *Catálogo del papel moneda español,* Madrid, Artes gráficas EMA, 1974, pp. 19 ss., con interesantes consideraciones técnicas sobre la estampación. Más abajo (§ 20) tendremos ocasión de presentar el dictamen de un grabador sobre la autenticidad de ciertos vales reales, con mención del número de láminas –todas ellas de su autoría– utilizadas en aquella emisión.
12. Los periódicos no dejaron de anunciar la puesta en circulación de vales falsos con particu-

víctima, las falsificaciones atentaban contra aquella etérea idea de *crédito público* que salió al paso más arriba; nada tiene de extraño que Inglaterra, el país con mayor circulación fiduciaria en la Europa de las luces («we eat and drink paper, and live upon paper»), protegiese el tráfico de efectos y dispensara tratamiento de *felony* –la modalidad criminal más grave cuya comisión llevaba a la horca– para cualquier falsedad de relevancia jurídica y económica[13].

La historia de los medios de pago y de las inversiones de capital ha seguido siempre la senda de una idealización progresiva. Por eso cuesta esfuerzo imaginar el estupor que sentirían nuestros abuelos al recibir una fracción de papel como dinero contante o recibo de sus inversiones –hechas con buenas piezas de oro y plata– en alguna compañía: «dinero efectivo», «moneda física», «dinero mismo» y similares expresiones, frecuentes en los textos que consultamos, dejaban en su lugar –un sitio más bien modesto– los varios inventos monetarios: aponer sobre los eventuales billetes de banco la firma del síndico personero madrileño o de algún notable de los Cinco Gremios y aun «de cualquier persona pública y condecorada» se entendía necesario para «cimentar la confianza [del público], sin la qual el proyecto era vano»[14]. Por idénticos motivos la falta de sonoridad se quiso compensar con un título de rico grabado, concebido –en tercer y último lugar– para inculcar la idea de *crédito* en una sociedad todavía dominada por las especies de metal y las operaciones de permuta: efectos tan «modernos» como las acciones del Real Banco de San Carlos (1782) llegaron a pagarse con carretadas de trigo[15]. Hubo además la fortuna de que el arte del grabado floreció, como nunca antes ni después, en España[16]. Los motivos más próximos al adquirente (el puerto, la

lares sobre sus características para noticia del público (por ejemplo, «que están impresos en papel, que en cada una de sus hojas ó medios pliegos tiene por marca un Navío»): vid. Severo Aguirre, Prontuario de las instrucciones, ordenanzas, reglamentos, pragmáticas, y demás reales resoluciones no recopiladas III, Madrid, en la imprenta de don Ramón Ruiz, 1804 (4.ª imp.), p. 275. Más sencillo fue manipular las cédulas del Banco de San Carlos, cuyo diseño elemental llegó a copiarse a mano: Ruiz y Alentorn, Catálogo del papel moneda, p. 26 («desconocimiento del público del papel moneda en aquellos tiempos»).

13. «Any Deed, Will, Testament, Bond, Wrinting obligatory, Bill of Exchange, promissory Note for Payment of Money, Indorsement, of Assignment of any Bill of Exchange, or promissory Note for Payment of Money, or any Aquittance or Receipt», según el duro *Perjury Act* georgiano (2 Geo. 2, c. 25, 1729). Cf. James F. Stephen, *A History of Criminal Law of England*, III (1883), Cambridge, University Press, 2014, p. 182, «no part of the criminal law of the latter part of the eighteenth century was more severe in itself, or was executed with greater severity than this».
14. Cf. *Consulta elevada a S. M. por la Junta del Banco Nacional*, pp. 1-2.
15. Pedro Tedde, *El Banco de San Carlos (1782-1829)*, Madrid, Banco de España-Alianza, 1988, p. 84. Los donativos a la Corona en circunstancias apuradas –«un impuesto extraordinario recaudado por vías diferentes a las habituales»– podían consistir en madera, productos del campo, ropa para tropas, hierros... lo que demuestra «el escaso capital circulante»: cf. Rafael Torres Sánchez, *El precio de la guerra. El Estado fiscal-militar de Carlos III (1777-1783)*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 27, pp. 49 ss.
16. Cf. Juan Carrete Parrondo, *El grabado calcográfico en la España ilustrada*, Madrid, Club Urbis, 1978, en particular conclusiones en p. 32.

ciudad, la catedral), las devociones del lugar (el Santo Rey Fernando, la Virgen de Montserrat), las incontables riquezas prometidas (mercurios, cornucopias, fardos, naves), las armas reales... En fin, las orlas de elegante trazado –propias del mobiliario de los palacios del rey (§ 21)– establecieron un intenso diálogo icónico con la pública opinión para obviar, mal que bien, la pobreza intrínseca de las nuevas especies dinerarias. Que los títulos salieran del tórculo de la Real Calcografía (1789), que allí fueran grabadores de la Cámara regia los artistas que abriesen las láminas, resultarían ulteriores argumentos a favor de la *fe* que exigía el manejo de aquellos instrumentos.

§ 5. A medio camino entre la historia jurídica y la historia artística los materiales utilizados han sido, por necesidad, variados. He consultado fondos bibliográficos, sobre todo en la Biblioteca Nacional; su Sala Goya sirve especialmente para acceder a una rica colección de grabados –varios en relación inmediata con las páginas actuales– pero también a los catálogos y obras monográficas que allí se custodian. Algunos materiales impresos se estudiaron en la sede de la institución que los produjo: ha sido el caso de las descripciones de los premios y las actividades académicas de la Real Academia de San Fernando, donde también accedí a los expedientes del archivo corporativo.

En general, han sido diversos archivos de Madrid y Sevilla la base principal de información. El Histórico Nacional conserva con cierto desorden papeles de la antigua Imprenta Real que ilustran la fundación de la Real Calcografía; varias cajas y libros de cuentas de la misma están disponibles en el archivo de la Calcografía Nacional, que comparte casa con la recordada Academia de Bellas Artes de San Fernando[17]. En el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid (instalado ahora en el de la Comunidad de Madrid mientras llega el arreglo de su sede) encontré dos disposiciones testamentarias de artistas que nos interesan; con ese alcance biográfico el Archivo General de Palacio (Palacio Real, Madrid) me permitió acopiar más noticias sobre José Assensio, grabador de vales. El Archivo del Banco de España conserva los fondos del antiguo Banco de San Carlos y su visita ha sido imprescindible. En fin, el capítulo relativo a las acciones debe mucho al Archivo General de Indias (Sevilla): de modo excepcional un rico legajo de la sección «Indiferente General» conserva expedientes sobre acciones de titularidad regia, con algún ejemplar a modo de testigo de los paquetes de acciones llevados a «Mapas y Planos», solamente accesibles en microfilm –con la consiguiente dificultad de análisis–; otros materiales del mismo Archivo, y así documentos de las Compañías de Caracas y de Filipinas, han arrojado luz sobre varios puntos relativos a los títulos y su negociabilidad. El personal técnico siempre ha colaborado con eficacia y buena dosis de paciencia en los trabajos de investigación.

17. Una imprevisión desafortunada, probablemente relacionada con el uso de materiales para una exposición no demasiado alejada en el tiempo, ha causado el extravío, espero reversible, de varios ejemplares de prueba de los vales reales que tiraba la Calcografía; he debido conformarme con utilizar la edición facsímil de *Vales Reales, 1795-1798*, Madrid, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (Fundación Casa de la Moneda), Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (Calcografía Nacional), 1993.

2. CONSIGNAS Y EMPEÑOS DEL GOBIERNO «ACTIVO»

§ 6. No sólo generó cuantiosos gastos la guerra contra Inglaterra con motivo de la revolución americana (1779). Las flotas cargadas con la plata de Zacatecas, un remedio insustituible para el Real Tesoro, sufrieron mil contratiempos, interrumpiéndose el flujo regular de metales que permitía atender los pagos («bastando apenas las rentas de la Corona para sus cargas ordinarias») de la católica y universal monarquía. Se acudió a los poderosos Cinco Gremios Mayores, la corporación formada por las principales casas de Madrid, pero las necesidades oficiales excedían con mucho su solvencia. Tampoco fue suficiente el deteriorado crédito de la Corona para que esos comerciantes obtuviesen a su vez, con tan dudosa garantía, empréstitos en Génova y Holanda. La solución se vio finalmente en los llamados *vales reales*, unos títulos de nominal elevadísimo –la primera emisión lanzó billetes de seiscientos pesos: bastante más que el salario anual de un artesano cualificado– con el interés del cuatro por ciento a favor del tenedor, redimibles a largo plazo. Con esas características, a medio camino entre los papeles de la Deuda y la moneda ordinaria, los vales servían («del mismo modo que si se hiciese en dinero efectivo usual y corriente») para saldar deudas con la Real Hacienda y para grandes operaciones mercantiles (art. 4, R. D. 30 de agosto, inserto en R. C. de 20 de septiembre, 17809, pues estos raros documentos, con tal de «no alarmar la Nacion con la aprehension de la falta ó escasez de dinero, si viese que se le substituía enteramente el papel», carecían de curso para pagar salarios, mercedes ni pensiones, ni generalmente en las ventas al por menor (art. 5)[18].

Enseguida nos ocupará la forma legal de los vales y las consecuencias gráficas de esta pionera experiencia con el papel-moneda (§§ 14 ss.). Conviene ahora proseguir el relato de José Moñino, célebre conde de Floridablanca (1728-1808), pues el mismo recordaba las circunstancias que le llevaron a la emisión de los vales para enfrentar varias protestas a causa de la creación del Banco de San Carlos (1782), otra compleja iniciativa –acompañada igualmente de excelentes estampas en sus acciones y sus billetes– concebida para reducir los vales a efectivo y mantener así su cotización. «Huvo en esta operacion, como en todas las de un gobierno activo», exponía el conde al soberano, «aquella variedad de opiniones y aquellas

18. Sigo la Representación hecha por el conde de Floridablanca, al Sr. D. Carlos III en que le refiere los hechos principales de su ministerio, en Obras póstumas del Serenísimo Señor Conde de Floridablanca, I, Tarragona, Imprenta de María Canals viuda, regida por Miguel Puigrubí, s/a, pp. 203 ss., donde está lo citado; la legislación sobre vales en Juan de la Reguera Valdelomar, Recopilación de todas las providencias respectivas á vales reales expedidas desde MDCCLXXX, Madrid, Imprenta de la Viuda é Hijo de Marín, 1802, que seguiré salvo advertencia. De la literatura disponible cf. Richard Herr, «El experimento de los vales reales (1780 a 1808)», en Alfonso Otazu (ed.), Dinero y Crédito (siglos XVI al XIX), Madrid, Moneda y Crédito, 1978, 115-124; Pedro Tedde de Lorca, «Los negocios de Cabarrús con la Real Hacienda (1780-1783)», en Revista de historia económica 5 (1987), 527-551. Últimamente, Torres Sánchez, El precio de la guerra, pp. 360 ss. de «Papel moneda y deuda pública».

criticas, que son frecuentes de parte de los descontentos, ociosos, y poco instruidos de la necesidad, y de las ideas del Monarca. Pero la experiencia hizo ver á V.M. y á los hombres ilustrados de buena intención, que este recurso era el mas fácil, mas barato, y mas efectivo para hallar dinero; hacer los gastos de la guerra, con ventajas; y pagar sin atrasos la tropa, Ministerio, Casa Real, y demás empleados al servicio de la Corona»[19].

§ 7. Observemos con cuidado las palabras. Los vales reales, como poco después el Banco, fueron empresas de un *gobierno activo*. Tal expresión, poco frecuente entre los autores del momento[20], podría leerse rápidamente si no fuera porque ahí encontramos la manifestación más precisa de una concepción del poder que recorría Europa desde hacía cuando menos un siglo. Un proyecto diferente para la política y el derecho que aconsejaba al monarca –titular tradicional de la jurisdicción en su grado máximo: la competencia de *decir derecho* por decisiones normativas, sentencias, castigos... incluida la pena capital– asumir *también* las facultades peculiares del cabeza de familia, con la consigna de emprender una intervención *activa* en el tejido social. De esta forma, junto al *gobierno civil y político* («tutto quello, che riguarda gli affari publici di Stato per la conseruatione, aumento, decoro, e felicità del Principato, e per conseguenza dell'istesso Principe, e de' popoli, da' quali questo mistico, ouero político corpo è costituito») al rey-padre ilustrado le tocaba además ejercer los poderes domésticos u *oeconómicos*, en su sentido más preciso y originario: todo lo necesario para conservar y conducir correctamente la *casa*[21].

Y no fue cosa menor. El padre de familia –*rex in domo sua*– tenía que procurar el bienestar material, pero mantener además la disciplina de cuantos compartían su techo: facultades amplísimas y ajenas a las competencias jurisdiccionales, tanto por su índole preventiva («non enim criminum punitionem, sed praeservationem continet») como por su eficacia inmediata («ad quam non plena est necessaria probatio, sed suspicio... viae facti executio»). Por otra parte, sin rastros de la *alteridad* característica de la norma jurídica (marido y mujer formarían una misma carne; el hijo, tan parecido al padre, no sería más que su apéndice, etc.), el orden familiar discurría por vías propias, unos caminos exactamente ajenos a la política: «[i]nter patrem et filium, dominus et servum, uxorem et virum, non esse iustum simpliciter, quod appellum iustum civilem, quale est inter cives»[22].

19. *Representacion...* pp. 207-208.
20. Además del mismo conde, *Representación...*, p. 113, sobre las medidas de control urbano de Aranda («activo gobierno») en Madrid, localizo el sintagma en Manuel Sisternes y Feliú, *Idea de la ley agraria española*, Valencia, en la Oficina de D. Benito Monfort, 1786, p. XVI.
21. Giovan B. De Luca, *Il Principe cristiano pratico*, Roma, Stamperia della Reuerenda Camera Apostolica, 1680, p. 66 para lo citado. En general Daniela Frigo, *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'economica tra Cinque e Seicento*, Roma, Bulzoni, 1985; sobre los textos hispánicos, cf. Pedro Cardim, «Uma tradução portuguesa dos Económicos», en *Philosophica* 26 (2005), 308-328.
22. Así Luis de Molina (1535-1600), en Jesús Vallejo, «Acerca del fruto del árbol de los

No es difícil obtener la conclusión. Como la *acción* del «gobierno económico» podía ejercerse allí donde no alcanzaba la *jurisdicción* del «gobierno político» («plura quae contentiosa iurisdictione iniusta forent; potestate oeconomica fieri non prohibentur, et aequissime imo, et in qualibet bene constituta Republica necessaria sunt»)[23], cuanto el monarca no pudiese conseguir desde su «mayoría de justicia» –por ejemplo, expulsar a los jesuitas, en otra conocida disposición del *activo gobierno* que elogiaba Floridablanca– lo haría ahora como *padre*, y no sólo señor, de vasallos[24].

Este modo tan diverso de gobernar exigía una presencia social del soberano mucho más intensa que su vieja función de sostén de los equilibrios naturales. Por ejemplo, a imagen y semejanza del *paterfamilias* que asegura a los suyos una aceptable morada, el rey Carlos III impulsó el arreglo y la limpieza de Madrid con puertas monumentales, fuentes, aceras, pozos negros, faroles; ni siquiera se libraron los puercos privilegiados del convento de San Martín[25]. Tampoco fue indiferente, ni en la casa ni en la Corte, el decoro filial en el vestir: qué prendas debían llevar los amados hijos-vasallos fue igualmente cuestión del «gobierno activo» del monarca[26]. Y otra vez como *pater* diligente, dedicado a producir riqueza para sacar adelante una nutrida familia, el ecónomo supremo *activó* mil y una

---

jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*», en *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2 (1998), 19-46, pp. 44 ss.; un trabajo excelente que conduce derechamente a nuestro asunto actual. Sobre el viejo modelo de gobierno político *vid.* Alejandro Agüero, «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en Marta Lorente Sariñena (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de leyes: Hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 20-58.

23. Cristóbal Crespí de Valldaura (1599-1671) que cita y aprovecha Luca Mannori, «Per una "preistoria" della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 19 (1990), 323-504, p. 428.

24. «Usando de la suprema autoridad económica, que el Todo-Poderoso ha depositado en mis manos para la protección de mis Vasallos, y respeto de mi Corona», proclamó Carlos III por pragmática sanción de 2 de abril, 1767, «he venido en mandar extrañar de todos mis Dominios de España, é Islas Filipinas, y demás adyacentes á los Regulares de la Compañía, así Sacerdotes, como Coadjutores ó Legos que hayan hecho la primera profesión, y á los Novicios que quisieren seguirles; y que se ocupen todas las temporalidades de la Compañía en mis Dominios». La famosa disposición se recoge en la colección *Carlos III. La Ilustración en las Imprentas oficiales, 1759-1788*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1988, una estupenda antología de medidas *oeconómicas*. Pero los recopiladores, sin identificar nunca su objeto, han omitido otras, como el decreto de 1780 que lanzó nuestros vales reales (cf. *infra* §§ 13-14).

25. Frigo, *Il padre di familia*, pp. 133 ss. Cf. *Instruccion para el nueuo empedrado, y limpieza de las calles de Madrid* [Madrid], Imprenta de Antonio Sanz, [1761], situadas bajo el marco teórico de una autoridad contemporánea: Jacob Friedrich Bielfeld (1717-1770), *Instituciones políticas*, pp. 234 ss. También, José Marín Perellón, «Madrid: ¿Una ciudad para un rey?», en Equipo Madrid, *Carlos III. Madrid y la Ilustración*, Madrid, Siglo XXI, 1988, 125-149.

26. Cf. La Ilustración en las Imprentas oficiales, pp. 511 ss. Sobre la cuestión incidieron, además, las leyes suntuarias, tan notables en la España ilustrada: cf. Rosa M. Creixell Cabeza, «Muebles y enseres al servicio de la imagen: el teatro de la apariencia doméstica

estrategias para intervenir en campos de labranza y baldíos, fábricas de toda clase (tapices, lozas, telas, clavos, jarcias y un larguísimo etcétera), empresas comerciales y entidades financieras[27].

§ 8. Pero el *bonus pater* asumía además la enseñanza de los hijos y les preparaba para desempeñar las funciones propias de su posición[28]. De modo paralelo, la formación del súbdito y el *buen gusto* nacional figuraron también entre las funciones del monarca, y aun serían marchamo de la calidad de su «activo» gobierno: «la señal mas segura de que un País está baxo un gobierno prudente, y feliz, es quando las bellas artes nacen en su seno; estas son las flores, que produce un terreno fértil, y baxo un cielo dichoso, pero que la sequedad, y los aquilones hacen perecer. Y nada ilustra mas un Reyno que las Artes, que florecen baxo su abrigo»[29]. El fomento de las Tres Nobles mediante los oportunos establecimientos venía del siglo anterior, pero sólo ahora –cuando *gobierno político* y *potestad oeconómica* se unían en las mismas regias manos– salieron adelante en la forma de *reales academias* (de San Fernando, Madrid, 1752; de Santa Bárbara, 1753, Valencia, recreada luego como Real Academia de San Carlos, 1768; de San Carlos de las Nobles Artes de la Nueva España, 1781, etc.). Costó algún esfuerzo y varios años que naciese en la Corte la primera artística entre las españolas: en prueba de su doble carácter, real y doméstico, la Academia de bellas artes fundada bajo la advocación de San Fernando (R. D. de 12 de abril, 1752) había surgido informalmente a iniciativa de los artistas congregados para acabar la construcción del Palacio Nuevo, la monumental casa del rey situada al oeste de Madrid[30]. Cuando por fin se

---

en la Cataluña del 1700», en Res mobilis. Revista internacional de investigación en mobiliario y objetos decorativos 5 (2016), 1-20.

27. Frigo, *Il padre di famiglia*, pp. 151 ss., con análisis doctrinales que dan sentido a las experiencias hispanas: cf. por ejemplo Luis Miguel Enciso Recio, *Los establecimientos industriales españoles en el siglo XVIII. La mantelería de la Coruña*, Madrid, Rialp, 1963; Ildefonso Pulido Bueno, *El Real Giro de España, proyecto de Banco Nacional*, Huelva, Artes gráficas andaluzas, 1994; Vicente Palacio Atard, *Las «Nuevas Poblaciones» andaluzas de Carlos III. Los españoles de la Ilustración*, Córdoba, Cajasur, 1989.
28. Frigo, *Il padre di famiglia*, pp. 116 ss. de «La "formazione" del nobile: stile e cultura». Entre las muchas medidas educativas, cf. Real Decreto de 19 de enero, 1770, renovando los Estudios Reales en la Corte, en Raquel Rico Linage (ed.), *Carlos III. Textos jurídicos en la prensa oficial*, II, Madrid, Ministerio de Justicia (*Documentación jurídica* 15 [abril-septiembre 1988]), 1988, pp. 380-383.
29. Jaime Villa-López, *Pensamientos escogidos de las maximas filosoficas de Federico II, actual rey de Prusia, entresacados del espiritu de los Monarcas Filósofos, y puestos en castellano por...* Madrid, Imprenta Real, MDCCXXXV [1735], p. 49. Sobre la política cultural e ideológica del momento, Esteban Conde Naranjo, *El Argos de la Monarquía. La policía del libro en la España ilustrada (1750-1834)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
30. Que acogió algunas actividades de la entidad: cf. Juan A. Ceán Bermúdez, *Diccionario histórico de los más ilustres profesores de las Bellas Artes en España* (1800) III, pról. Miguel Morán Turina, Tres Cantos (Madrid), Istmo-Akal, rep. facs. 2001, pp. 251-270. Para la historia de la Academia *vid.* Francisco J. Sánchez Catón, «Los antecedentes, la fundación y la historia de la Real Academia de Bellas Artes», en *Boletín de la Real Academia de Bellas Artes*

estableció de modo definitivo fue nombrado *protector* el ministro principal de la Corona («Don Joseph de Carvajal y Lancaster, Cavallero del Insigne Orden del Toyson de Oro, y Gentil-Hombre de Camara con exercicio, mi Ministro y Decano del Consejo de Estado») y en Carvajal y sus sucesores al frente de la Secretaría del Despacho de Estado delegó el rey «la potestad economica y gubernativa» que le correspondía como padre y fundador; auxiliado por el colegio de *consiliarios*, un *viceprotector* ejercía ordinariamente el poder corporativo, con el cometido de «cuidar con todo desvelo de la observancia de [los] Estatutos, de adelantar el método de los Estudios, y conservar el buen orden en la Academia, para lo qual le confiero toda la autoridad que al Protectór». Las enseñanzas tocaban lógicamente a los *directores* y los *tenientes* de las Tres Nobles Artes, señalándose las virtudes familiares («enseñarán á sus Discipulos, de qualquiera clase y condicion que séan, con el mayor amor y paciencia, para que atraidos por un modo benigno y cariñoso se apliquen con mas fervor, y consigan la instruccion y adelantamientos que les procuro») que habían de seguir en el trato con los estudiantes, pero también el rigor en la corrección («en caso de que por inaplicacion, immodestia, ú otro motivo merezcan castigo, les impondrán el que á su prudente arbitrio juzguen proporcionado; y para ello concedo al Director de actual servicio facultad para reprender y asegurar no solo á los Discípulos y Pensionados»); de este mando punitivo no se libraban académicos ni maestros («tambien a qualquier Academico, Teniente, ó Director, si el caso lo pidiese, con la obligacion de informar prontamente al Viceprotector de esta providencia y sus motivos»).

Admirable y querida fundación: entre los privilegios otorgados por Fernando a la nueva Academia (armas y sello propios, asistencia corporativa al trono, impresión de escritos sin licencia superior, estatuto de nobleza a favor de sus miembros, libertad de ejercicio profesional) concedió «el titulo de Casa Real... a la Casa de su residencia, y todos los honores, exenciones y prerrogativas que gozan mis Reales Casas». Se buscó y obtuvo un edificio de Miguel Múzquiz, Secretario del Despacho de Hacienda, labrado en su día para el rico Goyeneche por artistas de otra época; hubo así que emprender reformas y cancelar «el mal gusto de la fachada, especialmente de la puerta, la cual fué preciso mudar, construyendo la que hoy existe; y [el] monte de peñascos que en la parte baja figuraba desde las rejas hasta el piso de la calle, todo de piedra, representando arbustos, lagartos y otros reptiles y sabandijas», pero el resultado final, no obstante las voces disconformes («situada algo a trasmano para comodidad de los muchachos que concurren a

de San Fernando 3 (1952), 289-320; Claude Bédat, *La Real Academia de Bellas Artes de San Fernando (1744-1808)*, Madrid, Fundación Universitaria-Real Academia de San Fernando, 1989; Pedro Navascués Palacio, «*Breve noticia histórica de los Estatutos de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando*», en *Estatutos y Reglamento de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando*, Madrid, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, 2005, 11-29. Para lo que sigue consulto los *Estatutos de la Real Academia de San Fernando*, Madrid, en casa de D. Gabriel Ramírez, Impresor de la Real Academia, MDCCLVII.

los estudios, principalmente en las noches de hibierno»), satisfizo con creces las necesidades, tanto docentes como representativas, de la noble institución[31].

3. EL PODER Y LA TALLA DULCE: CONSIDERACIÓN DE LOS VALES REALES

§ 9. «Una Academia, por mas que hablen ciertos espíritus satyricos, que procuran vengarse del desprecio que se hace en ellas de su falso saber, es una condensacion, por decirlo asi, de todos los talentos, y un verdadero Areopago para las Ciencias... La calidad de Academico viene á ser un honor distintivo de las letras, y las Artes. Por esto el Soberano debe conceder á esta dignidad toda la consideración que merece»[32]. Con tales consejos por delante el flamante Real Sitio fue posible gracias al generoso apoyo de Fernando VI, pero el asunto no debe entretenernos. Ha llegado el momento de volver sobre aquellos *vales reales* que iniciaron este relato cuando por fin comprobamos que las empresas financieras del poder *oeconómico* de los Borbones no permanecían lejos de la protección a las bellas artes que también emprendió un «gobierno tan precioso»[33].

§ 10. Pintura, escultura y arquitectura estuvieron acompañadas en las flamantes salas académicas por las artes del grabado, dotadas ahora de importancia creciente: el siglo se había inaugurado con una lucha sucesoria que también lo fue de imágenes[34] y el propio Carlos III –ese rey llegado de Nápoles al fallecer el fundador de la Academia, cuya corona hubiera rechazado de poder evitar la muerte del regio hermano–[35] «se ha ocupado por diversión en grabar á buril... y entre

31. Se trató de los diseños atrevidos de José de Churriguera, conjurados por el clasicismo de los académicos: cf. Sánchez Cantón, «Los antecedentes, la fundación y la historia», pp. 311 ss.
32. Cf. Barón de Bielfeld, *Instituciones políticas*, p. 83.
33. Y poetas de corto ingenio, con referencia a Carlos III, cantaron sus logros «de buen Rey, de buen Padre y gran soldado». *Vid.* «La conquista de Menorca», en *Obras poéticas de D.* Ignacio de Merás, *Queipo de Llanos*... II, Madrid, en la Imprenta de Benito Cano, 1797, p. 164: «[t]odas las bellas artes ya florecen / hoy baxo de un gobierno tan precioso: / las fábricas y agricultura crecen, / y el comercio al pais tan ventajoso; / y aunque tales progresos bien merecen / de hacer su reynado el mas famoso, de armas y letras protección notoria, / á sus timbres añaden mayor gloria».
34. José Miguel Morán Turina, «Felipe V y la guerra. La iconografía del primer Borbón», en *Cuadernos de arte e iconografía* 1 (1988), 187-200; Pablo González Tornel, «Arte y propaganda en Italia ante la muerte de Carlos II de España. Imágenes, libros y panfletos entre Austrias y Borbones», en *Potestas. Religión, poder y monarquía* 6 (2013), 225-250. Y otra contienda cerró, con sus estampas, el largo siglo ilustrado: Manuel Matilla, «Estampas españolas de la Guerra de la Independencia: propaganda, conmemoración y testimonio», en *Cuadernos Dieciochistas* 8 (2007), 247-265.
35. Así la inscripción de la soberbia tumba de Fernando diseñada por Francesco Sabatini a petición de Carlos: «HIC YACET HVIVS COENOBI CONDITOR / FERDINANDVS VI HISPANIARVM REX / OPTIMVS PRÍNCEPS QVI SINE LIBERIS / AT NVMEROSA VIRTVTVM SOBOLE, PATER / PATRIAE, OBIIT IV.ID.AUG.AN.MDCCLX. / CAROLVS III FRATRI DILECTISSIMO, / CVIVS VITAM REGNO PRAEOPTASSET, / HOC

[algunas cosas] una estampa que representa a la Virgen santísima con su divino hijo en los brazos, trabajada con gran gusto»[36].

Con independencia de las habilidades artísticas del ilustrado monarca, lo cierto es que la afición española por el grabado conoció bajo su gobierno un auge sin precedentes. El áspero Antonio Ponz, tras denunciar el nivel de los grabadores madrileños en la primera edición del *Viage de España* (vol. VI, 1776), tuvo que incluir una nota en la 3.ª ed. (1793) del mismo tomo para reconocer que «después de la impresión de este libro ha tomado notable incremento el grabado en láminas, habiendo adornado con ellas varios libros que se han impreso, y del Casón del Buen Retiro se ha grabado una buena porción»[37]. Entre una y otra fecha medió el reinado de aquel príncipe burilista y la fundación de la Real Calcografía por empeño de Floridablanca, otro aficionado a las estampas desde su experiencia como embajador en Roma. Establecida políticamente «con la idea de extender el buen gusto del Grabado» (R. O. 29 de septiembre, 1789), la Calcografía se plantificó –otra tarea del *gobierno activo*– en locales de la Imprenta Real al objeto de reunir la dispersa obra gráfica de la monarquía y de ejecutar y difundir las estampas del poder: reproducciones de cuadros de las colecciones reales, pero también «retratos de los españoles distinguidos en las Letras, Armas y en Política». Cuando Antonio de Cavanilles (1784) tenía que vérselas con los duros juicios de Nicolas Masson de Morvilliers (ya se sabe: «[q]ue doit-on à l'Espagne? Et depuis deux siècles, depuis quatre, depuis dix, qu'a-t–elle fait pour l'Europe?») la ocultación de nuestros tesoros artísticos y el silencio icónico sobre los principales personajes españoles mostraban una dejadez culpable («todos en Europa, que tienen noticia de nuestros magníficos cuadros, claman, y nos tachan de no hacerlos grabar») que la Real Calcografía estaría llamada a superar[38]. En se-

MOERORIS ET PIETATIS / MONVMENTVM». Ejecutó la hermosa pieza Francisco Gutiérrez Arribas (1727-1787), futuro escultor de Cámara y teniente director en la Academia de San Fernando por los méritos contraídos con esta obra; al fin y al cabo, el difunto monarca se representa ahí como protector de las Nobles Artes. Cf. Juan A. Ceán Bermúdez, Diccionario histórico II, s. v. «Gutiérrez (D. Francisco)», pp. 246-251.

36. Ceán Bemúdez, *Diccionario* I, s. v. «Carlos III», pp. 256-258, con traducción de las *Notizie istoriche degli intagliatori* (1772) de Giovanni Gori Gandellini.

37. Cf. José Luis Barrio Moya, «El grabador italiano Nicolás Barsanti, director de la Calcografía Real», en *Academia. Boletín de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando* 81 (1995), 289-305, p. 292. El mismo Ponz, en el tomo III del *Viage* (Madrid, Viuda de Ibarra, 1789) loaba a los grabadores Manuel Salvador Carmona («que tanto provecho ha conseguido hacer en el arte de grabar en cobre, como lo manifiesta actualmente con sus obras en España y lo hizo ver en París, adonde fué enviado á estudiar su profesion, pensionado de S.M.») y Juan Antonio, su hermano, de suerte que «por medio de estos y de otros profesores que están dedicados á lo mismo, se ha hecho ver que en ningun tiempo se ha executado en España lo que ahora se executa en esta línea», p. 113.

38. Cf. *La Real Calcografía de Madrid. Goya y sus contemporáneos* (catálogo), Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1984. Y el patriótico empeño acudió a formas jurídico-mercantiles: cf. Juan Carrete Parrondo, «La Compañía para el grabado de los cuadros de los Reales Palacios», en *Cuadernos de Bibliofilia* 1 (julio 1979), 61-74, cf. pp. 61 y n. 1, con el fragmento

mejante contexto artístico-político la imagen de los maestros del buril –servidores técnicos de las nuevas estrategias culturales– ofrece una prueba fehaciente de su orgullo profesional y del *status* que finalmente habían alcanzado[39].

§ 11. El grabador, de *artesano* a *artista*, podríamos entonces concluir[40]. Y el recorrido de esa transformación fue esencialmente académico: «el arte de grabar en dulce nació para España en la Academia de San Fernando» (Ceán). En efecto, muchos años antes de la fundación de la Real Calcografía la Academia venía auspiciando los cambios, pues «desde [su mismo] establecimiento... se tuvo por preciso» –leemos en el folleto de los premios correspondientes a 1754– «procurar los adelantamientos del Arte del Grabado, tanto en el uso del buril y agua fuerte como en la formación de sellos, cuñas y demás especies, así para la más fácil propagación de las producciones de las tres artes, como otros innumerables fines»[41]. El discurso destacó aún más la calidad de las gráficas, apoyadas justamente por el monarca ya que permitían inmortalizar su reinado; además, «el Gravado, el Relieve, las Monedas y Medallas» preservaban la memoria de las Tres Artes, sin duda *nobles* pero también más perecederas: qué nos queda de Sagunto o de Numancia salvo alguna pieza encontrada «entre sus mismas ruinas y carbones... que verifican su local existencia y autorizan con indeleble testimonio la Historia y la Chronología». Con el grabado, en fin, se difundían las imágenes de las obras artísticas, se estimulaba la piedad popular y aumentaban los conocimientos técnicos y científicos («se hacen por su medio visibles y palpables, variando su deliciosa Scena á arbitrio de la voluntad sola»)[42]. Algún tiempo después (1766) la Real Academia precisó que la perfección del grabado en hueco también permitía disponer de letrerías de calidad («en nada inferiores a l[a]s más perfect[a]s de

citado de una carta del marqués de los Llanos a Manuel Salvador Carmona (11 de junio, 1779). Sobre las iniciativas oficiales («mal seguidas», anotó Goya, «por falta de socorros»), *vid.* también Isadora Rose de Viejo, «Un proyecto dieciochesco malogrado: el plan de reproducir en grabados los cuadros existentes en las colecciones reales», en *Academia* 53 (1981), 171-181.

39. Marina Gacto Sánchez, «Poder y apariencia: la revalorización del arte del grabado en el siglo XVIII y su reflejo en la efigie del grabador», en *Potestas. Religión, poder y monarquía* 8 (2015), 265-281. Cf. aún Francisco Navarro Villoslada, «De las ediciones ilustradas en el siglo XVIII», en *La Ilustración española y americana* (Madrid), 8 de enero, 1879, 6-10, plagada de útiles noticias; así, los altos honorarios pagados a los grabadores para el proyecto del Real Picadero (1796): nada menos que 20.000 reales se llevó el maestro Manuel Salvador Carmona por ejecutar la portada; su discípulo Fernando Selma obtuvo 6.000 por un retrato ecuestre de Godoy.

40. El recuerdo va (parece innecesario advertirlo) a la obra pionera de Julián Gállego, *El pintor, de artesano a artista*, Granada, Dpto. de Historia del Arte, 1976, excelente ejemplo de estudio histórico, artístico y jurídico.

41. *Distribución de los premios concedidos por el rey N.S. a los discípulos de las tres Nobles Artes, por la Real Academia de San Fernando, en la junta general de 22 de Diciembre de 1754*, en Madrid, en la oficina de Gabriel Ramírez, año de MDCCLV, p. 15.

42. *Distribución de los premios...* pp. 36 ss. Cf. *El grabado en la España ilustrada. Estampas de la Imprenta Real* (catálogo), Madrid, Caja Postal, 1988.

las demás Naciones»), siendo así que «hasta ahora la Nación [se veía] precisada a comprar matrices y traer letra de Francia, Olanda y otras partes». Con ello, además de la fama merecida por los impresos españoles –la publicación del Salustio por Joaquín Ibarra (1772) en texto latino y traducción del joven Don Gabriel (1752-1778), hijo menor de Carlos III, fue un hito celebrado en toda Europa– cuando la tipografía tomaba «un valor *representativo* y un papel en la *identificación* cultural de los pueblos» (Cátedra), gracias a los nuevos artistas se evitaba «la extracción de sumas considerables fuera del Reyno»[43].

A pesar del tono oficial, no resultan vacías esas ampulosas declaraciones. Desde 1752 trabajaba en la Real Academia Tomás Francisco Prieto (1716-1782), un experto medallista y renovador de los cuños «en las casas de Madrid, Sevilla, y Segovia y para las de México, Guatemala, santa Fé de Bógota, Potosí, Lima, Popayan y Chile, con el retrato del rey en las monedas de oro, plata y cobre»[44]. La acertada nota de Ceán reconoce que este Prieto se había empeñado a fondo en la política numismática de Carlos III, causa y razón de algunas disposiciones atrevidas –implicaron, nada menos, cambiar el metálico circulante– encaminadas a producir una moneda segura por la finura de la talla y el control de marcas y peso, pero también tendentes a unificar las acuñaciones («con total arreglo à los Punzones, Matrices, y nuevos Sellos, remitidos para este efecto, sin variar los que para cada clase de Moneda se han formado») bajo la efigie omnipresente del monarca: «que toda la Moneda de Oro Nacional, que se labre así en las Reales Casas de estos Reynos, como en los de América, lleve en el amberso mi Real Busto, vestido, armado y con Manto Real, y alrededor estas letras Carol. III. D. G. Hisp. & Ind. R. y debajo el año en que se fabrique; que en el reverso se ponga el Escudo de mis Reales Armas, con todo el lleno de Quarteles, que le

43. Jaime Moll, «El entorno de dos letrerías del siglo XVIII», en José Luis Acín Fanlo y Pablo Murillo López (dirs.), Joaquín Ibarra y Marín, impresor: 1725-1785, Zaragoza, Ibercaja-Diputación General de Aragón, 1993, 147-164. El Salustio se imprimió con la letra paragona de Antonio de Espinosa (1732-1812), uno de los artistas pensionado para los estudios de grabado y supernumerario de la Academia; hizo carrera en las cecas de Sevilla y Segovia, aunque sufrió algún revés en sus tratos con la Imprenta Real: cf. Archivo Histórico Nacional (AHN), Consejos, leg. 11276, n.º 32 («no hallamos por conveniente las fundiciones que dice tiene echas»). Sobre la publicación de Ibarra un experto tan célebre como el tipógrafo Giambattista Bodoni de Parma confesó a Floridablanca «che niun libro è uscito da' torchij Gallicani, o Inglesi, che possa pareggiarse per eleganza e per nitidezza al Sallustio di Madrid», carta de 17 de marzo, 1781, ahora en Pedro M. Cátedra, G. B. Bodini al Conde de Floridablanca: sobre tipografía española, Salamanca, Biblioteca Bodoni, 2014; cf. p. 51, para el acertado juicio de Cátedra sobre la importancia nacional de la tipografía; cf. también la tesis doctoral de Mariano Villegas García, Joaquín Ibarra, el grabado y las artes impresorias en el Madrid del siglo XVIII, Madrid, Universidad Complutense (facultad de Bellas Artes), 2001, pp. 201 ss., con un análisis de los grabados –algunos de Francisco Assensio, padre de aquel José que trabajó en los vales reales (§ 22)– insertos en el Salustio.

44. Ceán, *Diccionario...* IV, pp. 125-129. Cf. Claude Bedat, «El grabador general Tomás Francisco Prieto (1716-1782)», en *Numisma* 42-47 (1960), 107-136.

componen al presente, conforme à mis Reales Ordenes, rodeado de este lema: In utroq. felix. Auspice Deo»[45]. Esta política monetaria centralista –encontró en el artista Prieto a su mejor ejecutor– logró así presentar «una imagen única» del soberano que conoció «difusión uniforme en todos los territorios de la Corona fundando la idea de "la universalidad del poder del estado", donde la efigie real personificaba su control sobre todos los sectores de la actividad económica»[46]. Se conserva un bello antecedente de esas audaces acuñaciones en la figura de la Abundancia que flanquea el sarcófago de Fernando VI en el magnífico monumento de las Salesas (1765), antes recordado, pues la diosa sostiene una cornucopia henchida de monedas donde viejas piezas columnarias, esculpidas con rara perfección, se mezclan con otros diseños y retratos reales según la variedad de emisiones anteriores a las pragmáticas carolinas; el motivo hace pensar en una cabecera que adorna la citada *Distribución de los premios*... de 1754, donde vemos a tres *putti* que juegan alegres en un ambiente agreste mientras vacían otro cuerno preñado de reales (fig. 3).

El grabado es obra del cordobés Juan Bernabé Palomino (1692-1777), sobrino del pintor-tratadista Antonio; artista sin grandes dotes y autodidacta en el empleo del buril («sin otro maestro que las estampas de los mejores maestros estrangeros que procuró copiar é imitar») parece que un retrato de Luis XIV le valió la llamada a la Corte, donde se vinculó pronto a la Academia como profesor de talla dulce[47].

45. Cf. «Pragmática sanción de S. M. en fuerza de ley, por la qual se manda extinguir la actual Moneda de Plata, y de Oro de todas clases, y que se selle a expensas del Real Erario otra clase de mayor perfección con las declaraciones que contiene» (29 de mayo, 1772), en La Ilustración en las Imprentas oficiales, pp. 123 ss., art. II; los preceptos siguientes regulaban las acuñaciones en plata, tanto las monedas columnarias, que eran propias de Indias («tendrá[n] en el amberso mi Real Busto, vestido à la heroica con Clamide, y Laurel, y alrededor esta inscripción, Carol. III. Dei Gratia... y en el reverso se pondrán las Armas principales de mi Real Escudo, timbradas de la Corona Real; y à sus lados las dos Columnas con una faja que lleve el lema Plus Ultra»), como en las europeas, de igual diseño «pero sin Columnas». Sobre estos cambios José M. Huidobro Moya, Numismática y heráldica en España, Madrid, Liber Factory, 2015, pp. 86 ss.
46. Ceán, *Diccionario*... IV, pp. 125-128; sobre todo, Marina Gacto, «Poder y apariencia», p. 266; también pp. 272 ss., con un interesante análisis del retrato de Tomás Francisco Prieto, obra excelente del grabador Manuel Salvador Carmona.
47. Recuerda Ceán Bermúdez que su presencia en Madrid obedeció al encargo de grabar los planos de la capital: cf. *Diccionario*... pp. 27-28. Una nota necrológica de la *Distribucion de los premios*... de 1778 consideró a este Palomino «el primero que estableció en España el buen gusto de grabar en láminas y que abrió el camino hasta llegar al estado en que hoy le vemos»: cf. Enrique Lafuente Ferrari, «Introducción histórica. La Academia de Bellas Artes y el Grabado», en *La Real Calcografía de Madrid*, 9-25, p. 15.





Fig. 3

Palomino y Prieto seguían en ejercicio cuando los *Estatutos* impresos en 1757 oficializaron la presencia de dos directores para «instruir en el Grabado, uso de la agua fuerte, Talla dulce, formacion de Cuños, Sellos, y mas partes de esta Profession, no solo á los Pensionados para ella, sino es á todos los demás Discipulos de la Academia que quieran concurrir» (n.º XIV), y aunque los dos maestros de grabado se encontraban en cierto sentido separados de sus colegas de pintura, arquitectura y escultura (cf. nn.º I y V) concurrían con voz y voto, como ellos, a las juntas académicas. Había otras diferencias aunque, por lo común, a favor del grabado. Por ejemplo, los técnicos de la estampa se formaban París, mientras los demás artistas ampliaban estudios en Roma (n.º XX); ahora bien, si las diversas ramas del arte incisorio recibían cuatro pensiones (en 1757 disfrutaban beca Manuel Salvador Carmona, «para retratos é historia»; Juan de la Cruz Olmedilla, «para Arquitectura, Cartas Gráficas y Adornos»; Tomás López, para lo mismo; Alfonso Cruzado, «para grabar Sellos en piedras finas»), otras cuatro estancias en Roma se distribuían entre los estudiantes de las Tres Nobles Artes (dos escultores, un pintor y un arquitecto también en 1757), de modo que éstos perdían con la comparación[48]. Los *Estatutos* aceptaban además la asistencia de «Discípulos pensionados para el Arte del Grabado, los quales estaràn baxo la direccion de los Maestros que se les destinarèn», pero en las restantes especialidades la concesión de beca en Madrid sería cosa excepcional, justificada tan solo «por la pobreza, ó especial mérito de algún Discipulo de qualquiera de las tres Nobles Artes» (n.º XXII; cf. también n.º XXX *in fine*)[49]. Avanzado el siglo, el aumento de los grabadores de Cámara (José Assensio, Juan Moreno de Tejada, Rafael Esteve, Vicente Mariani...) y la aparición de una tratadística *ad hoc* (Manuel de Rueda, *Instrucción para gravar en cobre*, 1761; José de Vargas Ponce, *Discurso histórico sobre el principio y el progreso del grabado en España*, 1790; Juan Moreno Tejada, *Excelencias del pincel y del buril*, 1804) demuestran el aprecio oficial a la que el citado Moreno, en su caprichosa oda neoclásica, calificó de «pintura monocromática»[50].

48. *Distribucion de los premios*... pp. 99-100; la formación de esos pensionados y sus peripecias parisinas en Claude Bétat, *La Real Academia de Bellas Artes*, pp. 273 ss. En 1762 las pensiones para los grabadores fueron seis; compitieron nada menos que veinte candidatos y destacaron los burilistas Víctor Ugarte, Juan Minguet y José Murguía. En posteriores concursos, con Manuel Salvador Carmona como director de grabado (1777), fueron premiados Joaquín Ballester, Fernando Selma, Manuel Esquivel de Sotomayor, Blas Ametller, Esteban Boix, Francisco Rivelles: *vid.* Lafuente, «La Academia de Bellas Artes y el Grabado», p. 15. Varios de los citados participaron en el ambicioso proyecto del Real Picadero: cf. Matilde López Serrano, *Real Picadero. Láminas de equitación grabadas en el siglo XVIII. Con un estudio preliminar*, Barcelona, Gustavo Gili, 1968.
49. Vid. además Estatutos... n.º XXX, pp. 77-78: «[p]odrá también la Academia destinar algunos Premios extraordinarios, segun a su prudente arbitrio pareciere conveniente, para promover la aplicacion de los Disccipulos del Grabado, Sellos y Relieve, guardando proporcionalmente en la proposicion de asuntos, pruebas y votacion estas mismas reglas». Cf. Marina Gacto, «Poder y apariencia», p. 267.
50. Cuando Carlos III tuvo que recordar (R. C. de 1 de mayo, 1785) que era libre el ejercicio de las nobles artes no olvidó el arte del grabado: «que las nobles artes del dibuxo, pintura,

§ 12. «Dependen de la perfeccion del dibuxo una multitud de Artes subalternas, en cuya subsistencia y progresos se puede sin arrogancia asegurar que consiste el restaurar aquella visible cultura, que desde la mitad del siglo pasado empezó á declinar en España, y que con un vigor nativo fomentada del benigno aspecto de nuestro Soberano pulúla, ya por toda su grande Monarquía»[51]. Una de las aplicaciones de esta especie singular de pintura sin colorido encierra para estas páginas el mayor interés. Me refiero a la llamada «estampa-documento», esto es, la reproducción por técnicas incisorias (generalmente la calcografía o talla dulce: un grabado a buril sobre lámina de cobre para impresión de facsímiles sobre vitela o papel) de textos concebidos con finalidad práctica[52]. Pasaportes, patentes sanitarias, contraseñas de navegación, boletos de ingreso, marcas de fábrica, tarjetones de visita, diplomas de premios, membresía de instituciones, esquelas mortuorias, programas de teatro... y también títulos de deuda, acciones de compañías y papel moneda –todo ello sin abandonar el siglo XVIII– lograron que «la estampa de elegante dibujo penetra[se] en la vida cotidiana, y [que] las instituciones y particulares se preocupa[ra]n de que incluso papeles de vida efímera [fuesen] adornados con el "buen gusto" de la época»[53].

§ 13. En lo concerniente a los vales reales ni conservamos especímenes de todas las emisiones y anualidades –encontrándose los títulos sometidos a constante renovación (§ 18)– ni conocemos bien los entresijos de su manufactura (pero cf. § 20). La delicadeza que exigía el lanzar títulos negociables, útiles además como medio de pago, recomendaría ciertamente extremar el cuidado en la estampación y custodia de los vales para asegurar su aceptación. Y la Imprenta, atendida por empleados regios y vigilada por un fiscal del Consejo (como lo fue José Antonio Fita, «subdelegado general en los asuntos de la Real Imprenta»), disponía de maquinaria, grabadores, papeles de calidad, variedad de tipos y locales adecuados para la producción y el almacenaje. Que de la Imprenta regia salieron, en efecto, esta clase de títulos se sabe gracias a los documentos fundacionales de la Real Calcografía (§ 10); en realidad, a juzgar por el oficio que dirigió Fita a Floridablanca sobre la cuestión, la Calcografía nació del interés oficial en aprovechar mejor los «tres tórculos de Estampado en la Real Imprenta que en el día estan ocupados en los Vales R[eale]s», sin perjuicio de otras importantes funciones que también asumía la institución (31 de mayo, 1789)[54].

---

escultura, arquitectura y gravado qued[en] enteramente libres en la Isla de Mallorca... Y... que esta Real resolucion se extienda á las demas Provincias del Reyno», en *La Ilustración en las Imprentas oficiales*, pp. 461 ss.

51. *Distribucion de los premios...* p. 7.
52. Juan Carrete Parrondo, *Estampas. Cinco siglos de imagen impresa,* p. 36 para la cita que sigue.
53. Cf. aún Lafuente, «La Academia de Bellas Artes y el Grabado», p. 11; Antonio Gallego, «Catálogo de los dibujos de la Calcografía nacional», en *Academia* 41 (1975), 31-64, pp. 42 ss. sobre fundación de la Calcografía.
54. Ahn, Consejos, leg. 11278, n.º 20.

Pero la organización del estampado en la casa de la Imprenta –sita en la calle de Carretas– había experimentado graves fisuras, según permite comprobar un expediente «sobre fraudulenta extraccion de los dos Vales R[eale]s de 300 pesos» de fecha apenas anterior (16 de marzo, 1789) a la fundación de la Calcografía[55]. A consecuencia de una dispersión inconcebible en la confección de los títulos, dos medios vales listos para renovación (1.º de octubre, 1790) «fueron extraídos de la casa del estampador que los tiraba», lo que obligó a resolver de inmediato «que se recoja la lámina, y toda la porción de vales de aquella fecha, que estaba estampada, y que se inutilize uno y otro; habiendo abierto nueba lamina, en todo diferente de aquella, que se remite al Tesorero General». Supongo que la costosa operación corrió a cargo del artesano negligente; en todo caso, la pésima experiencia –el escaso cuidado con que se trataban los papeles de la Deuda– aconsejó finalmente «que para evitar en lo subcesivo semejantes abusos se estampen [los vales] en la imprenta real, en una pieza separada, e independiente... con toda la correspondiente seguridad».

Muy pronto esa pieza separada y segura se transformó por fin en la Real Calcografía. Y los reglamentos dictados para el nuevo establecimiento fueron explícitos[56]. «Por lo mucho que interesa su custodia y seguridad» –pesaría el recuerdo de aquellos desarreglos– los vales «se estamparan en esta oficina». Se creó además el cargo de segundo del regente, «por ser muy freqüentes las ocasiones en que [el regente primero] tiene que dexar el obrador al arbitrio de los trabajadores por la precisión de ir á la Tesorería á efectuar las entregas de Vales Reales, del Canal de Tauste y Acciones de distintas clases en crecido número y en varias renovaciones cada año, con la prolixidad y detención que exige la calidad de estas obras»; mientras tenían lugar las entregas el citado regente respondería de «los Vales Reales, y... todo cuanto se estampe». Por supuesto, la impresión de los papeles de Estado era la misión principal del taller («desempeñadas las obligaciones de los citados Vales y Acciones, y los encargos de la Imprenta y de qualquier otra oficina Real, podrán estamparse... todas las obras de particulares que lo soliciten»), pues las muchas emisiones y la renovación anual de los vales –en diferentes periodos, según fecha de emisión– absorbió las energías de grabadores, estampadores y tórculos: si en los primeros tiempos salían 80.000 vales, diez años más tarde –cuando, amparándose en sus muchos trabajos, el director Nicolás Barsanti pidió aumento de sueldo– las estampaciones se acercaban al medio millón («la Calcografía... está [encargada] del estampado de los Vales R[eale]s, [pero además] corrió con el de las Cédulas que se crearon para la Luisiana, las del Banco Nacional, y sigue con las Acciones de los Reales Emprestitos y Donatibo»); mientras tanto, el número de

55. *Ibid.* n.º 7.
56. Cf. *Reglamento para la dirección y gobierno de la Imprenta Real y demas ramos*, Madrid, en la misma Imprenta Real, año de 1799, que reproduce, en lo que nos afecta, normas del reglamento anterior (1793); el capítulo XV trata de la «Calcografía ó Real Estampería» (arts. 1-16).

tórculos llegaba a nueve, «con otros tantos oficiales estampadores, dos aprendices y un Ayudante, todos a jornal»[57]. Esta carga de actividad, en cosa altamente delicada («el cuidado y diligencia con que [Barsanti] ha evitado los abusos y perdidas que se notaban en este ramo antes de que qued[as]e agregado á la Calcografía»), justificó la concesión del aumento pero también del título de estampador de Cámara, con otros honores cortesanos, a favor de Juan Lozano, oficial que ejercía desde el principio (9 de abril, 1789) el puesto de regente[58].

«Las Acciones y Cedulas que se estan estampando en esa oficina», escribió poco después el tesorero Sebastián Martínez al director de la Real Calcografía, «son unos documentos de suma importancia para el beneficio del Estado... y es necesario que en su estampado y demas operaciones se proceda con el mayor cuidado y la vigilancia mas escrupulosa; á cuyo fin encargo a V[ues]a m[erce]d y al Regente D[o]n Juan Lozano que para dar cumplimiento á las ordenes de S. M. se valgan no solo de los operarios que hasta aora han trabajado en esa R[ea]l oficina, sino de los demas que se necesiten, cuidando que a mas de ser de conocida havilidad, sean tambien de arreglada conducta y hombres de bien: graduando el estipendio de todos y cada uno, segun sus destinos, y como conozca V[ues]a m[erce]d que lo merecen»[59]. No obstante la buena intención de estas y otras disposiciones, la confección centralizada del vale y las continuas protestas de delicadeza, cuidado extremo y fidelidad en la guarda de los efectos –«por que cualquier fraude que... se cometiere rebajaría su estimación en el concepto publico, y seria un perjuicio transcendental á los Particulares, y mucho mas para el establecimiento»– no resolvieron los puntos débiles que lastraban el proceso. El decreto de la primera emisión (R. C. 20 de septiembre, 1780) había delegado en las tesorerías militares la renovación y el pago de intereses de los vales cuando sus tenedores estuviesen fuera de Madrid (art. 8); estas oficinas, dispersas por el territorio, expedían a su vez un resguardo en tanto llegaba la estampa del año corriente, que remitía desde la Corte el tesorero mayor: demasiados pasos y avatares contrarios a la seguridad

57. Navarro Villoslada, «De las ediciones ilustradas en el siglo XVIII», p. 7, recuerda que 1789 salieron 80.970 vales de la Calcografía, elevados a 82.050 en 1790 y a 93.350 en 1791... hasta llegar en 1795 a casi las cuatrocientos mil estampaciones. Cf. aún Ahn, Consejos, leg. 11282, n.º 13, con una petición de aumento de sueldo del regente Lozano, 23 de marzo, 1796: de 80.970 estampaciones en 1789 a las 392.068 del año en curso. *Vid.* aún *ibid.* n.º 36: Barsanti suplica a Godoy se le entregue madera de álamo negro de los Sitios de Aranjuez y La Granja para reparar los tórculos de la Calcografía, desgastados «a causa de la continua flotacion y trabajo».

58. Ahn, Consejos, leg. 11282, n.º 70, memorial de 22 de julio, 1798; consulta favorable del juez conservador de la Imprenta Real Juan Facundo Caballero, 14 de septiembre. Para las ventajas que solicitó y obtuvo Lozano, *ibid.* n.º 58 (1797); por este último expediente conocemos la identidad de algunos empleados «en el estampado de los Vales R[eale]s y demás perteneciente á dicha oficina», pues también pidieron –sin éxito– honores de uniforme: Manuel Lino Sánchez, Antonio Sánchez, Manuel López, Basilio Molino, Antonio Torres.

59. Archivo de la Calcografía Nacional [ACN] (Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Madrid), papeles de la Real Calcografía, carpeta azul. Oficio de Martínez a Barsanti, 5 de agosto, 1799.

del vale. Por una parte, se corría el riesgo de que el recibo –sólo sabemos que no era un papel negociable– cayera en malas manos y entonces se hiciese con el vale un falso propietario[60]. Por otra parte, el cuidado que extremaba la Calcografía en la custodia de los títulos podía saltar por los aires cuando entraban esas otras tesorerías en el circuito de renovación[61]. Tenemos una prueba en la *Gazeta de Madrid* del 17 de junio, 1796. El periódico de ese día publicó un bando del intendente general de Cataluña (11 de abril) a raíz de la instrucción de una causa por «extravío, falsificacion de firmas, y mal uso de diferentes Vales Reales, presentados para su renovacion en aquella Tesorería de Exército». Parece que los legítimos dueños se habían dirigido a la oficina militar para recoger sus títulos pero se echó en falta un buen número de ellos: alguien los había sustraído y pasado a nombre de terceros, entiendo que falsamente endosados. De ahí el asunto criminal y el edicto del intendente, que daba a la luz una lista con los números, valor nominal y fecha de emisión de cincuenta y uno de estos papeles («los quales son necesarios para la formacion de dicha causa, con los demas que ya obran en ella») y la orden de entregarlos al tribunal, «sin darles ulterior negociacion o giro». Pero la Corona sabía de sobra que la escandalosa anécdota comprometía la «causa publica, buen crédito, y expedita circulación, de los Vales Reales», de modo que se mandó por punto general cumplir el bando del intendente y consignar los vales sospechosos en la Tesorería, o bien ponerlos a disposición de los intendentes, alcaldes, corregidores y administradores de rentas.

§ 14. Queda entonces claro que los vales reales, y no solo por su curso errático y los vaivenes del agio, siempre fueron una fuente de problemas. El decreto citado (R. D. de 30 de agosto, 1780-R. C. de 20 de septiembre) contenía la reglamentación de referencia para esta y futuras emisiones. Su art. 2 fijó los requisitos formales del vale: había de ser un título impreso en papel y expedido por el rey con el nombre del interesado; numerado y fechado, incluía además una cifra renovable anualmente, como el título mismo, junto con las firmas (estampadas) del tesorero general en ejercicio y del contador de data y guerra de la misma Tesorería[62].

60. «Habiendose extraviado un resguardo de los que da la oficina de Vales Reales», leemos en la *Gazeta de Madrid* de 1 de septiembre, 1793, «y constando que con el se recogio el vale de 300 pesos renovado en Julio de este año, señalado con el num. 59,239, lleno á nombre de Hipólito Manuel de Quanda: se avisa á la persona en cuyo poder se halle, que lo entregue a su dueño, de quien darán razon en la Librería de Domingo Alonso, calle de la Almudena, junto á la casa de los Consejos».
61. O cuando los militares españoles en guerra contra la Francia jacobina perdieran sus equipajes por la acción del enemigo, como le aconteció al teniente coronel Pedro de Junco, dueño de dos medios vales endosados a su orden (27 de febrero, 1794) por el habilitado del regimiento de dragones de Almansa: cf. AHN, Consejos, leg. 11282, n.º 31 (petición de publicación en la *Gazeta* «para que no se haga mal uso de dichos vales y llegue noticia a todos quien es su Lexitimo dueño»).
62. «Estos Vales han de ser impresos; y tendrán el distintivo de ser dados por el Rey nuestro Señor: estarán numerados desde el número primero hasta el de 16.500; y además del sello ó cifra que se ha de poner á cada uno, y se ha de variar todos los años, irán firmados por

A una primera hornada de vales con la alta denominación de seiscientos pesos (numerados 1 a 16.500: casi diez millones) siguieron otras emisiones por el mismo nominal (1794, 1795, 1799), pero también existieron «medios vales» de trescientos (1781, 1782, 1794, 1799) e incluso «vales chicos» de ciento cincuenta pesos (1794, 1795), hasta inundar el mercado, con la consiguiente depreciación, a medida que las guerras contra Francia e Inglaterra («los grandes esfuerzos á que nos obliga el furor y ceguedad de nuestros enemigos», según la R. C. de 8 de septiembre, 1794) disparaban los gastos militares[63]. Ni las características financieras de esas emisiones –se pensaba que un valor nominal elevado, al reservar el vale para grandes operaciones, neutralizaba el riesgo de inflación– ni los intereses a beneficio del tenedor, ni la promesa de una redención a largo plazo (veinte años) ni, en fin, su uso limitado para saldar otras obligaciones que las contraídas entre comerciantes o los pagos al Real Tesoro, nada de todo ello convirtió a los vales en una experiencia extraña: el llamado dinero colonial norteamericano y los *assignats* revolucionarios respondieron al mismo patrón[64].

Las circunstancias de historia económica que rodean la aparición de estos títulos exceden, sin embargo, de los propósitos actuales; por eso conviene avanzar mediante el análisis de un facsímil cualquiera, como el medio vale de 1797 que ofrezco en hoja ajunta (fig. 4)[65]. Y basta una primera impresión para concluir que la belleza y solidez del papel español, firmado por artistas y elaborado con material de calidad por estampadores profesionales, no tiene comparación («not worth a continental» se decía en los Estados Unidos) con esas otras experiencias contemporáneas (figs. 5 y 6).

---

el Tesorero general, y por el Contador de Data y Guerra de la Tesorería mayor; y contendrán el nombre de la persona en cuya cabeza se despachen, y el año en que deben correr, mediante que se han de renovar anualmente al mismo tiempo que se paguen los intereses devengados á las personas en cuyo poder se hallen á la sazon, con las firmas del Tesorero general que estubiere en exercicio, y del que fuere Contador de Data de la Tesorería mayor». Por eso, al llegar el cese del tesorero Sebastián Martínez («en consideracion al notorio quebranto de su salud») la *Gazeta* de 1 de agosto, 1800, anunció que su firma aparecería de todas formas en los vales de septiembre y octubre «por estar ya estampada la mayor parte de ambas renovaciones, y no haver tiempo de abrir nuevas láminas».

63. En 1782 la prima de la moneda metálica sobre los vales osciló entre el 13 y el 22; en el cambio de siglo la pérdida de valor de los vales pasó del 40 por ciento: cf. Eugene N. White, «¿Fueron inflacionarias las finanzas estatales en el siglo XVIII? Una nueva interpretación de los vales reales», en *Revista de historia económica* 5 (1987), 509-526, cuadro 1 en p. 516.
64. Joseph Alonso Ortiz, Ensayo económico, pp. 77 ss; también White, «¿Fueron inflacionarias?», pp. 512-513. Teresa Tortella, Los primeros billetes españoles: las «cédulas» del Banco de San Carlos (1782-1829), Madrid, Banco de España, 1997, p. 28 ofrece algunas equivalencias: por ejemplo, el vale de seiscientos pesos (9000 reales de vellón) duplicaba el salario anual de un carpintero madrileño (12 reales por día) y subía casi tanto como el sueldo de un empleado medio-alto del Banco de San Carlos, que percibía por entonces de 10000 a 12000 reales.
65. Reproducido a partir de la colección de facsímiles *Vales Reales,* que será nuestra fuente de imágenes salvo otro aviso.

§ 15. La lectura del documento –un ejemplo plástico de *buen gusto* neoclásico– es inevitable para comprender ciertas características ocultas en la sumaria descripción que presenta el art. 2; en rigor, ese precepto solamente sirvió como la base que desarrollaron los técnicos de la Tesorería en la redacción final del texto. El título expresa con claridad, en primer lugar, tanto el valor nominal, una importante cuestión que daba simplemente por supuesta el recordado art. 2, como el devengo de los réditos en cómputo diario y anual, otra mención ausente entre sus previsiones; con seguridad bastaba la promesa del art. 1 («gozarán del interés de un real diario, ó 361 reales anuales cada uno, que es el equivalente de un 4 por cien»), aunque la inclusión de la cláusula en el título, además de informar sobre las condiciones de la emisión, servía para allanar los cálculos de intereses cuando variase –sucedió a partir de 1781– el nominal de los vales. De otro lado, la expresión del tanto por día permitía aquilatar el monto de las operaciones de cesión, toda vez que «sus intereses... serán tantos reales de vellon quantos días han mediado hasta el de la cesion exclusive» (art. 11). No parecen informaciones despreciables: aunque los vales de la primera hora representaran un vínculo cómplice entre el Tesoro que emitía el papel y la clase mercantil que lo utilizaba en exclusiva dados sus límites en tanto medio de pago («pues todo lo que es correspondiente á la subsistencia diaria y comercio menudo deberá satisfacerse con dinero efectivo, como se ha executado hasta ahora», art. 6 de 1780), más pronto o más tarde los vales reales llegaban a personas ajenas a los secretos financieros –como el pintor y grabador Francisco de Goya– y entonces cualquier dato adicional adquiría relevancia[66].

Transcripción. Madrid 1.º de octubre de 1797. Por 300 pesos de a 128 quartos. N.º... Vale por el REY N. S. á la orden y voluntad de... trescientos pesos de á 128 quartos cada uno, con sus intereses de medio real de v[ello]n diario, ó 180 r[eales] y medio anuales desde hoy dia de la f[e]cha hasta 26 de Set[iem]bre de 1798, en que se ha de presentar este en la Tesoreria mayor ó en las de Exército p[ar]a su renovaci[on] y paga de intereses, con arreglo a lo prevenido en la R[ea]l Cédula de 20 de Marzo de 1780. Phelipe González Vallejo. Pedro Roca. Vale XVII. Ximeno d[elineavi]t. Mansilla sc[ulpsi]t.

66. Cf. carta de Goya al amigo Martín Zapater, 23 de mayo, 1789 («[d]íme tu que tienes talento y tanto tino en las cosas, en donde estarán mejor cien mil reales, en el Banco o en bales reales o en los gremios y que me traiga más utilidad»), en Ángel Canellas López (ed.), *Francisco de Goya. Diplomatario*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1981, n.º 155 en p. 296. Cf. *ibid.* n.º XCIV, pp. 469-470, diez mil reales en «tres vales de à 150 pesos de 15 de septiembre, y el resto en dinero» reza una nota de cargo a favor de Goya contra la tesorería del duque de Osuna, «por el importe de siete Pinturas... que hizo para el Gabinete de la Condesa Duquesa mi mujer».



Fig. 4. Vale de 300 pesos. 181 x 180 mm. Ximeno d[elineavi]t-Mansilla s[culpsi]t

El tenor del documento aclara, en segundo lugar, que estos papeles se expedían a la orden («á la orden y voluntad de»), una circunstancia sin duda coherente con su naturaleza abstracta, pues los vales carecían como vemos de cláusula de valor. Las dudas sobre la titularidad nacerían del citado art. 2, cuyas expresiones literales (los vales «contendrán el nombre de la persona en cuya cabeza se despachen») podrían sugerir el libramiento de cédulas nominativas; al no ser el caso los vales circularon por endoso. La posibilidad de traspasar el título salió antes en relación con el cómputo diario de los intereses (cf. de nuevo art. 11); ahora conviene precisar que el decreto carolino admitió expresamente los endosos puestos a la espalda del efecto «como se hace con las letras de cambio» (art. 7)[67]. Con este recurso a la mano otra regla del mismo decreto permitió la negociación del vale «del mismo modo que lo haría ó podría hacer con qualquiera otro efecto, ó con el mismo dinero, cuya representación han de tener dichos vales» (art. 9); supongo que la práctica mercantil admitió en los mejores, breves momentos de

67. La dimensión de los vales –una amplia hoja que mide entre 295 y 190 mm de largo– permitía sin embargo anotar el endoso al pie del texto grabado. Pero sobre esto se vuelve *infra*, n. 18.

su historia económica, la circulación de los vales por el importe nominal (algo siempre defendido por la Corona con más empeño que resultados) aunque fuera descontando los intereses que le tocasen al endosante mientras el título permaneciera en su poder: una hipótesis demasiado feliz, pronto superada por las condiciones del mercado[68].

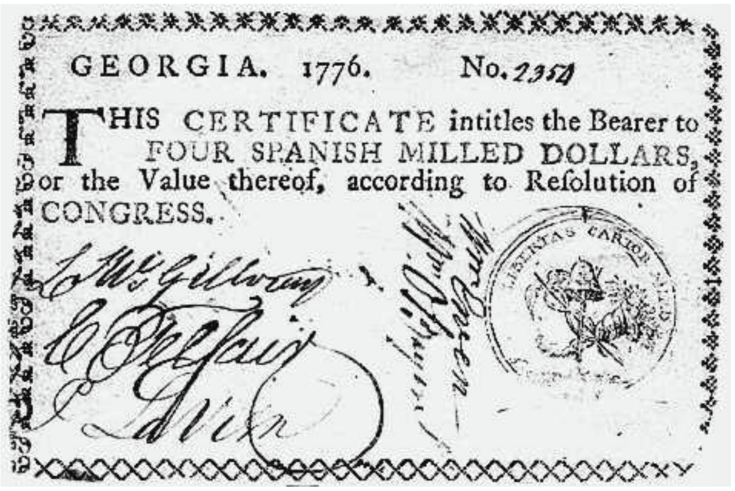


Fig. 5. Cuatro dólares de Georgia, 1776.



Fig. 6. Asignado de 25 sueldos, 1792.

68. White, «¿Fueron inflacionarias?», p. 516; Valentín Vázquez de Parga, «Los vales reales en el mercado de Barcelona (1780-1800)», en *Anuario de historia económica y social* 2 (1969), 423-469.

§ 16. De todas formas, la equivalencia jurídica entre vales y letras al momento de la transmisión se enfatizó en una R. C. de 10 de junio, 1785. Considerados los primeros una «verdadera imagen de las letras de cambio», compartían con las segundas «caracteres y circunstancias»: pues los vales «representa[n] como ellas un valor determinado con plazo fixo, negociables por medio de endosos, ya sea en pago de mercaderías, Letras de cambio, por vía de descuento ó negociación, con interés ó sin él, ó por qualquiera otro contrato lícito y permitido»[69]. Por eso, las fórmulas empleadas en el endoso cambiario serían aplicables a los vales: «las letras de cambio se pueden ceder por el sugeto á cuyo favor están libradas, y esta cesion se llama *endoso*, el qual se escribe en el embés, ó respaldo de la letra, por estas palabras: *Paguese á la orden de N. valor en cuenta ó recibido*, con la fecha del mes y año, y la firma del que la cede. Una letra puede llevar todos los endosos que se quieran, quedando al fin por el dueño de ella el ultimo á cuyo favor esta endosada»[70]. La única, y no pequeña, diferencia –a pesar cuanto sugería la R. C. de 1785 (recordemos: vales reales dados «en pago de mercaderías, Letras de cambio, por vía de descuento ó negociación»)– se encontraba en la ausencia de cláusula de valor, según acontecía además en la misma emisión del título: «Páguese á la orden del S. D[o]n. Joseph M[a]r[ti]n. Benito. Madrid 5 de Marzo 1784. Manuel Ant[oni]o Gonzalo del Río», reza justamente el raro endoso que conocemos (§ 18)[71].

§ 17. Una vez regularmente transmitido, los derechos contenidos en el vale pasaban al adquirente sin otra responsabilidad para el endosante que la derivada en razón de falsedad. El art. 11 del decreto de 1780 recomendó a los tenedores extremar la diligencia en el conocimiento del cedente y el examen de las marcas de autenticación (sello o cifra, firma, calidad del material); sobre ello insistía el art. 13 («reconocer bien la firma puesta en cada vale, su sello y formación») al extender el castigo de la falsedad de moneda a la de vales reales: una pena tan severa que no abundaron los delitos de esta naturaleza[72]. Por supuesto, el dueño

69. La regia declaración de 1785 extendía las fórmulas sumarias del proceso mercantil a los pleitos causados por los nuevos efectos del Tesoro, aunque se tratase de un litigio que pendía en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte.

70. Cf. *El Correo Mercantil de España y sus Indias* (Madrid), 3 de abril, 1797, p. 71. La doctrina hispana del momento mantenía una arcaica concepción del endoso como mandato para el cobro del efecto: Miguel G. Suárez Núñez, *Tratado legal, theórico y práctico de letras de cambio*, I, Madrid, Imprenta de Joseph Doblado, 1788, pp. 14-15.

71. No fue infrecuente anunciar en la prensa la pérdida de vales con indicación del adquirente por endoso: *vid.* por ejemplo *Gazeta de Madrid*, 1 de marzo, 1783, sobre dos de seiscientos pesos remitidos a Pamplona por el director de la Real Compañía de San Fernando «con endorso á favor de Doña Ana María de Dorre». Pero los casos fueron muchos, sobre todo si mediaban los aún rudimentarios servicios postales: cf. *Gazeta* de 19 de agosto, 1785.

72. «Pena de la vida y perdimiento de bienes», cf. *Novísima Recopilación* (1805), 12.8.4 (Felipe IV, en 1658-1660); también *Partidas*, 7.2. 1 y 2, en la tradición del *crimen maiestatis*; la R. C. de 9 de abril, 1784, art. IV, con precauciones para la circulación de los vales, insistió en el duro régimen penal de la falsedad. En 1798 murieron en la horca unos falsificadores: cf. *Acusación fiscal que en la causa sobre falsificacion de vales reales escribió el señor Don Manuel*

de buena fe de un título falsificado perdía el importe y los intereses –pensemos en el pago de una deuda por endoso de un vale contrahecho– sin perjuicio de cuanto le fuera posible recuperar en vía de regreso.

Nada impide suponer, como sucedía con las letras, que los vales reales circularan mediante endosos en blanco, esto es, por simple firma escrita en el efecto: una «tolerancia... tan estendida, que nadie repara en ella, sin embargo de ser una reserva repugnante al buen órden de las Letras, y de todo papel de Contrato cedible, ó traspasable como el de ellas» en opinión de Suárez[73]. Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao (1737), aquel cuerpo normativo que, *imperio rationis*, rigió en toda España y sus Indias, prohibieron («por los graves inconvenientes que de ello se han experimentado y pudieran resultar», OB 13.4) una costumbre cambiaria que ese mismo precepto demostraba bastante difundida; al modo y manera de las normas bilbaínas también la Corona quiso frenar la circulación de papeles estatales endosados en blanco, pues la práctica fomentaría «la substraccion de muchos Vales sin poderse averiguar, por falta del endoso las personas que los recibieron y las manos por donde han corrido en grave perjuicio del mismo comercio, y en detrimento del credito y buena fe con que deben circular» (R. C. de 9 de abril, 1784, art. V); la pérdida del capital y de los réditos acumulados castigaría el peligroso recurso[74]. Esta sanción reprimía además la entrega de vales carentes de endoso (¿se pensaba otra vez en los endosos en blanco o en una simple dación, por ejemplo en virtud de la pignoración del título que luego sería devuelto al saldarse la deuda?) y cualquier negocio traslativo que acaeciera durante el período de renovación (art. VI).

De todos modos, mediara o no endoso, la constancia del tenedor en el cuerpo del vale era un requisito imprescindible para la renovación y el cobro de los intereses, dos operaciones que habían de realizarse cada año –lo sabemos– en la Tesorería mayor o en las tesorerías del ejército según los días fijados en la emisión: por ejemplo los vales primitivos tenían que presentarse a canje y cobro entre el 20 de septiembre y el 15 de octubre (art. 7). La expedición del título renovado consentía incluir el nombre del último adquirente –de haber sido negociado– «á fin de que usen de ellos en el año siguiente como les convenga» (arts. 7-8). Y, en fin, aceptándose el uso comercial que casi siempre tuvo esta rara especie monetaria se resolvió con imaginación el problema del vencimiento de una letra en el período de canje de los vales: para facilitar su pago con papeles renovados y conjurar el peligro de protesto (art. 10, «prohibiéndose á los Escribanos que

Gutierrez de Bustillo... fiscal de lo criminal en la Audiencia Real de Cataluña, Barcelona, Antonio Sastres, MDCCC.

73. Suárez, *Tratado legal*, p. 50.

74. Otra R. C. de 6 de abril, 1799, insistió en ese punto al reservar la negociación de vales a los corredores del número. Por la causa de falsedad seguida ante la Real Audiencia de Cataluña consta que varios de los papeles intervenidos llevaban endosos en blanco, a cuyo fin los falsarios pretendieron servirse de facsímiles de firmas y de estampillas atribuidas a comerciantes abonados; cf. *Acusación fiscal que en la causa sobre falsificacion de vales*, pp. 2-3, p. 7.

concurran en este caso á los protestos») se prorrogaban *ope legis* los días de gracia y cortesía, «respecto de que... dimanan de una tácita convención y uso del comercio, y se pueden ampliar ó ceñir sin perjuicio alguno» (art. 12).

§ 18. La renovación sorteaba en lo posible el riesgo de falsedad (también servía al objeto una decoración elaborada), así que el incumplimiento de este deber acarreaba la extinción del vale y la pérdida de los intereses (art. 7). Pero la práctica fue tan negligente con esta exigencia –no sería infrecuente un extravío momentáneo o el robo del título, por nada decir de la dificultad de entender los procedimientos y plazos de renovación cuando personas del común poseyeran los papeles– que la Corona, siempre dispuesta a «evitar el perjuicio y trastorno que ocasiona la inobservancia de lo determinado», suavizó la sanción desde el principio[75]. Para facilitar el cumplimiento de la norma la *Gazeta de Madrid* advertía de los tiempos de renovación, pero también de la concesión de prórrogas a beneficio de los tenedores indiferentes: en el número correspondiente al 3 de septiembre, 1782, el periódico estatal denunció la parsimonia de muchos titulares («particularmente de los de 300 pesos») señalando que el monarca había concedido «por pura equidad» todo el mes de noviembre para evacuar los trámites legales. Otra medida general, hace poco citada (§ 16), aplicó la pérdida de intereses pero admitió la validez del título caducado a condición de renovarlo al año siguiente (R. C. de 9 de abril, 1784). Siguieron otras disposiciones todavía más generosas con los renuentes o los despistados (tres años de moratoria, R. C. de 21 de febrero, 1802).

§ 19. Tarde o temprano los vales antiguos se canjeaban por nuevos ejemplares y entonces el espécimen vencido era destruido al recibirse la estampa corriente; otros diseños y tamaños, a veces otros artistas, reemplazaban los papeles caducados... Para desgracia del investigador actual: ni disponemos del grabado correspondiente al vale de 600 pesos de 1780 (año I), producido con seguridad en la Imprenta Real (*supra* § 13), ni tampoco conocemos piezas en número suficiente para perseguir el trazado artístico de las láminas en sucesivas renovaciones. La fortuna ha permitido, sin embargo, que el Archivo General de Simancas custodie un título de la primera emisión en cuarta renovación («Año IIII»), esto es, un vale datado a 1 de octubre, 1783 (fig. 7). Se trata del documento con endoso que quedó anunciado (§ 16) y que es, por ahora, el vale más antiguo conocido[76].

Las circunstancias del caso tienen que ver con su transmisión. El título fue expedido a la orden de Manuel Antonio Gonzalo del Río, comerciante madrileño y acaso primitivo tomador[77]. Gonzalo del Río lo endosó el 5 de marzo, 1784, a un José

75. Quién sabe si la flexibilidad graciosa del monarca estuvo detrás del juicio adverso que mereció un Pedro García del Cañuelo y Heredia, *Uso de la razón sobre la sustanciacion que se practica en las causas por repeticion de vales reales extraviados, y los graves perjuicios que trae al Estado el permitir la reclamacion de ellos...* que no obtuvo licencia de impresión (1800, 1802). La dura censura del Colegio de Abogados madrileño impidió que viera la luz una de las pocas obras coetáneas sobre nuestro asunto: cf. Conde, *El Argos de la monarquía*, pp. 184-185.

76. Cf. Tortella, *Los primeros billetes españoles*, p. 27, para la imagen del documento.

77. Elegido diputado del común en 1768: cf. *Mercurio histórico y político* (Madrid), enero de

Martín Benito, labrador de Casla (Segovia), en pago de una partida de lanas; la desgana o la ignorancia de este nuevo tenedor dejó transcurrir el tiempo sin renovar el vale ni cobrar los intereses, hasta que pidió y obtuvo en 1798 el reintegro (con pérdida de los réditos acumulados): contra el parecer de la Tesorería y por concesión graciosa del monarca. Este documento único resulta además excepcional por la inclusión en su anverso del acto traslativo: el endoso se asentó, en efecto, al pie del vale, cuyas dimensiones (295 x 205 mm) son las mayores que conocemos para esta clase de papeles. No parece que la circunstancia, contraria ciertamente a la literalidad del decreto de emisión (cf. art. 7), mereciera algún reproche.



Fig. 7. Vale de 600 pesos. 1 de octubre, 1783. Año IIII. 295 x 205 mm. Mansilla f[eci]t. Ed. Tortella, *Los primeros billetes españoles*, p. 27.

1769, p. 85. En una lista de accionistas de la Compañía de Libreros e Impresores (1765) aparece como «comerciante de letras» (de cambio): cf. Beatriz Lara González, *La Real Compañía de Libreros e Impresores de Madrid: siglos XVIII y XIX*, tesis Madrid, Universidad Complutense, 2015, p. 70.

§ 20. Antiguos o modernos los vales eran estampas. Notablemente más hermosas y singulares que sus equivalentes extranjeros como vimos (*supra* figs. 5 y 6), llevaron siempre al pie las firmas de los artistas que los concibieron. Ya vimos que la Imprenta Real y, a partir de 1789, la Real Calcografía funcionaron como oficinas de producción de estos títulos; por eso conviene dedicar atención a las noticias acopiadas –no demasiadas: la reserva con que se llevaban ciertos aspectos hacía aconsejables los mensajes verbales– sobre su producción material[78].

El procedimiento puede reconstruirse como sigue. Decidida en las Secretarías del despacho de Estado y Hacienda una emisión de vales o bien llegado el momento de preparar la renovación –un par de meses antes de abrirse el período previsto– el tesorero mayor se dirigía a la Calcografía en petición de los vales. El Tesoro entregaba a su director el papel necesario para la operación[79] y, probablemente, también otorgaba el visto bueno a los diseños, elaborados por artistas de su elección: al no cargarse el costo de las emisiones en el presupuesto de la Calcografía no constan pagos ni noticias por tal concepto, aunque encuentro indicios de la llevanza de una cuenta separada con la Tesorería donde tal vez se abordara el extremo[80]. Desconocemos por tanto los honorarios de dibujantes y grabadores de vales, que seguramente serían inferiores a los 3.000 reales de las planchas de Varones Ilustres españoles –como los pagados en junio de 1792 «por la lámina de D[o]n Alvaro de Bazan Gravada por Vasquez»– o a los 140 reales que compensaban un dibujo para esa serie[81]. Pero la Calcografía asumía el jornal de los estampadores («Manuel Lino Sanchez ha tirado 2.300 vales... 115 r[eale]s»)[82], el material (pago de

78. La información procede del Archivo de la Calcografía Nacional [ACN] (Real Academia de Bellas Artes, Madrid), caja 15, n.º 1 («Cédulas antiguas y nuevas»). Cf. también nn.º 2 y 3, con cuentas y anotaciones de interés.

79. Se acudía al efecto a las fábricas de Capellades (Igualada). Cf. también AHN, Consejos, leg. 11282, n.º 54, de «agregación á [la Real Imprenta] del Molino [de papel] del Sitio de S[a] n Fernando», 1796-1797.

80. ACN, Libro de gastos de la Real Calcografía, n.º 3, fol. 38 vto., en la relación de gastos extraordinarios del mes de diciembre, 1794, vemos un asiento «de ciento y sesenta R[eale] s q[u]e se han dado por los trabajadores y estan incorporadas en la cuenta de los vales de Sep[iemb]re»; casi un año después aparecen seis reales «al Mozo q[u]e trajo el importe de los vales de la Tesorería» (noviembre, 1795).

81. ACN, Libro de gastos n.º 2, fol. 92 vto.; se refiere al platero cordobés Bartolomé Vázquez (1749 –1802), un pionero en la técnica del grabado a puntos. Para los dibujos, cf. fol. 95 (julio de 1792), cargo de ciento cuarenta reales a favor de un Josef Ximénez por el retrato de Antonio Pérez. Pero fue Manuel Salvador Carmona (1734-1820) quien sacó mayor tajada de los retratos, entregados con regularidad casi mensual a lo largo de la década revisada: por ejemplo, Carmona obtuvo 9.000 reales –«à pagar de orden superior»– por los grabados de Azpilicueta, Fosca y Góngora, fol. 23 vto (abril de 1793).

82. A razón de unos cinco reales por cada cien estampaciones: ACN, Libro de gastos, n.º 2 (1 de enero, 1790-15 de diciembre, 1793), fol. 18 vto. correspondiente a la «semana segunda hasta el Sabado 10 de julio» (1790), para la cita. Pero estas anotaciones salpican continuamente las cuentas, con picos en primavera (por la tirada de vales) y a finales

3.016 reales y 17 maravedís «al carpintero maquinista por el quinto torculo»)[83] y los portes del papel, blanco e impreso (como esos siete reales pagados en febrero de 1795 al «mozo q[u]e llevo 11.000 vales y que trajo papel de la tesorería de los vales en febrero»)[84]; pero en estos supuestos los obreros y los útiles y productos de impresión servían para producir otras estampas que interesaban al Estado –vistas de reales sitios, retratos de personajes o de los reyes para la Guía de forasteros– y para los encargos de particulares, de modo que los gastos correspondientes dejaron huella en la contabilidad de la Real Calcografía. Fue cosa del director Barsanti –según las «órdenes vervales» en su caso recibidas–[85] fijar las marcas de autenticidad que llevaban las estampas («el sello ó cifra que se ha de poner á cada uno, y se ha de variar todos los años», en las palabras del art. 2 del decreto de 1780 que recordaremos), anunciadas al Tesoro mediante oficio reservado[86].

Las marcas secretas o «cifras» importaban cuando existieran dudas sobre la autenticidad de algún título. Las autoridades financieras solicitaban entonces el parecer de los grabadores y la lectura de sus informes ofrece ciertos detalles sobre la confección de los vales. Por ejemplo, Lorenzo Sánchez Mansilla, gra-

---

de año (cuando tenían que salir las Guías de forasteros): cf. *ibid.* (diciembre 1793): un total de gastos anuales de 85.977 reales, con 14.100 gastados en abril y otros 15.077 en diciembre.

83. ACN, Libro 2.º cit., fol. 57 vto., julio de 1791, con el añadido de setecientos reales más por «quatro Planchas de laton nuebas que se han puesto en los quatro tórculos nuevos» y otros 1.845 pagados «al cerrajero F[rancis]co S[anc]hez por el Herraje p[ar]a el 5.º torculo».
84. ACN, Libro 3.º cit., fol. 46, febrero de 1795. Cf. también fol. 49 (marzo de 1795): veintiséis reales «de los Mozos y carro q[u]e han traido papel para los vales de la Creacion de Marzo»; fol. 71 vto. (septiembre de 1795), veinticuatro reales «de carro y Mozos que han trahido el papel de la Tesoreria p[ar]a los vales de oct[ub]re»; fol. 72, otro tanto «de carro y Mozos q[u]e han llevado los vales de Oct[ub]re y los de Sep[tiemb]re à la Tesoreria». No consta la presencia del regente en estas delicadas operaciones, como estableció el reglamento de la Imprenta Real de 1799.
85. ACN caja 15, n.º 1, certificado sin fecha (pero de inicios de 1800) de Nicolás Barsanti a petición del tesorero Sebastián Martínez sobre veintiocho cédulas de la Caja de Consolidación («en todas sus partes son falsas lo primero por las Marcas y qualidad del papel q[u]e es una de las señales principales; lo segundo que estan mal executadas tanto por el adorno, como por la letra gravada, y hecha de pluma, y por ultimo la Calcografia pone por varias ordenes vervales sus señales reservadas las que tampoco é hallado en los parages que les corresponde»).
86. «Va la señal siguiente o en el vale de 15 de Marzo de a 600 pesos de 1796 en el lugar q[u]e indica el vale adjunto donde está el medio de los troncos de los olivos ò laureles, al fin de q[u]e veniendo la renovacion V. S. pueda estar sabedor para precaver la introduccion de algún falso y conocer el legitimo. Y en el 150 pesos de la mesma renovacion de marzo, lleva la señal q[u]e expreso en el angulo superior y es la siguiente *3* donde está Año II, como V. S. verá en el adjunto vale que incluio», en ACN, caja 15, «Oficios y señales de los Emprestitos de 15 de Julio de 1797», oficio de 20 de febrero, 1797. En la colección de facsímiles de *Vales Reales*... encuentro un ejemplar de ese segundo «vale chico», con la cifra discretamente visible en el lugar mencionado.

bador del que conocemos (*supra* fig. 4), presentó en 1795 dictamen «de orden de Sr. Marqués de las Hormazas del Consejo de S. M. y su Tesorero General». Los papeles sospechosos sometidos a su consideración eran por completo falsos, «calcados sobre la plancha en cera despues de mucho tiempo seco, ó estampado el verdadero vale; pues se advierte (por lo que encoge el papel despues de seco) que medidos tienen los falsos tres cantos de duro menos de ancho y uno de alto»; además, la caligrafía no parecía verdadera («tiene un cierto ayre ó accidente Yngles y redondo que no conviene con la que yo grabo») ni la orla, «bien imitada en algunos parages» mas «casi sin sombras y otras cosas que no corresponden con la dirección de rayas en los colgantes del original»; el director y el regente añadieron a su vez características sobre el papel que también demostrarían la falsificación[87]. La distancia de la orla al borde del vale, la firma del grabador, el repaso a tinta y pluma de las leyendas o de algún trazo decorativo constituían otros elementos para comprobar la cuestionada genuinidad[88]. Pero los títulos dudosos podían también resultar auténticos aunque presentaran algunos rasgos diferenciales. Cinco vales de seiscientos pesos (10 de abril, 1799) que llegaron desde Valencia se dieron por buenos pues José Assensio, autor del grabado correspondiente, hizo presente a la Tesorería «que de las quatro laminas q[u]e se grabaron para estos vales... son estas cinco estampas de la lamina primera, que es q[u]e sirvió de modelo original p[a]ra copìar las otras tres, y esto antes de ser retocada, y aun antes de que empezase a desgastarse», lo que nos permite comprobar que las grandes tiradas de que fueron objeto los vales exigían abrir varias láminas –todas ellas auténticas mas no coincidentes– y retocar los cobres desgastados en el intenso proceso de estampación[89].

§ 21. Las limitaciones documentales no impiden apreciar, a la vista de los pocos ejemplares conservados, la pericia artística y los estilos dominantes en los papeles españoles, en particular los emitidos bajo Carlos IV. Nuestra fig. 4 corresponde, según recordaremos, a un «medio vale» de 300 pesos. A pesar de las apariencias –el título se remite erróneamente a una R. C. de 1780, lo que acarreó su nulidad– corresponde a la segunda hornada de deuda aprobada por R. D. de 14 de febrero-R. C. de 20 de marzo, 1781. Se lanzaron entonces cinco millones de pesos en papeles numerados del 16.501 al 34.167, esto es, a continuación de la serie primera. Dada la fecha de emisión, como «traería algun inconveniente que la renovacion de estos medios Vales se hiciese por Marzo» los intereses se ajustaron a lo previsto en 1780 (anualidades del 26 de septiembre a 1 de octubre), con inclusión de «la prorrata corrida desde primero de Abril hasta 26 de Septiembre del presente año, para que en nada se perjudique á los tenedores de ellos»; la renovación tendría lugar todos los

87. ACN caja 15, n.º 1, 21 de septiembre, 1795.
88. *Ibid.* dictamen de Lorenzo Mansilla, 4 de agosto, 1795.
89. *Ibid.* dictamen de José Assensio y Torres, 12 de abril, 1800.

años entre el 20 de septiembre y el 15 de octubre. Así se explican las noticias temporales que contiene el vale que reproduzco y la indicación inserta al pie de las firmas de los tesoreros en una suerte de cartucho curvilíneo: «Vale XVII», esto es, nuestro espécimen corresponde a la décimo séptima renovación (1797). La mención de la anualidad rara vez faltó en los vales: uno de esos elementos que, en los términos del decreto de 1780, fijaban la «diferencia de sello o cifra» que los distinguía (arts. 2 y 7), no era sin embargo requisito legalmente exigido[90].

Pero la confusión en las fechas fue pertinaz. Conocemos otra tirada de vales de 1781 igualmente nulos por error de data (volvió a grabarse 1780), lo que nos permite comparar –supuesto del todo infrecuente– las estampas de dos anualidades distintas de la misma emisión[91]; se trata de una muestra correspondiente a la décimo quinta renovación («vale XV») de los primeros medios vales, fechada a 1 de octubre, 1795 (fig. 8). Los textos de ambos documentos por supuesto coinciden, lo que indica que las fórmulas empleadas para redactar el vale en aplicación del art. 2 del 1780 permanecieron invariables en todas las emisiones y estampaciones[92]. A partir de ahí comienza el contraste, pues la disposición de elementos utilizados en el vale de 1795 responde, como su orla y demás motivos decorativos, a un bello diseño mas del todo diverso; las muchas diferencias parecen, desde luego, coherentes con el propósito de la renovación: disolver mediante alteraciones gráficas y nuevas firmas los escrúpulos sobre la autenticidad del título. También ha cambiado el tamaño: 220 x 192 mm en 1795, cuando el vale de la XVII anualidad es de menor dimensión (181 x 180 mm).

90. La excepción al uso dominante aparece en el vale de 600 pesos (1.ª emisión), renovación correspondiente a 1797: esto es, décimo octava anualidad. José Assensio, el artista de esta estampa infrecuente (también por su trazado octogonal), omitió insertar ese dato.
91. Ha sido publicado por Tortella, *Los primeros billetes españoles*, p. 35.
92. «Los Vales que se renuevan» –advirtió el *Almanak o Guía de comerciantes para el año de 1803*, Madrid, imprenta de la calle de Capellanes, 1803, anexo de «Tablas de todas las creaciones de vales reales»– «salen en nombre de S. M., y su contexto es conforme al de los antiguos, con la diferencia de las fechas y días de su respectivo vencimiento, oficinas en que se han dé presentar para su renovacion, y personas que los autorizan con sus firmas», p. II.

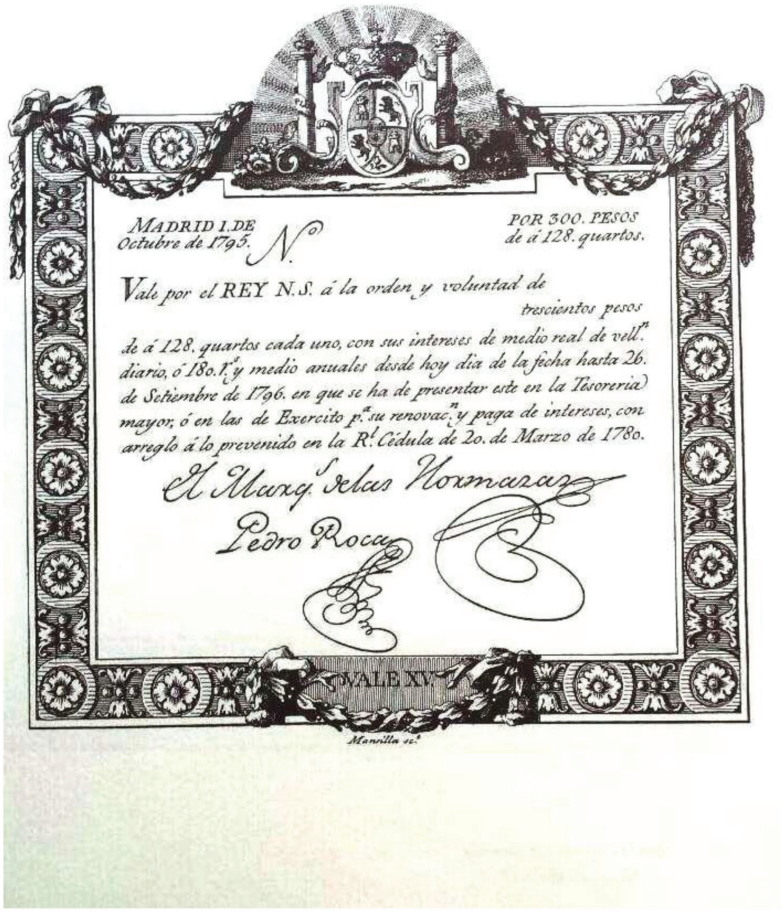


Fig. 8. Vale de 300 pesos (1 de octubre, 1795). «Mansilla sc[ulpsi]t».

Ambos ejemplares salieron, sin embargo, de un mismo buril: «Mansilla sc[ulpsi]t» reza la firma, centrada en la parte inferior, del vale de 1795; la misma indicación, pero abajo y a la derecha, vemos en el de 1797, donde el ángulo izquierdo se ha reservado –como fue habitual– a su dibujante: «Ximeno d[elineavi]t», o sea, José Ximeno. Seguramente hemos de atribuir a este Ximeno, colaborador habitual de Mansilla en la factura de vales, la responsabilidad de las modificaciones. Mientras el papel trazado y grabado por Mansilla en solitario (*supra* fig. 8) incluye una simple moldura de rosetas separadas con motivos vegetales y el escudo real de seis cuarteles entre las columnas del Plus Ultra –el escudo se proyecta aún sobre un sol que pudiera ser poniente: ¿referencia al continente americano?– en el diseño de Ximeno para la XVII anualidad enmarcan el texto formas más ligeras y complejas (guirnaldas, cadenillas, banderolas, ramilletes estilizados con piñas y grecas); además un escudo real de cinco cuarteles, con laureles y toisón, rivaliza estéticamente con las figuras de animales

que rodean por abajo la cartela con mención de la anualidad: dos ¿leones? de trazo torpe, cuyas garras se convierten en acantos[93]. Expresado en pocas palabras, Mansilla concibió el vale de 1795 a modo de un marco tallado en madera para el «cuadro» que exhibiría la leyenda del título-valor; una solución usada en la decoración de libros – sin ir más lejos, en la elegante portada de Manuel Monfort para el famoso Salustio de Madrid (fig. 9).

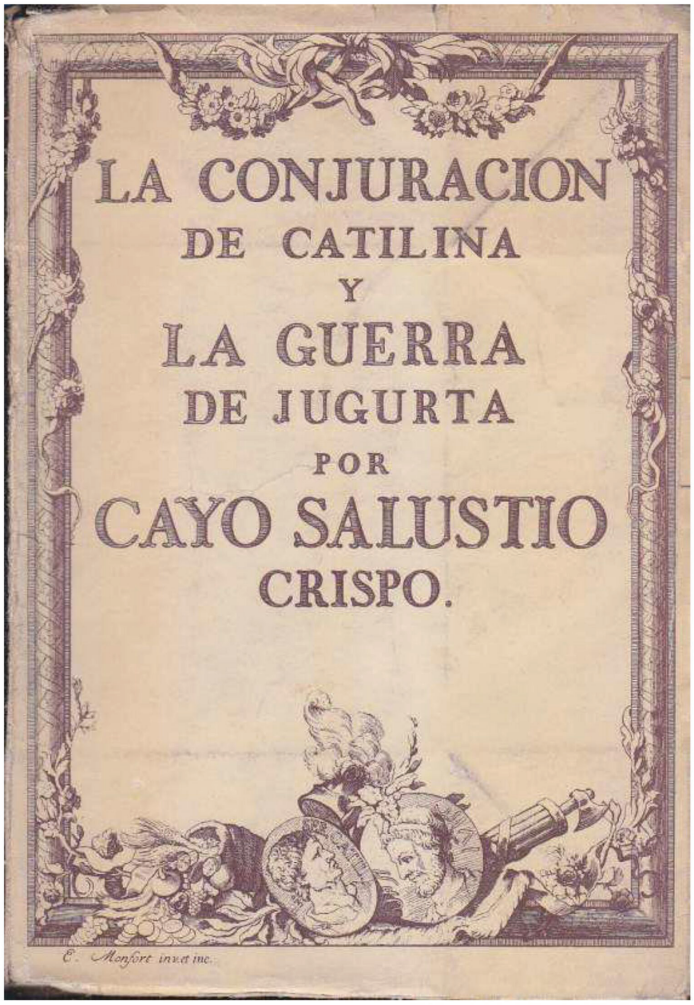


Fig 9. Salustio de Ibarra, portada («E[manuel] Monfort inv[enit] et inc[isitD»).

93. Otro mal león –aunque menos grotesco– veo en un retrato de Carlos IV como príncipe de Asturias, también obra de Mansilla (Biblioteca Nacional-Bibiblioteca Digital Hispanica, signatura IH/1712/5).

Tres años más tarde, en nueva colaboración con José Ximeno, Lorenzo Mansilla abrió la plancha para imprimir los vales de 300 pesos, anualidad XVII de la 3.ª emisión (20 de junio, 1782). Las similitudes de este otro grabado (fig. 10) con el vale de 1795 son notables, pues también se ha recurrido al motivo de la moldura de madera con calabrotes que remata una guirnalda y el escudo real (éste más próximo, en cambio, al trazado en 1797); sin embargo, el dibujante presenta en la estampa una mayor ilusión de volumen. La fecha y la denominación van en lo alto, dentro de una filacteria que rompe una corona real rodeada por la anualidad («AÑO XVII»). Hay motivos animales en los cuatro ángulos de la estampa: dos testas de león que muerden la guirnalda en la parte superior y abajo dos leones sentados que agarran sendos hemisferios. A los lados de una corona de laurel en posición central aparecen los artistas de rigor («Ximeno d[elineavi]t»–«Mansilla s[culpsi]t»).

Los ejemplares hasta aquí recordados unidos a los restantes documentos que conocemos (catorce en total) pueden clasificarse según las formas ideadas por sus creadores. Distingo tres modelos, que describo seguidamente con indicación de fecha y nominal de los vales:

a) El *vale de moldura*. Alegados quedan dos especímenes pertenecientes a esta categoría –la orla o contorno del vale simula una media caña de madera tallada– pero existen al menos otros tres que responden al mismo estilo, por lo común con una refinada moldura plana (1 de febrero, 1795, 300 pesos; 1 de octubre, 1795, 600 pesos; 1 de octubre, 1795, 300 pesos [fig. 8]; 15 de marzo, 1796, 150 pesos); en una sola ocasión el artista traza una moldura de toro, con sección semicircular (1 de julio, 1798, 300 pesos [fig. 10]);

b) el *vale pompeyano*. Seguramente uno de los diseños que mejor asumieron el «gusto cosmopolita» de finales de siglo, lanzado tras el hallazgo de las olvidadas ciudades vesubianas (1 de febrero, 1796, 300 pesos; 15 de marzo, 1796, 600 pesos; 1 de julio, 1796, 300 pesos; 15 de septiembre, 1796, 600 pesos; 1 de octubre, 1797, 300 pesos [*supra* fig. 4]; 15 de septiembre, 1798, 600 pesos);



Fig. 10. Vale de 300 pesos, 1 de julio, 1798. Año XVII. Ximeno d[elineavi]t-Mansilla s[culpsi]t.



Fig. 11. Detalle Vale de 300 pesos.

c) el *vale de «plafond»*. Califico de esta forma dos vales que abandonan el trazado cuadrangular más frecuente al adoptar siluetas redondeadas (el octógono, el círculo) que encuentran su equivalente en ciertos bocetos para techos palaciegos (1 de octubre, 1797, 600 pesos; 15 de septiembre, 1798, 150 pesos [fig. 12])[94].



Fig. 12. Vale de 150 pesos, 15 de septiembre, 1798. Año V. J[ose]f Assensio

Y cabría añadir finalmente una cuarta categoría para el vale de 600 pesos (1 de octubre, 1783), donde el grabador Lorenzo Mansilla enmarcó el texto en una sencilla línea de forma quebrada y una banda exterior de elegante trazo, que recuerda vagamente la decoración de grutescos: una acertada expresión del gusto tardobarroco característico de Carlos III (*supra* fig. 7).

94. Veo un diseño equivalente en los «villetes» de 2.500 reales correspondientes al préstamo de cuatrocientos millones creado por R. D. de 13-R. C. de 17 de octubre, 1798 («J. Assensio Fecit»): un octógono de lados desiguales y enmarcado por grutescos y guirnaldas que soportan los picos de dos cisnes, con el escudo real de seis cuarteles coronando la composición. Se reproduce en el catálogo de la muestra *La Real Hacienda en la Guerra de la Independencia* (ed. Agustín Torreblanca López), Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2008, p. 29.

No es difícil rastrear el repertorio de formas que va sintetizado. El patrón principal se encontró en aquella publicación auspiciada por el monarca recordado –«reparator antiqui saeculi et antiquarum artium omnium instaurator»– cuando, durante su gobierno en Nápoles, desveló a una asombrada Europa los restos inagotables sepultados por el Vesubio[95]. La analogía sugerida entre el imperio romano y el poder bihemisférico de los Borbones, personificado en Carlos y en su hijo y heredero homónimo, también seguía ahora las consignas fértiles del gobierno *activo* (cf. § 7) y la protección dispensada a las bellas artes se extendió a la promoción de una «arqueología de Estado» –con el sabio y fiel Campomanes como brazo ejecutor– que propagó abundante capital cultural e insólitos arquetipos.

El fenómeno abrazó sin distinción cualquier ámbito estético y sólo algún genio singular, como Francisco de Goya, fue capaz de proclamar –en una sede insospechada– que «no hay reglas en la Pintura»[96]. Para la mayoría de los artistas y amantes de las artes imperaban los «motivos tomados de Pompeya y Herculano en todo tipo de objeto de las artes decorativas, desde la pintura de las paredes y techos a sillas, mesas y relojes, sin olvidar objetos de adorno, porcelanas, vajillas de cerámica y bronces, además de reflejarse en arquitectura y escultura... [S]in el éxito de las excavaciones impulsadas por Carlos III, no se puede entender el nuevo gusto que a partir de entonces se extiende en las artes decorativas de Europa durante más de medio siglo»[97]. Uno de los catálogos de formas y decoraciones más celebrados del momento fue el *Recueil de décorations intérieures* de los arquitectos franceses Percier y Fontaine: desde un centro de mesa o un candelabro hasta un arco triunfal o un proyecto urbanístico –«dans les plus grandes entreprises de l'art de peintre, de sculpter et de bâtir, comme dans les moindres oeuvres des arts industriels»– el clasicismo, nuevo ideal moderno de belleza, conoció enorme fuerza expansiva apoyado en las artes del grabado[98].

95. La empresa principal se recogió en la célebre colección *Le antichità di Ercolano esposte*, ocho volúmenes publicados entre 1757 y 1792. Cf. Félix Fernández Murga, *Carlos III y el descubrimiento de Herculano, Pompeya, y Estabia*, Salamanca, Universidad, 1989; últimamente, Mario Pagano, *I primi anni degli scavi di Ercolano, Pompei e Stabiae. Raccolta e studio di documenti e disegni inediti*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2005.
96. Son manifestaciones del informe dirigido a la Academia (1792); cf. Werner Hofmann, «El naufragio permanente», en AA. VV., *Goya. El capricho y la invención. Cuadros de gabinete, bocetos y miniaturas*, Madrid, Museo del Prado, 1994, 43-65.
97. Martín Almagro-Gorbea, «La Arqueología en la política cultural de la corona de España en el siglo XVIII», en Martín Almagro-Gorbea y Jorge Maier Allende (eds.), *De Pompeya al Nuevo Mundo. La Corona española y la Arqueología en el siglo XVIII*, Madrid, Real Academia de la Historia-Patrimonio Nacional, 2012, 15-[32], pp. 24-25. Interesa también la aportación final de Maier, «La Corona y la institucionalización de la Arqueología en España», 333-360, pp. 356 ss. sobre la gestación de la R. C. de 6 de julio, 1803 (*Nov. Recop.* 8.20.3), «Instrucción sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos, que se descubran en el Reyno, baxo la inspeccion de la Real Academia de la Historia».
98. Charles Percier (1764-1838) y Pierre-François-Léonard Fontaine (1762-1853), *Recueil... comprenant tout ce qui a rapport à l'ameublement...* Paris, chez les Auteurs au Louvre, 1802.

«Ces recueils de gravure pénétrèrent dans tous les ateliers... et les moindres inventions du gout ancient, devenant la propriété de quiconque cherchait à rajeunir les produits de son travail, l'antique parvint à être la source la plus féconde pour le génie de la mode» (p. 4). El genio de la moda penetró por supuesto en el taller de los vales y la consulta del *Recueil de décorations...* permite documentar los modelos circulantes (fig. 13). Lo mismo cabría decir de los ornamentos palaciegos de Carlos IV, refinado rey-decorador que declinó continuamente los mismos esquemas estéticos: una consola principesca (fig. 14), la pantalla de una chimenea (fig. 15), telas y cortinajes (figs. 16-17), la moldura de un paramento o unos simples estucos (figs. 18-19) comulgaban con las formas dominantes en perfecta correspondencia con los diseños de los vales reales[99].

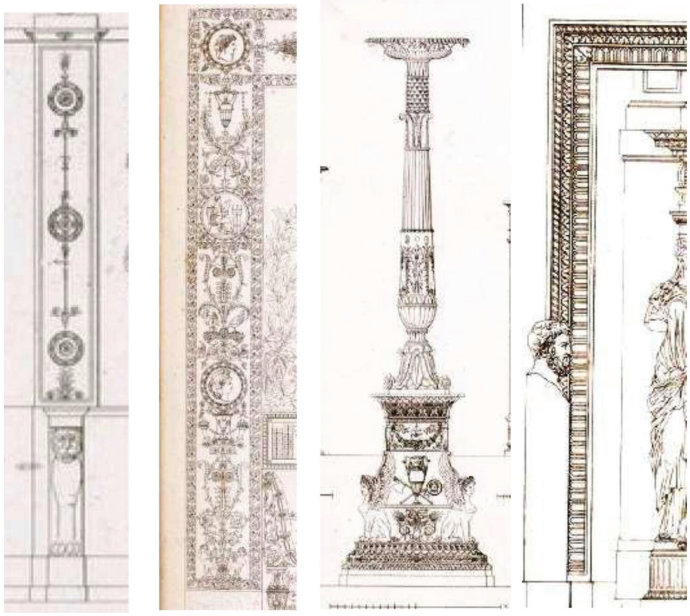


Fig. 13. Detalles y motivos del *Recueil de décorations intérieures* 1802

99. Cf. José Luis Sancho, «Tan perfecta como corresponde al gusto y grandeza de sus majestades. Las artes en la corte de Carlos IV», en *Carlos IV. Mecenas y coleccionista*, Madrid, Patrimonio Nacional, 2009, 15-52; ficha de la consola aludida (cat. 65) en pp. 214-216 (María Soledad García Fernández).



Fig. 14. Consola de la Sala Pompeyana, Casa del Príncipe (Real Sitio del Pardo). Diseño de Vicente Gómez, con José López como ebanista y José Cherou como dorador (1788-1792).

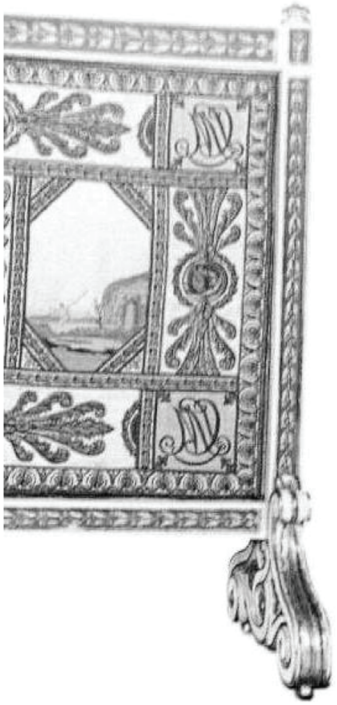


Fig. 15. Pantalla de chimenea, Casa del Labrador (Palacio de Aranjuez), Fragmento



Fig. 15b. Pantalla del Gabinete de la Chimenea de la Casa del Príncipe (Palacio del Pardo)



Fig. 16. «Año de 1793. Lo hizo Juan Lopez de Robredo».
Cortinajes. Palacio Real, Madrid. Detalle.



Fig. 17. «Les Verdures du Vatican». Telas de la Sala de billar, Casa del Labrador (Aranjuez)

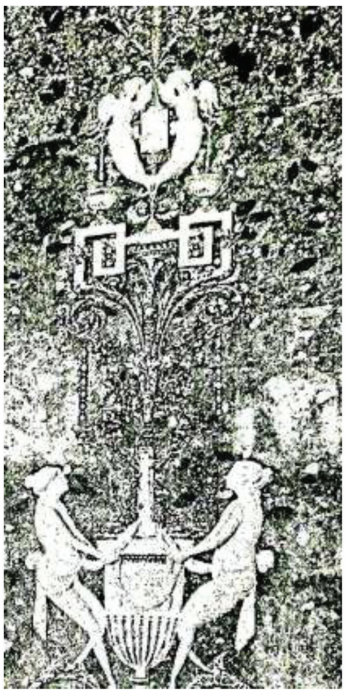


Fig. 18. Sala de Estucos de la Casa del Príncipe (Palacio del Pardo)



Fig. 19. Oratorio del rey. Sala de maderas finas.
Palacio de los Borbones, San Lorenzo del Escorial

§ 22. Más allá de su indudable condición de hombres a la moda, no sabemos gran cosa de los artistas que trabajaron los vales: José Assensio, Lorenzo Sánchez de Mansilla, José Ximeno... personajes menores en el panorama de las artes españolas que vivieron a caballo de los siglos XVIII y XIX[100]. A excepción de Mansilla, presente en la contabilidad de la Real Calcografía por retocar láminas o grabar leyendas (mencionado entonces como «grabador de letras», lo que sin duda constituyó su especialidad) para los retratos de Varones Ilustres, el dibujante Ximeno y el grabador Assensio no aparecen entre los papeles de esta institución[101].

Comencemos por quien lo está. Lorenzo Mansilla, o Sánchez de Mansilla (ca.

100. La economía de este escrito me lleva a excluir los vales para socorro de los súbditos de la Luisiana (1795), grabados por Assensio con dibujos de José Ximeno y Luis Paret. No llegó a lanzarse la emisión.

101. ACN, libro n.º 2, fol. 148 (diciembre 1793): «seiscientos Reales de v[elló]n que e pagado a D[o]n Lorenzo Mansilla para los seis epígrafes del quinto quaderno que irà a salir de los Varones Ilustres». Cf. también otros asientos similares en libro n.º 3 (junio 1795), fol. 61; fol. 162 (enero 1797); fols. 221 y vto (octubre 1797). Pero el archivo de la Calcografía es magro para estos primeros años.

1740-1799), mereció la atención del erudito Cotarelo, quien dio a la luz su partida de defunción[102]. Conocemos así que Mansilla nació en Talarrubias (Badajoz) hacia 1740, hijo de Alonso y María Sánchez Cabello. Autor de láminas de escritura desde 1780 (tratados de Merino, Servidori, Torío), casó con Ana Martín López, de quien tuvo una hija, María Ana Sánchez de Mansilla, única heredera; falleció de «repentino... accidente» el 25 de julio, 1799, en su casa de la Costanilla de Santiago, n.º 1, cuarto 3.ª, Madrid. Otras investigaciones añaden más información. Resulta que este Mansilla calígrafo, siendo aún joven, se vio envuelto en un turbio asunto por falsificar un título de médico (1769); condenado, un indulto le libró de seis años de presidio en África[103]. El mal antecedente no impidió, a lo que vemos, su colaboración con la Calcografía, para la que abrió al menos otras tres láminas de vales[104]. También produjo retratos (bastantes mediocres), grabados técnicos y estampas de devoción. Incluso se las dio de poeta: la unión de profesión y afición se documenta en un rudo retrato del conde de Floridablanca con un caprichoso «soneto acróstico en laberinto» donde no ahorró alardes caligráficos y una firma prolija y sustanciosa: «[c]ompuesto, escrito, dibujado y grabado por Lorenzo Sanchez de Mansilla, discipulo del abate don Domingo María Servidori» (fig. 20)[105].

102. Emilio Cotarelo y Mori, *Diccionario biográfico y bibliográfico de calígrafos españoles*, II, Madrid, Imprenta de la Revista de Archivos, 1916, n.º 635, pp. 13-14. Una veloz referencia a Mansilla también ofrece Nicolás Díaz y Pérez, *Diccionario histórico... de autores, artistas y extremeños ilustres*, II, Madrid, Est. Tip. de Álvarez Hermanos, 1888; su padre homónimo tuvo también que ver con las artes de la imprenta, pues se registra allí como «inventor de la prensa en frío».
103. Cf. María Soledad Campos Díez, *El Real Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 181-182, para la causa seguida contra un Alfonso Berástegui y sus cómplices Julián Ortiz de Sauceda y Lorenzo Mansilla, que hicieron posible la suplantación. A Mansilla se le reprochó la contrafacción del sello –le prometieron ocho doblones, que confesó no se le pagaron– que otorgaba apariencia de verdad al falso documento.
104. En la colección de *Vales Reales*... localizo los facsímiles de los títulos de 300 pesos de la 2.ª emisión (1 de julio, 1798, año XVII), de la 3.ª (1 de noviembre, 1796, año XV) y de la 4.ª (1 de febrero, 1795, año II). Pero Mansilla intervino antes de la fundación de la Calcografía, pues firma el vale endosado de 1783 que publicó Tortella, *Los primeros billetes españoles*, p. 27, esto es, nuestra fig. 7.
105. Se refería al miniaturista y calígrafo italiano Domenico Maria Servidori (ca. 1724-1790), en cuyas obras colaboró el falsificador indultado. Veo en la Gazeta de Madrid, 2 de agosto, 1785, el anuncio de un grabado («en medio pliego marquilla») de la Última Cena, puesto a la venta «en la Librería de Casimiro Razola calle de Atocha frente á la Aduana vieja»; en la colección Rodríguez Moñino (hoy en la Academia de San Fernando) se encuentra además una Virgen de los Dolores de Málaga, pero esa institución conserva otras estampas de Mansilla. Para sus láminas de máquinas, cf. José M.ª López Piñero, El grabado en la ciencia hispánica, Madrid, CSIC, 1987, p. 68.



Fig. 20. Retrato con soneto del Conde de Floridablanca. Lorenzo Sánchez de Mansilla.

§ 23. Sobre José Assensio (Asensio, Asencio, Ascensio) y Torres disponemos de algo más. Por el testamento que otorgó en Madrid el 11 de enero, 1809, sabemos que fue hijo de Francisco Asensio Mejorada (Fuente de la Encina, Alcarria), también grabador profesional («mas digno de buena memoria por la limpieza y propiedad con que grabó todo género de letras... que por sus láminas de figuras, pues carecia de dibuxo», apostilla el severo Ceán), y de Francisca Torres Ribes (Valencia), y que había perdido hacía poco a su mujer, María Manuela Oviedo y González (Valencia). La unión tuvo dos hijos, José y Vicente, sus únicos herederos; «ambos parvulitos», Assensio designó como tutor al mismo escribano ante el que testaba en medio de recelos hacia el abuelo materno[106]. No hay en la escritura otra mención a sus actividades artísticas, pero queda clara la relación del otorgante con Valencia: dejó dos onzas de oro para una misa cantada «en el Combento de Sancti-Spiritu del Monte en el Reyno de Valencia distante quatro leguas de d[ic]ha Ciudad» y

106. Archivo histórico de protocolos de Madrid (AHPM), leg. 22375, fols. 7-10. El abuelo residía en Damiel separado de su esposa Francisca González; esta vivía en casa de los Assensio.

otro tanto para la que habría de oficiar «el Sacerdote mas Pobre y necesitado de la Yglesia Parroquial de S[a]n Lorenzo de la misma Ciudad». Y, en efecto, consta que Assensio frecuentó la Academia valenciana de San Carlos, cuyos profesores concedieron el premio (veinte pesos) de grabado de láminas en el concurso de 1783 a «Joseph Asensio, natural de Valencia, de veinte y quantro años de edad»[107]. Tuvo además que ver con la de San Fernando, presentándose como su «discípulo en la clase de dibuxo y grabado» cuando solicitó, sin éxito (1792), juntamente con Fausto Martínez de la Torre, autorización para dedicar a la misma Academia una versión del tratado de Vignola a partir del francés Delagardette[108].

Por R. O. de 26 de julio, 1801, recibió Assensio honores de grabador de cámara, justamente «en atencion al merito que havia contrahido en abrir las Laminas de Vales R[eale]s»; la gracia venía «sin sueldo», y aun le costó 12.244 maravedís por el impuesto de media annata. Cuando el agraciado pidió, años después (30 de junio, 1818), alguna retribución, amparado en su «avanzada edad de sesenta años» y sus tareas como maestro de grabadores para el Depósito Hidrográfico de la Marina, la seca negativa real («enterado S. M. de ello no ha tenido à bien acceder à d[ic]ha suplica») frustró cualquier expectativa[109]. En tan mala situación parece que falleció ¿hacia 1820? en la Villa y Corte[110]. Sobre las obras de Assensio, además de estampas costumbristas y planos de Madrid –en colaboración ocasional con Ximeno– destacó como ilus-

107. *Continuacion de la noticia histórica de la Real Academia de Nobles Artes… de San Carlos; y relacion de los premios que distribuyó en… 1783*, Valencia, en la Oficina de Benito Monfort, 1784, pp. 28 y 30. El tema del concurso, al que se presentó Assensio en solitario, fue el San Vicente Ferrer de Ribalta, a dibujar en medio pliego de papel imperial, luego reducido a una cuartilla de papel común y finalmente grabado en ese tamaño sobre lámina de cobre; la segunda prueba consistió en el dibujo del Hércules Farnese: cf. Juan Carrete Parrondo, *El grabado calcográfico*, p. 21.

108. Archivo de la Real Academia de Bellas Artes (Madrid) [ARASF], Secretaría, sig. 1-16-11. La petición se presentó el 3 de junio, 1792; pasada a la comisión de Arquitectura recibió informe negativo –«en el gravado generalmente hai fatiga sin inteligencia, gusto ni limpieza»– que hizo suyo la junta, 1 de julio, 1792; cf. además *ibid.* libro de actas de las sesiones de la Academia de San Fernando, sig, 3-85 (1786-1794), fol. 204 vto. (1 de julio, 1792). Salió la obra finalmente (44 estampas y 21 más de sombras), por supuesto sin la controvertida dedicatoria: *Reglas de los cinco órdenes de Arquitectura de Vignola por C. M.* Delagardette. *Dibuxado en mayor tamaño, y grabado al agua fuerte por Don Fausto Martínez de la Torre, y concluido á buril por Don Joseph Asensio, discípulos de la Real Academia de San Fernando*, Madrid, en la Imprenta de Manuel González, año de MDCCXCII [1792].

109. Archivo General de Palacio (Madrid), Personal, caj. 157, expte. 14 (petición de sueldo); caj. 599, expte. 23, nombramientos de grabadores de cámara, entre ellos nuestro Assensio.

110. Sobre la fecha y lugar de fallecimiento, cf. José Enrique García Melero, *Literatura española sobre las artes plásticas, I: Bibliografía impresa en España entre los siglos XVI y XVIII*, Madrid, Encuentro Ediciones, 2002, p. 52; pero Assensio vivía aún el 14 de abril, 1820, pues la *Miscelánea de comercio, artes y literatura* (Madrid) correspondiente a ese día (p. 4) publicó una carta de su firma.

trador de libros; las láminas de las *Metamorfosis* de Ovidio en traducción de Francisco Crivell (1815-1819) significan con seguridad el momento culminante de su carrera[111].

§ 24. Mansilla y Assensio grabaron vales reales que dibujó, como vimos, el citado José (Antonio) Ximeno (Jimeno, Gimeno) y Carrera (1757-1818). Este pintor y grabador, también valenciano, se formó en la Real Academia de San Fernando, donde obtuvo en 1778 el segundo premio de pintura[112]; tres años después, a pesar de no participar plenamente en las pruebas, fue nombrado académico supernumerario, y así constó en las siguientes *Distribuciones de los premios*... Como fruto de ese concurso frustrado conserva la Academia un buen óleo de medio tamaño y marcado gusto rococó –su ejercicio «de pensado»– que representa (fig. 21) el *Descanso en la Huida a Egipto* (83 × 67 cm)[113].

111. Cf. *Metamorfoseos ó transformaciones de Ovidio, traducidos al castellano con algunas notas para su inteligencia por Dn. Francisco Crivell, y adornados con estampas finas por D.* José Assensio, Madrid, Imprenta Real, 1805-1819, cuya larga gestación («adornados con 140 estampas y 11 viñetas») explica un anuncio de la *Gazeta de Madrid*, 16 de marzo, 1820: «por los trastornos ocurridos». Además del Vignola (1792) también colaboró en *Los diez libros de arquitectura* de Vitrubio (1787) y en el *Atlas Marítimo de España* (1789).

112. Cf. *Distribución de los premios concedidos por el Rey Nuestro Señor a los discipulos de las Nobles Artes... en la junta pública de 25 de julio de 1778*, Madrid, Imprenta de Joachin Ibarra, [1778], p. 48. Ximeno concursó en la segunda clase de Pintura (una representación del Gran Capitán que conduce al corsario Menaut de Guerri ante el papa Alejandro VI), logrando ocho votos sobre catorce en la prueba de repente pero sólo tres en la de pensado (Ximeno entregó una cabeza de Santa Ana), de modo que obtuvo el segundo premio –medalla de plata de ocho onzas– tras Zacarías González Velázquez. Otro opositor en aquella ocasión fue Cosme de Acuña, autor del dibujo para las acciones de la Real Compañía de Filipinas.

113. ARASF, libro de actas (1776-1785), sig. 3-84, fols. 194 vto-195 (7 de octubre, 1781): «[a]simismo lei otro memorial de D[o]n Josef Ximeno, tambien Discípulo de esta Academia en la propia clase de Pintura, q[u]e había obtenido un premio en el Concurso general de 1778, y transferido à Valencia donde firmó el de 1781 no pudo despues de embiada su obra de pensado, acudir en tiempo à la prueba de repente; en cuya atencion y de nuevo cuadro que presentó al oleo tubo igual pretension que [Eugenio Ximénez de] Cisneros y el mismo favorable exito, con la diferencia de haberle faltado once votos, y tenido para la concesion solos trece, que le bastaron para quedar admitido en calidad de Academico supernumerario»; Ximeno tuvo ocasión de colaborar en las enseñanzas como «académico ayudante»: cf. libro de Actas...(1803-1818), sig. 3-87, fols. 240 vto-241 (4 de mayo, 1806). Para la fecha de la muerte, que suele indicarse vagamente como «ca. 1807», cf. la *Distribución de los premios*... Madrid, por Ibarra, Impresor de Camara de S. M., año de 1832, p. 212: en la relación de supernumerarios fallecidos (pp. 257-259) figura «José Gimeno... *Pint.*... en Madrid en... de... de 1818», p. 258, lo que al menos precisa el año y lugar de la muerte del artista.



Fig. 21. José Ximeno, *Descanso en la huida a Egipto* (1781).
Colección de la Academia de San Fernando (Madrid).

En la Biblioteca Nacional se conservan bastantes dibujos y aguadas de este artista, como sus trabajos para *La Galatea* cervantina que sacó Antonio de Sancha (1784). Pero la relación de Ximeno con los impresores fue, en general, intensa, diseñando y grabando cabeceras y remates para Benito Cano y el citado De Sancha[114]; por el contrario, nada sé de una ambiciosa empresa por entregas (la «Galería española, ó colección de pinturas escogidas de los célebres pintores Españoles que existen en los Templos, Conventos, Colegios y casas particulares

114. Con Cano colaboró en *Las Siete Partidas* (1789); con Sancha trabajó en la *Historia de la conquista de México* de Antonio de Solís (1783), siendo grabadas las ilustraciones de Ximeno por Juan Moreno Tejada y Fernando Selma. Cf. Ángel M.ª De Barcia, *Catálogo de los dibujos originales de la Biblioteca Nacional*, Madrid, Impta. de la Revista de Archivos, 1906, nn.º 1290-1391, pp. 209-211.

de España, dibuxada y grabada al estilo pintoresco de le Preince [sic]»), marcada por aquel espíritu de patria («en obsequio de la nacion y de los famosos profesores que la han ilustrado») y la inagotable confianza en el grabado («[h] abiendose facilitado la multiplicacion de las producciones de los profesores de las bellas artes con la invencion del grabado... estampas que el gusto y la moda han introducido en nuestras habitaciones») que presidió la fundación de la Real Calcografía (§ 10). El intento de Ximeno –que sólo conocemos por anuncios de prensa– se estrelló contra la misma indiferencia que consiguió arruinar la «Compañía para el grabado de los cuadros de los Reales Palacios», fundada por unos pocos y bienintencionados personajes de la alta nobleza[115]; sólo consta de este otro plan que la estampa de apertura sería la *Magdalena penitente* de Mateo Cerezo (iglesia de los Carmelitas Descalzos, Madrid) y que Ximeno pretendía emplear la técnica del aguatinta, ya que «la lentitud del buril no dcxaria ver sino una parte de esta colección en muchos años»[116]. Esa práctica «pintoresca» siguió Ximeno en el retrato del médico Edward Jenner (fig. 22) –a partir del pastel de John R. Smith (1800), difundido en grabados de este mismo autor– para la traducción del *Tratado histórico y práctico de la vacuna...* de J. L. Moreu (Imprenta Real, 1803).

115. Autorizada en 1789, la Compañía contaba al comienzo con un capital de 450.000 reales dividido en 150 acciones de tres mil reales; tras el príncipe de Asturias, los suscriptores reunían lo más granado de la grandeza: duques de Híjar, Osuna, Frías, conde de Aranda, marqueses Oriani y de Astorga, quienes no repararon en gastos para atraer a los mejores grabadores españoles y francés. Cf. Carrete, «La Compañía para el grabado», p. 62: Para las deudas crecientes y la frustrada reunión con la Real Calcografía, *ibid*. P 64.

116. *Mercurio de España* (Madrid), n.º 2 de 1797 (febrero), pp. 181-182 (también *Gazeta de Madrid*, 14 de febrero, 1797, pp. 131-132); las estampas saldrían a la venta cada mes, al precio de veinte reales, en la Librería de Escribano (calle de Carretas). Veo en el *Memorial Literario* (Madrid), 32 (agosto 1786), 438-443, la reseña del «poema didascálico» en tres cantos titulado *La Pintura*, de Diego Antonio Rejón de Silva (1786), donde se destaca que «[e]l principio de cada canto está adornado de una viñeta, cada una con su genio alusivo á la materia de aquel canto; las tres de la invención de D. Joseph Ximeno, y gravadas al estilo dulce por D. Joseph Vazquez».



Fig 22. Retrato de Jenner, por Jose Ximeno.

4. REPÚBLICA POR ACCIONES Y ACCIONES PARA LA REPÚBLICA

LOS TÍTULOS DE LAS REALES COMPAÑÍAS

§ 25. «Un reino es comparable a una compañía de accionistas sujeta a las estrechas reglas del comercio, que no hay razón para repartir a cada uno menos de lo que se gana, ni mas de lo que se pierde, a proporción de sus acciónes que tenga en la casa común; ni en los directores hay autoridad para hacer gastos superfluos, ni menos para escasear los necesarios al bien de la compañía, tanto para mantener su existencia como para aumentar su prosperidad; y esta comparación me mueve a pensar», concluía el opinante, «que la pura industria no debe estar sujeta a contribución, es decir, que aquellos beneficios que industrialmente cada uno da a sus acciones o bienes raíces, no se deben sobrecargar, al modo que una acción de banco no se sobrecarga por los beneficios que el dueño la da por fuera, sino según su valor primitivo en la caja del banco». Así se expresaba hacia 1790

un oscuro oficial de rentas en algún perdido lugar de Castilla la Nueva. El alcance inmediato de la metáfora, propuesta para explicar un nuevo *sistema de hacienda*, tenía que ver con unas reglas prácticas que ahora no pueden entretenernos, pues nos basta con recordar esa imagen y sus varios elementos: reino y compañía mercantil, acciones de banco y bienes raíces, monarca y director del negocio corporativo[117]. Ante ello el lector de León de Arroyal, autor del texto comentado, tal vez experimente cierto desasosiego. Habituales útiles hermenéuticos, así la distinción entre el derecho público y el derecho privado o entre bienes muebles y riqueza inmobiliaria, resultan de corta utilidad para descifrar la cita recogida. Y sin embargo, acaso por su improbable mensaje, esta figura retórica política y mercantil permite dialogar con los documentos del pasado: enfrentados a lo impensable nos situamos cómodamente fuera de nuestra cultura. A un paso, entonces, de comprender otra por entero diferente[118].

No fue uno de los tropos principales que significaron la estrecha unión del príncipe y la república: el matrimonio, por ejemplo, ofreció desde la edad media una representación recurrente y cargada de sentido moral y político[119]. Ahora bien, frente a la pasividad de la esposa –una «femme couvert» en el terrible *legalese* anglosajón– que acepta de buena gana las decisiones del marido, la imagen de la nación entendida como una empresa mercantil –o, si se prefiere, la condición de mandatario atribuida al titular de la Corona– expresaba que la corporación formada por el reino sintetizaba su voluntad plural mediante juntas o asambleas. Cierto es que el monarca-director podría orientar las decisiones llevado de su conocimiento superior, podría acaso disponer autónomamente en los casos de mayor urgencia... pero sabiéndose siempre un delegado de la masa de accionistas, ante quienes debía rendir cuentas. Desde esta perspectiva las facultades del rey-padre, responsable del doble gobierno jurisdiccional y doméstico como vimos (§ 7), cedían el paso a una sociedad más compleja donde los hijos-vasallos, amalgamados idealmente desde otros sentidos de lo *público* («crédito público»–«opinión pública»), perseguían sus intereses singulares en tanto participaban en la causa colectiva.

Praxis gubernativa y derecho mercantil, en suma. Los analistas de la semántica política ilustrada han demostrado la recurrencia del término «socio» (y «consocio») para designar a los individuos congregados en república, cuyo monarca se

117. León de Arroyal, *Cartas económico-políticas...* ed. José Caso González, Oviedo, Universidad, 1971, carta V, PP. 128-129. Para sus propuestas fiscales, cf. Pablo Fernández Albaladejo, «León de Arroyal: Del *Sistema de Rentas* a la *Buena Constitución»,* en *Haciendas forales y Hacienda Real. Homenaje a D.* Miguel Artola *y D.* Felipe Ruiz Martín, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1990, 95-111.

118. Cf. en general Francesca Rigotti, «Rassegna introduttiva sulle metafore storico-politiche», en *Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento* 15 (1989), 11-35.

119. Robert Descimon, «Les fonctions de la métaphore du mariage politique du roi et de la république. France, XVe-XVIIIe siècles», en *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 47 (1992), 1127-1147. El referente se encontraba en la unión del prelado con su iglesia.

presentaba ahora como el «Primer socio de la nación» (Aguirre), como su «socio principal» (Cabarrús). El reino entonces sería –las frases pertenecen a Jovellanos– «una gran compañía en que cada uno pone sus fuerzas y sus luces, y las consagra al bien de los demás»: justamente se ha enfatizado, tras una lectura de este autor, «que la colaboración en funciones y servicios, la aceptación de roles que entrañan una cooperación, frente a la vieja colaboración reglamentada, impuesta coercitivamente... representa ahora un lazo de solidaridad mucho más fuerte»[120]. Otros pensadores, y así aquel José Alonso Ortiz que nos ayudó a precisar el alcance de la expresión *crédito público* (§ 1), podían escribir, en general, que «todo el Mundo económico viene a ser un mercado público de permutación, y toda la sociedad como una compañía mercantil»[121]. Sin conexión con Arroyal, personaje menor y en su momento inédito, probablemente Jovellanos y con seguridad Alonso Ortiz repetían enseñanzas de Adam Smith[122], pero no pretendo tanto buscar los orígenes de una idea (lo que tal vez llevaría hasta Leibnitz, cuando menos)[123], cuanto comprobar su expansión generalizada en la Europa de las Luces[124]. La deriva de la metáfora tras las revoluciones liberales, cuando sirvió para admitir desigualdades clamorosas a pesar de las protestas de partida, tampoco es un asunto que pueda entretenernos[125].

120. José Antonio Maravall, «Espíritu burgués y principio de interés personal en la Ilustración española», en *Hispanic Review* 47 (1979), 221-325, p. 301.
121. Alonso Ortiz, *Ensayo económico sobre el sistema de la moneda-papel*, p. 2. En general, Maravall, «Espíritu burgués», pp. 311-312; también Pedro Álvarez de Miranda, *Palabras e ideas: el léxico de la Ilustración temprana en España*, Madrid, Real Academia Española, 1992, pp. 349 ss.
122. «Every man thus live by exchanging, or becomes in some measure a merchant, and the society itself grows to be what is properly a commercial society», *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), ed. Edwin Cannan, Chicago (Ill.), The University of Chicago Press, 1976, I, IV, p. 26. En el castellano de su traductor Alonso Ortiz, *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Valladolid, En la Oficina de la Viuda e Hijos de Santander, año de MDCCXCIV [1794], pp. 35-36, «el hombre vive con la permutacion, ó viene á ser en cierto modo Mercader; y toda sociedad como una Compañía mercante, ó comercial».
123. Eliane Allo, «Un nouvel art de gouverner. Leibnitz et la gestión savante de la société par les assurances», en *Actes de la recherche en sciences sociales* 55 (1984), 33-40, con traducción francesa del ensayo leibnitziano «Über Assecuranzen». Entre los clásicos alemanes, *vid.* también Juan Henrique Gottlobs de Justi, *Elementos generales de policía...* [1756] *traducidos al Español... por... Antonio Francisco Puig y Gelabert*, Barcelona, Por Eulalia Piferrer, 1784, cap. V, par. 105, p. 43, donde el Estado «es una Especie de Compañía», añadiéndose, a propósito del derecho a emigrar, que «igualmente que se tendría a mal que un hombre abandonase a sus Socios sin su consentimiento y en el tiempo que tienen necesidad de el; con mas fuerte Razón no debe hacerlo respecto a la República».
124. La versión más desarrollada, y hoy estudiada, de la metáfora se debió a Justus Möser, «Der Bauerhof als eine Aktie betrachtet» (1774), ed. Ludwig Schirmeyer y Werner Kohlschmidt, Justus Mösers Sämtliche Werke. 2. Abteilung: Patriotiche Phantasien und Zugehöriges, III (Bd. 6), Oldenburg-Hamburg, Gerhard Stalling Verlag, s/d, n.º 63, pp. 255-270.
125. Tengo presente el caso del abate Sieyès, donde la imagen del contrato de sociedad permitía distinguir ciudadanos activos y ciudadanos pasivos (mujeres, menores, dependientes), privados los segundos de derechos políticos: «Préliminaire de la Constitution», en

§ 26. Entendida la sociedad política como sociedad por acciones quedaba patente, no sólo el presupuesto jurídico en que reposaba la ficción, sino también –sobre todo– la relevancia que habían cobrado a esas alturas las reales compañías en las estrategias del poder ilustrado: una de las proyecciones más visibles del gobierno *activo* pasaba por dar desde el trono un «impulso nacional y constante» (Campomanes) a la industria y el comercio, gracias a esas grandes estructuras dotadas de privilegios y con los mismos reyes en la lista de accionistas[126]. Cuando por fin llegaron –la Compañía guipuzcoana de Caracas fue la primera experiencia (R. C. 25 de septiembre, 1728)– la implantación de las formas «capitalistas» promovidas por la Corona compitieron con las viejas sociedades del *ius mercatorum*, aunque unas y otras nada tuvieran en común: si las segundas eran fruto de *contrato* – basado por tanto en el acuerdo entre partes («circunstancias, capítulos, y condiciones licitas, que se quisieren imponer, y pactar», a tenor de las Ordenanzas de Bilbao)– las reales compañías eran al contrario *instituciones* reguladas enteramente por su ley de fundación: unos «cuerpos político-económicos y mercantiles», según dijo Godoy sobre la Compañía de Filipinas[127]. La libertad decisoria del socio en este segundo caso no iba más allá de la adquisición de cuotas del capital, y aún esta corta expresión de libertad venía a menos cuando la Corona constreñía a ciertas entidades más o menos próximas a su esfera (pueblos, pósitos, provincias...) a suscribir las acciones de alguna real compañía[128]. Por eso no extraña comprobar que los juristas no las concibieran como empresas mercantiles, reservándoles un lugar dogmático entre los *collegia* u organismos para control del comercio –gremios y consulados– que existían siempre pendientes de una regia decisión (pues «collegia a superior sunt confirmanda»)[129]. Y claro está, la inserción de estas novedosas

Emmanuel-Joseph Sièyes, *Écrits politiques* (ed. Roberto Zapperi), Paris, Éd. des Archives contemporaines, 1985, p. 199.

126. Cf. en general María Jesús Matilla Quiza, «Las Compañías privilegiadas en la España del Antiguo Régimen», en Miguel Artola (ed.), *La economía española al final del Antiguo Régimen*, IV: *Instituciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, 269-401; Margarita Eva Rodríguez García, *Compañías privilegiadas de comercio con América y cambio político (1706-1765)*, Madrid, Banco de España, 2005.

127. Cf. Guillermo Jiménez Sánchez y Javier Lasarte Álvarez, «La acción en las compañías privilegiadas. (Siglo XVIII)», en *Anales de la Universidad Hispalense* 23 (1963), 1-59, p. 28.

128. Como sucedió con el Banco de San Carlos: cf. R. C. de 27 de agosto, 1782, «por la cual se mandan observar las reglas que van insertas para las suscripciones que hagan los pueblos del Reino en el Banco Nacional, de sus caudales sobrantes de propios, arbitrios y encabezamientos, y de los pósitos». La Corona también forzó inversiones en la Compañía de Filipinas: cf. María Lourdes Díaz-Trechuelo Spínola, *La Real Compañía de Filipinas*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos (CSIC), 1965, pp. 46 ss., pero desde la misma cédula de creación (R. C. 10 de marzo, 1785, art 3) el rey solicitaba inversiones por parte de «el Banco Nacional de San Carlos, de los Cinco Gremios, de La Habana y de Sevilla», para que «se intere[sen] por su parte con todo lo que permitan sus fondos, añadiendo esta prueba a las muchas que tienen dadas de su celo por el bien de la nación y adelantamiento de su comercio».

129. Kataharina Jahntz, *Priviligierte Handelscompagnien in Brandenburg und Preussen. Ein Beitrag zur Geschichte des Gesellschaftsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 138 ss; también

entidades en el tejido de prácticas y pactos comerciales llevó a emplear conceptos tradicionales aunque ahora dotados de peso diferente.

§ 27. Uno de tales conceptos –seguramente el más significativo– se expresaba con el vocablo *acción*. La noción había madurado bastante desde los tiempos iniciales de la *Vereenigde Oostindische Compagnie* (Compañía holandesa de las Indias Orientales, 1602), cuando esta asociación reunió a un grupo selecto de socios-propietarios, grandes cargadores a Indias, con otros puramente inversores que nada contaban en los negocios comunes; con el paso del tiempo las diferencias se fueron borrando, pero la ambigüedad del término de referencia, perteneciente al proceso romano, no dejó de plantear algunos problemas[130]. «En térme de Jurisprudence», observó un vocabulario coetáneo, «est un droit qu'on a de poursuivre quelque demande, ou prétention en Justice», pero se admitía además otro, diferente sentido: «on appelle en Hollande *Action*, une obligation sur les deux Compagnies des Indes d'Orient ou d'Occident»[131]. Si la tardía fundación de las compañías en España explica el silencio de nuestro *Diccionario de Autoridades* (1726), los glosarios de la segunda mitad del siglo –cuando las entidades privilegiadas no constituían ninguna novedad: Caracas, 1728; Habana, 1740; San Fernando, 1747; Barcelona, 1755; Banco de San Carlos, 1782; Filipinas, 1785... por recordar las principales– añadieron, como antes aconteció en Francia, un significado mercantil al primitivo procesal, de modo que *acción* valió también como «[u]na de muchas partes, ó porciones iguales que componen el fondo, ó capital de una compañía de comercio, como la de Caracas, la de la Habana, etc. cada una de las quales puede pertenecer á distinto sugeto. *Pecuniae quantitas, qua quisque in simultanea mercatura, sibi lucri jus parit*» (1780).

A caballo entre el proceso y el comercio se movió, por tanto, la noción de *acción*[132].

Karl Lehmann, *Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts, bis zum Code de commerce*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1895. Entre los clásicos, Johann Marquart, *Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari*, Frankfurt, ex Officina Thomae Matthiae Götzii, 1662, cf. lib. III, cap. I, «De Judiciis & Curiis Mercatorum singularibus. Ubi primo de eorum Collegiis & Sodalitiis, vulgo Kompagnien»; para los juristas españoles, Ramón L. de Dou y de Bassols, *Instituciones del derecho público general de España, con noticia particular del de Cataluña...* III, Madrid, en la oficina de D. Benito García, y Compañía, 1801, pp. 276 ss «De las personas públicas destinadas para el comercio», dedicadas a la Real Compañía de Filipinas (1785) tras confesar que «apenas tengo que decir, sino referirme á lo dicho de los cónsules, vice-cónsules, y de los consulados, y junta general de comercio, baxo cuya proteccion hacen los particulares sus tratos y negociaciones».

130. André E. Sayous, «Les sociétés anonymes par actions. Leur nature dágagée par la méthode historique d'après l'histoire de la Compagnie hollandaise des Indes Orientales de 1602 à 1623», en *Revue d'économie politique* 7 (1902), 614-637. El holandés Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas...* I, Coloniae Allobrogum, apud Fratres de Tournes, MDCCLXXVIII [1778], abordó cuestiones jurídicas de esas compañías al disertar sobre la venta de herencia: cf. lib. XVIII, tit. IV («De Hereditate vel Actione vendita»), nn.º 10-11 («Actio vendita cedi debet. Quomodo nunc cedendae sint actiones seu partes societatis Indiae Orientalis vel Occidentalis?»), p. 639.

131. *Dictionnaire universal françois et latin... Nouvelle édition*, I, À Nancy, de l'Imprimerie de Pierre Antoine, MDCCXL [1740], col. 119.

132. Jiménez y Lasarte, «La acción en las compañías privilegiadas» cit.; Faustino Gutiérrez-Alviz

El sentido procesal permitió calificar como tales a los derechos de crédito nacidos de contratos concertados para financiar una sociedad que contaba, además, con su propio capital, hablándose entonces de «un doble compuesto»: por ejemplo el banco de los Cinco Gremios, que «no es una sociedad de caudales a pérdida o ganancia en que los accionistas componen la tal compañía, bajo de la dirección y seguridades que se la señala, sino un doble compuesto. La base de ella son las acciones que diferentes sujetos prestan a este banco con el interés del 3 % al año y facultad de sacar capital pasado un año, siempre que quiere... Su gobierno corre al cargo de diputados que nombran los principales compañeros de él, que constituyen la segunda clase de banco compuesto de los citados gremios, que con este caudal y fondo comercian en una compañía común de que todos los gremios perciben interés en su subsistencia, como que de ella pende en la mayor parte la de los gremios» donde *acción* designaba, con toda claridad, la obligación derivada de un depósito (irregular) de dinero (*actio depositi*), oportunamente retribuido y documentado por escritura notarial no negociable[133].

En un contexto similar de *acción* se calificaban también las cuotas de participación en empréstitos solicitados por la Corona bajo garantía de rentas fiscales, incorporándose el derecho del prestamista (*actio mutui*) a títulos expedidos a la orden, transmisibles por endoso y periódicamente renovables como acontecía con los vales reales (§ 16-18): «[p]ara seguridad del reintegro del capital del préstamo de cien millones de reales... y del pago de sus réditos, obligo por mí y mis sucesores todas las rentas de mi Corona; y destino además por hipoteca especial la del papel sellado... Los capitales que se impusieren se admitirán en mi Tesorería mayor... quien en correspondencia les enviará las acciones equivalentes, despachadas a favor de los prestamistas... Estas cédulas o acciones han de ser estampadas con una lámina que se grabará al intento... Se seguirá en el traspaso de las acciones de este empréstito el mismo método que se observa en la circulación y giro de los Vales Reales... Todos los años se renovarán dichas acciones, se pagarán los réditos... y se satisfarán también los capitales que corresponda» (R. D. de 12 de julio, 1797-R.C. de 15 de julio). A medio camino entre los recordados vales y las acciones de una real compañía, el tenor de las cédulas obligatorias rezaba así: «Número... Acción de cuatro mil reales de vellón con que se interesa en el Real Empréstito de cien millones de reales... con facultad de cederla libremente por endoso puesto a su continuación, y con el rédito de cinco por ciento al año»[134].

Conradi, «Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* (1979), 21-43.

133. Pedro Rodríguez de Campomanes, *Bosquejo de política-económica española delineado sobre el estado presente de sus intereses* (ca. 1750), ed. de Jorge Cejudo, Madrid, Editora Nacional, 1984, pp. 126-127.

134. Según lámina que recoge Miguel Artola, *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza-Banco de España, 1982, p. 414; la norma de emisión en Antonio X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España é Indias...* XXIV, Madrid, Antonio Espinosa, 1797 s. v. «préstamos», pp. 207-211 (con errata de 10.000.000 por 100.000.000 de reales). Algo después tuvo lugar otra emisión de deuda (R. D. de 13-R. C. de 17 de octubre, 1798) por un total de cuatrocientos millones repartidos en 160.000 títulos de 2.500 reales, donde estas «acciones», también numeradas, se expedían sin embargo «al portador, a fin de que

Y *acciones* finalmente también eran las porciones en que se dividía el capital de una sociedad mercantil, siendo indiferente que las aportaciones fueran o no recogidas en un título-valor[135]. Pues la experiencia de la compañía privilegiada inspiró a muchos comerciantes que emprendían negocios de envergadura[136], pactándose así «compañías por acciones» –pero establecidas *ex contractu* y, por ende, con la naturaleza jurídica de *societas mercatorum*– donde el concepto de base servía para atraer inversores y calcular con sencillez el reparto de pérdidas y ganancias (*actio pro socio*), sin que los tales «accionistas» pudieran comúnmente enajenar sus posturas. Cuando estas acciones-cuotas pasaban a ser acciones-títulos –la circunstancia de las compañías privilegiadas– el documento expresaba el número del efecto, el nominal y el nombre del individuo o de la masa patrimonial (fideicomiso, mayorazgo, caserío, comunidad eclesiástica, provincia) que constase como «interesado» –rara vez «accionista», a veces «acreedor»– en el capital social, con una mención ocasional de la transmisibilidad del título (lo que admitió siempre la ley de fundación); por supuesto, como quiera que la enajenación tuviese lugar ello sería sin permiso del resto de asociados ni de los órganos directivos de la compañía. En el caso de las más modernas los títulos circulaban por endoso (§ 29), con la limitación derivada, por el principio de subrogación real, de la necesaria autorización regia cuando las acciones fueran adquiridas con bienes vinculados; así se dispuso expresamente para las Compañías de San Fernando y de Caracas y, sobre tal base, para empresas posteriores[137].

---

puedan negociarse fácilmente sin necesidad de endoso ni renovacion» (art. 1) y estaban «estampadas con una lámina grabada de propósito» (art. 2), a la que hice antes (§ 21) rápida referencia. Cf. aún Adam Smith, *Riqueza de las naciones* (trad. Alonso Ortiz), pp. 372 ss, donde el término «acciones» se emplea para las emisiones de deuda de la monarquía británica; el original usaba «annuities», equivalente a la «renta vitalicia» que parece adecuada al supuesto español, pues varias rentas de esta índole se sorteaban entre los «accionistas» del préstamo (cf. arts. 10-11 de la R. C. de 1798; ed. Santos Sánchez, *Colección de todas las pragmáticas, cédulas... y otras providencias publicadas en el reinado actual del Señor Don Carlos IV*, III, Madrid, en la imprenta de la Vda. e Hijo de Marín, MDCCCI [1801], pp. 124 ss).

135. Cf. José Martínez Gijón, «Las sociedades por acciones en el derecho español del siglo XVIII» (1964), en su *Historia del derecho mercantil. Estudios*, Sevilla, Universidad, 1999, 575-596.

136. Así el ramo del seguro: Mario Sala, *Un siglo de seguros marítimos barceloneses en el comercio con América (1770-1870)*, Madrid, Fundación Mapfre, 2012.

137. «A ejemplo de la concesión, que a consulta de la Junta de Comercio, Moneda y Minas de veinte y dos de marzo de mil setecientos cuarenta y nueve, hice a la compañía nombrada *San Fernando*, establecida en la ciudad de Sevilla, he tenido a bien declarar a instancia de los directores de la de Caracas, que el fondo de las acciones de esta, se considere como bienes estables, capaces de constituirse capitales de censos, y mayorazgos, y demás imposiciones, que, según disposición de derecho, se deban hacer en bienes raíces: por tanto mando a todos los tribunales de mis reinos, justicias y demás a quienes toque, hayan y tengan en todos los casos que ocurran el fondo de las acciones de la referida Compañía de Caracas como bienes estables, capaces de constituirse capitales de censos y mayorazgos, y demás disposiciones, que, según disposición de derecho, se deban hacer en bienes raíces, en la conformidad, y en los propios términos que lo tengo concedido a la expresada de San Fernando establecida en Sevilla, y que en su consecuencia pueden mis vasallos, debajo de este concepto, y consideración expresa, imponer, y hacer sobre, el mencionado fondo las

En esos supuestos las acciones pasaban a formar parte del vínculo y eran custodiadas en la caja o arca de la sociedad, de donde sólo saldrían según lo previsto para la enajenación de bienes amortizados. En el Banco de San Carlos la protección de tales vinculaciones –junto al mayorazgo entre los accionistas figuraron fundaciones pías, capellanías y similares– estuvo presente desde su constitución, pues esta real compañía gozaba frente a cualquier otro acreedor preferente («incluso los de mayorazgo») de una «acción Real hipotecaria contra los bienes de todo aceptante, endosante o girante» en defensa de los créditos cambiarios resultantes de operaciones de giro y descuento (R. C. de 2 de junio, 1782, art. 33)[138], y ello sin «necesidad de hacer excusión quando los primeros aceptantes ó endosantes hubieran hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y difícil la paga por ocurrencia de acreedores ú otro motivo» (art. 34).

Con este último, mercantil significado, *acción* funcionó todavía como sinónimo de participación en el capital, de modo que *poner* una *acción* equivalía a desembolsar la aportación comprometida. Es cuanto cabe deducir del art. 80 de las Ordenanzas de 11 de abril, 1756, dictadas para la Real Compañía de Barcelona sobre los socios «que huvieren puesto sus Acciones en los primeros seis meses... o antes»; a estos interesados diligentes «no se les hará descuento, ni desfalco alguno en la primera repartición de beneficios»[139]. Y cuando la Suprema Junta de Estado analizó las propuestas elevadas por la Compañía de Filipinas (1790) anuló la prohibición inicial de accionistas extranjeros con uso de la equivalencia entre *acción* y *aportación*[140]. Otros testimonios demuestran que lo de «poner las acciones» había pasado al lenguaje de todos los días[141].

---

imposiciones, que deban consistir en bienes raíces, y admitir la Compañía en acciones, o a censo caudales de mayorazgos, según y como va declarado, que así es mi voluntad; y que por los referidos mis tribunales, justicias, y demás a quienes competa, y se presente esta mi Real Cédula, se la de cumplimiento sin réplica, ni dilación, no obstante cualesquiera leyes, ordenanzas, y resoluciones, que haya en contrario, (las cuales derogo para este solo caso, quedando para todos los demás en su fuerza y vigor) habiendo de quedarse con copia de ella legalizada en forma debida, y también tomarse razón de su contexto, donde corresponda uno y otro, para los efectos que convenga», R. C. de 27 de marzo, 1753, en *Real Cédula de Fundación de la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas y reglas económicas de buen gobierno, con que la estableció la Muy Noble y Muy Leal provincia de Guipúzcoa, en Junta General del año de 1728*... Madrid, En la Oficina de Don Antonio Sanz, 1765. Para el Banco de San Carlos, cf. R. C. de 3 de febrero, 1783, en Suárez, *Tratado legal*, II, 1789, pp. 206-210.

138. Donde el adjetivo *Real* tenía que ver con los privilegios del fisco para cobro de sus créditos: cf. Bartolomé Clavero, «*Hispanus fiscus, persona ficta.* Concepción del sujeto político en el *ius commune* moderno», en *Quaderni fiorentini* 11/12 (1982-83), 95-167, pp. 119 ss.
139. Ed. Raquel Rico Linage, *Las Reales Compañías de Comercio con América. Sus órganos de gobierno*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1983, pp. 327 ss., p. 352. La razón del «descuento o desfalco» por aportaciones tardías era de justicia conmutativa: pues los beneficios se habrían obtenido con sólo una parte del capital nominal, esto es, sin la contribución económica del socio que adquiriese las acciones en un momento posterior.
140. «Que pueda [la Compañía] recibir acciones de extranjeros hasta completar el fondo...» (acuerdo de 24 de mayo, 1790) que leo entre los papeles del cuerpo en cuestión. Archivo General de Indias [AGI] (Sevilla), Filipinas, leg. 984.
141. «Tengo mucho gusto de que te aya parecido bien las acciones que he puesto y pienso po-

§ 28. Que la cura paterna de la monarquía, dirigida al logro de la *felicidad pública* o *general* del reino (ese «estado de abundancia y comodidades que debe procurar todo buen gobierno a sus individuos» en expresiones de Jovellanos)[142], llegase al extremo de alterar instituciones tan viejas y tan sólidas como el mayorazgo, encerraba ciertamente un programa revolucionario. Por su mera existencia las concesiones de la Corona al plantificar las reales compañías podían cuestionar los fundamentos de la organización estamental; lo hizo posible la concentración en el solo objeto social de la condición mercantil que no tenían por qué reunir los accionistas: labradores, viudas, menores, clérigos, nobles, conventos, militares, causas pías... con el rey y su familia a la cabeza suscribieron en efecto las acciones y participaron, o quisieron al menos participar, en los lucros obtenidos del comercio[143]. Desde esta perspectiva, aunque no lo recogiese así la cédula de erección, el de San Carlos funcionó como verdadero «Banco *Nacional»:* gracias a su erección una *nación* al completo ejercía las actividades cambiarias, aunque fuese por medio de expertos nombrados para llevar los negocios. Por eso, los comerciantes españoles no se sintieron nunca atraídos por esa flamante entidad: cuando el conde de Floridablanca intentó que los Cinco Gremios Mayores –hasta entonces, los principales cambistas de la Corte– comprasen acciones del Banco rehusaron al instante: hacerlo equivaldría a «declararse por inhábiles en su misma profesión»[144].

Muchos socios y de cualquier clase y condición. Ya sabemos que un celebérrimo director de la Real Academia de San Fernando, el pintor y grabador Francisco de Goya y Lucientes (1746-1828), figuró en el elenco de sus primeros accionistas. A menos de dos años de la fundación del Banco, entre noticias de pinturas («los quadros de San Francisco ya se an descubierto todos y yo no te quiero decir más sino que se enpieza ha ablar ya bastante») y cuestiones familiares el artista escribió a su íntimo Martín Zapater acerca de sus inversiones, equivalentes a «quinze acciones por consejo de algunos amigos que tengo aquí y es regular que ponga asta beinticinco, sino se me ba todo el dinero como el humo, pues esta tierra eso tiene de malo» (13 de noviembre, 1784). Los títulos de Goya, numerados del 88.145 al 88.159 según anotación

---

ner asta las veinticinco», escribió Goya a Martín Zapater, en alusión al Banco Nacional de San Carlos, por carta de 17 de noviembre, 1784. Texto en Canellas, *Diplomatario*, n.º 86, p. 257.

142. Marc Martí, «El concepto de felicidad en el discurso económico de la Ilustración», en *Cuadernos dieciochistas* 13 (2012), 251-270.

143. Y otra vez habría que recordar el privilegio de hipoteca, así como «el de proceder contra bienes de mayorazgo» que disfrutó el Banco de San Carlos: cf. art. 35, R. C. de 2 de junio, 1782.

144. Ahn, Estado, leg. 32191; cf. Tedde, *El Banco de San Carlos*, pp. 70 ss. En general, no llegaron al tercio los accionistas de profesión mercantil, además abrumadoramente extranjeros (20 por ciento); hubo más nobles (7,5 por ciento) que comerciantes españoles, quienes fueron unos pocos más que los accionistas procedentes del estado eclesiástico (4,2 por cierto): cf. Teresa Tortella Casares, *Índice de los primitivos accionistas del Banco Nacional de San Carlos*, Madrid, Archivo Histórico del Banco de España, 1986. Un camino similar recorrió la Real Compañía de Filipinas donde, ante el fracaso en la suscripción de acciones, hubo que suprimir la prohibición inicial de extranjeros: Díaz-Trechuelo, *Real Compañía de Filipinas*, pp. 46 ss.

deslizada en su *Cuaderno italiano* (p. 63; fig. 23), representaban una bienvenida renta que le permitía redondear sus ingresos: «en todos mis trabajos», escribió otra vez a Zapater (11 de marzo, 1786), «no tengo más, con acciones, banco y Academia, que doce o trece mil reales anuales, y con todo esto estoy tan contento como el más feliz» –no sería mucho más que el estipendio anual de Juan Agustín Ceán Bermúdez, otro de sus amigos, empleado en la secretaría de la nueva institución[145]–. Y aunque el pintor no tardó en desprenderse de sus títulos –las acciones fueron endosadas a María Olarte (dos acciones), José de Onís (seis) y Fermín de Almarza (siete)– la relación de Goya con el Banco de San Carlos quedó inmortalizada gracias al elegante retrato (fig. 24) de su director Francisco Cabarrús[146].



Fig 23. Apunte autógrafo de Goya, *Cuaderno de Italia*, p. 63.

145. Cf. Canellas, *Diplomatario*, n.º 85, pp. 256-257; n.º 106, p. 268. También, Manuela B. Mena Marqués, «El Cuaderno italiano. Museo del Prado (F.A. 1732). Transcripción anotada», en *El Cuaderno italiano 1770-1786. Los orígenes del arte de Goya* (1994), Madrid, Museo del Prado-Fundación de Amigos del Museo del Prado, 2008, p. 57; Luis García de Valdeavellano, «Apuntes para la biografía goyesca. Las relaciones de Goya con el Banco de San Carlos», en *Boletín de la Sociedad española de excursionistas* 36 (1928), 56-65; Tortella, *Índice*, p 128, con noticia de cuatro recibos por cobro de dividendos. Y no fue el único artista atraído por el proyecto financiero: Jaime Tortella Casares, *Luigi Boccherini y el Banco de San Carlos: un aspecto inédito*, Madrid, Tecnos, 1998.

146. Valdeavellano, p. 60, transcribe un pago de «R[eales] 4500 id. a Fran[cis]co Goya p[o]r la pintura y dorado del marco del retrato de cuerpo entero del S[eño]r D[o]n Fran[cis]co Cabarrús, según nota, 4500»; el retrato –no fue el único: también pintó a José de Toro y Zambrano– salió finalmente por 19.028 reales.



Fig. 24. Cabarrús, por Goya. Banco de España.

§ 29. «[L]a acción cumple sobre todo una función de carácter eminentemente dispositivo», ha escrito Rodrigo Uría sobre la ley española de anónimas, «permitiendo la fácil y rápida transmisión de los derechos que incorpora y legitimando al adquirente para el ejercicio de estos derechos. Los derechos que la acción transmite nacen con independencia del título que las incorpora; pueden existir, y el supuesto es frecuente, sin que el título material exista. Pero éste no tiene una función constitutiva. Mas una vez que el título se crea, los derechos del socio se incorporan a él de modo inseparable y juntos corren las mismas vicisitudes»[147]. Si estas observaciones nos remiten a páginas anteriores sobre la naturaleza de los títulos-valores (§ 2), ahora vienen a cuento de los requisitos considerados al momento de transmitir la participación en una real compañía[148].

En aquellas más antiguas las acciones eran títulos nominativos que silenciaban

147. Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, p. 391.

148. Para otros aspectos del régimen jurídico de las acciones, menos vinculados a su materialidad documental, *vid.* Jiménez y Lasarte, «La acción en las compañías privilegiadas», en especial sus dos primeras partes.

la posibilidad de negociación, y aunque contenían una referencia «á quien se presentase con ella» esto se refería a una delegación para cobrar los dividendos («repartimientos») o a la representación del socio en las juntas de la compañía. En este sentido, la leyenda de las acciones de la Compañía guipuzcoana de Caracas (1728) marcó estilo durante un par de generaciones, al menos:

> «Interesa [*aquí nombre del titular*] en esta Accion de quinientos Escudos de à quinze Reales de Vellon, que ha entregado en la Caxa de la Compañia. Y Nos los Directores de ella, le otorgamos obligación de contribuir las Cantidades que de las Ganancias se repartiesen, à quien se presentase con ella, à los tiempos que se señalaren».

El texto pasó tal cual a las acciones de las reales compañías de la Habana (1740), Granada (1746), Zaragoza (1746), Toledo (1748) y Burgos (1767), y hemos de comprobar que la comunidad de contenido se extendió a la forma artística de los títulos (§ 31).

Mientras tanto las cédulas de erección y los reglamentos sociales aclaraban –otra vez acudo al modelo ofrecido por la Compañía de Caracas– que:

> «Qualquiera que tuviere en ella Acción, o Acciones, podrá venderlas o cederlas, recurriendo a los Directores personalmente, o por Poder otorgado ante Escrivano, y Testigos, para que estos hagan constar la venta o cession en forma auténtica, señalando el día de la cession, y los nombres de el que cede, y de a quien se cede, en un Libro, que se formará para este efecto. Y para evitar fraudes, se declara por nula la cession, que se hiciere sin estas circunstancias»[149].

Como vimos más arriba al estudiar los vales (§ 15), la lectura de los documentos en cruce con la consulta de disposiciones legales resulta imprescindible para comprender el régimen del traspaso de esos viejos papeles. Una primera conclusión se refiere al endoso: cuando este negocio se encontraba extendido en la práctica comercial para los títulos cambiarios (cf. Ordenanzas del consulado de Bilbao, cap. 13, n.º 3), las acciones de las reales compañías sólo pasaban a nuevas manos mediante escrituras de «venta y cession» y la posterior anotación

149. *Reglas establecidas para el gobierno económico...* art. V, ed. Rico, *Reales Compañías*, pp. 277 ss. En términos parecidos, R. C. de 18 de diciembre, 1740 (Compañía de La Habana), art. XXI (ed. Rico, pp. 286 ss.); R. C. de erección de la Real Compañía de Granada, 6 de abril, 1747, art. 36 («[s]iempre q[u]e qualesquiera Accionistas quieran separarse de la Compañía, enagenando las Accion[e]s q[u]e tubiere en ella, y sus utilidades, sea p[o]r venta, donación, cession, cambio, ô en otra forma, podrá hacerlo, dando quenta a la Dir[ecció]n para si quisiere tantearlas que sea preferida, y tomar la razón de los tratos, é instrumentos q[u] e a este fin se celebrasen, de suerte q[u]e en lo subcesivo se eviten confusiones, y se lleve la buena Quenta q[u]e para su utilidad corresponda», copia autorizada y manuscrita en AGI, Contratación, leg. 5006); Ordenanzas de la Real Compañía de Toledo, 12 de mayo, 1750, art. XII; R. C de 4 de mayo, 1755 (Compañía de Barcelona), Ordenanzas, art. XIII (cf. R. O. de 31 de mayo, 1771, ed. Rico, pp. 359-362).

del adquirente en los registros de la compañía[150]; lo mismo sucedía con una transmisión *mortis causa*, aunque entonces la operación podía complicarse en caso de estar vinculadas las acciones[151]. Pero este rudimentario sistema presentaba problemas. De entrada, la lógica jurídica de la acción entendida como título-valor –recordemos otra vez las advertencias de Uría– exigiría, en términos generales, agilizar al máximo la negociación de las acciones, lo que consigue plenamente una emisión al portador: pero esta posibilidad se exploró en la España ilustrada de forma excepcional[152]. Tampoco habría merma de eficacia cuando procediese el endoso del título; en ambos supuestos la dación (en su caso, con la firma del tomador) transmite los derechos propios del estatuto de socio, incorporándose

150. Cf. AGI, Ultramar, leg. 965. Martín Esteban de Aróstegui vende el 3 de febrero, 1753, veinte acciones de la Compañía de la Habana a su cuñado José de Iturrigaray, factor general de la mencionada compañía en Cádiz; en realidad le debía la suma de diez mil pesos. Por tal importe Aróstegui le trasmite sus acciones –meticulosamente singularizadas gracias al número de cada una– «con todos los Yntereses que desde oy dia de la f[ec]ha en adelante por ellas se devengasen y deviese satisfacer la expresada Real Compañía, reservando en mi como va prevenido los asta aquí adeudados... declaro que el Justo valor de las d[ic]has veinte acciones es la misma Cantidad de los denominados diez mill pesos que le estaba deviendo, y caso que mas valgan o valer puedan de la demasia y mas valor en poca ô mucha cantidad, le hago gracia â d[ic]ho mi Hermano y donación buena pura mera perfecta e irrevocable que el derecho llama intervivos... y le concedo poder y facultad para que con arreglo a la constitucion veinte y una de d[ic]ha Real Compañía pueda pasar y pase el correspondiente haviso de esta enagenacion y venta a la factoria general que se halla en la d[ic]ha Ciudad de Cadiz para q[u]e se anote y prevenga en sus Libros con copia autentica de esta Escriptura con lo qual ha de ser visto haber tomado d[ic]ho D[o]n Joseph de Iturrigarai mi Hermano la posesion Real civil corporal bel quasi de las citadas veinte acciones...y en el interin que esto se executa me constituyo por su Ynquilino tenedor y precario posehedor de d[ic]has Veinte acciones... y a que las enumpciadas veinte acciones con los intereses que devengasen, les seran ciertas y seguras vien pagadas y no quitadas por mi, mis Herederos, ni por otra Persona, por mas precio que me diesen por ellas, ni le será puesto pleito embarazo ni mala voz».
151. O cuando cualquier otro circunstancia dificultara la actualización de las listas de socios: veo en AGI, Ultramar, leg. 986, un expediente de «Madrid. Accion[e]s antiguas por Pend[ien]te su justificación», sobre la herencia de Martín Javier de Hecheverría, que incluyó acciones de la Habana: no se «havia[n] satisfecho los repartos por no haver exhivido las vitelas», aún en poder del yerno del socio difunto. Para acciones vinculadas en el mismo legajo encuentro esta anotación: «6. Acciones n[número]os 674 á 679 rotuladas à n[omb]re. de D[oñ]a Maria Felicia Gastón, pertenecientes à D. José Joaq[uí]n Gastón de Yriarte, como poseedor de la Casa nativa nombrada Yriartea, sita en el lugar de Erraru, Reyno de Navarra. Se dió resguardo de estas acc[ion]es con f[ec]ha 24 de Diz[iemb]re. del presente año de 1803»; los títulos, que obran en el expediente, se encuentran expedidos a nombre de María Felicia, sin otra anotación; supongo que los libros de accionistas recogían la compleja titularidad.
152. Sólo conozco un ejemplo, derivado de la autorización concedida a la Real Compañía de Filipinas para «poner al Portador las Acciones [nominativas, aunque endosables] que tiene sin vender», R. O. de 19 de junio, 1793; la junta de gobierno había solicitado esta gracia «porque así se facilita mucho y se hace cómoda su adquisicion y el negociarlas». AGI, Filipinas, leg. 984; cf. también Jiménez y Lasarte, «La acción en las compañías privilegiadas», p. 48, con uso del expediente. Tal vez algún día aparezcan acciones de Filipinas con la expresión «Al portador» en el blanco reservado para el nombre del titular.

a la acción misma el cambio de propietario. Ahora bien, las experiencias que analizamos corrían serio riesgo de divorcio entre la titularidad «mercantil» de la acción y la propiedad «civil» del nominal que representaba: si la segunda quedaba patente gracias a los libros de la compañía, la primera permanecía atrapada en la (inalterada) literalidad del documento. Saldar tal diferencia obligó a multiplicar trámites, disponer de listas actualizadas e intercambiar información relativa a los interesados. Todo lo cual parece que no bastó para identificar a los verdaderos accionistas. Como eje sobre el que giraban las operaciones de registro valía la numeración de las acciones, aunque este elemento, textualmente menor, fue a su vez motivo de nuevas confusiones[153].

Otra advertencia se refiere a la existencia de acciones circulantes aunque nulas por alguna razón; en esas circunstancias el título creaba una perturbadora apariencia que sólo podrían destruir los registros de la compañía[154]. La dificultad sur-

153. En AGI, Ultramar, leg. 965, encuentro (Cádiz, 26 de octubre, 1762) una «Razon de los señores Accionistas Ynteresados en la R[ea]l Compañía de la Havana, que componen el fondo principal de ella», dividida en dos columnas: a la izquierda se anotan los «Traspasos, que han seguido despues», a la derecha los «Ynteresados en su origen». Un supuesto de interés –por complejidad en los traspasos e imprecisión en los adquirentes, identificados por los caseríos de su pertenencia– corresponde al asiento de «D[o]n Juan Bauptista de Echeverría en 104 Acciones primitivas, y del Dup[l]o id.», distribuidas del modo siguiente: «52 vinculo a los Hered[ero]s de su Casa nativa en Navarra. 24 cedio à D[o]n Ju[a]n Baupt[ist]a de Echeverria. 12 à D[o]n Juan Mig[ue]l de Arocena. 8 à su Sobrino de Gachitorena. 1 al de Barrendia. 1 al de Echenique. Al de Martininea. 3 à sus Sobrinos de Legaza. 1 àl Sobrino de Anisecheniquea. 1 al de Guanainea». En el caso de «D[o]n Alonso Valde Espino en 16 Acciones primitivas, y del Duplo ídem» se anota que «Vendió todas à D[o]n Gabriel Gonzalez del Alamo». A favor de varias instituciones eclesiásticas enajenó sus acciones un «D[o]n Ygnacio Franc[isc]o de Barrutia en 148 Acciones», pues «Cedio 24 al Seminario de niñas educand[a]s de la V[ill]a de Vergara. 2 al Cav[il]do ec[lesiásti]co de S[a]n Pedro de d[ic]ha villa. 2 al Cav[il]do ec[lesiás]co de Sta Marina de d[ic]ha villa. 2 al Hosp[ta]l de la Magadal[en]a de dicha villa. 2 a la Casa Solar de Barrutia. 48 à D[o]n Sevastian Peñalver». Al final de esta densa relación –suscrita por Antonio de Lubelza, contador de la Compañía– se añade que «[n]o consta en esta Factoria, que haya habido mas traspasos de Acciones, que los que se refieren aquí; y si hay otros no se ha dado noticia aun de ell[os]», lo que evidencia la índole aproximada del registro.

154. En la indicada Compañía los registros eran varios: cf. AGI, Ultramar, leg. 986, con noticia de los «asientos ó pliegos formados à los primitivos Acc[ionis]tas en que constan los nuevos interesados en quienes recayeron», tantos pliegos como socios para anotar las sucesivas transmisiones, lo que llevaba en Madrid la Contaduría social por ser relevante para liquidar los dividendos que fuesen aprobados; existía además un «Libro g[ene]ral de Accionistas q[u]e se halla en esta factoria», esto es: en las oficinas de la empresa sitas en la ciudad de Cádiz. No estoy en condiciones de afirmar si, como parece, esos registros coincidían con los mencionados en algún expediente de AGI, Ultramar, leg. 965, a saber: el «Libro donde se hallan asentados los Interesados Accionistas de d[ic]ha R[ea]l Compañía, con expresión de lo que á cada uno le corresponde» y el «Libro de Notas de las Acciones». Parece claro en todo caso que la Compañía llevaba relación tanto de las acciones según sus números, anotándose la propiedad de las mismas a medida de los traspasos, como de los socios, con indicación de las acciones pertenecientes a cada uno y el cambio de titularidad en el supuesto de transmisión.

gía cuando la noticia de la titularidad no constase al momento de la transmisión, llegando a conocimiento del adquirente cuando intentara incluir su nombre en las notas de propiedad de las acciones[155]. Por supuesto, tal riesgo desaparecía si la compañía privilegiada –según práctica frecuente, por viciosa que nos pueda parecer[156]– adquiriese sus propias acciones: entonces la escritura se extendía sobre la pertenencia del título con inclusión de los acuerdos sociales que autorizaban el negocio, todo lo cual exigía realizar las comprobaciones necesarias[157].

Bastó admitir el endoso para resolver los anteriores aprietos y dar al título-valor la sustancia jurídica que justificó su emisión. En efecto, avanzado el reinado de Carlos III se impuso una práctica favorable a la fácil transmisión de las acciones, con declaraciones como la siguiente, tomada de un título cualquiera del Real Banco de San Carlos:

> «Accion de dos mil Reales de vellon con que se interesa en la formacion y productos del Banco nacional [*aquí el titular*] con facultad de cederla y negociarla libremente, y demas prevenido en la R[ea]l Cedula de erección de 2 de junio de 1782».

Y aunque este dictado no prejuzgaba sobre el registro del negocio traslativo en los libros de la compañía, como sucedía en las compañías de primera hora, la alusión a la ley de fundación me parece determinante: el art. VI de la cédula de 1782 permitía que «[t]oda especie de personas de qualquiera estado, calidad ó condicion que fueren, sin exceptuar las Ordenes Regulares, y sus individuos, podrán adquirir estas acciones, y *cederlas, ó endosarlas libremente como se practica con las Letras de cambio* por mas ó menos valor según les acomodase, y el crédito del

155. AGI, Ultramar, mismo leg. 965: se recogieron las acciones numeradas 2.291 a 2.294 (1780) de la Compañía de la Habana, «por ser viciosam[en]te duplicadas como consta del pliego de las del fondo de la R[ea]l Compa[ñí]a y tener las legitimas correspond[ien]tes a estas D[o]n Tomás de Carranza como consta en su pliego del repartim[ien]to».

156. Jiménez y Lasarte, «La acción en las compañías privilegiadas», pp. 15-16.

157. Cf. AGI, Ultramar, leg. 986, para la escritura de «venta y cesion» otorgada por Joaquín del Corral y Juliana de Oarrichena, su esposa, vecinos de Madrid, a favor de la Compañía de la Habana (21 de julio, 1782). A la segunda «pertenecen quatro Acciones contra la R[ea] l Compañía de la Abana de Quinientos Escudos de ciento veinte y ocho quartos cada una, que ascienden todas ellas à Dos mill pesos de á ciento veinte y ocho quartos... Cuia justificacion de la lexitima pertenencia de ellas, y de no haverlas enagenado à persona alguna, tienen acreditado en la Contaduría de la misma Real Junta y Compañía»; ambos habían solicitado la compra de sus acciones el pasado 26 de abril; una Junta de dirección, en sesión de 11 de junio, aceptó la petición y «se admitió la proposicion con tal de que se hubiesen de exibir las expresadas vitelas originales, con declaracion de estar justificadas en la Contaduria de la misma Real Junta su lexitima pertenencia, y de no haberlas enagenado... y combenio de que en lugar de los Dos mill pesos de ciento veinte y ocho quartos de su importe, se hauian de percibir tan solo Catorce mill reales de vellon, átendiendo à el efectivo fondo actual de la Compañía, y utilidad reciproca que deuia resultar por el desembolso... atendido en la cantidad de su beneficio el fondo efectivo que en treinta y uno de Diciembre del año proximo pasado de mill setecientos ochenta y uno, resultaba existente a la misma Real Compañía, y la ventaja que devia hacersela por el desembolso».

Bánco subiere ó baxare en la opinion pública» (cursivas mías). En la estela de esta regla no faltaron compañías que llevaron al contenido de los títulos su posible transmisión por endoso[158].

§ 30. El endoso tenía que ver con la materialidad de la acción entendida como documento cargado de sentido jurídico, pero otras circunstancias también podían alterar la vida de esos papeles y comprometer entonces los derechos del socio inscritos en el título-valor. No es mucha la información disponible sobre la sustitución de acciones extraviadas o destruidas, pero consta que en 1795 la junta de gobierno de la Compañía de Filipinas comunicó al Secretario de Estado y del Despacho –lo era entonces Diego de Gardoqui– la decisión de renovar unas acciones que habían sido perdidas tras justificar el extravío en los términos dispuestos para el Banco de San Carlos por real orden de 22 de junio, 1789. Se estableció en esa última circunstancia que, «con el fin de que no estén expuestos los dueños á perder, en caso de extraviarse ó quemarse estos documentos de su pertenencia, el capital é intereses de ellos, y tambien de evitar el riesgo de qualquier pago vicioso», los interesados acudirían a un tribunal para obtener el correspondiente decreto, sobre cuya base el Banco renovaría los títulos perdidos aunque librándose de responsabilidad: si algún tercero se creyese con mejor derecho habría de reclamar al tenedor contando con otra declaración a su favor[159]. En términos generales, la real orden de 1789 fijó el régimen

158. Tengo presente el caso de la Compañía Marítima (R. C. de 19 de septiembre, 1789), creada para el fomento de la pesca ballenera y lobera en la zona austral, cuyos títulos rezaban como sigue: «[p]ertenece al [*nombre del titular*] esta Accion de mil reales de vellon de la Real Compañia Maritima, correspondiente à la primera suscrición de Seis millones de reales de vellon, con facultad de ceder la propiedad de ella mediante un simple endoso, ó de otra forma mas solemne, arreglado á lo que se expresa en el articulo 29 de la Real Cedula de Ereccion. Madrid primero de octubre de 1789». Las acciones de la Compañía de Filipinas repetían el dictado de las emitidas por el Banco de San Carlos con la precisión, exigida por la cédula fundacional (R. C. de 10 de marzo, 1785, art. 2), de negociarlas «solamente en Vasallos de S[u] M[ajestad]»; la marcha lenta en la suscripción de acciones obligó a su junta de gobierno a solicitar «[q]ue pueda recibir acciones de extranjeros hasta completar el fondo», lo que no sería «de extrañar, si se considera la constitucion del país, en que hay poquísimos capitales disponibles», admitiéndose una adquisición preferente a favor de súbditos nacionales (AGI, Filipinas, leg. 984, «Memoria en forma de Minuta de Real Cédula para la compañía de Filipinas», 5 de abril, 1790). En fin, la prohibición de inversiones extranjeras desapareció al refundarse la Compañía en 1803 (R. C. de 12 de julio), ordenándose en esa ocasión (art. 5) que «[l]os extranjeros podrán interesarse en las Acciones de esta Compañía del mismo modo que los nacionales, y á unos y otros les será lícito cederlas y negociarlas libremente como hasta aquí por medio de un simple endoso, segun se executa con los Vales Reales y Letras de Cambio», no conozco títulos que respondieran a la nueva previsión. Las disposiciones sobre Filipinas de 1803 en Rico, *Reales Compañías*, pp. 365 ss.; también veo ejemplares de las cédulas de 1785 y 1803 en AGI, Consulados, leg. 52A. Más abajo volveré sobre la evolución que siguieron los títulos de la Real Compañía de la Habana (§ 33).

159. Acta de la junta de gobierno de la Real Compañía de Filipinas, 29 de julio, 1795, en AGI, Filipinas, leg. 982. La orden mencionada en *Séptima Junta General del Banco Nacional de San*

de renovación por pérdida accidental del título: encuentro un expediente de 1815 sobre varias acciones de la Compañía de la Habana quemadas por los franceses durante la guerra en San Sebastián, donde la exigida resolución judicial se apoyó en varias declaraciones testificales y en piezas justificativas favorables a la expedición de duplicados[160].

§ 31. Las fórmulas previstas para traspasar las acciones se sucedieron en el tiempo y coincidieron, además, con la introducción en los títulos de notables contrastes formales. Considerados desde el punto de vista que nos interesa se observa, en primer lugar, que la orientación de los más antiguos es apaisada, en tanto los más recientes están grabados en sentido vertical. Y, segundo, el soporte también cambia, pues las primeras acciones se estampaban en vitela (término que funcionó, por una fácil metonimia, como sinónimo de acción) mientras que las modernas se expedían en un pliego de papel de marquilla; ese hecho hace que los títulos presenten medidas similares, frente a la variedad de tamaños de las «vitelas»[161]. En tercer lugar, para reforzar su autenticidad las vitelas llevaban el sello seco de la compañía en una oblea o un trozo de papel plegado y encolado sobre la acción, pero esta marca pareció superflua en los títulos modernos, carentes de sello –seco o entintado que fuera–. Además, la negociabilidad por endoso que se generalizó bajo los dos Carlos aconsejó, en cuarto lugar, que las acciones se extendieran sobre la hoja A de ese pliego, dejando las otras tres para posibles transmisiones[162]. Y, finalmente –quinto lugar– el estilo artístico de los efectos resultó

Carlos... Madrid, en la Imprenta de la Viuda de Ibarra, MDCCLXXXIX [1789], pp. 126-128.

160. AGI, Ultramar, leg. 986. Hay un certificado del contador Jose de Garay y del secretario de la Compañía de 5 de julio, 1815. Juan Bautista Alzaga documentó ante la junta de gobierno el incendio de su casa cuando los franceses, en su retirada, incendiaron el barrio donostierra de San Martín (28 de junio, 1813). Las acciones rezaban a nombre de Ignacio Antonio y de José de Lopeola; Alzaga pidió un duplicado por ser el actual poseedor del vínculo que recayó en su madre, María Isabel de Lopeola, «pero no deviendo circular en el Comercio por su Calidad de vinculadas... acordó la Junta se renovase[n] à n[omb]re de d[ic]ho interesado con la nota conveniente, y que se conservasen depositadas con las de su clase en el arca de 3. llaves dándole p[ar]a su resguardo la presente firmada de nuestra mano».

161. Entre los títulos modernos, como ejemplo, recordaré el Banco de San Carlos, 333 x 243 mm; la Real Compañía de Filipinas, 350 x 258 mm; la Real Compañía de la Habana (1790), 350 x 260 mm. En lo que hace a las acciones antiguas las más pequeñas de las examinadas de visu son las primitivas de la Real Compañía de la Habana (330 x 255), de las que AGI, Ultramar, leg. 986, conserva tres originales en el expediente relativo al concurso de acreedores de un Antonio de Echenique; por el contrario, la vitela de la Real Compañía de Toledo es un extenso pergamino de 410 x 310 mm (AGI, Indiferente General, leg. 3125) y a tal tamaño tienden las acciones de San Fernando (422 x 304 mm), Barcelona (388 x 300 mm) y Granada (todas en AGI, Indiferente General, leg. 3125). Pero la práctica de guillotinar los márgenes hace difícil realizar mediciones uniformes.

162. Y otra vez los papeles de la Compañía de la Habana ofrecen una prueba documental. Por ejemplo, veo en AGI, Ultramar, leg. 986, la acción n.º 233 a nombre de Francisco Dionisio Fernández Molinillo, vocal de la junta de gobierno, en cuyo dorso se anotaron

por completo diferente. Al barroco tardío de Fernando VI y Carlos III sucedió la contención neoclásica de Carlos IV. Las estampas correspondientes a su reinado, momento áureo del grabado español, exhiben el nombre de los artistas que las hicieron (pintores de renombre como Luis Paret o Cosme de Acuña, grabadores como Fernando Selma, Juan Moreno Tejada o José Joaquín Fabregat), en tanto que los títulos anteriores solían ser piezas anónimas, probablemente de esforzados artistas locales; así lo comprobamos en el supuesto de las acciones de las reales compañías de San Fernando de Sevilla y de Barcelona –al menos, en alguna de las láminas abiertas para estamparlas–[163] pues ambas llevan, como excepción, firma del dibujante (Barcelona: Manuel Tramullas) y del grabador (Sevilla: Pedro Tortolero; Barcelona: Ignacio Valls).

Se diría, en conclusión, que los cambios artísticos corrieron parejos a los saltos o avances de índole jurídica –pensemos otra vez en la circulación por endoso– que marcaron la historia de las acciones[164].

§ 32. Las vitelas realizadas para las compañías de Sevilla y Barcelona, aunque identificaran a sus artistas, compartieron los restantes rasgos propios de las acciones antiguas (§ 31). Uno todavía no mencionado relaciona con decisión nuestras estampas-documentos y ciertas manifestaciones de la estampa religiosa. Veremos en un instante que las acciones invocaban a los más diversos santos del año cristiano, en una simbiosis ideal entre la vieja fe religiosa y la nueva fe civil: aquel *crédito público* –«la opinión que los hombres forman de la agena providad» como vimos (§ 1)– que insuflaba vida a los títulos; las devociones del lugar –el santo rey Fernando, la Moreneta, las Vírgenes del Pilar o de las Angustias, los mil y un mártires locales– encabezaron los títulos como dioscuros protectores de las reales compañías. Y vienen a la cabeza las observaciones de

los siguientes endosos: «Paguese a D[o]n Franc[cisc]o Lopez. M[adri]d 27 de Nov[iemb]re de 1801. Como heredero de D[o]n Franco. Dionisio Fern[ánde]z Molinillo, J[ose]ph Fern[ánde]z Molinillo». «Paguese a D[o]n Antonio Lopez. Madrid y 27 de noviembre de 1801. Franc[isc]o Lopez». «Paguese à D[o]n Bentura M.ª Sani. Madrid 27 de Noviembre de 1801. Antonio Lopez». «Paguese à D[o]n Juan de la Lastra. Madrid 6 de octubre de 1814. Ventura M.ª Sani». Pero hay un quinto endoso en blanco, pues consta solamente la firma de aquel Juan de la Lastra; encuentro aún dos notas de registro: una anulada y otra que dice: «[r[egistrado en Madrid dia seis de Junio de mil ochocientos doce en el Libro matricula de Accionistas civiles folio dos numero siete. Pagó nueve reales trece maravedises vellón. El Recaudador Juan Antonio Orenes».

163. La estampación de miles de ejemplares obligó a abrir varias láminas, no todas del mismo grabador o, al menos, no siempre firmadas por quien lo fuera. En el leg. 3125 cit. (AGI, Indiferente General, expediente sobre títulos de propiedad regia) encontramos dos acciones de la Real Compañía de San Fernando y sólo una de ellas (n.º 1988), en el ángulo inferior izquierdo, incluye la firma: «Tortolero f[ecit]». Pero sobre este particular se vuelve *infra* (§ 32).

164. Cf. *Cinco siglos de Imagen Impresa*, n.º 944 (acción de la Compañía de Barcelona), 952 (id. de San Fernando), 954 (id. del San Carlos), 974 (id. de Filipinas).

un viajero anglosajón sobre la práctica seguida por las sociedades de seguros en la Barcelona ilustrada:

> «The companies of insurance in the last war, having each of them its favourite saint, such as San Ramon de Penaforte, la Virgen de la Merced, and others, associated in form by the articles of partnership, and named in every police of insurance, and having with the most scrupulous exactness allotted to them their correspondent dividend, the same as to any other partner, they concluded, that with such powerful associates it was not possible for them to suffer loss. Under this persuasion they ventured, about the year 1779, to insure the French West Indiamen at fifty per cent, when the English and the Dutch had refused to do it at any premium, and indeed when most of the ships were already in the English ports. By this fatal stroke all the insuring companies except two were ruined; yet, notwithstanding this misfortune, this superstition remains in force»[165].

El asombro del reverendo Townsend podría extenderse a otras plazas españolas, mas el asunto de estas «santas» compañías asegurativas por acciones (*h.e.* por cuotas) no nos afecta[166]. Más importancia presenta la comunidad de formas y exorno que los títulos primitivos mantenían con ciertos documentos de uso litúrgico y devocional, como serían las sacras de altar –«ad Crucis pedem ponatur Tabella Secretarum appellata», según el mandato del misal romano– o las estampas de gozos, tan extendidas aún en los tiempos ilustrados (figs. 25-26). Para apreciar la correlación, pero también para conocer las vitelas de las compañías, conviene analizar una de ellas, suficientemente representativa.

Bastará a ese fin con una acción de la Compañía Real de Toledo (fig. 27). El ejemplar examinado pertenece a las suscritas por Fernando VI en ejecución de su política de adquirir títulos de las compañías establecidas por la Corona, práctica continuada por sus sucesores al trono. Ya conocemos el tenor del título, pues se trata del lanzado en el reinado anterior por la Compañía guipuzcoana de Caracas (§ 29)[167]; también sabemos que no valía para traspasarlo la entrega por endoso[168]. Su anónimo diseño, que guarda una estrecha semejanza con las vitelas

165. Joseph Townsend, *A Journey through Spain in the Years 1786 and 1787; with Particular Attention to the Agriculture, Manufactures, Commerce, Population, Taxes, and Revenue, of that Country...* I, London, Pted. for C. Dilly, in the Poultry, MDCCXCI [1791], pp. 153-154.

166. Cf. Antonio García-Baquero González, *Cádiz y el Atlántico, 1717-1778. El comercio colonial español bajo el monopolio gaditano* (1976), Cádiz, Diputación Provincial, 1988, I, pp. 412 ss.

167. Pero el diseño de las acciones de esta compañía se limitó a una guirnalda floral a modo de orla y al emblema de la Provincia en el centro: cf. Kiefer, *Historische Wertpapiere*, pp. 47 ss, reproducción del título en p. 145, fig. 9.

168. R. C. de 12 de mayo, 1750, ordenanzas de la Compañía toledana, art. XII: «[q]todas las Acciones, que se vendiessen, o que con el motivo de herencia, u otro qualquiera Titulo, pasassen á nuevos poseedores, estos deberán manifestarlo, y presentar los publicos instrumentos, de suerte, que hagan feé, para que en la Direccion se dé la orden á la Contaduría, á fin de que conste, y se hagan las Anotaciones correspondientes, fin cuya circunstan-

de la Compañía de Granada, se compone de una rica orla de acantos y rocallas con tres medallones arriba: en torno a una figuración de la Virgen del Sagrario de la catedral toledana –la cédula de creación (art. I) y las ordenanzas (*ibid.*) la habían convertido en protectora de la Real Compañía– aparecen San José con el Niño (izquierda) y San Ildefonso (derecha); bajo la peana de la imagen central una filacteria lleva la leyenda «Pro patria» y aparece una tosca y diminuta representación de la mártir Leocadia dentro del óvalo que porta el águila bicéfala de la imperial ciudad. La orla se decora en sus laterales con iconos alusivos al negocio social: un rico paño plegado (izquierda) y un ramillete de hojas de morera con gusanos de seda (derecha); la alusión a la industria textil se repite aquí y allá, gracias a unos capullos que se dirían cornucopias estilizadas.

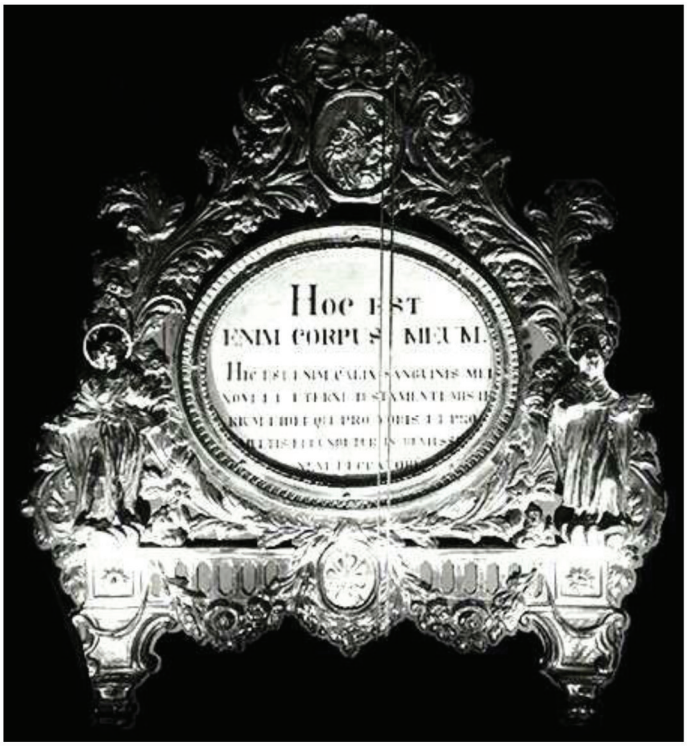


Fig. 25. Sacra de la Catedral de Valencia. Siglo XVIII.

cia, no se entregarán los Intereses que haya, á los nuevos Posseedores de las expressadas Acciones», en *Real Compañía de fábricas, y comercio, establecida en la Imperial Ciudad de Toledo...* En Toledo, año de 1748, p. 60. *C* f. M.ª Carmen Rodríguez González, «La Real Compañía de Comercio y Fábricas de Extremadura», en *Cuadernos de investigación histórica* 6 (1982), 39-72.



COZOS AL SERAFICO PADRE S. FRANCISCO DE ASIS.

Pues con Dios tanta cabida
tuvisteis, Padre soberano.
Dadnos, Francisco, la mano,
para besar vuestra vida.
Vuestro asimismo santo
cuanto con igual perfin
al mundo eterno alegria,
como al infierno dio llanto:
el cielo anuncio por vuestra
con un pesebre os envistio.
Dadnos, &c.
Cuando os llegasteis á echar
en la nieve, Santo mio,
no tuvisteis miedo al frio,
que á todos hace terrible:
y pues os dimos lugar
á la pasion atrevida.
Dadnos, &c.
En una zarza á mi ver
de un rayos penetrantes;
á Dios, sol querais unos
arrojarse, por caer:
y la que espinas fue ayer,
hoy de rosarios se vistio.
Dadnos, &c.
En apariencias de doce
se tentó el demonio, y luego
para apagar aquel fuego,
de otro fuego hicisteis cuna:
vuestra fervorosa llama
fue del infierno temida.
Dadnos, &c.
Herido, mi Padre fiel,
en manos, pies y costado,
de Cristo crucificado
hacen un vivo papel:
y pues sois á lo de aquel
imágen tan parecida.
Dadnos, &c.
Entre resplandores bella,
dejé el mundo vuestra alma,
á gozar dichosa palma
en fino cuerpo clara estrella:
y pues del lugar de aquella
dió Lucifer en caida.
Dadnos, &c.
En mi quedé, como es cierto,
ó divino Serafin!
vuestro cuerpo, porque al fin
no tuvo en que caer muerto:
y en la esfera en que os advierto,
sois de palmas erogida.
Dadnos, &c.
Y pues sois Patron y guia
de quien busca vuestro amparo.
Dadnos, &c.

℣. Ora pro nobis Beate Francisce. ℟. Ut digni efficiamur promissionibus Christi.

Deus, qui Ecclesiam tuam Beati Patris nostri Francisci méritis, forta nova prole multiplicas: tribue nobis, ex ejus imitatione terrena despicere, & cælestium donorum semper participatione gaudere. Per Christum Dominum nostrum. ℟. Amen.

Valencia: Imprenta de Laborda.

Fig. 26. Gozos de San Francisco. Xátiva, siglo XVIII.

El esquema descrito –orla de volutas, figuras de devoción, pocos o ningunos símbolos comerciales– había quedado fijado desde 1740 con las acciones de la Real Compañía de la Habana (§ 34), y obras como el *Libro de Ornatos* del pintor y grabador Casanova (fig. 28) o el *Método sucinto* de Martín de Irala (fig. 29) eran antologías de los modelos a seguir[169]. Las vitelas de las compañías de Granada y Zaragoza observaron rígidamente el patrón, con pocas adaptaciones: así la triada San José-Virgen de las Angustias-San Juan de Dios en el primer caso, por aquella tra serie de Santiago-Virgen del Pilar-San Jorge para las acciones cesaraugustanas. La transición hacia las acciones neoclásicas se contiene en los títulos de la

169. Carlos Casanova, *Libro de Ornatos, imben[tado]s y abiertos*, San Sebastián, I. Aldaco, ca. 1731. Interesan en especial las láminas 5.ª y 6.ª (volutas de acantos, guirnaldas florales, *putti*). Pero *vid.* también Matías de Irala, *Método sucinto i compendioso de cinco simetrías...* (1739), ed. Antonio Bonet Correa, *Vida y obra de Fray Matías de Irala, grabador y tratadista español del siglo XVIII,* II, Madrid, Turner, 1979.



Fig. 27. Acción de Ia Compañía Real de Toledo. 1748.

Compañía de San Carlos de Burgos (R. C. de 29 de noviembre, 1767)[170], pues si comparten con las arriba mencionadas el santoral –con San Carlos Borromeo, advocación oficial, dentro de un medallón colocado entre otros dos con una Inmaculada Concepción y el Ángel de la Guarda– y la leyenda a la «caraqueña» del título (por tanto sin cesión por endoso), la orla barroca ha dejado paso a una severa moldura que adelanta las dibujadas para los vales reales y las acciones del estilo neoclásico (fig. 30). También anuncia cambios la inclusión de objetos comerciales (hilachas, baúl, fardo con la sigla R C D B) y el emblema del Real Consulado de Burgos, apenas restablecido[171].



Fig. 28. Autorretrato a buril de Carlos Casanova, portada del *Libro de ornatos,* ca. 1731

170. También fue original la tajante prohibición de manos muertas: cf. art. 2 de la Real Cédula citada, ed. Eugenio Larruga y Boneta, *Memorias políticas y económicas*... XXX, Madrid: Por Don Antonio de Espinosa, año de MDCCXCIV [1794], pp. 3 ss.

171. Cf. Kiefer, *Historische Wertpapiere*, p. 147 (fig. 13), para una acción de la Compañía de Extremadura. Otras compañías menos dependientes de la Corona –pienso en las formadas por los Cinco Gremios o en la Compañía de Libreros– adoptaron diseños diferentes, más pobres artísticamente: *ibid.* p. 171 y fig. 60 (Compañía de Impresores y Libreros), p. 172-174 y fig. 66 (Cinco Gremios).

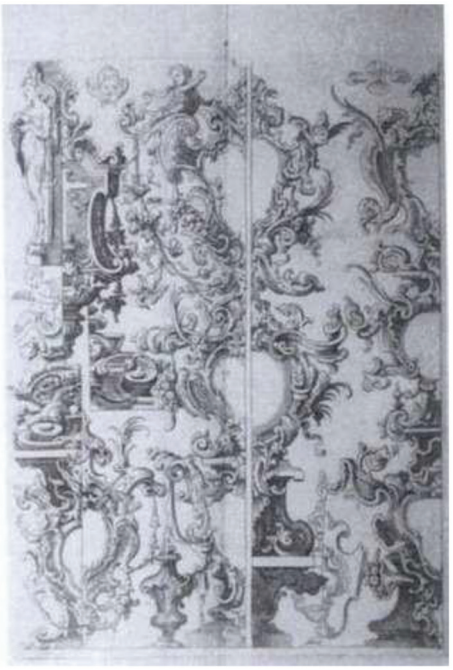


Fig. 29. Matías de Irala, *Método sucinto*, 1739, lám. XVIII.

Comercio y religión se hermanaron en los mejores ejemplos de acciones barrocas. El primero quedó antes recogido en estas páginas (§ 4, fig. 1) pero conviene recordarlo (fig. 1bis); se trata de la abigarrada vitela de la Compañía de San Fernando (R. C. de 7 de agosto, 1747): «das aufwendigsten Aktienzertifikat aller Zeiten», en opinión de Alexander Kiefer; en realidad sigue un canon artístico retardatario, de trazo tosco[172]. El grabado, compuesto en torno a un eje de simetría, representa una escena teatral desvelada por pesados cortinajes que soportan dos columnas elevadas sobre pedestales; al centro una cartela de formas elípticas y estilo rococó enmarca el texto de la acción, bastante disminuido entre la exuberancia decorativa[173]. El autor del diseño ha sido el pintor sevillano Pedro Tortolero (ca. 1700-1766), discípulo de Domingo Martínez («con quien hizo algunos progresos») y aficionado al buril «pero sin correccion en el dibuxo y sin co-

172. Viene a la mente el grabado de Matías de Irala (1680-1753) con la *Alegoría del príncipe Fernando como protector de las Bellas Artes*.

173. «N.º... Accion de la Real Compañia de San Fernando de Sevilla, verificada a favor de [*nombre del titular*] Por doscientos, y Cinquenta Pessos de a quince R[eale]s de Vellon en especie de Plata, que a entregado en esta Thesoreria General de ella, que le constituyen en Acreedor, y a quien con ella se presentare se pagaran los repartimientos, que se acordassen, de que se a de tomar razon por la Contaduria. Y para cumplirlo assi mandamos dar esta declaracion, firmada de nuestros nombres, Sellada con el Sello de esta R[ea]l Compañia, y refrendada por el infraescripto Secretario de S. M. y de esta R[ea]l Compañía».

nocer los principios de este arte». Para disgusto de Ceán Bermúdez, autor de los juicios anteriores[174], Tortolero acumuló figuras religiosas, deidades del Olimpo, vistas de la ciudad y su puerto, alegorías, leyendas latinas y emblemas comerciales; alguna plancha –fueron varias: se emitieron cuatro mil títulos– incluyó en el cuerpo del grabado la firma del artista: agazapada en la basa del pedestal izquierdo[175]. Entre las imágenes de devoción encontramos la triada de costumbre, en este caso un San José con el Niño, una Virgen del Carmen también con el Niño entre dos ángeles que alzan el medallón y un obispo mártir, probablemente el santo visigodo Laureano. La leyenda «Florebit et germinabit» bajo San José explica por fin el uso, tan frecuente, de esta sacra representación en las acciones barrocas: se esperaba sin duda que el giro de la compañía floreciese como los lirios del padre putativo de Jesús («[j]ustus germinabit sicut lilium: et florebit in æternum ante Dominum», disponía el breviario romano para el 19 de marzo). El medallón mariano contiene el versículo «Mecum divitia et gloria» (*Prov.* 8.18), otro buen augurio para la empresa; los ángeles hacen sornar sendas trompas que pregonan versos del Salterio: «Usque ad occasum» – «A solis ortu» (*Ps.* 112.3); son nuevas expresiones en refuerzo del mensaje de María.

La santa galería se replica abajo sobre la cartela del texto con otras figuras. Al centro está Fernando ataviado al gusto del Seiscientos, pues Tortolero sigue con fidelidad la pauta que fijó Pedro Roldán (1624-1699) en la escultura para la catedral de Sevilla con motivo de la canonización (1671)[176]. El santo rey está sostenido por una bola del mundo que lleva la confortante inscripción: –a un tiempo veneranda y patriótica: ejercía la Corona otro Fernando, el fundador de la real compañía– «Me duce, tutus eris», un breve cultismo tomado de Ovidio (*Ars amatoria* 2.58) que adelanta el panteón pagano también presente en la vitela; dos ángeles elevan hacia el rey un globo terráqueo y una carta náutica. En los extremos, a la izquierda, una figura coronada con cetro y cruz y un *putto* y un león a los pies, simboliza la Monarquía hispánica; a la derecha dos indígenas con un cuerno de monedas y un caimán evocan el dominio español sobre las Indias. Los americanos claman «Quae sunt Caesaris Caesari», con respuesta por parte de la Monarquía: «Et quae sunt Dei Deo»; es el tributo del denario (*Mt.* 22.21) cuyo

174. Ceán, *Diccionario*... V, pp. 69-70. También, del mismo, *Historia del arte de la pintura en España*, ed. David García López y Daniel Crespo Delgado, Oviedo, KRK Ediciones, 2016, pp. 782-783: «[s]us estampas son como sus cuadros: están escasos de invención y de dibujo y sin gracia».

175. Kiefer, *Historische Wertpapiere*, pp. 58 ss identifica tres planchas por los signos de los fardos del ángulo inferior derecho, para el autor siglas del grabador («[d]ie Namen der Kupferstecher konnten bis jetzt noch nicht identifiziert werden»): se trata de simples marcas para las mercancías.

176. Del mismo Tortolero tenemos la portada para los *Anales Eclesiasticos i Seglares de la M. N. i M. L. Civdad de Sevilla*... de Antonio de Solís (ca. 1748), tan influido por Murillo (figs. 30-32). Con razón escribe Aurora León, «El grabado sevillano durante el Lustro Real, 1729-1733», en *El Arte en las Cortes europeas del siglo XVIII*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1989, de «mediocridad creativa y dependencia de los modelos barrocos», p. 366.

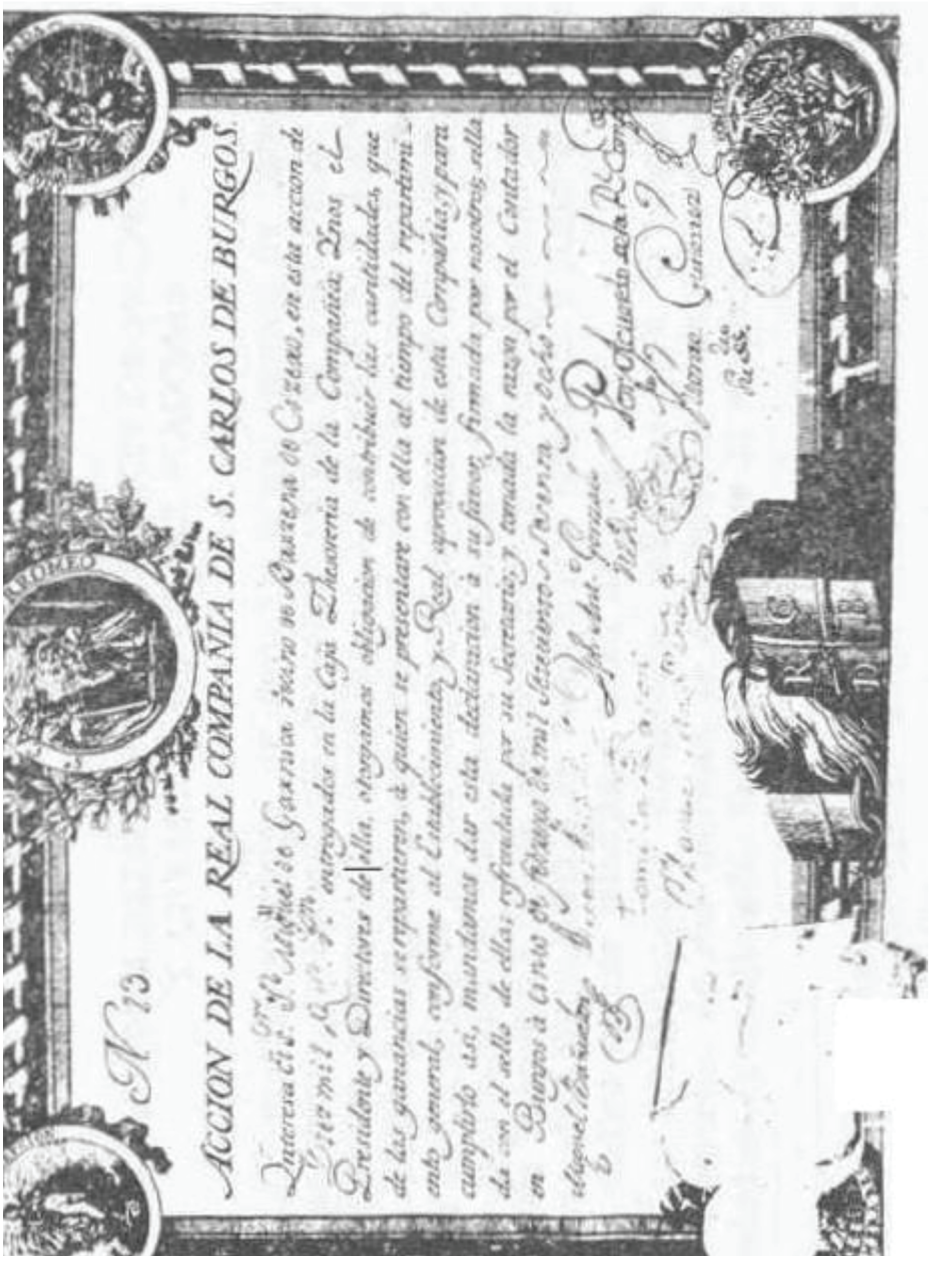


Fig. 30. Acción de la Real Compañía de San Carlos, Burgos. 1768.



Fig. 1bis. Acción de la Real Compañía de San Fernando, 1748. Pedro Tortolero.

mensaje no encaja bien en la economía simbólica del título. A la altura de ambos grupos cuelgan dos escudos: el real con sus cuarteles completos y el toisón; las armas de Sevilla con la mención «Arma militiae nostrae», tomada de la segunda epístola a los corintios (II *Cor.* 10.4).



Fig. 31. Pedro Roldán, San Fernando. Sacristía Mayor, Catedral de Sevilla.



Fig. 32. *Anales Eclesiásticos,* ca. 1748.



Fig. 33. San Fernando, por Murillo (1670).

Y la ciudad se hace presente: el Tortolero mejor conocido ha sido el autor del ingreso de Felipe V por la Puerta de Triana (1748), de la fachada de la Catedral (1738) o del Arenal y el puerto (1748), vistos desde el castillo de San Jorge (figs. 34-35). La ribera del Guadalquivir con el bullicio portuario y la noble capital (Giralda, Catedral, Santa Caridad, torre del Oro) queda en parte oculta detrás de un Mercurio que baja sobre la Monarquía portando dos cintos de laurel a la voz de «Regio arbitrio multiplicantur». La simetría del grabado lleva a incluir a la derecha una nueva referencia mitológica: se trata del carro de Neptuno, próximo a un galeón –fuera de escala– con la leyenda «Fernando prosperitatem». En la parte inferior un niño de actitud murillesca dibuja marcas sobre paquetes de mercancías; el equivalente a la izquierda es un águila que tira de un pergamino destinado a la firma de alguna autoridad corporativa. Para el preceptivo sello –era el escudo local con la leyenda «sigil[lum] Societ[atis] Reg[alis] Negociat[ionis] Hisp[alensis]»– se dispone encima del águila un círculo perfectamente vacío[177].

177. Las ordenanzas de 26 de agosto, 1749 (AHN, Estado, leg. 4571) regulaban el sello corporativo (art. 4: «tendrá por Armas propias, y distintivas suyas, de las quales, y no otras, usará siempre en sus sellos, las de la Ciudad de Sevilla con esta inscripcion Sigil. Reg. Societ. Negociat. Hisp.») y la bandera (art. 5: «el Escudo Real de España, con la Cruz de Borgoña, y el NO8DO»). El art. 2 indicaba como «su especial Patrona» a la Virgen del Carmen, pues la compañía había sido fundada en esa festividad.



Fig. 34. Pedro Tortolero. Vista de Sevilla desde Triana, detalle.



Fig. 35. Pedro Tortolero. Fachada principal de la catedral de Sevilla, detalle.

«Das aufwendigsten Aktienzertifikat aller Zeiten», sabemos opinaba Kiefer sobre la acción descrita, «gefolgt –aber nicht übertroffen– von demjeniegen der Real Compañía de Comercio establecida en Barcelona». Corresponde a las preferencias individuales valorar la calidad relativa de la estampa sevillana sobre la vitela de esta otra compañía (fig. 36); lo cierto es que los dos títulos –separados pocos años– comparten criterios artísticos y compositivos. La acción catalana está también firmada aunque, de forma más ortodoxa, fuera del espacio estampado; diseñada por el pintor Manuel Tramulles (1715-1791) y ejecutada a buril por Ignacio Valls («Emmanuel Tramullas Pictor Delin[eavit]»–«Ignatius Valls Reg[alis] Acad[emiae] Bon[orum] Litter[arum] Incis[it] Barci[no]ne»). El primero mereció la atención de Ceán: hijo del escultor Lázaro y hermano del también pintor Francisco, fue discípulo de Antonio Viladomat y fundó una conocida escuela de dibujo; ha dejado cuadros de asunto religioso en Barcelona y Gerona[178]. De Valls se conocen obras de devoción –trabajó para los jesuitas– y de temática urbana, así como alguna medalla conmemorativa[179].

El título para la Real Compañía de Barcelona presenta una ambiciosa escena teatral con disposición aún más simétrica que la de Tortolero, pues la cartela que abraza el tenor del documento jurídico ocupa justamente la mitad de la vitela[180], reservando su parte superior para otros dos motivos, igualmente simétricos: una vista de Barcelona y su puerto y un rompimiento de gloria –se proyecta en un paño que sostienen dos angelotes– con un grupo de personajes sacros: al centro la Virgen de Montserrat y su montaña (era la advocación de la Compañía que Valls cultivó separadamente: fig. 37) entre los santos Severo y Eulalia (izquierda) y la religiosa María de Cervelló y el beato franciscano Buenaventura (derecha); las armas de la Corona y el escudo de la ciudad entre guirnaldas rematan este fragmento. Por su parte la mitad inferior del título, con la cartela barroca para el texto y el sello, contiene seis querubes (¡con alas de mariposa!) y símbolos mitológicos y comerciales: en unos fardos marcados destaca un ángel con el tridente de Neptuno y un delfín a sus pies; en el lado opuesto otro lleva la clava de Hércules en un grupo que descansa ahora sobre un caimán. Vides, olivos y naranjos decoran el título.

178. Ceán Bermúdez, *Diccionario*... V, pp. 72-74.

179. Juan Miguel Muñoz, «Iconografía urbana de Cataluña (siglos XVI-XVIII). Una aproximación tipológica y teórica», en *D'Art* 23 (1997), 135-161, pp. 140-141 sobre iconografía civil y, en ella, la vitela que estudiamos. Valls grabó sobre dibujos de los hermanos Tramulles el túmulo funerario levantado en Barcelona para María Amalia de Sajonia (1761).

180. «N.º... Acción de la Real Compañía de comercio establecida en Barcelona. Ynteresa [*nombre del titular*] en la R[ea]l Compañía con esta Accion por doscientos y cinquenta pesos de à ciento y veinte y ocho quartos cada vno, que ha mandado poner en su Thesoreria: y en los repartos de utilidades que se hizieren en el modo y tiempos que se acordaren, se entregará al dueño de la Accion ó à su apoderado lo que por ella le corresponda: De este instrumento tomará razon el Contador, le refrendará el Secretario, y sellará con el sello de la R[ea]l Compañía». Pero las acciones de Fernando VI se tiraron con otra plancha, pues tanto la cláusula nominativa («Ynteresa el Rey nuestro Señor D[o]n Fernando VI (que Dios gu[ard]e)» como la referencia a un apoderado («se entregará à quien su Mag[esta] d mandare») se encuentran incisos a buril.

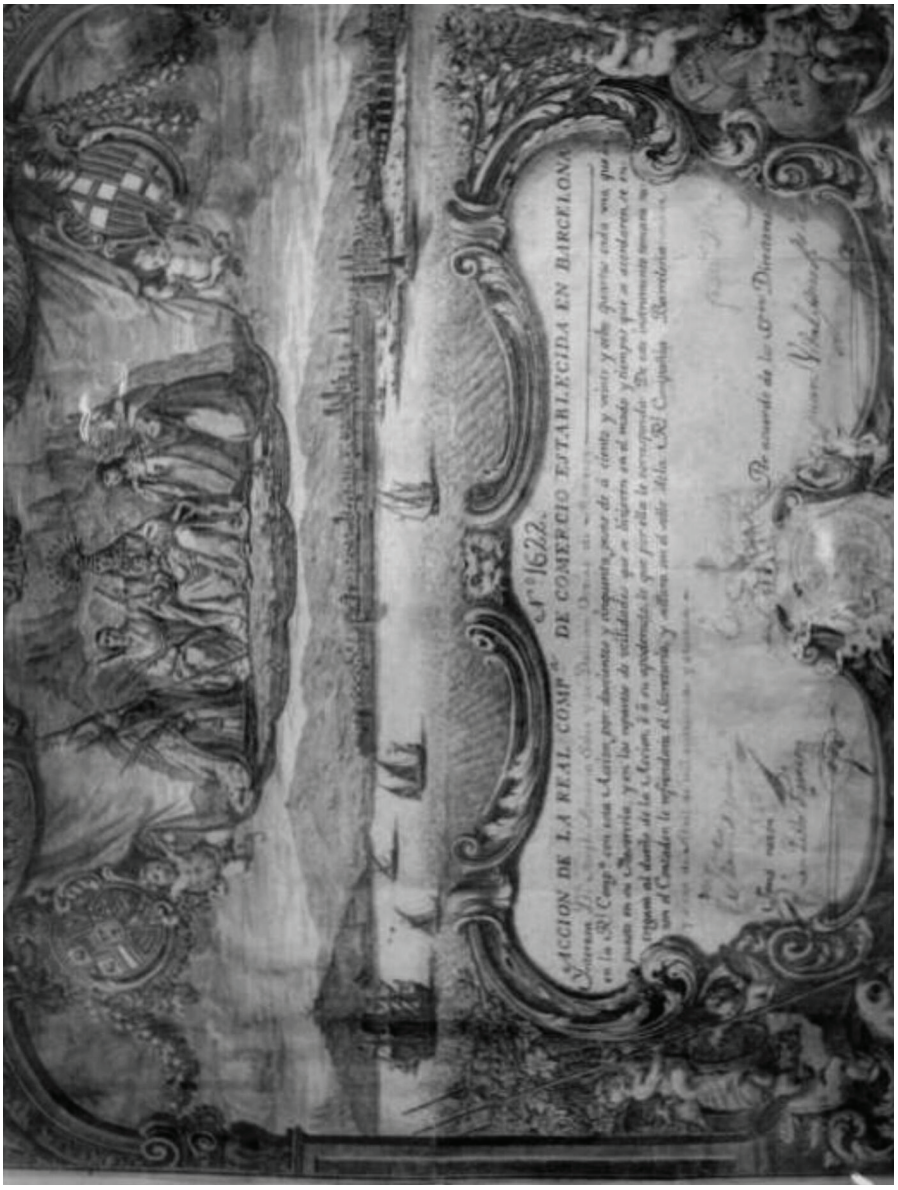


Fig. 36. Acción de la Real Compañía de comercio de Barcelona.
Manuel Tramulles e Ignacio Valls.

Seguramente la vista de Barcelona desde el mar –Montjuic, las atarazanas, el puerto– resulta la pieza más refinada de nuestra acción. Sus autores han invertido la imagen de otra hermosa del mismo Valls, según trazas de Joan Pau Canals, que representa la tramoya levantada ante el palacio real de Barcelona para celebrar la llegada de Carlos III (fig. 38); se trata de un aguafuerte (600 x 400 mm) inserto

en la *Relación obsequiosa*... que sacaron los munícipes en memoria del regio desembarco. Lógicamente predomina la glorificación de la Monarquía, en la persona de un nuevo rey venido de Nápoles que Valls representa sobre un carro celeste trasfigurado en Apolo, como centro de una cohorte de dioses dispuestos como el sistema planetario[181]. Allí encontramos el mar visto desde la ciudad, pero el símbolo más interesante a los efectos de estas líneas es una figuración de la Real Compañía de Barcelona –costeó la efímera construcción– como la ninfa que se encuentra en la base del obelisco que corona un busto de la nueva reina[182].



Fig. 37. Virgen de Montserrat. Estampa sobre vitela, Ignacio Valls.

181. *Relación obsequiosa de los seis primeros dias en que logró la Monarchia española su mas Augusto Principio, anunciándose a todos los vasallos perpetuo regocijo, y constituyendose Barcelona un Paraíso con el arribo, desembarco y residencia, que hicieron en ella los dias 17, al 21 de Octubre de 1759 las Reales Magestades*, Barcelona por María Teresa Vendrell y Texidó [1759]. Cf. en general María Ángeles Pérez Samper, «Arte, poder y sociedad en las visitas reales a Barcelona durante el siglo XVIII», en *El arte en las Cortes europeas*, 567-576.

182. «Ceñia una corona rostrada», describe la *Relacion*, p. 23, «y ostentaba en sus manos dos cornucopias derramando frutos de uno, y otro emispherio; los de Europa âzia la Planisfera, que figuraba America, y los de America âzia la que representa Europa, sentados sobre los respectivos círculos de los Genios, el uno atezado con un semi-vestido à lo Americano, y el otro blanco con instrumento de manifacturas, artes y ciencias. Estos hacían mas notorios à todos la distincion de ambos Mundos, y las armas de la Real Compañía, sostenida por dos Tritones, la de la Nimpha que dominaba el todo de esta parte». Sepamos que la ninfa lleva una cartela con un verso (manipulado: se suprime un «nec» inicial para cambiar por completo el sentido) de Virgilio: «Nautica pinus mutabit merces: omnia ferit omnia tellus» (*Buc.* 4.38). Cf. todavía pp. 80-81, con el breve discurso del director Francisco de Clota, que «logró la fortuna de rendirse à los Pies de sus Magestades».



Fig. 38. Decoración frente al Palacio Real de Barcelona,
con motivo de la llegada de Carlos III (1759).

§ 33. De Fernando VI a sus sucesores cambió radicalmente el estilo de las acciones. Se olvidaron las formas barrocas y los referentes devocionales dejaron paso a una decoración clasicista con predominio de alegorías del comercio. Los títulos del Banco de San Carlos (fig. 39) y de la Real Compañía de Filipinas expresan la nueva orientación, pero hubo otras sociedades –así las Reales Compañías de Seguros Marítimos y Terrestres o la Marítima, ambas fundadas en 1789– que se sumaron a la moda de finales de siglo con muestras de elevada calidad (cf. *infra* § 34)[183].

El pintor gallego Cosme de Acuña intervino en las láminas que analizamos, con firmas diversas («C. Acuña y Troncoso la inv[entó] y del[ineó]», «Acuña inv[eni]t», etc.) en las láminas abiertas para la ocasión. Una vez más las grandes tiradas (hasta 150.000 podrían alcanzar los títulos del Banco de San Carlos) exigieron la colaboración de varios grabadores: Joaquín Ballester (1740-1808), José Assensio, Juan Moreno Tejada (1738-1805), Simón Brieva (1752-1795), Fernando Selma (1752-1810)... en las acciones del Banco; Selma, Moreno y José Joaquín Fabregat (1748-1807) para la Real Compañía de Filipinas. Son personajes de la misma generación –cuando no empeñados en empresas comunes: de nuevo habría que recordar el Salustio de Madrid, los grabados del Quijote, los retratos de

183. Reproduce una acción de la segunda de estas compañías Kiefer, *Historische Wertpapiere*, p. 192 (fig. 104). Cf. también p. 187, fig. 96, para una acción de la Compañía de la Vega de Rivadeo (1798).

Varones Ilustres– vinculados a las Academias de San Fernando y de San Carlos (Valencia), donde se formaron y consiguieron sus premios; Acuña y Fabregat tuvieron además su particular aventura americana en la Real Academia de San Carlos de las Nobles Artes, fundada por R. C. de 25 de diciembre, 1783, en la ciudad de México[184].



Fig. 39. Acción del Banco de San Carlos.
Diseño de Cosme de Acuña, grabado de Juan Moreno.

184. Juan Carrete Parrondo, *El grabado calcográfico en la España ilustrada*, Madrid, Club Urbis, 1978; últimamente *Fernando Selma. El grabado al servicio de la cultura ilustrada*, Barcelona, Fundación «La Caixa», 1993, pp. 127 ss.; también, Juan Carrete y Elvira Villena, *El grabado en el siglo XVIII. Joaquín José Frabregat. Valencia, Madrid, México*, Valencia, Generalitat, 1990, pp. 26-27 sobre el Banco. Cf. José Manuel Arnaiz, «Cosme de Acuña y la influencia de la escuela madrileña de finales del siglo XVIII en América», en *Academia. Boletín de la Real Academia de Bellas Artes...* 73 (1991), 135-178.

La estampa del Banco consiste en una greca de trazado complejo –una suerte de lacerías arabescas: tan avanzadas que parecen datarse en la segunda mitad del siglo XIX– interrumpida por pequeños escudos laterales con siglas de difícil interpretación (FB-MMK); domina la imagen el amplio espacio central para el texto y las suscripciones. La disposición equilibrada del diseño ha llevado a incluir figuras en los márgenes superior e inferior. Asoma por arriba la Monarquía hispánica junto a una torpísima cornucopia que vomita un conejo –cita clásica de Iberia– y cuantiosos frutos, y un león recostado de feo dibujo; el globo terráqueo y una cartela con dos medallas (la efigie de Carlos III, «pater patriae», y el emblema del Banco: manos estrechadas y leyenda «Fides Publica»), rodeada del lema: «Non minus hominibus quam publicae pecunias consultum volo» (antes la riqueza pública que los intereses privados), completan la representación. De forma más sencilla la parte inferior de la estampa muestra a un Mercurio circundado de cosas mercantiles (ancla, cabos, fardos, cajas).

El art. VIII de la R. C. de 1782 establecía genéricamente que «[l]as acciones se formarán segun el modelo que se ha dispuesto» para ordenar a continuación las firmas que habrían de llevar. Se trata de una aislada referencia a la materialidad de los títulos que desarrolló algo más la cédula de la Compañía de Filipinas (1785) al disponer sobre las «acciones, para las quales se abrirá una lámina con las precauciones correspondientes á evitar su falsificacion» (R. C. 10 de marzo, 1785, art. 15), y todavía: «[e]n la lámina se ha de estampar el escudo de Armas de la ciudad de Manila, orlado con figuras alusivas á los objetos importantes de la Compañía; y este escudo le servirá de sello particular para todos los actos, letras, patentes y comisiones que correspondan al gobierno, direccion y administracion de sus negocios» (art. 16). Aunque conocemos la estampa (fig. 2) conviene tener presente un ejemplar cualquiera que facilite la descripción (fig. 2bis).

El contenido jurídico del título –número, cláusula nominativa, denominación y capital, traspaso por endoso, firmas corporativas– se proyecta como inscripción en una lápida montada sobre un robusto pedestal, coronado por el anagrama de Carlos III y las armas reales; un león, apoyado sobre los hemisferios, y un florido cuerno de la abundancia flanquean la heráldica de la acción. Al pie del pedestal tres figuras femeninas representan Hispania –caduceo en la mano– entre América (derecha) y Asia (izquierda); como en el Banco carolino se introduce el conejo de la antigua Iberia, pero también hay elementos exóticos y mercantiles (ancla, fardos, tortuga, tonel); tras el pedestal se adivina un paisaje de costa, con un elefante (África, pero ahora Asia) y un galeón (¿la Nao de Acapulco, nueva cita del continente americano?). No hace falta añadir que las láminas abiertas por distintos buriles reproducen fielmente el diseño con los inevitables matices del acabado.



Fig. 2bis. Acción de la Real Compañía de Filipinas. «Fernando Selma la grabó en Madrid». Con endoso al reverso de la estampa.

Uno de tales buriles, sin duda el de mejor ejecución, correspondió al recordado Fernando Selma. Artista valenciano y dibujante de excepción, se formó por orden real en la Academia de San Fernando: por el cauce del protector, marqués de Grimaldi, Carlos III encomendó a esa institución que «lo tome bajo su proteccion y disponga en la forma, y con los auxilios, que tenga por mas a propósito, que se dedique enteramente al dibujo, y despues de perfeccionado en el gravado persuadiéndose S. M. a que podrá ser un excelente gravador» (20 de agosto, 1768). Allí se instaló Selma –tenía dieciséis años– en las habitaciones del conserje, «de modo que, como quiere el Rey, sea esto [el grabado] su profesión». Discípulo de Bayeu y de Manuel Salvador Carmona, académico de mérito (1783), grabador de Cámara (R. O. de 29 de mayo, 1799), Selma fue víctima de un perfeccionismo que le costó la pensión[185]. Encargos como los del Banco de San Carlos y la Compañía de Filipinas compensaron el desfavor institucional; uno de ellos,

185. El grabado de la Sagrada Familia de Rafael tuvo lentísima gestación: dibujado en 1779, comenzado a grabar casi diez años después y concluido en 1808. Cf. Clemente Barrena *et al.*, «Fernando Selma», en *El grabado al servicio de la cultura ilustrada,* 23-37, p. 35; también

también con trazas de Acuña, mantiene con la acción de Filipinas una profunda relación (fig. 40)[186]. Se dice que «murió pobre con sentimiento de todos» (8 de enero, 1810), a pesar de haber «ganado tanto con sus obras y viviendo sin vicios ni dispendios notables»[187]. Su indudable destreza artística no le impidió dedicarse al grabado técnico, destacadamente al *Atlas Marítimo de España*, en el que colaboró desde 1786. Por su testamento, localizado en el archivo madrileño de Protocolos notariales, sabemos que Selma estuvo casado con M.ª Manuela Gil, hija también del oficio, quien otorgó la última voluntad del marido en virtud de la comisión que los cónyuges se habían concedido de modo recíproco.

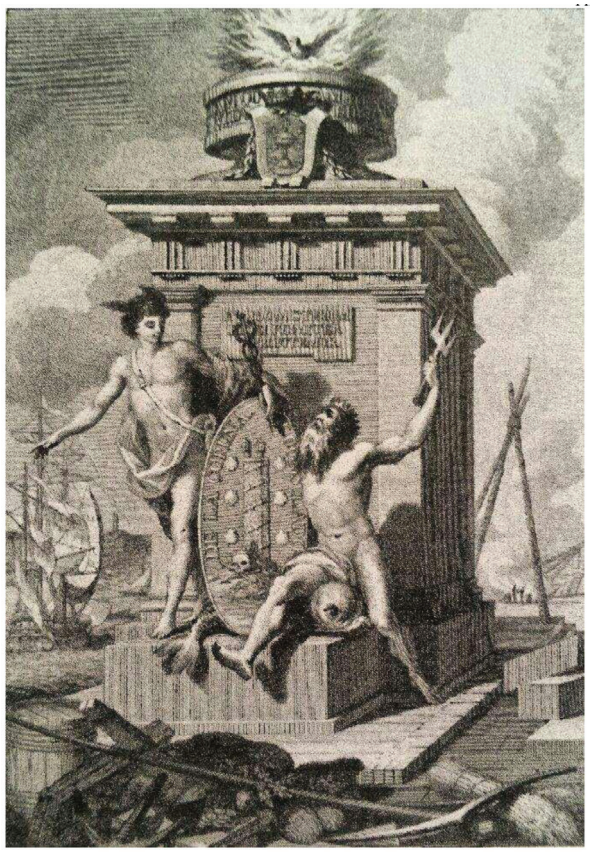


Fig. 40. Escudo del Real Consulado de La Coruña.
«Cosme Acuña lo inventó-Fernando Selma lo grabó». 1804.

Elvira Villena, «Catálogo de la obra dibujada y grabada por F. Selma», *ibid.* 39-121, nn.º 94 (acción de la Compañía de Filipinas) y 95 (acción del Banco).

186. Decora la *Descripción económica del Reyno de Galicia*, de José Lucas Labrada, Ferrol, Imprenta de Lorenzo J. Riesgo Montero, 1804.

187. Cf. *Descripción de los premios...* 1832, necrología de Selma en pp. 103-106. Cf. «Necrología», en *Gazeta de Madrid*, 8 de febrero, 1810, 159-160.

Pertenecían a la parroquia de San Ginés y parece que Selma era devoto de la Orden franciscana, pues dispuso su enterramiento con el hábito correspondiente. María Selma y Gil, única hija que sobrevivía de esta unión al otorgarse el poder para testar (1798), murió poco después, de modo que la viuda quedó como la heredera universal. A dos colegas valencianos, el pintor Agustín Esteve (1753-1820) y el grabador Joaquín Ballester (1740-1808), les encomendó la ejecución del testamento; Rafael Esteve (1772-1847), sobrino del primero y también grabador, ocupó el lugar de Ballester, fallecido dos años antes que Fernando Selma[188].

§ 34. Unas líneas finales merece, por sus especiales circunstancias, la Real Compañía de la Habana. Fundada en 1740 (R. C. de 18 de mayo) para el comercio privilegiado de tabaco y azúcar a la península, esta empresa, floreciente en sus años iniciales, cayó en una aguda crisis tras la errónea operación de doblar sus acciones sin nuevos desembolsos: se estimó, con exageración, que el valor de los activos permitían emitir nuevos títulos a beneficio del accionariado[189]. La pérdida del monopolio del tabaco (1760) y la toma inglesa de la capital cubana (1761) consumaron el declive. La Compañía aprobó en 1788 reducir el capital, y el rey aprobó poco después bajar la denominación de las acciones a la mitad (doscientos cincuenta pesos), así como –a pesar de los pesares– distribuir un dividendo del cinco por ciento, «atendiendo S. M. a la necesidad urgente de muchos de los Accionistas, con especialidad de Hospitales, obras pías, y personas miserables» (R. O. de 15 de agosto, 1789)[190]. Tenemos así el caso, nada común,

188. AHPM, leg. 22594 (5.º), fols. 3 a 8 vto., 17 de enero, 1810.

189. AGI, Ultramar, leg. 965. Se acordó en junta general (10 septiembre, 1745) suplicar que se dupliquen las acciones «respecto los incrementos, y estado en q[u]e se hallaba el primer fondo de nuevecientos mil pesos con que se estableció esta R[ea]l Comp[añí]a, se concediese duplicar à los Accionistas sus respectivas acciones en el propio fondo, y que éste corriese en adelante, de un millón, y ochocientos mil pesos»; el monarca accedió por la recordada R. C. de 6, agosto, 1746, «[que] en su virtud se repartiesen â los Accionistas otras tantas como las q[u]e tenían p[o]r su primitiva entrada... y haviendose recivido R[ea]l Despacho en beinte y siete de Abril de mil setecientos cuarenta y siete en la Junta g[ene]ral celebrada en la R[ea]l Fuerza à diez y nueve de Agosto del mismo año... se acordó en su consecuencia poner en practica la duplicación de Acciones entre sus Interesados, y que se formasen, y entregasen à cada uno las vitelas que le corresponden; en cuyo cumplimiento con fecha de once de noviembre de mil setecientos cuarenta y siete, se despacharon las mil, y ochocientas vitelas correspondientes al duplo de las Acciones mencionadas, numeradas desde mil ochocientos, y uno, hasta tres mil y seiscientos, firmadas por los Sres. Presidente, y Directores, selladas con el Sello de la R[ea]. Comp[añí]a, y refrendadas por su Secretario D[o]n Juan Baptista de Salinas, de que se ha hecho abono en los asientos formados â todos los Interesados, en el Libro de Acciones, para q[u]e conste el liquido e Intereses de cada uno». En el mismo legajo obra el expediente de 1788-1789 de reducción del capital.

190. Cf. Rico, *Reales Compañías*, documentos en pp. 286 ss. La historia de la Compañía habanera –la más longeva entre las españolas– en Montserrat Gárate Ojanguren, *Comercio ultra-*

de una compañía privilegiada que emitió acciones de dos valores nominales y con un diseño artístico –también jurídico– por completo diferente.

Las vitelas primitivas responden a las características de las llamadas más arriba, por su estilo gráfico, acciones barrocas (fig. 41). Y en efecto lo eran: sin firmas ni noticia de los diseñadores del título, estampadas en pergamino con el texto tomado de la pionera Compañía guipuzcoana de Caracas, presentan una orla sencilla y adornada con temas florales –se aprecia a la izquierda un ramo de frutos peninsulares, en tanto su equivalente a la derecha consiste en un mazo de cañas de azúcar y plantas de tabaco– más el triple santoral de cabecera: un San José con el Niño, la Virgen –patrona de la Real Compañía en su advocación del Rosario (R. C. de 1740, art. I), aunque el grabado representa una Asunción– entre dos escudos de armas y un San Cristóbal: alusión a la ciudad sede de la Compañía, protagonista de uno de los escudos mencionados. Dos barcos situados entre los sacros medallones contribuyen al programa decorativo, y hacen pensar en el art. XXVII de la cédula de fundación por el cual el rey se reservó ordenar la construcción de buques a expensas de la institución. Y, por supuesto, la transmisión de estos títulos no tenía lugar por endoso (art. XXI: «haciendo saber la venta o traspasso, al Presidente de ella, de manera que de todo se tenga razón formal en el libro, que a este fin se destinare»).

A partir de 1789 las viejas acciones de quinientos pesos fueron sustituidas por otros títulos, de nominal demediado (fig. 42). Las diferencias de régimen eran palmarias pues, aparte la denominación, el tenor del título anunciaba la facultad de transmitirlo por endoso: «Num.... Accion de la Real Compañía de la Habana. Interesa en esta acción... por la cantidad de 250 pesos de á 128 quartos, que corresponde al fondo capital de 900.000 pesos de la misma moneda, declarado por S.M. para la anunciada Compañía en 15 de Agosto y 19 de Noviembre de 1789. Quedando con la facultad de endosarla á quien sea de su Voluntad. Y nos el Presidente y Vocales de su Junta otorgamos obligacion de contribuir con los dividendos que se resuelvan en sus tiempos. Y para cumplirlo así, mandamos dar esta á su favor, firmada por el Presidente, dos Vocales y las Oficinas correspondientes».

marino e ilustración. La Real Compañía de la Habana, San Sebastián, Sociedad Bascongada de Amigos del País, 1994.



Fig. 41. Acción de la Real Compañía de la Habana (1740).

Una elegante greca neoclásica circunda un título dispuesto en eje vertical. Cuatro florones en sus ángulos, con guirnaldas que salen de los superiores y abrazan el icono central: corona, escudo real con todos sus cuarteles, toisón y collar de Carlos III; dos querubines que alzan la imagen. Aparecen en la parte inferior las armas de San Cristóbal de la Habana entre cornucopias, dispuestas

sobre un plinto bajo con dos filetes. La lámina fue abierta por Juan Moreno y Tejada –otro de los grandes del grabado español– según el dibujo de Luis Paret y Alcázar (1746-1799), que abandonó su habitual inclinación rococó por un decidido clasicismo[191]. De 1740 a 1789, en conclusión, la parábola recorrida por la Real Compañía de la Habana evidencia con rara perfección la sintonía de las formas artísticas y del régimen jurídico de los títulos valores. Tampoco en el caso de las acciones se encuentran testimonios comparables en otras experiencias europeas (figs. 43-45).



Fig. 42. Acción de la Compañía de la Habana.
«Don Luis Paret lo dibujó, Juan Moreno lo grabó».

191. Y es de lamentar que los estudios sobre este pintor omitan nuestra acción: cf. José Luis Morales Marín, *Luis Paret. Vida y obra*, Zaragoza, Aneto, 1997.

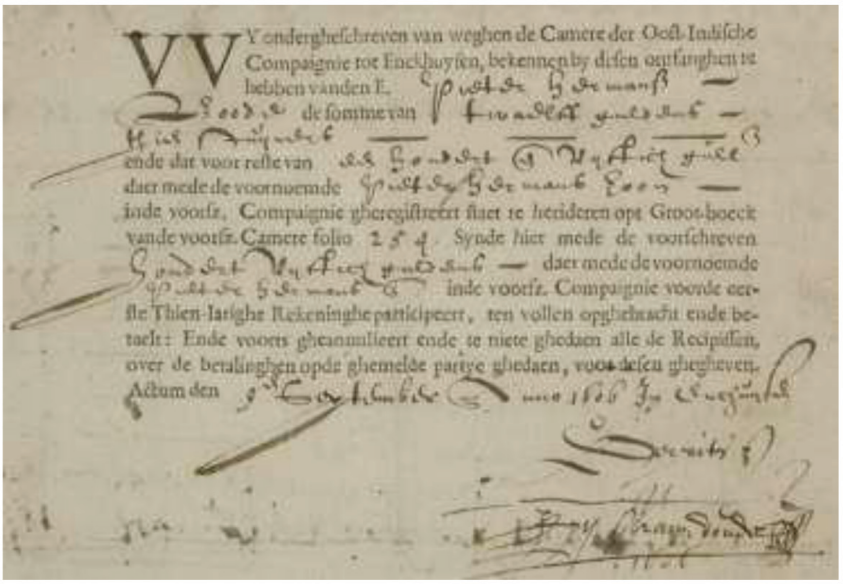


Fig. 43. Acción de la Compañía holandesa de las Indias Orientales, 1606



Fig. 44. Acción de la *East India Co.*, 1795.

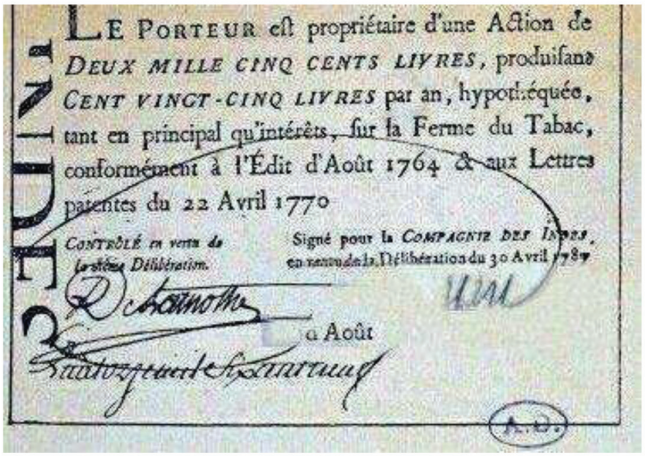


Fig. 45. Acción de la *Compagnie des Indes*, 1770.

5. PECUNIA Y «FIDES PUBLICA»: LAS CÉDULAS DEL BANCO «NACIONAL» DE SAN CARLOS

§ 35. No fue muy feliz la historia del papel moneda que lanzó el Banco nacional de San Carlos[192]. Aprobada la emisión de cédulas o billetes por cincuenta y dos millones de reales en la primera junta de accionistas (20 de diciembre, 1782), a pesar del apoyo oficial, que las aceptó como medio de pago en todas las tesorerías del reino (R. O. de 30 de abril, 1783), no llegó a los veinte millones el circulante en manos del público, y el ritmo de conversión a metálico fue vertiginoso: las bienintencionadas cédulas volvieron a la Caja a la misma velocidad con que salieron de ella. Se ha entendido que su coexistencia con los vales reales –instrumento financiero, como sabemos, retribuido– y el aumento de la plata mexicana subsiguiente al fin de la guerra con Inglaterra conspiraron contra la aceptación de la nueva especie monetaria, pero también debemos valorar la desconfianza popular que inspirarían las cédulas, ajenas a la Real Hacienda y sin más crédito que el inspirado por una institución aún naciente, lo que hubo de contribuir a su corta repercusión.

«Estas, que en otras naciones llevan el nombre de *notas de banco*», rezaba la definición de Canga Argüelles, «son unos billetes ó haré-buenos de grandes ó cortas sumas pagaderas á la vista al portador, que emiten los bancos, las casas de comercio, y aun las tesorerías públicas en pago de sus obligaciones. Se reciben y

192. En general, cf. Florián Ruiz Vélez-Frías, «Apuntes para la historia del papel moneda español. Las cédulas del Banco de San Carlos», en *Cuadernos de historia económica de Cataluña* 6 (1971), 9-25; AAVV, *Los billetes del Banco de España*, 1782-1974, Madrid, Banco de España, 1974, pp. 1-4. En particular, Tortella, *Los primeros billetes españoles*, pp. 49 ss; Tedde, *El Banco de San Carlos*, pp. 76 ss., pp. 238 ss., pp. 251 ss.

circulan en las transacciones mercantiles cuando el que las libra goza de un crédito seguro, el cual estriba sobre la pronta conversion á metálico por el que las ha expedido, en el momento en que se le presentan á el cambio. Las cédulas hacen veces de numerario, animan la circulacion, é influyen en la riqueza pública. Pero para conseguirlo se hace preciso que haya fondos pecuniarios siempre prontos á responder con franqueza al pago corriente de las que se presentaren». Y aunque el célebre hacendista elogiase las cédulas del San Carlos («porque siempre tuvo fondos disponibles con que hacer frente al cambio») tenía que reconocer la fragilidad que arrastraban estos instrumentos en concepto del público: «en el momento en que se retrasare el pago de una sola cédula, se acaba la confianza, vacila el crédito, se agolpan los tenedores pidiendo el reembolso de los fondos que representan sus cédulas, y el banco ó la tesorería perece entre las amargas convulsiones de la bancarrota»[193].

§ 36. Los billetes del Banco tenían a su favor la vocación de servir como medio liberatorio en operaciones cotidianas. Sus denominaciones subían de los doscientos a los mil reales y del nominal inferior se lanzarían 20.000 billetes, justo el doble que los de otros valores. La diferencia con los vales reales (de 600, 300, 150 pesos) era tan acusada que cabría esperar para las cédulas bancarias la mayor aceptación. «Su Majestad mandará se admitan como dinero efectivo en todas sus tesorerías, que las darán en todos los pagos, sin excepción alguna, porque el Banco estará pronto todos los días a recoger y trocar por efectivo las que se le presenten», había prometido Francisco Cabarrús adelantándose a las disposiciones del monarca, y en justa correspondencia con el anuncio y con la inclinación favorable de Carlos III (del conde de Floridablanca) hacia el Banco el pago de los «repartimientos» generados por las acciones comenzó a realizarse en papel[194].

Jurídicamente se trataba de unos sencillos documentos emitidos al portador, abstractos, pagaderos a la vista y numerados, en cuya virtud la entidad emisora se comprometía a convertir en metálico las cédulas presentadas en caja, sin limitación alguna de cuantía:

> N.º [*numeración manuscrita*]. Por R[eale]s [*denominación en cifra*] de vellon. El Banco Nacional de S[a]n Carlos tiene á disposicion del Portador

193. José Canga Argüelles, *Diccionario de hacienda para el uso de los encargados de la suprema dirección de ella*, II, Londres, Imprenta española de M. Calero, 1826, pp. 64-72. Cf. la nota de Alonso Ortiz en su traducción de Smith, *Riqueza de las naciones*, II, pp. 30-31: «[l]a equivalencia legal que tiene la Moneda papel á la de plata y oro depende de la autoridad publica que da la Ley á este instrumento de comercio; pero el reputarse en la negociacion mercantil por un dinero efectivo y seguro estriva en la confianza que el publico llega á concebir de los fondos, sean publicos ó particulares, que aseguran tanto su reduccion á plata ú oro en caso necesario, como el pagamento pronto y efectivo de sus intereses anuales».

194. Cf. *Gazeta de Madrid*, 17 de febrero, 1784, p. 159: «[e]l dia 11 del pasado concurrió la Direccion del Banco Nacional a besar la mano al Rey y Principes N[ues]tros S[eño]res y a poner en sus Reales manos en Cedulas del Banco el repartimiento correspondiente a las acciones con que se sirvieron interesar en el».

> [*denominación en letras*] Reales de vellon, que le pagará siempre que se presente, desde las diez hasta la una del dia, todos los dias del año, exceptuando los festivos. Madrid 1.º de Marzo de 1783».

Seguían autógrafas las medias firmas o firmas de uno de los directores bianuales del Banco, el cajero general y el tenedor de libros de caja y destaca la precisión en el mismo título del horario de canje por los valores metálicos: era el momento previsto en los reglamentos para las operaciones de descuento. A esas alturas, además de las letras de cambio, la práctica mercantil conocía otros instrumentos crediticios, como aquellos *vales* descritos en las Ordenanzas del consulado de Bilbao, simples pagarés transmisibles por endoso con cláusula de valor (cap. 14, nn.º 1-6)[195], o también las llamadas *libranzas* (*ibid.* 14, 7-8) –que «siempre se considera[n] y supone[n]... como... dinero [de] contado»– tan parecidas a las letras: al servicio del comercio interior y con tres o cuatro personajes, comúnmente emitidas a término, unos tiempos más veloces para la aceptación y el pago las diferenciaban de las primeras[196].

¿Hubo más cédulas-billetes en la España de la Ilustración? Creo que no: la única referencia contenida en las recordadas Ordenanzas revela una marcada suspicacia ante los pagos efectuados en papel[197]. En realidad, de unos billetes similares a los del Banco de San Carlos no queda más constancia que el caso –apenas parecido– de los vales reales (§§ 14 ss.); otro intento de reproducirlos, ahora a cargo de la Compañía de Filipinas («creación de billetes de corta cantidad que circulen en las Islas como dinero en la suma de cuatro millones de reales»), no se autorizó, entendiéndose con buenos argumentos (R. O. de 13 de enero, 1793) «ser este un recurso privativo de la Corona en caso de Guerra ú otro mui ur-

195. «Porque se practica entre comerciantes hacer vales por dinero prestado, mercaderías vendidas ó alcance de cuentas corrientes; y en su formacion ha habido algunas variedades, dudas y diferencias; se previene y ordena, que en los tales vales se ha de expresar la cantidad, dónde se ha de hacer la paga, en qué término y á quién, con la fecha y firma entera» (OB 14.1).

196. «Cuando las libranzas expresaren término se deberá contar este desde el dia inmediato al de sus fechas, sin que se pueda gozar de dia alguno de cortesía; y si señalaren dia fijo, se deberá pagar en él, ó devolverlas á sus dueños en el término que va puesto en el número antecedente, bajo la misma pena de que pasando o reteniéndolas mas tiempo pierdan sus tenedores el recurso contra el dador» (OB 14.8). Los estudiosos de los usos mercantiles en Nueva España han considerado que la libranza era una letra más informal y utilizada ante la escasez del metálico: cf. Pedro Pérez Herrero, *Plata y libranzas. La articulación comercial del México borbónico*, México, Colegio de México, 1988, pp. 195 ss.; en p. 222 una definición tomada de un informe elaborado en 1802 por el Consulado de México: por libranzas «se entienden aquellas letras de cambio que se forman y giran sin más fin, premio, ni intereses, que el de que los negociantes y vecinos de un lugar puedan disponer en otro de las cantidades que necesitan para sus negocios». Nada sé de la suerte –si acaso la tuvieron– de las cédulas del Banco de San Carlos en el virreinato.

197. Cuando en una letra se indicase el pago en oro o plata y no en billetes saldar en esta especie la obligación cambiaria daba acciones contra el librador por «el importe del menoscabo que hubieren tenido los... tomadores» (OB 14.8).

gente... por otra parte la Comp[añí]a no destina dinero propio para realizar los billetes y va sobre el supuesto de que se la entreguen los doce millones de obras pías o temporalidades»[198].

§ 37. Las cédulas salieron al mercado en marzo de 1783. En noviembre del mismo año se presentó un «Balance General, y Planos demostrativos de los progresos, y estado actual del Banco Nacional de San Carlos», que uno de sus empleados –nuestra autoridad en cuestiones artísticas, Juan A. Ceán– decoró con el dibujo de una elegante cabecera. Los datos son llamativos: de 2.500 cédulas de 1000 reales que se habían puesto en circulación obraban en caja nada menos que 2.494: solo seis seguían en circulación. Los otros nominales mantenían la tendencia: por ejemplo de los ocho mil billetes de 200 rs. habían sido recogidos 7.837. La prueba del fracaso de la operación financiera resultaba palmaria (puesto que «la opinion publica lenta en sus progresos no ha dado todavía a este arbitrio todo el aprecio a que es acreedor»), y sólo el interés de un puñado de comerciantes en disponer de estos instrumentos hizo que volvieran al mercado unas pocas cédulas de alta denominación (1787), por cierto pronto rescatadas. Tampoco sirvió mucho el intento de sacar los billetes en la plaza de Cádiz[199].

Pero la guerra y sus penurias estimulaban la imaginación. En noviembre de 1794 el ministro Diego de Gardoqui se dirigió a la junta del Banco sometiendo a su consideración «el pensamiento que se había ofrecido más proporcionado al intento de mantener en su valor verdadero los Vales R[eale]s»[200]. Las frecuentes emisiones de vales, la lucha contra Francia y las lógicas dificultades en la llegada de plata aconsejaban «hacer circular diez ó doce millones en cédulas del Banco al portador y sin endoso, desde cien reales hasta mil, subiendo de ciento en ciento, con la calidad de que en el acto de su presentación en la Caxa de este establecimiento habían de reducirse á dinero efectivo». Para el Banco, aparte el cuidado necesario para disponer de billetes según las previsiones originales de Cabarrús[201], convendría también educar la opinión, pues «el público merece que se le respete y se le instruya; y sinó, ¿con qué derecho se pretendería que él se prestase ciegamente á recibir por dinero un papel de cuyo valor y qualidades no tuviere previo conocimiento?»; a ese fin se pensó

198. AGI, Filipinas, leg. 984. También se pidió autorización para emitir más de sesenta millones de reales en vales de trescientos pesos, «como los de tesorería en calidad de moneda instituyendo una caxa de amorticacion», pero «esta pretension de que la R[ea]l Hacienda sea garante de los Vales se ha negado varias veces», aunque «se le dio facultad para crearlos bajo su credito propio».
199. Tortella, *Los primeros billetes españoles*, pp. 66 ss.
200. *Consulta elevada a S. M. por la Junta del Banco Nacional*, cit. Cf. aún Tortella, *ibid.* pp. 75 ss.
201. Cf. *ibid.* p. 26, con alusión a «las formalidades y reglas con que se debían fabricar y expender, no olvidando pedir amplias facultades para los Directores á fin de que tomasen todas las precauciones conducentes á impedir la falsificacion y asegurar el buen éxito de este encargo». Otras innovaciones de forma se presentan *infra* (§ 38).

ofrecer un premio económico (cien doblones) para el escritor que «á juicio de la Junta de gobierno demuestre con mayor claridad las utilidades que redundarán al Estado y al público del libre curso de las cédulas de Banco», pues los literatos «al cabo son los que ilustran y aun puede decirse que dirigen la opinion»[202]. Con la complicidad de la Compañía de Filipinas, los Cinco Gremios y otras casas relevantes a comienzos de 1795 comenzó la colocación de billetes (R. O de 17 de enero). Y por un breve período, depreciados los vales y situada en el Banco la Real Caja de Amortización (R. D. de 26 de febrero-R. C. de 9 de marzo, 1798, art. 11, aunque los empleados corrían a cargo de la Tesorería: art. 16), el papel circulante superó, gracias al canje de vales, los cuatro millones de reales.

§ 38. La tendencia favorable pronto se truncó: «son muchas las cédulas que refluyen al Banco y es necesario que haya el numerario competente para hacer frente a ellas y conservarlas en buen crédito». Estas quejas de Policarpo Sáenz de Tejada, uno de sus directores, expuestas ante la junta de gobierno (21 de noviembre, 1798), evidenciaban la falta de confianza en los papeles del San Carlos –su lema *fides publica* resultaba un deseo tan hermoso como inalcanzable– pero constituían también prueba de la inmadurez general para saludar estas innovaciones. Y probablemente debemos poner en relación el empeño artístico que siempre acompañó a los títulos-valores españoles –de los vales a las acciones, a las cédulas del Banco– con una voluntad estetizante dirigida a compensar la incredulidad financiera de la nación ante esos instrumentos convirtiéndolos en *papeles extraordinarios* y, por ende, apetecibles y apreciables por su calidad material y las firmas de los artistas que los ejecutaban, sobradamente conocidos –a tal fin contribuían las estampas de devoción o la serie de Varones Ilustres– y vinculados a empresas de la Corona.

El tenor de los billetes sólo varió en la denominación. Había sido avanzado ante la junta de accionistas, con otras advertencias formales que parecen antecedente de lo previsto para la Real Compañía de Filipinas (cf. § 33). «La lámina que se abra», manifestó entonces Cabarrús, «debe ser sencilla y con las armas del Banco y el número de puño de algún oficial de la Caja», por ejemplo nuestro amigo Ceán; y tan sencilla resultó que los billetes que conservamos están entre los fondos del Banco de España en un expediente de cédulas falsas[203]. Desde luego, la sencillez prometida (y cumplida) no impidió que las láminas llevaran firma del dibujante y el grabador, escogidos, a sugerencia de Antonio Ponz, secretario de la Real Academia, entre los principales artistas del reinado de Carlos III: Rafael Mengs y Manuel Salvador Carmona (cédula de 200 reales, fig. 46), Rafael Ximeno y Mariano Brandi (cédula de 300 reales), Alberico Mengs y el citado Carmona (cédula 500 reales), Antonio

202. *Ibid.* pp. 32 y 35. No consta que la idea se realizara.
203. Ed. Tortella, *Los primeros billetes españoles*, p. 52; sobre la falsificación, *ibid.* pp. 109 ss.

Carnicero y Juan Barcelón (cédula de 600 reales), Rafael Mengs y Carmona (cédula de 700 reales, fig. 47), Rafael Ximeno y Juan Moreno Tejada (cédula de 900 reales), Antonio Carnicero y Fernando Selma (cédula de 1000 reales, fig. 48)[204]. La orla más hermosa tal vez sea la empleada para este último valor: una leve moldura con guirnaldas en las partes superior e inferior, amén de una filacteria que sobrevuela el escudo del Banco portando el nombre de esta institución, pero el billete de 600 reales, otro dibujo de Carnicero, ofrece un bonito canasto con frutas y flores en simetría con las armas del Banco, lo que contribuye a su originalidad. Los diseños de Rafael Mengs Guazzi –uno de los hijos del celebérrimo pintor bohemio Anton Raphael (1728-1779)– para las denominaciones de 200 y 600 son los más pobres sin merma de elegancia, y aun los más falsificables por la delicadeza –tan imitable– de sus orlas; la modestia del dibujo contrasta en ambos casos con la talla de las láminas, cosa de Manuel Salvador Carmona (1734-1820), grabador de Cámara de los reyes de Francia y España, profesor de grabado en la Real Academia fernandina y sin duda el gran artista de su generación. Finalmente, el pintor valenciano Rafael Ximeno (1725-1825) optó por una orla de calabrotes para la cédula de 900 reales, convertidos en una cinta helicoidal en el billete de 300 (figs. 49-50). Un estrecho colaborador de Cabarrús, Juan Bautista Rossi, se ocupó de buscar el papel más adecuado y seguro para la estampación[205].

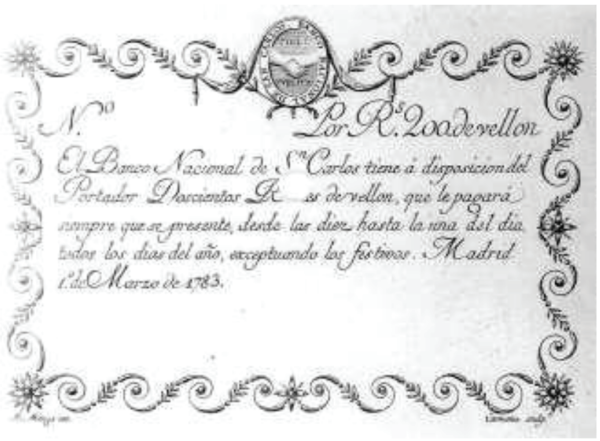


Fig. 46. Cédula de 200 reales.

204. «Aunque tengan otros encargos», ordenó Floridablanca a Ponz, «no se escusen a grabar los billetes del Banco Nacional que se les encarguen, por ser cosa más urgente que las que están haciendo. Y aunque el grabador Texada no tiene encargo alguno del Rey, hágale V.S. la misma mención». Tortella, *ibid.* p. 59.

205. Tortella, *Los primeros billetes españoles*, pp. 59 ss. Se contrató el papel en la fábrica de José Lloréns, de Capellades (Igualada).



Fig. 47. Cédula de 700 reales.

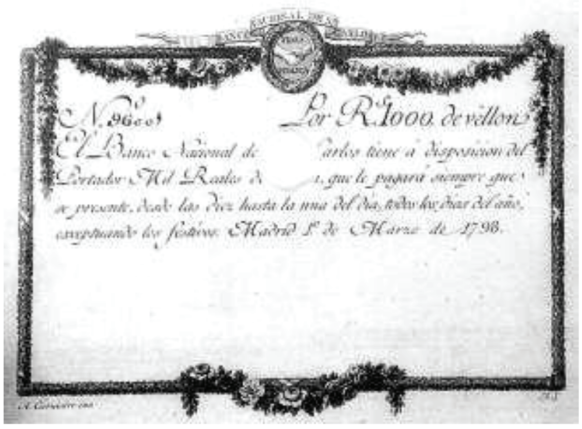


Fig. 48. Cédula de 1000 reales

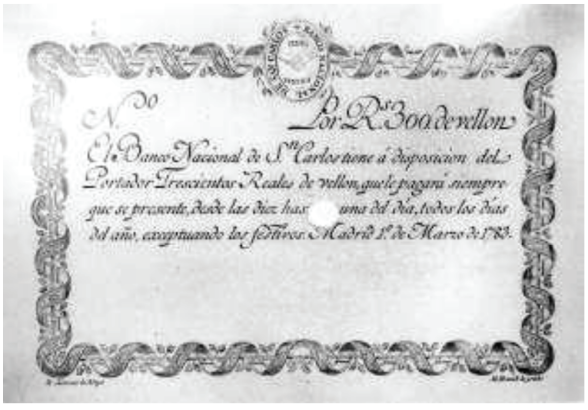


Fig. 49. Cédula de 300 reales

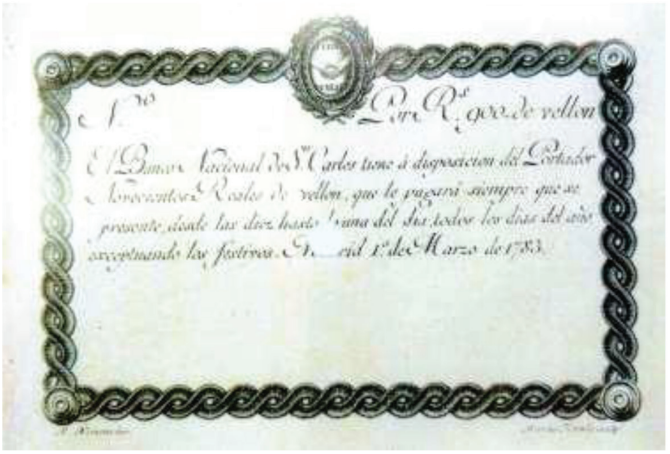


Fig. 50. Cédula de 700 reales.

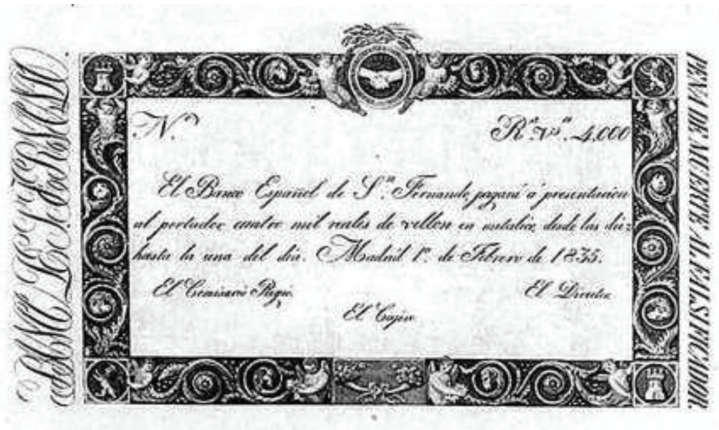


Fig. 51. Billete de 4.000 reales del Banco de San Fernando (1835).

Lo mismo que los diseños, el tamaño de las cédulas bancarias fue casi homogéneo: entre 140 y 146 mm de alto por una anchura media de 203 mm. Como un rasgo original –algo aún desconocido en Europa, y ciertamente cargado de futuro– cada valor se singularizó mediante tintas de diverso color: negro (200 rs), azul (300 rs), teja o anaranjado (400 rs), verde (500 rs), amarillo (600 rs), violeta (700 rs), morado (900 rs), encarnado (1.000 rs). Desde el punto de vista gráfico, dominaron los diseños neoclásicos con la sola decoración de las armas del Banco en cabecera: un óvalo con dos manos entrelazadas y la leyenda-deseo-invocación FIDES PUBLICA[206]. El fracaso de la maniobra bancaria no significó la merma

206. Pasó a las armas nobiliarias de Cabarrús: corona condal, dos estrellas y un ancla de plata sobre fondo de gules y un medallón, también de plata, con dos manos entrelazadas: cf.

artística de las estampas, pues varias décadas después el Banco de San Fernando, heredero legítimo del San Carlos (R. C. de 9 de julio, 1829), emitió un papel moneda –de tenor más amenazante: «Pena de muerte al falsificador»– que guarda con las cédulas dieciochescas una continuidad llamativa (*supra* fig. 50).

Para la tentativa de 1795 el Banco propuso a la Corona introducir en las cédulas nuevas exigencias formales. Manuel Sixto Espinosa informó a la junta sobre «lo escasas [que] eran las noticias y luces q[u]e se tenian acerca de la actual existencia de las cédulas con la especificacion conveniente, y la poca formalidad con la que se custodiaban ellas mismas, sin saberse à punto fixo donde paraban las láminas y el papel sobrante, siendo así que debia ser mucho, respecto de haberse mandado fabricar para cien mil cédulas y de constar q[u]e solo se estamparon cincuenta y ocho mil»[207]. Pero no estarían las cédulas tan perdidas cuando se entendió que las mismas servirían para cumplir con los deseos de la Corona; a pesar de todo, el Banco estimaba preferible estampar otros billetes con limitación de colores y valores: los nominales de 200, 300 y 1.000 reales eran suficientes para cualquier combinación útil al comercio. Un bando público anunció la operación de canje de vales por billetes «baxo la inviolable condicion de haber de reducirlos á efectivo á medida que lo necesiten sus dueños»; el compromiso se reforzaba además gracias a un clásico negocio mercantil, pues «[e]sta apreciable circunstancia irá expresada en los endosos de los vales mismos, los quales han de llevar las firmas de los Directores Generales del establecimiento»[208]. En 1798 se realizó otra impresión de los valores más demandados con empleo de las viejas planchas, retocadas en la fecha; la estampación se realizó en la Real Calcografía –esa casa funcionaba con satisfacción general desde hacía una década (§ 13)– y sabemos que intervino cierto Recarte. Pero la emisión no salió al mercado[209].

El nombre de Recarte aparece en el informe que elevó la Calcografía al Banco de San Carlos cuando, a inicios del nuevo siglo, hubo sospechas sobre varias cédulas de doscientos reales. «Habiendolas hecho reconocer por D. Nicolas Barsanti y otros peritos, cotejandolas al mismo tiempo con una cedula verdadera, contestaron todos en que en efecto eran falsas, así en la orla y en el papel como en sus firmas, sin quedarles duda alguna»; procedía, en fin, ordenar el comiso de los billetes falsos pero con discreción, pues «anunciarlo al público, por mas que se disimulase el motivo, podia producir una sensación perjudicial al credito de las mismas cédulas». Como se trataba de papeles de 1783 el Banco aprovechó la cir-

Instituto Salazar y Castro, *Elenco de grandezas y títulos nobiliarios españoles*, Madrid, Revista Hidalguía, 2001, p. 196.

207. Archivo del Banco de España (ABE), Secretaría, caj. 1131.

208. *Ibid.*, con el texto y la R. O. de 12 de enero, 1795.

209. *Consulta elevada a S. M. por la Junta del Banco Nacional*, pp. 35 ss.; Tortella, *Los primeros billetes españoles*, pp. 99 ss. Los gastos por los nuevos billetes subieron a 3.525 reales; la primera y fundamental emisión de 1783 había costado más de 39.000 (por «nueve laminas dobles, su grabado y estampado, mas el importe del papel»), p. 134.

cunstancia para reprochar veladamente al gobierno que no hubiera autorizado desde el principio la salida de nuevos billetes[210]. Las faltas de custodia («increíble desorden con que han sido manejadas [las cédulas] desde su creacion»), el desajuste en los recuentos y la ignorancia de las características de las estampas siempre fueron problemas internos: «[e]n ninguna de las exposiciones é informes q[u]e he visto y se han hecho acerca de este papel moneda», leemos en un estado de 1803, «se dicen los caracteres que distinguen las Cedulas falsas de las legitimas, y podria convenir se hiciere para conocer estos defectos quando se tratase de una nueba circulacion, por q[u]e no faltando en la Cedula que debia admitar la Caxa, sin ninguna responsabilidad, la contraseña estampada en su dibuxo, la marca del papel inventada en los moldes que se hicieron para su fabricacion, y la toma de razon en los libros que constan de reglamento, no es facil discurrir q[u]e circunstancia ha habido en esta falsificacion para que desapareciese esta responsabilidad... particularmente en la clase de las de á 500 r[eale]s que son precisamente las de mas difícil imitacion»[211]. El arte del grabado podía aplicarse al servicio del dinero; quienes manejaban los papeles debían de asumir, sin embargo, que conocer las técnicas y secretos del primero resultaba imprescindible para que se recibiera públicamente, como signo efectivo de riqueza, una bonita estampa carente de valor intrínseco.

6. CONCLUSIÓN

§ 39. «Aunque el Villete tenga entre todos los Papeles la maior semejanza a la Moneda, se diferencia esencialm[en]te; porque aquel representa una cantidad segura; pero no transmite valor alguno; y la Moneda si; supone la seguridad mas probable de su Pago al Portador; pero es una promesa, y el dinero un pago real. El valor de la plata en masa es mas antiguo que la Moneda; y el Papel nunca se há tenido por real, y verdadero»[212]. Suspendida entre promesas y papeles, la exposición sobre el crédito que Martín Gómez de Villalaz dirigió a sus colegas de la

210. ABE, Secretaría, caj. 1132. «Como S. M. no convino segun propuso la misma Junta en que se creasen nuevas cedulas sino que se hiciese uso de las antiguas, subsistio la misma rutina que se había observado hasta entonces», exposición de la dirección del Banco a la junta de gobierno, 29 de abril, 1802. Se propuso finalmente la solución más drástica, esto es, recoger todos las cédulas del indicado valor, pues como «hay otro papel de igual naturaleza que todos tienen precision de admitir, qual es el de las cedulas de la Caxa de consolidación [de los vales] no es posible que las del Banco tomen la estimacion que antes tuvieron, porque á nadie se puede obligar que las admita, ni convendría el solicitarlo... no corriendo las cedulas con credito, lejos de producir al Banco alguna utilidad su circulación... le acarrearía perjuicio por la falsificacion que se podría hacer de las cédulas tan perfecta que no se advirtiera».

211. Cf. «Entrada y salida de Cedulas del Banco en su Caxa general desde 21 de Mayo de 1783 hasta 31 de Diciembre de 1802», por Joaquin de Cifuentes, 25 de noviembre, 1803. En ABE, Secretaría, caj. 1132. Cf. también *ibid.* caj. 1009, sobre sustracción de vales por Félix M.ª Enciso, oficial de la tesorería.

212. *Ibid.* caj. 1132.

junta de gobierno del Banco de San Carlos (13 de abril, 1803) supo poner el dedo en la llaga: «no existe crédito donde falta seguridad».

Y seguridad, desde luego, no sobraba en las Españas desde que el trono pasó de Carlos III a su refinado hijo Carlos IV. Las guerras contra Francia dieron paso a una dudosa paz que convirtió la vieja monarquía católica en un protectorado napoleónico. Caídos en desgracia, los grandes personajes del gobierno *activo* –de Campomanes a Floridablanca, al conde de Aranda, a Jovellanos– cedieron el paso a nuevos ministros, no siempre dotados de las mismas capacidades: la venta forzosa de fondos eclesiásticos y su imposición onerosa en una caja pública para sostener el curso de los vales, de tan amplia repercusión americana, fue el comienzo del fin que llevó a la independencia de la España indiana. Por esas fechas el inesperado ataque británico a *La Mercedes* (1804) acarreó otra pérdida de plata colonial pero, sobre todo, obligó a declarar la guerra; en el giro de unos meses nada quedó de la armada española. La ocupación francesa y el desgarre de la nación hizo el resto[213].

§ 40. No hubo seguridad y, por lo tanto, falló el crédito. Entre la antigua *fe-virtud* que documentaron las estampas y la nueva *fe-confianza* que palpitó en los títulos medió un salto de época que sólo llegó a España de modo menos que perfecto. Desde luego, la clase mercantil confiaba en los colegas de profesión: mas sobraban las misteriosas letras de cambio para satisfacer las exigencias del negocio. También eran suficientes las fórmulas tradicionales de asociación –*societas mercatorum*– si se quería emprender negociaciones que superasen los recursos de un comerciante individual. Y ahí residía entonces el problema: ese viejo *crédito mercantil* todavía no cuajaba como flamante *crédito público*. Mientras el dinero y su representación en papel siguieran siendo una cosa de comerciantes, los intentos *oeconómicos* por inundar la nación española (artistas, militares, mayorazgos, viudas, pueblos, conventos, comunidades de indios, pósitos, obras pías) con instrumentos financieros (vales, acciones, billetes) tenían que conducir, inevitablemente, al fracaso: tan sólo desde la utopía ilustrada se pudo imaginar que un pintor de Cámara sería fiel a sus inversiones en acciones, que el tenedor de una cédula

213. Gérard Dufour, «La historiografía francesa y la guerra de la Convención», en Studia historica-historia moderna 12 (1994), 17-22; Gisela von Wobeser, «Gestación y contenido del Real Decreto de consolidación de vales reales para América», en Historia mexicana 51 (2002), 787-827; Enrique Rúspoli, Godoy. La lealtad de un gobernante ilustrado, Madrid, Temas de Hoy, 2004; AAVV, El bicentenario de Trafalgar en el Ateneo de Cádiz, Cádiz, Ateneo, 2008; AAVV, Floridablanca, 1728-1808. La utopía reformadora, [Murcia], Región de Murcia, 2008; Pedro J. López Correas, 1794. El destierro del conde de Aranda, sus memorias, Épila (Zaragoza), P. López, 2013; Esther P. Martínez, «El último viaje de la Mercedes», en Revista Española de Defensa 27 (julio-agosto 2014), 56-61; Ángela Gracia Menéndez, Gaspar Melchor de Jovellanos. Crítico, reformador y humanista ilustrado, Bern, Peter Lang, 2015; Cecilia Landa Fonseca, «El impacto de la consolidación de los vales reales: los efectos en Querétaro y La Habana (1804-1809)», en Temas americanistas 35 (2015), 12-36.

bancaria la cedería a otro sin problemas, ambos con la credulidad necesaria para resistir la tentación de ir a la caja del Banco –«desde las diez hasta la una del día»– para convertir su valor en monedas de oro y plata; en fin, que el dueño de un vale de 600, 300 ó 150 pesos procedería cada año a la renovación de su título a la espera del día venturoso cuando el Tesoro redimiera la obligación.

Tras los sucesos de 1808 y con Cabarrús al servicio de la nueva dinastía el Banco de San Caros funcionó –como pudo– en el Madrid afrancesado y en el Cádiz patriota[214]. Acabada la guerra y convertidas las Indias en polvorín no había esperanza de prosperidad material en una España destrozada: mientras que «[e]n las guerras anteriores, el comercio y la industria padecían mientras duraban las hostilidades», ahora reconocía la dirección del Banco «que llevamos cuatro años de paz y que lejos de haberse restablecido el comercio, ha decaído hasta un grado increíble, y se ha paralizado de tal modo, que ni los capitalistas hallan donde emplear sus fondos, ni los comerciantes se atreven a especular en ninguna especie de negocios»[215]. Sin beneficios que llegasen por la exportación de plata, sin la administración del Real Giro y con un notable deudor –el Estado– que debía cantidades superiores al mismo capital, el Banco carolino apenas cubría los gastos de establecimiento; al final, ese magnífico deudor se limitó a agradecerle los servicios y a exigirle la inversión de lo poco que restaba en acciones del Banco de San Fernando (R.O. de 10 se septiembre, 1829).

Tampoco fue halagüeño el destino final de la Compañía de Filipinas. El horizonte de comercio con América se frustró con las revoluciones atlánticas. La deuda de la Corona con la Compañía no dejó de aumentar, y nadie como Francisco de Goya, aquel pintor-accionista que no tardó demasiado en endosar sus acciones del Banco de San Carlos, logró representar el declive, institucional y comercial, de esas imponentes estructuras (fig. 52). «En su medio siglo de existencia», ha escrito la principal cronista de esta Real Compañía, «vio suceder en el Trono a cuatro monarcas, presenció dos guerras con la Gran Bretaña, y otras dos contra Francia, siendo una de ellas la lucha del pueblo español por su independencia; asistió a la emancipación de América, y conoció profundos cambios ideológicos y políticos en España. Inspirada por la doctrinas económicas del s. XVIII, sino a morir a consecuencia de las ideas del liberalismo económico de la siguiente centuria»: parece casi imposible que una empresa mercantil –aunque tal condición se refutara: «esta Compañía ni es comerciante, ni es marinera, ni es nada», se dijo en las Cortes del Trienio– resistiera mucho más tiempo en esas condiciones. Abolidos sus privilegios (1820) y finalmente suprimida por R. D. de 6 de septiembre, 1834, se liquidó, no sin sobresaltos, en los años sucesivos[216].

§ 41. A partir de entonces los títulos de esas grandes compañías se convirtieron

214. Tedde, *El Banco de San Carlos*, pp. 293 ss (Madrid), pp. 308 ss. (Cádiz).
215. *Ibid.* p. 320. Sobre el fin del Banco, pp. 350 ss.
216. Díaz-Trechuelo, *Real Compañía de Filipinas*, pp. 140 ss.

en objeto de colección: su forma artística triunfó sobre la sustancia jurídica. Los vales reales –en vertiginoso aumento a partir de la guerra con la Convención– tuvieron curso forzoso (R. C. de 17 de julio, 1799) cuando, o precisamente porque, su depreciación rozó el cincuenta por ciento; aunque en 1802 aún se insistía en la renovación anual quedaron, en la práctica, abandonados a su suerte, y en tiempos de las Cortes de Cádiz apenas mantenían un resto ínfimo del valor nominal. Ni siquiera los conservamos en número suficiente como para excitar, con sus elegantes diseños, el apetito de los coleccionistas. Los billetes tampoco sobrevivieron a las convulsiones de la nación española, y tuvo que pasar un siglo para que se hiciese habitual recurrir a la moneda fiduciaria[217].

Piezas de colección: bellas estampas de talla dulce, procedentes de otra época. La singularidad artística de estos títulos-valores –los más hermosos en la Europa ilustrada– debe ser interpretada como un recurso excepcional para lograr la confianza del público en unos instrumentos de dudosa aceptación; los billetes del San Carlos se ganaron la palma del escepticismo nacional. En cualquier caso, también las artes del grabado sufrieron con los cruentos avatares del cambio de siglo. Los premios de la Real Academia, esa vía natural de promoción de los artistas españoles transitada desde Fernando VI, se interrumpieron en 1808; pasaron más de veinte años hasta su restablecimiento. Sin fondos a causa de la guerra, tampoco fue más dichosa la causa de las pensiones en el extranjero[218]. Los grandes artistas del buril fallecieron sin apenas sustitutos: en 1810 se fue Fernando Selma, el discípulo más aventajado de la Academia: «solo los desastres de su patria», lamentó la *Gazeta* (8 de febrero, 1810), «interrumpieron y cortaron en los ultimos meses de su vida su constante alegría natural. Quando copiaba el retrato de algun español ilustre se atareaba en él con tal placer que no sabia despegarse de la lámina». Su maestro –lo fue en realidad de todos– Manuel Salvador Carmona (1734-1820) le sobrevivió diez años; «restaurador del grabado en dulce hacia la mitad del siglo XVIII»[219] dejó más «de 300 las láminas que grabó de historia, devocion y otras, sin incluir en este número otras tantas y más de retratos en pequeño, escudos de armas, billetes para visitas, etc., habiendo manejado el buril hasta la avanzada edad de 84 años» (*Gazeta*... 10 de marzo, 1821).

La enseñanza del grabado de láminas pasó a manos de Blas Ametller, pero ya no había vales, acciones ni cédulas: *conceptos* de *títulos-valores* que necesitasen aquella excelente *imagen* que sólo aportaba la *creación artística*.

---

217. Juan Sardá Dexeus, *Escritos (1948-1980)*, Madrid, Banco de España, 1987, pp. 81 ss. sobre vales, pp. 179 ss sobre el sistema fiduciario y la consolidación del papel como medio de pago.
218. *Distribución de los premios*... 1832, pp. 30 ss. Pero este documento ilustra, en general, del período oscuro que atravesó la Academia entre 1808 y los finales del reinado de Fernando VII.
219. *Ibid.* p.79; para la necrología de Selma, pp. 103 ss. En general, Juan Carrete Parrondo, *El grabado a buril en la España Ilustrada. Manuel Salvador Carmona*, Madrid, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1989.

APÉNDICE DOCUMENTAL

§ 42. Testamento de José Asensio y Torres, grabador de Cámara[220].

Testam[en]to otorgado p[o]r D[o]n Josef Asensio y Torres, Gravador de Camara de S.M. p[o]r el q[u]e instituye Herederos a sus dos hijos D[o]n Josef, y D[o]n Vicente, habidos en su Matr[i]m[oni]o con D[oñ]a María Manuela Oviedo y Gonzalez, ya difunta.

En 11 de Enero de 1809.

En el Nombre de Dios todo Poderoso, Amen. Sea notorio â quantos el presente Ynstrum[en]to fuere manifiesto, como Yo D[o]n Josef Assensio y Torres, Grabador de Camara de S. M. vecino de esta Villa de estado Viudo de D[oñ]a Marîa Manuela Oviedo y Gonzalez, natural de la ciudad de Valencia, ê hijo legitimo y de leg[iti]mo Matrimonio de D[o]n Fran[cis]co Assensio y Mejorada, y de D[oñ]a Fran[cis]ca Torres y Ribes, ya difuntos, naturales q[u]e fueron, el primero de Fuente de la Encina, en la Alcarria, y la segunda de d[ic]ha Ciudad de Valencia: Hallandome bueno, fuera de cama, en mi sano, cabal juicio, memoria, y entendim[ien]to natural, y creyendo como firmem[en]te creo en el Alto, ê incomprènsible Misterio de la Beatissima Trinidad Padre, Hijo, y Spiritu-Santo, tres Personas, que aunque realm[en]te distintas, tienen los mismos Atributos, y són un solo Dios verdadero, y en todos los demás Misterios, Articulos, y Sacram[en]tos que tiene, crée, confiesa, y nos enseña nuestra Santa Madre la Yglesia Catholica Apostolica romana, en cuya verdadera fe y creencia he vivido, y protesto vivir y morir como Catholico Christiano: tomando por mi Yntercesora y Protectora â la siempre Inmaculada Reyna de los Angeles Maria S[antissi]ma Madre de Dios Hijo, y Señora nuestra; y por Abogados y medianeros â el Santo Angel mi Custodio, los de mi Nombre, especial Debocion, y demás de la Corte Celestial p[ar]a que impetren de mi Señor y Redentor Jesu-christo, que por los infinitos meritos de su preciosísima Vida, Sagrada Pasion y Muerte, perdone todas mis culpas, y lleve mi Alma â goza de su Beatifica presencia entre sus Escogidos. Siendo la muerte natural y precisa â toda humana criatura, ê incierta su hora, con el objeto de estar prevenido quando se verifique con la posible Disposicion, relativa también á el descargo de mi conciencia, otorgo, hago, y ordeno mi testam[en]to y ultima voluntad en la forma siguiente.

Lo primero, encomiendo mi Alma â Dios n[uest]ro señor, que de la nada la crió, y el Cuerpo mando á la tierra de cuio Elemento es formado; el qual hecho cadáver quiero sea amortajado con el Abito de N[uest]ra Señora del Carmen de la Antigua y regular observancia, y conducido â la Yglesia Parroquial de que fuese feligrés, por quatro Pobres del Ave-Maria del Hospital de esta Corte, y en

220. AHPM leg. 22375, fols. 7-10. 1809, enero 11. Madrid.

su defecto, por otros que se busquen y proporcionen del Barrio, dandelos la Limosna que estimasen los testamentarios que adelante nombraré, siendo el Entierro con Misa Cantada de Diacono y subdiacono, Vigilia y Responso, y por todo ello se pagarán los Derechos acostumbrados, pues asi es mi voluntad.

Tambien lo és, el que por mi Alma é intención se celebren tres Misas rezadas, la una por el s[eñ]or Parroco de la Yglesia donde acaeciere mi fallecim[ien]to: la segunda en el Combento de Sancti-Spiritu del Monte en el Reyno de Valencia distante quatro leguas de d[ic]ha Ciudad; y la tercera se dirá por el Sacerdote mas Pobre y necesitado de la Yglesia Parroquial de S[a]n Lorenzo de la misma Ciudad, dandose por cada Misa de las tres sobredichas, la Limosna de una onza de oro, ô trescientos y vente reales de v[ell]on.

A las Mandas llamadas vulgarm[en]te forzosas, que son los Santos Lugares de Jerusalen, Redencio de Cautibos Christianos, y R[eale]s Hospitales General y Pasion de esta Corte quiero se dé la Limosna de veinte rea[le]s de v[ello]n por una sola vez, y p[ar]a que se distribuyan por iguales partes entre todas.

Si dejase alguna Memoria con fecha posterior â la de este Instrumento, firmada de mi mano, mando se guarde y cumpla su contenido, teniéndose por parte precisa de mi ultima voluntad, y protocolizándola en el mismo para q[u]e siempre conste, é inserte si fuese necesario, en las Copias que se ofrecieren.

Nombro y elijo p[o]r mis Albaceas y testamentarios, al presente Ess[criba]no de S. M. y â D[o]n Torquato Torío de la Riba escritor de Privilegios, de esta vecindad, y â cada uno insolidum, cuio encargo les ruego acepten, pues para su desempeño les confiero las mas amplias facultades q[u]e el Derecho me permite, â efecto de que executen y ordenen quanto dejo prevenido, y contenga la Memoria sobredicha, si la formalizase, dentro del termino legál, ô del que huvieren menester prorrogándosele sin limitaciones.

Y después de cumplido y satisfecho lo que dejo ordenado, en el remanente de todos mis Bienes, Caudal y Efectos, Muebles, Raizes, derechos y Acciones presentes y futuros que me pertenecen, y puedan corresponder por cualquier titulo, motivo ô concepto asi en esta Corte, como fuera de ella, instituyo y nombro por mis unicos y universales Herederos â mis dos Hijos legitimos, habidos en mi Matrimonio con la enun[cia]da mi difunta Consorte D[oñ]a Maria Manuela Oviedo y Gonzalez, llamados D[o]n Josef, y D[o]n Vicente Assensio y Oviedo, ambos Parvulitos, para que lo gocen, lleven y hereden por iguales partes con la Bendicion de Dios n[uest]ro Señor, y la mia Paterna. Y en atención â la minoría de edad en que están constituidos los expresados mis dos Hijos, siendo preciso, y obligatorio atender â el cuidado de la conservación y aumento de sus Bienes y principal[en]te â su buena educación, y crianza, y que en ella se les inspire los sentimientos de christiandad, Religión y demás que forman el numero de los

hombres de honor y providad. Sin embargo de que viven sus Abuelos Maternos D[o]n Manuel Ignacio de Oviedo, Teniente retirado de Exercito en la Villa de Daymiel en la Mancha, y D[oñ]a Fran[cis]ca Gonzalez, que reside en mi Casa y Compañía de algunos años á esta parte, p[o]r hallarse juridicam[en]te divorciada â consecuencia de la Demanda que contra aquel instauró en el año pasado de mil setecientos setenta y ocho ante el D[octo]r D[o]n Miguel Ochoa y Gonzalez de Asarta, Vicario, y Juez ordinario Ec[lesiasti]co de la Ciudad de Ciudad-Real, y su Partido, y por el oficio del Notario mayor de su tribunal D[o] n Joaquin Gomez Merino, desde cuia época se hallan separados estos Consortes, sin que la difunta mi Esposa, ni su Madre hayan recibido auxilio de ninguna clase p[ar]a la crianza, y educacion de la primera, y subsistencia de ambas, hav[ien]do experimentado de d[ic]ho su Padre, y Consorte respectibe el mas absoluto abandono, como es bien notorio: Por cuyos anteced[en]tes y otros motivos y consideraciones que en mi reserbo, y como cerciorado de las facultades que me conceden las Leyes del Reyno, usando de ellas, nombro y elijo por tutores y Curadores de las Personas y Bienes de los referidos mis dos Hijos Josef, y Vicente, al precitado Ess[criba]no de S[u] M[ajestad] y del Colegio de esta Villa y Corte de Madrid al presente Ess[criba]no D[o]n Josef Ramos y Cerda en primer lugar, y á D[o]n Andres del Peral Dorador de S. M. en segundo, como sujetos ambos de mi entera satisfacción y confianza, y de quienes estoy bien persuadido desempeñaran este Encargo con la Christiandad, desinterés, y providad que les es caracteristica, de que tengo repetidas pruebas que me impelen á su eleccion: Y para su desempeño les concedo quantas facultades en mi residen, relevandoles de fianzas, y suplicando â qualq[uie]r S[eñ]or Juez que con esta precisa calidad les discierna en su tiempo, y caso el cargo de tales Tutores y Curadores, con las amplitudes competentes, sin restriccion alguna, por ser así mi deliberada Voluntad.

Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, Poderes para hacerlos, y demás disposiciones que antes de aora haya formalizado p[o]r Escrito, de palabra, ô en otra forma, para que no valgan, ni hagan fè jurídica, ni extrajudicialm[en]te excepto este y lo que contenga la Memoria de que và hecha mencion, si la dejare, por ser lo que unicam[en]te quiero, y mando se estimen, y tengan por mi ultima, deliberada voluntad; y que valgan por tál en aquella vìa, y forma que mejor haya lugar en Derecho. En cuio testimonio, asi lo digo, otorgo y firmo ante el precitado Ess[criba]no de S. M. y del Colegio de esta Villa y Corte de Madrid â once días de enero de mil ochocientos y nuebe, siendo testigos D[o]n Ramon Suarez, D[o]n Josef Victor Martinez, D[o]n Antonio de Villavicencio, D[o]n Tomas Garcia y Antonio Gonzalez, vecinos los quatro de esta d[ic]ha Villa, y el Garcia del Lugar de Villaverde, y todos resid[en]tes en ella: Y el otorg[an]te a quien Yo el infr[aescrit]o doy fe conozco, lo firmó. =

Entre reng[lone]s = Vecino de esta Villa = Ve. Josef Assensio y Torres (rubricado). Ante mi Josef Ramos Tena (rubricado).

§ 43. Testamento de Fernando Selma[221].

Testamento de Fernando Selma, otorgado con Poder por su viuda D[oñ]a María Manuela Gil en q[u]e se nombra por herederos.

En la Villa de Madrid, á diez y siete días del mes de Enero año de mil ochocientos y diez. Ante mí el Ess[criba]no de S. M. y t[esti]gos, D[oñ]a María Manuela Gil vecina de esta Villa, viuda de D[o]n Fernando Selma en nombre de este y en virtud de Poder que reciprocam[en]te se confirieron en nueve de Mayo del año pasado de mil setencientos noventa y ocho ante D[o]n Juan Antonio de Zamacola Ess[criba]no Real en esta Corte, especial para q[u]e el sovreviniente formalizase el testamento y ultima voluntad del que primero falleciere, segun se lo tenían prevenido y comunicarían en adelante con otras facultades q[u]e de el constan que original me entrega para q[u]e le incorpore á el protocolo de este instrum[en]to à efecto de su mayor validacion y lo hice así cuyo tenor es el siguiente. Aquí el Poder. Concuerda este traslado con el citado Poder original que queda unido al registro de este instrumento de que Yo el Es[criba]no doy fee y a q[u]e me remito. Y la mencionada D[oñ]a María Manuela Gil usando del Poder inserto q[u]e asegura y jura en forma no le está revocado ni limitado en manera alguna y q[u]e tiene azeptado y siendo necesario de nuevo azepta, en su nombre y representacion del citado D[o]n Fernando Selma su Marido, otorga que haze y ordena su Testam[en]to y ultima voluntad con arreglo a lo que la dejó prevenido y comunicado en la forma sig[uien]te:

Lo primero Declara la otorgante que el referido D[o]n Fernando Selma su Consorte falleció el día ocho del presente mes y año de la f[ec]ha bajo del Poder inserto y sin haver dejado Memoria ni otra cosa alguna conzerniente á su disposicion testamentaria: Que fue su voluntad que su Cadaber se amortajara con Abito del Serafico Padre S[a]n Francisco y fuese sepultado en el cementerio q[u]e corresponde à la Parroquial de S[a]n Gines de esta Corte de q[u]e es feligres, celebrandose en esta el funeral con Misa cantada vigilia y responso con asistencia de la clerecía de d[ic]ha Parroquia pagandose el coste de los bienes que dejare; todo lo qual se ha cumplido y satisf[ec]ho como aparece de los docum[en]tos q[u]e asi lo acreditan y obran en su poder.

Ygualm[en]te fue la voluntad de D[o]n Fernando q[u]e por su ultima intencion se celebren treinta Misas rezadas con limosna de quatro reales cada una y que sacada la quarta Parroquial las restantes las distribuyeran sus Testamentarios entre clerigos necesitados a su arvitrio; y la otorgante en nombre del citado

221. AHPM leg. 22594, 5.º, fols. 3 a 8 vto. 1810, enero 17. Madrid.

D[o]n Fernando manda se celebren d[ic]has treinta Misas con la limosna y circunstancias expresadas y q[u]e el importe se abone puntualm[en]te.

Asimismo fue la voluntad de d[ic]ho difunto que a las mandas llamadas forzosas S[an]tos Lugares de Jersusalem, Redempcion de Captivos Cristianos, y â los R[eale]s Hospitales General y Pasion de esta Corte se diesen por una vez seis reales de v[ell]on para todas con igualdad, y la otorgante manda se cumpla este legado por una vez separando a d[ich]as obras pias de qualquier derecho q[u]e podían tener à los bienes del mencionado D[o]n Fernando Selma su Consorte dejando asi cumplido lo mandado en el R[ea]l Decreto q[u]e trata del particular.

También fue la voluntad del propio D[o]n Fernando manifestar que de su Matrimonio con la otorgante quando otorgó el Poder inserto unicam[en]te les havia quedado una niña llamada D[oñ]a María Selma y Gil, la qual murió à muy poco tiempo y despues no habemos tenido otro ningún hijo de forma que sin ellos ha acaecido el fallecim[ien]to de D[o]n Fernando, todo lo qual en n[omb]re de este declara la otorgante para que á su consecuencia pueda recaer lo q[u]e prevendrá en la clausula de institucion de heredera conforme hera la voluntad del citado su Esposo, y a fin de que cause los efectos útiles en las circunstancias.

En el citado Poder el D[o]n Fernando nombró por sus Testamentarios â la otorgante junto con D[o]n Agustin Estevez y D[o]n Joaquín Ballester de esta vecindad con igual facultad y la calidad de insolidum para que despues de su fallecim[ien]to se apoderasen de sus bienes y vendiendo lo necesario en Almoneda o fuera de ella cumplieran lo contenido en el Testam[en]to que se otorgará en virtud del mismo Poder, cuyo encargo les prorrogava por el tiempo q[u]e necesitasen para ello; y la otorgante en nombre del expresado su Marido ratifica y a mayor abundam[ien]to haze de nuevo el Nombramiento ó eleccion de Albaceas y testamentarios de aql en su favor y del D[o]n Agustin Estevez y en lugar del D[o]n Joaquin Ballester q[u]e fallecio antes en D[o]n Rafael Estevez, y cada uno insolidum con las propias facultades q[u]e quedan indicadas y con cuentas puedan ofrecerseles para el desempeño de [roto] y cabal cumplim[ien]to de lo dispuesto en este Testam[en]to bajo la prorrogacion o ampliación del termino q[u]e necesiten aun q[u]e sea mas del prevenido por derecho por q[u]e se le prorroga sin alguna limitacion.

En el Poder inserto el d[ic]ho D[o]n Fernando Selma del remanente que quedare de todos sus bienes y haciendas despues de cumplido y pagado el contenido del Testam[en]to que en su virtud se formalizara Ynstituyó y Nombró por un única y unibersal heredera â D[oñ]a María de Selma y Gil, hija legítima de ambos y â los demas que tuviese del actual Matrimonio por iguales partes librem[en]te: Y la otorgante en nombre del mismo D[o]n Fernando Declara

que mendiante à que se ha verificado su fallecim[ien]to no dejando hijo alguno de su Matrimonio ni haverlos tenido despues de la expresada D[oñ]a María que fallecio de corta hedad como lo deja manifestado anteriorm[en]te, hera su voluntad que la otorgante fuese su única heredera, respecto à no hallarse con otro que lo fuera forzoso; y à su consecuencia d[ic]ha D[oñ]a María Manuela Gil ratificanco como lo haze d[ic]ha institucion de unica y unibersal heredera de los bienes y haciendas que al D[o]n Fernando su Marido podían corresponder ó adquiera en lo futuro sin alguna limitacion lo ha de ser y entenderse del residuo ó remanente q[u]e quede de ellos despues de pagado lo dispuesto en este testam[en]to â su favor y sin carga ni responsabilidad la mas leve y con solo la advertencia de que se encarha de encomendarle â Dios nuestro Señor.

Por el referido Poder inserto el D[o]n Fernando revocó y anuló todas las disposiciones Testamentarias q[u]e con anterioridad hubiese hecho y otorgado en qualquier forma para q[u]e solo valiese en Juicio y fuera de él el Testamento q[u]e se formalizara en virtud del mismo Poder; y la otorgante en nombre de d[ic]ho su difunto Marido hace las propias revocaciones y anulaciones de quantos Testam[en]tos Codicilos y demas disposiciones q[u]e antes del citado Poder tuviese hechas por escrito ó en otra forma para q[u]e ninguna valga ni hg afee en Juicio ni fuer de él sino el repetido Poder inserto y este testam[en]to como ejecutado en desempeño de las facultades que contiene, lo qual y no en otra cosa aluna ha de ser, tenerse y estimarse por la ultima y final voluntad del dicho D[o]n Fernando Selma en aquella via y forma q[u]e mas haya lugar y validacion por derecho: Y la expresada D[oñ]a María Manuela Gil Declara y asegura y siendo necesario jura por Dios n[uest]ro Señor y una señal de Cruz en forma de derecho que lo que lleva ordenado en este Testamento es quanto la dejó prevenido y comunicado el enunciado D[o]n Fernando Selma su Marido y lo mismo q[u]e como su deliberada ultima voluntad quiere ordena y manda se guarde y cumpla sin contrabencion de persona alguna pribando â todos de intentarla y por estre propio hecho se ha de tener por ratificado y aprobado nuevam[en]te este testam[en]to llebandose a puro y debido efecto en todas las partes que compreende sus clausulas y disposiciones, mediante â que el referido difunto no ha dejado Memoria ni otro docum[en]to que pudiera ser conzerniente â su ultima voluntad. En cuyo testimonio la misma D[oñ]a María Manuela Gil así lo otorgó y firmó à quien Yo el Ess[criba]no doy fee conozco, siendo t[esti]gos Antonio Rodriguez, Manuel de Ezquerza, J[ose]ph Delgado, Julian Rodriguez y Francisco Rujero residentes en esta Corte. María Manuel Gil. Ante mi Pedro Nolasco Ezquerza.

[Poder]

En la Villa de Madrid à nueve de Mayo de mil Setecientos noventa y ocho: Sepase por esta Ess[critura] de poder para testar como nos D[o]n Fernando

Selma y D[oñ]a Maria Manuela Gil, consortes, vecinos que somos de esta Corte; yo el dicho D[o]n Fernando natural de la Ciudad de Valencia, hijo lexitimo de D[o]n Manuel Selma, y de D[oñ]a Romualda Portales, difuntos, vecinos que fueron de aquella Ciudad; y yo la referida D[oñ]a Maria Manuela, natural de esta villa de Madrid, hija lexitima de D[o]n Geronimo Antonio Gil, Fiel de la Casa moneda, y Gravador de la misma en Mexico, y de D[oñ]a Magdalena Ramos, vecinos de aquella Ciudad: Estando ambos con entera salud y caval juicio, memoria y entendim[ien]to creyendo y confesando en el misterio de la Santisima Trinidad, y en todos los demas que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Yglesia Catolica, apostolica Romana, en cuia fè y creencia hemos vivido y protextamos vivir y morir, Decimos, que por quanto nos tenemos comunicadas reciprocamente las cosas pertenecientes al descargo de nuestras conciencias, y deseando precaver los acasos que pueden impedir nuestra ultima voluntad con la distincion y claridad que exige materia de tanta importancia, otorgamos de un acuerdo y conformidad, que nos damos y conferimos todo nuestro poder cumplido y especial el uno al otro reciprocamente para que el que de los dos sobreviva, haga, ordene, y otorgue el testamento y ultima voluntad del que primero fallezca, haciendo en el las mandas y legados pios, graciosos, remuneratorios de las raciones, prevenciones y demas cosas que tenga por conveniente, segun nos tenemos comunicado, y nos comuniquemos en adelante, que siendo asi otorgado por el que sobreviva de ambos, desde ahora para quando llegue el caso lo aprobamos y ratificamos por este poder, y queremos que haga fe judicial y extrajudicialmente: Como tambien nos conferimos este poder para que el que sobreviviere disponga del avito, mortaja, entierro, acompañamiento, numero de misas, mandas forzosas, y las demas cosas que en tales casos se acostumbran para lo qual nos prorrogamos el termino que profiere el d[e]r[ech]o, que asi és nuestra voluntad.

Y para cumplir, pagar, y excutar todo lo contenido en el tratamiento que se hiciere y otorgare en virtud de este poder, nos nombramos reciprocamente por testamentarios, para que el que sobreviva de ambos, juntamente con D[o]n Agustin Esteve, Pintor, y D[o]n Joaquin Ballester, Gravador, amigos de toda nuestra confianza, y cada vno de ellos insolidum, dispongan del cumplimiento del testamento que se hiciere en virtud de este poder, cuio encargo prorrogamos quanto fuese necesario.

Y en el remanente qe quedar despues de hecho cumplido y pagado el testamento que en virtud de este poder se hiciere, de todos nuestros bienes, hacienda, muebles, y raíces, efectos, derechos, y acciones habidos y por haver que con qualquiera titulo nos correspondan instituimos y nombramos por nuestra unica y universal heredera en todos ellos à D[oñ]a Maria Selma y Gil nuestra hija lexitima, y á todos los demas hijos fuere habido darnos durante nuestro actual matrimonio, para que lo que asi sea lo hayan y hereden por iguales partes con la vendicion de Dios y la nuestra, y nos encomienden a su divina Magestad.

Y por el presente poder revocamos anulamos y damos por de ningún valor ni efecto todos los testamentos, cobdicilos, poderes para testar, declaraciones de pobre, y demas disposiciones que antes de esta huvieremos hecho por escrito de palabra ó en otra qualquiera forma, que ninguna queremos que valga ni haga fè judicial ni extrajudicialmente, sino este poder para testar, que ès nuestra ultima y final voluntad, ó en aquella via y forma que mas haya lugar. En cuio testimonio asi lo decimos otorgamos y firmamos ante el presente escribano de su Magestad, individuo del Colegio de esta Corte, siendo Testigos D[o]n Pedro Cancio, D[o]n Luis Rodrigiez. D[o]n Juan Santos, D[o]n Pedro Saez, y D[o]n Juan Baup[tis]ta de Arano, residentes en esta Corte. Y los otorgantes, á quienes yo el Ess[criba]no doy fè conzoco firmaron ambos = Fernando Selma = Maria Manuela Gil = Ante mi: Juan Antonio de Zamacola.

Yo el dicho escriban presente fui á su otorgamiento, y en fe lo signo y firmo. Juan Antonio de Zamacola (signo).

La adquisición *a non domino* de bienes culturales

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES ROBADOS EN EL PANORAMA NACIONAL. 2.1. *Delimitación del concepto «bien cultural».* 2.2. *La titularidad de los bienes culturales y régimen jurídico aplicable.* 2.3. *Tráfico ilícito de bienes culturales robados.* 2.3.1. Bienes robados. 2.3.1.1. Adquisición *a non domino.* a. Supuestos en que no procede la irreivindicabilidad. b. Supuestos en que puede plantearse la irreivindicabilidad. c. Condiciones de ejercicio de la acción reivindicatoria. 2.3.1.2. Adquisición por usucapión. 2.3.2. Bienes exportados ilícitamente. 3. LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. 3.1. *Los intereses en conflicto.* 3.2. *La Convención de la UNESCO de 1970.* 3.2.1. El certificado de exportación. 3.2.2. Procedimientos de recuperación de bienes robados al amparo de la Convención. 3.2.2.1. Procedimiento de devolución de los bienes culturales robados y exportados ilícitamente. 3.2.2.2. Procedimiento de restitución de bienes culturales robados. 3.2.2.3. Las diferencias de fondo entre ambos procedimientos. 3.2.3. Diligencia y buena fe en la adquisición de bienes culturales. 3.3. *El Convenio de UNIDROIT de 1995.* 3.3.1. Restitución de bienes culturales robados. 3.3.1.1. Principio general de restitución de bienes culturales robados. 3.3.1.2. Protección en las excavaciones. 3.3.1.3. Plazos para reclamar la restitución del bien cultural. 3.3.1.4. Buena fe y diligencia del poseedor. 3.3.1.5. Pago de la indemnización y reembolso. a. Cuantía de la indemnización. b. Sujeto obligado al pago. c. Los inconvenientes de la indemnización para el propietario original. 3.3.2. Devolución de bienes culturales exportados ilícitamente. 3.3.2.1. El requisito del daño significativo. 3.3.2.2. Plazo de reclamación. 3.3.2.3. La indemnización. 3.3.2.4. La buena fe del poseedor. 3.3.2.5. Las alternativas del poseedor frente a la indemnización. 4. LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS Y EL PANORAMA NACIONAL INTERNACIONAL. 4.1. *La perspectiva internacional.* 4.2. *Normas internacionales y Derecho español.* 5. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 5.1. *El procedimiento de restitución de bienes culturales.* 5.2. *Las carencias de la Directiva de 1993.* 5.2.1. Ámbito de aplicación. 5.2.1.1. Carácter no retroactivo de la Directiva. 5.2.1.2. Bienes protegidos. 5.2.2. Procedimiento de restitución. 5.2.2.1. Plazo de ejercicio de la acción. 5.2.2.2. Legitimación activa. 5.2.2.3. Concepto de diligencia. 5.2.2.4. Carga de la prueba de la diligencia. 5.3. *Las mejoras introducidas por la Directiva de 2014.* 5.3.1. Ámbito de aplicación. 5.3.2. Procedimiento de restitución. 5.3.2.1. Plazo de ejercicio de la acción. 5.3.2.2. Concepto de diligencia. 5.3.2.3. Carga de la prueba de la diligencia. 5.4. *Valoración del Derecho de la UE en la lu-*

cha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

El patrimonio cultural cumple una función esencial en relación con la identidad de un pueblo, su historia o sus tradiciones, y por este motivo, su protección constituye una preocupación común en todos los Estados. Las legislaciones nacionales incluyen normas de protección de los bienes que integran su patrimonio cultural, ya sean bienes muebles o inmuebles, y también lo que se ha conceptuado como patrimonio cultural inmaterial.

En el caso de los bienes muebles se plantean ciertos problemas que no concurren en los demás supuestos. Su naturaleza mueble hace que estos objetos puedan desplazarse por el territorio, más allá incluso de las fronteras de su país de origen, dando lugar a un mercado del arte que alcanza dimensiones internacionales. El interés de los Estados por proteger estos bienes confluye entonces con el interés de los particulares que, atraídos por la belleza artística de estos objetos y por su especial valor, los convierten en objeto de deseo, ya sea con fines especulativos o por el placer de contemplarlos en privado y coleccionarlos, dando lugar a un tráfico de bienes de carácter internacional que mueve elevadas cifras de dinero.

Pero el valor económico que estos bienes pueden llegar a adquirir favorece también el desarrollo de un tráfico ilegal de obras de arte y otros objetos de valor histórico que son robados o exportados ilícitamente y se tratan de enajenar a potenciales adquirentes que, muchas veces, ignoran el origen ilícito del bien[1]. Las dificultades para recuperar estos objetos robados de especial valor y atrapar a los sustractores, unido al elevado valor de estos bienes, hacen que el tráfico ilícito de bienes culturales sea especialmente atractivo[2].

Es fundamental luchar contra este tipo de tráfico ilegal, que en ocasiones está conectado con la financiación de otras actividades ilícitas de especial gravedad y con el blanqueo de capitales, lo que hace que el problema adquiera una dimensión internacional[3]. En este sentido, hay que destacar que el tráfico ilícito

1. Un repaso por algunos casos que han dado lugar a la reivindicación de bienes culturales con una dimensión internacional queda reflejado en Gestenblith, P. y Roussin, L.: «International Cultural Property», *The International Lawyer*, vol. 41, n.º 2, 2007, pp. 613-628.
2. Fox, C.: «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: an Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property», *American University International Law Review* 9, n.º 1, 1993, p. 226.
3. Con relación al blanqueo de capitales, puede citarse por ejemplo la STS, Sala de lo Penal, núm. 508/2015 de 27 de julio de 2015, relativa al «caso Malaya»: «Se trata, por otro lado, de un tipo de adquisición, particularmente el de obras de arte, especialmente propenso para el empleo de dinero ilícito y donde por tanto el riesgo de blanqueo es elevado puesto que, como hemos señalado en otros pasajes de esta resolución, esta actividad, la del

de bienes culturales se ha ido incrementando desde mediados del siglo pasado a raíz de los saqueos, especialmente en lugares y momentos de inestabilidad, dando lugar a importantes expolios al patrimonio cultural de algunos Estados –actualmente, la principal preocupación recae sobre los objetos arqueológicos de Siria, Irak, Egipto, Malí, Libia y Haití– así como los robos de obras de arte a museos y particulares. Este tipo de situaciones justifica la preocupación por la materia y la necesidad de articular mecanismos eficaces en la lucha contra la venta ilícita de estos bienes. Junto a la pérdida cultural que conllevan los robos y los expolios, hay que tener en cuenta los importantes daños materiales que muchas veces sufren las obras cuando son objeto de estas conductas ilícitas. Durante su sustracción o por las dificultades de conservación adecuada mientras permanecen ocultas, es frecuente que estas obras sufran deterioro[4], y prevenir el tráfico ilícito significa también, entonces, preservar los bienes culturales en adecuado estado de conservación.

Existen diversos instrumentos para combatir el tráfico ilícito de bienes culturales a nivel internacional, como son los registros y bases de datos sobre bienes culturales robados y la colaboración policial en la búsqueda de objetos que han entrado en este circuito ilegal, así como los esfuerzos de la INTERPOL en la lucha contra el mercado ilegal de bienes culturales. Hay además desde hace décadas instrumentos jurídicos de carácter internacional que han sido suscritos por un elevado número de Estados como muestra de su deseo por colaborar en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales y que, además, son la base de todos los esfuerzos y la colaboración entre Estados en relación con la protección del patrimonio cultural.

Aunque no cabe duda de que la actuación policial es importante, y que los comportamientos que se desenvuelven en el ámbito del tráfico ilícito de bienes culturales son muchas veces constitutivos de delito, la reacción desde el Derecho privado es esencial en este ámbito. Primordialmente, lo que interesa en estos

comercio de obras de arte, es un mercado poco controlable, ya que la identificación de los objetos a comprar o vender puede ser particularmente difícil, a veces imposible, y en segundo lugar, la valoración de un objeto de arte es muy subjetiva, y en muchas ocasiones es realizada por los propios empleados de las galerías que subastan los objetos de arte».
Además de ello, por apuntar otros ejemplos de actividades ilícitas, existen publicaciones en los medios de comunicación que revelan que el tráfico ilegal del arte es una importante fuente de financiación del Estado Islámico. Cfr., por ejemplo, el diario *El País*, 17 de marzo de 2015:
http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/16/actualidad/1426503662_997774.html
También se ha vinculado con el tráfico de drogas, cfr. Fox, C.: cit., p. 226.

4. En más de una ocasión, el robo de pinturas ha conllevado daños al separar la tela del marco, para su más fácil transporte y ocultación. O en las excavaciones ilícitas no siempre se adoptan todas las cautelas para evitar daños en la extracción. Asimismo, a veces se han robado partes de conjuntos monumentales (capiteles, esculturas, relieves) mediante su disección del conjunto, por citar algunos ejemplos.

casos es la recuperación del bien. En este sentido, debe apuntarse que muchos ordenamientos, el grado de exigencia en relación con la actividad probatoria es muy superior en el proceso penal que en materia civil, por lo que resulta más fácil que prospere la acción civil frente a la penal. Por otra parte, el hecho de que la estimación de la reclamación conlleve la restitución del bien es un potente factor de disuasión del comercio ilícito porque quien adquiere el bien ilícitamente sufre la pérdida del mismo, del beneficio y los gastos de adquisición. De este modo, la adquisición de bienes en el mercado ilegal se hace menos atractiva. En la medida en que en cualquier mercado es la demanda la que impulsa la oferta, si la demanda de bienes en el mercado ilícito disminuye, se reduce también el interés en ofertar este tipo de bienes[5], lo que contribuiría a reducir los robos y saqueos.

Un asunto clave desde la perspectiva del Derecho privado es el relativo a la colisión de intereses entre el propietario original del bien sustraído ilícitamente y la protección del eventual adquirente de buena fe que ha comprado el bien cultural ignorando su origen delictivo. Se trata de una cuestión de Derecho civil que debe ser abordada en profundidad. La regulación interna de cada Estado establece un régimen específico sobre este punto y las disparidades en las soluciones son notables.

Nuestro ordenamiento jurídico, como ocurre en la generalidad de los casos, no ofrece un tratamiento especial de la restitución de bienes robados cuando se trata de bienes culturales, pues la única regulación específica en esta materia se lleva a cabo desde la perspectiva del Derecho público, fundamentalmente la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE)[6]. Como veremos, a pesar de su carácter marcadamente público, esta normativa tiene incidencia también en el régimen de la propiedad privada de los bienes culturales. Fuera de estas restricciones iuspublicistas, la propiedad de los bienes culturales muebles se somete al régimen general de los bienes muebles del Código

5. Prott, L. V.: «Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción», Documento de referencia (segunda edición), *Segunda Reunión de los Estados Partes en la Convención de 1970*, París, 20-21 de junio de 2012, p. 9-10. La importancia y efectividad de atajar el problema desde el Derecho privado, que permite la restitución del bien, frente al Derecho penal, ha sido destacada también, respecto del Derecho estadounidense, por Fox, C.: cit., p. 236. Resalta esta autora la fuerza disuasoria de la restitución del bien en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. La importancia de la recuperación del bien es destacada también en la doctrina española, así, López-Carceller Martínez, P.: *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 93.

6. Tradicionalmente esta materia se ha abordado sólo desde el Derecho público, en base a la idea de que es la Administración pública quien debe velar por conservar estos bienes y hacerlos accesibles al público en general, y por ello se trata de procurar que los bienes de titularidad privada pasen a manos de entes públicos. Sobre la evolución legislativa y perspectivas de reforma, centradas exclusivamente en una visión *iuspublicista* de la materia, García Fernández, J.: «¿Es necesaria una nueva Ley del Patrimonio Histórico Español?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, 2009, pp. 64-71.

civil, sin que la especial naturaleza y valor de los mismos haya merecido para el legislador un tratamiento diferenciado. Así, la restitución de bienes culturales robados se sujeta a las normas generales, y en particular al régimen ordinario de las adquisiciones *a non domino*.

No obstante, más allá de la solución que nuestro Derecho interno pueda ofrecer a la restitución de estos bienes, y sin perjuicio de la valoración que pueda merecer, creo que sólo puede darse una visión global y adecuada del problema si se aborda desde una perspectiva internacional, sobre todo porque es frecuente que estos bienes, una vez robados, sean sacados de las fronteras y vendidos en otro país para dificultar su localización y la identificación de los culpables. Por ello, teniendo en cuenta la problemática a la que nos enfrentamos, sus múltiples implicaciones y el alcance del problema, el objeto de este estudio será abordar el tráfico ilícito de bienes culturales desde la perspectiva del Derecho privado, pero desde una dimensión no sólo nacional, sino internacional del problema.

Como el tráfico ilícito de bienes culturales suele adquirir dimensiones internacionales, los esfuerzos de cada Estado por proteger su propio patrimonio quedan truncados desde el momento en que otros Estados, a los que puedan haberse llevado los bienes culturales, no reconozcan la legislación del primero[7]. Con el fin de evitar que esto suceda, se han elaborado instrumentos internacionales que buscan la colaboración de los Estados en el tráfico ilícito de este tipo de bienes.

El primero de los tratados se realizó con un ámbito de aplicación muy concreto, se trata de la Convención de La Haya para la Protección del Patrimonio Cultural en Caso de Conflicto Armado, de 1954. Pero los que más relevancia tienen, por su mayor ámbito y contenido, son dos instrumentos posteriores: la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales, de 14 de Noviembre de 1970, y el Convenio UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilícitamente, de 24 de junio de 1995, de los que el Estado español forma parte. No obstante, aún hay Estados que no han suscrito estos instrumentos internacionales, lo que constituye un grave obstáculo en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Así, actualmente hay 131 Estados Partes de la Convención de 1970[8], y 37 Estados Partes del Convenio de UNIDROIT de 1995[9].

También se ha ocupado de esta cuestión la Unión Europea, y ya antes la

7. En este sentido, Schneider, M.: «UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review*, 2001-3, p. 477.
8. *http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=S* fecha de consulta: 3 de octubre de 2016
9. *http://www.unidroit.org/status-cp* fecha de consulta: 3 de octubre de 2016. Nótese que 11 Estados han firmado el Convenio pero no lo han ratificado, por lo que no ha entrado en vigor en sus ordenamientos internos.

Comunidad Económica Europea, a través de Reglamento CEE N.º 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales, y posteriormente la Directiva 93/7/CEE el 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. Esta Directiva se ha incorporado a nuestro ordenamiento nacional a través de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre. Más recientemente, se ha aprobado 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, que trata de superar las carencias de la primera directiva y debe ser traspuesta aún en nuestro ordenamiento interno, cuya trasposición al ordenamiento español se ha llevado a cabo mediante la Ley 1/2017.

La complejidad a la que se llega en esta materia puede sintetizarse del siguiente modo:

Por una parte, hay supuestos de tráfico ilícito de bienes culturales que no llegan a salir de las fronteras, aunque son escasos. En ellos se aplicaría únicamente la normativa nacional. Pero más allá de estos casos residuales, lo normal es que el bien circule fuera de las fronteras del país de origen. Entonces, además del robo se producirá una exportación ilícita, regulada en nuestro caso en la LPHE. La recuperación del bien, una vez localizado en el extranjero, dependerá de la norma sustantiva aplicable. Habrá que atender a la legislación de ese Estado para determinar si se reconoce el derecho de propiedad al actual poseedor o al propietario original. Pero si tanto el Estado de origen como el Estado de destino del bien cultural robado son partes en algún tratado internacional sobre la materia, habrá que atender a lo dispuesto en los instrumentos internacionales. También puede ocurrir que un bien cultural robado en otro Estado entre en nuestro territorio nacional y llegue a un poseedor de buena fe. En un principio, sería el Derecho privado español el que determinaría a quién se reconoce el derecho de propiedad. Pero si el Estado de origen del bien ha suscrito los convenios internacionales de los que España es parte, habrá que sujetarse a lo dispuesto en los mismos.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, interesa valorar la normativa española sobre restitución de bienes culturales robados y realizar una comparativa con las normas internacionales y la diversidad de soluciones en el ámbito comparado, para poder realizar una valoración adecuada de nuestras propias normas reguladoras de esta materia.

A la vista de todo lo anterior, el objeto de este estudio se va a centrar en la protección de los bienes culturales robados desde una perspectiva del Derecho privado, básicamente en lo que se refiere a las posibilidades de reclamación de restitución de bienes que han entrado en el mercado ilegal de bienes culturales y, consecuentemente, los obstáculos legales para que quien adquiere un bien de este tipo sea reconocido como propietario. En la medida en que así sea, las nor-

mas que lo establezcan cumplirán una función disuasoria para la adquisición de bienes en el mercado ilegal, lo que contribuye a la lucha contra el mismo como una herramienta más junto a los esfuerzos policiales y del derecho penal. No obstante, como veremos a lo largo de este trabajo, la concurrencia de intereses diversos hace que la solución a estas cuestiones no siempre sea sencilla y, quizá, la regulación de esta materia sea susceptible de mejora.

Desde un punto de vista sistemático, la primera de las cuestiones a tratar será la regulación nacional de esta problemática y posteriormente su dimensión internacional, distinguiendo las diferentes normas que regulan la materia y que vinculan a Estados distintos según sean partes o no en el concreto tratado internacional (Convención de la UNESCO de 1970 y Convenio de UNIDROIT de 1995). Finalmente, se abordará el régimen especial que se aplica en el ámbito de la Unión Europea a través de las normas que se han ido dictando en esta materia.

2. EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES ROBADOS EN EL PANORAMA NACIONAL

2.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO «BIEN CULTURAL»

Antes de abordar el régimen jurídico de la restitución de bienes culturales robados, es preciso delimitar el objeto de esta materia. Es decir, se trata de determinar qué tipos de bienes están incluidos en la noción de bienes culturales.

Existen determinados bienes que por su especial valor vinculado a la cultura de una sociedad merecen una protección especial. Ese valor puede venir determinado por su interés artístico, histórico, arqueológico, bibliográfico, antropológico, etc. En definitiva, un valor que se asocia con la cultura, historia o tradición de un pueblo. Sin embargo, la ley estatal que regula la protección de este tipo de bienes (LPHE) no utiliza el término «bienes culturales», a pesar de ser la terminología internacionalmente admitida en esta materia y empleada también por parte de la doctrina española[10].

Dentro de los bienes culturales se encuentran elementos de naturaleza muy variada, de carácter mueble o inmueble. Pueden considerarse bienes culturales, por ejemplo, los edificios, obras de ingeniería civil, pinturas, esculturas, mobiliario, tapices, cerámica, documentos, etc. La amplia variedad alcanza incluso a bienes inmateriales (patrimonio cultural inmaterial) como pueden ser ciertas tradiciones o festejos populares. De todo ello, el presente trabajo se limita a los bienes muebles culturales.

La delimitación de los bienes muebles que pueden ser considerados bienes culturales es importante porque sólo ellos están sujetos a la regulación específica

10. Por ejemplo, Carrancho Herrero, M.T.: *La circulación de bienes culturales muebles*. Madrid, Dykinson, 2001, pp. 26 y ss.

sobre la materia. Sin embargo, esa cuestión queda precisada en términos muy generales en la ley. De acuerdo con el art. 1 LPHE, podemos distinguir tres categorías de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español: los bienes de interés cultural (BIC), los bienes incluidos en el Inventario General (BIG) y bienes que no están incluidos en ninguno de los dos anteriores pero son de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, además del patrimonio documental y bibliográfico (también se incluyen en el Patrimonio Histórico Español los yacimientos y zonas arqueológicas y los sitios naturales, pero no nos referimos a ellos por su carácter inmueble, y el patrimonio cultural inmaterial). La declaración de un bien como BIC se lleva a cabo siguiendo el procedimiento previsto en los arts. 9 y ss. LPHE. Esta categoría se reserva para los bienes culturales de más valor, que quedan sometidos a un régimen de «singular protección y tutela» (art. 9.1 LPHE). Una categoría algo inferior pero también relevante es la integrada por los BIG (bienes «no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia»), de acuerdo con el art. 26 LPHE. Los bienes incluidos en ambas categorías quedan sujetos a un régimen especial, muy intervencionista, con una finalidad de protección y para el disfrute general de este tipo de bienes[11]. No obstante, podría ocurrir que un bien reúna el valor cultural suficiente para ser BIC o BIG pero no forme parte de estas categorías porque nadie haya solicitado la incoación del procedimiento. También entonces nos encontraremos ante un bien cultural, aunque falte la declaración formal prevista en la ley, tal y como defienden la doctrina[12] y la jurisprudencia[13]. Sin embargo, la falta de declaración formal puede contribuir a eludir la aplicación de ciertas normas, por ejemplo en relación con la autorización de exportación.

El concepto de bien cultural es muy amplio y no queda restringido a los bienes con este valor cultural especial[14]. En realidad, cualquier bien que reúna alguno de los intereses anteriormente mencionados (art. 1.2 LPHE) será considerado bien cultural, y no sólo los BIC y los BIG. Pero aun partiendo de esta noción general de bienes culturales, no todos los bienes culturales están sometidos al

11. Este régimen intervencionista implica la imposición de una serie de obligaciones y restricciones al propietario que ha llegado a ser calificada como «efectos negativos de la declaración» de BIC o de BIG. Cfr. Anguita Villanueva, L. A.: *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Madrid, Dykinson, 2.ª edición, 2006, pp. 102 y ss.
12. Alonso Ibáñez, M. R.: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*. Madrid, Civitas, 1992, pp. 204-208; Carrancho Herrero, M.T.: cit., pp. 29-31.
13. Por ejemplo, la STS, Sala de lo Penal, núm. 189/2003, de 12 de febrero (RJ 2003, 1087), consideró que determinados libros e incunables pertenecen al patrimonio bibliográfico español, aunque no reúnan los requisitos formales de orden administrativo establecidos en la LPHE con base en el art. 46 CE, que encomienda a los poderes públicos la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España «cualquiera que sea su titularidad», lo que fundamenta una interpretación amplia de la consideración de un bien como de interés cultural, histórico o artístico.
14. Sobre la amplitud que tradicionalmente se ha dado a este concepto, cfr. Carrancho Herrero, M.T.: cit., pp. 15 y ss.

mismo régimen jurídico, porque la relevancia o el valor cultural de los mismos no siempre son de la misma intensidad, y en función de ello es lógico que se dispense un grado de protección distinto. Así, por ejemplo, necesitan autorización de exportación los BIG y los bienes que, aun sin estar inscritos en el Inventario General, tengan más de cien años (art. 5.2 LPHE); y respecto de los BIC y los BIG, se reconoce a la Administración del Estado un derecho de tanteo y retracto (art. 38 LPHE).

2.2. LA TITULARIDAD DE LOS BIENES CULTURALES Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Los bienes culturales pueden ser de titularidad pública o privada. Hay que tener en cuenta que la posesión y la titularidad de los bienes no necesariamente coinciden, y la determinación de esta cuestión es importante porque el régimen jurídico a que está sujeto el bien depende en parte de su titularidad. La cuestión, sin embargo, puede ser controvertida en algunos casos, no sólo por las dificultades que pueden surgir en la determinación de la persona del propietario, sino por el propio régimen jurídico de la LPHE, que utiliza indistintamente los términos propietarios y poseedores en condiciones que desde el punto de vista civil generan cierta confusión.

Muestra de ello es la SAP de Soria, núm. 56/2009, de 27 de marzo, rec. 32/2009 (AC 2009, 784). Había surgido una contienda con relación a la documentación del Archivo del General Yagüe entre sus herederos (sus seis hijos) respecto a la utilización que uno de ellos estaba haciendo de los documentos el Archivo. Todos estos documentos se recopilaron desde 1930 hasta la muerte del General en 1952 y fueron obtenidos por el General Yagüe en su condición de titular de los cargos que ocupó en su vida profesional. Como consecuencia de ello, el tribunal entendió que los documentos eran de titularidad pública, aunque estuvieran en posesión de sujetos privados. Indica la sentencia que «el Archivo contiene una documentación de carácter público que está acumulada o recogida en función de los distintos cargos o actividades que desempeñó don Benito. La tipología de la documentación es muy variada, pero siempre relacionada con las funciones que ejerció. "Existen mapas y planos donde están trazados los movimientos militares originales, hay dietarios y diarios originales, incluso manuscritos. En cuanto a la correspondencia, hay cartas recibidas en la Capitanía General de Burgos y son todas originales remitidas a Capitanía. Existe abundante documentación económica, contabilidad original de la Capitanía, libros de contabilidad, facturas, todo documentación original". De ello deducimos que la documentación que integra el Archivo es original, y fue producida por el General Yagüe como titular de diversos cargos oficiales que desempeñó en su vida militar».

De acuerdo con ello, el tribunal concluye que el archivo es un bien integrante del Patrimonio Histórico Español, y de acuerdo con el art. 49.2 LPHE, al tratarse

de documentos generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función en un organismo público, forman parte del Patrimonio Documental. El art. 52 establece un deber de conservación para los poseedores de bienes del Patrimonio Documental. Y el art. 54 LPHE establece: «Quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el artículo 49.2 de la presente Ley están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda». Según estas previsiones, el tribunal considera que los herederos del General Yagüe son poseedores y no propietarios de los documentos integrantes del archivo y desestima la acción de reivindicación ejercitada por los demandantes.

Sin embargo, creo que los razonamientos de la sentencia podrían rebatirse hasta cierto punto. Efectivamente, del art. 54 LPHE se infiere que los documentos que pueda tener una persona por desempeño de su cargo en un organismo público no le pertenecen a él personalmente, sino al ente público, y por eso, al cesar en sus funciones tiene que entregarlos a quien le sustituya. No obstante, el régimen transitorio de la LPHE no determina su aplicación con carácter retroactivo (el general fallece en 1952) y habría que estar a la legislación vigente en aquel momento para determinar la titularidad de estos documentos[15]. En estas circunstancias, la titularidad pública de los documentos requeriría una mayor fundamentación. Parece lógico que los libros de contabilidad de Capitanía o los mapas se entiendan de titularidad pública, pero de no ser aplicable el art. 54 LPHE, tal vez ciertas cartas o los diarios podrían llegar a entenderse de naturaleza privada si fueron elaborados por el propio General. El art. 52, a su vez, admite que los documentos que integran el Patrimonio Documental sean de titularidad privada, pues aunque se refiere genéricamente a poseedores, admite a continuación la posibilidad de expropiación forzosa.

En cualquier caso, y al margen de la casuística, hay que entender que los bienes de titularidad pública quedan sujetos a las disposiciones de Derecho público, mientras que los bienes culturales privados, aun estando regulados conforme a las reglas de Derecho privado, están sometidos a un régimen especial con limitaciones debido a su valor cultural, de interés público[16], frente al régimen general de los bienes de titularidad privada. Este régimen especial es el contenido en la LPHE, que encuentra por otra parte su fundamento en la función social de la propiedad (art. 33 CE)[17]. Tales limitaciones afectan primordialmente al tráfico jurídico de estos bienes (sin perjuicio del régimen especial de los bienes cultu-

15. A la LPHE precedió, en materia documental, la Ley 26/1972, de 21 de juno, para la Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación y regulación del comercio de exportación de obras pertenecientes al mismo, pero también es anterior a la fecha del fallecimiento del General, y no contiene ninguna disposición derogatoria, lo que invita a pensar que antes de esta ley no existió regulación sobre la materia.
16. Sobre esta cuestión, cfr. ampliamente Alonso Ibáñez, M. R.: cit., pp. 183 y ss.
17. Carrancho Herrero, M.T.: cit., pp. 54 y ss.; López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 24.

rales en el caso de autores vivos), ya que no pueden ser exportados libremente, sino que respecto de los BIC hay una prohibición absoluta de exportación (art. 5.3 LPHE), y los BIG y los bienes culturales con más de cien años de antigüedad requieren para su exportación la previa autorización de la Administración del Estado (art. 5.2 LPHE).

Además, la libre disposición de los BIC y de los BIG queda limitada por los derechos de adquisición preferente reconocidos a la Administración (art. 38 LPHE). Y respecto de los bienes de estas dos categorías que pertenezcan a las entidades eclesiásticas, el régimen es aún más restrictivo, al establecer la ley una prohibición de enajenarlos, salvo que los transmitan a un ente público o a otra institución eclesiástica (art. 28.1 LPHE). Además, toda transmisión de un BIC debe inscribirse en el Registro General (art. 13.1 LPHE) y la transmisión de bienes inventariados debe comunicarse a la Administración competente y anotarse en el Inventario General (art. 26.6.c LPHE). La finalidad de estas normas parece ser permitir identificar en todo momento al propietario de estos bienes[18].

2.3. TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES ROBADOS

A pesar de esta regulación protectora, el tráfico ilícito de bienes culturales es un fenómeno de cierta entidad que puede tener orígenes muy diversos. El elevado valor de estos bienes juega en beneficio del desarrollo de este tráfico ilegal. En ocasiones, el tráfico ilícito de bienes culturales tiene su origen en un robo y posterior venta a terceros. Otras veces, la ilicitud se produce por haber exportado los bienes sin la autorización necesaria, ya sea por no haberla solicitado el propietario o por haber sido denegada. También es frecuente que la exportación ilegal vaya precedida del robo, por lo que el régimen de los bienes culturales robados y de los bienes culturales exportados ilícitamente está interconectado. A efectos del presente trabajo, la exportación ilícita que interesa es sólo esta última, la relativa a bienes culturales robados, sin perjuicio de que la exportación ilícita realizada por el propietario también tenga importancia por el daño que ocasiona en cuanto a la merma de patrimonio cultural de un pueblo o nación.

En otros casos, más difíciles de controlar, los bienes culturales exportados ilícitamente han sido extraídos de una excavación ilegal. Todos los bienes que sean descubiertos como consecuencia de una excavación o remoción de tierra son de dominio público (art. 44 LPHE), lo que legitima al Estado para la persecución de estos bienes cuando no le sean entregados en el plazo legal. Evidentemente, tal sería el caso de los objetos extraídos de una excavación ilegal, que posiblemente se tratarán de exportar ilícitamente para escapar del control del Estado. El problema que plantean estos supuestos es que, desconociendo el Estado que se ha producido la extracción y posterior exportación ilícita, difícilmente podría

18. Carrancho Herrero, M.T.: cit., p. 71.

perseguir estos bienes y probar que se han obtenido de una excavación ilícita en territorio español, lo que puede diluir en la práctica la efectividad de las medidas protectoras.

Además de los esfuerzos policiales por la localización de bienes culturales robados o exportados ilícitamente, uno de los aspectos más relevantes en este ámbito es el relativo a la recuperación del bien, extremo que interesa al propietario, pero también al Estado por cuanto que se trata de un bien que forma parte de su patrimonio cultural y hay un interés en preservarlo como símbolo de identidad, de la tradición y de la historia de un pueblo o nación. En efecto, en estos casos interesa la persecución penal de los hechos que sean constitutivos de delito, y también la sanción administrativa, pero sobre todo interesa la recuperación del bien, dado su valor intrínseco. Y esta cuestión tiene un fuerte componente de Derecho privado. Además, en los casos en que la sustracción del bien va seguida de su exportación ilícita, las dificultades para que prospere la acción penal aumentan porque muchas veces el actual poseedor es un adquirente que ignora el origen del bien, por lo que la identificación del responsable penal no es sencilla[19], y además la prueba en los procesos penales suele ser más rigurosa por la presunción de inocencia.

El problema que se puede plantear consiste en que el interés del propietario por recuperar el bien cultural colisiona muchas veces con el del actual poseedor, que puede haberlo adquirido de buena fe y a título oneroso, ignorando que había sido robado. A ello se puede sumar el interés del Estado en recuperar el bien exportado ilícitamente, que choca con el interés de la persona que lo haya adquirido de buena fe en un país extranjero. Los casos que se pueden plantear y los intereses en conflicto son variados, dependiendo de las circunstancias concurrentes. Este estudio se va a centrar en los casos de bienes robados, teniendo en cuenta que si una vez sustraídos se trasladan al extranjero, se añade el elemento de exportación ilícita. Veamos detenidamente estos supuestos.

2.3.1. Bienes robados

Aunque aludimos a bienes robados, quedan incluidos en esta expresión tanto los casos de robo como hurto. En el caso de los bienes robados, lo normal es que traten de ser enajenados en el mercado negro, y para ello resulta más conveniente sacarlos del país, debilitando las posibilidades de encontrarlo y recuperarlo. En parte, la lejanía geográfica dificulta su localización, pero además la eficacia de las normas nacionales del país donde se ha producido el robo se diluye más allá de sus fronteras, lo que dificulta jurídicamente la restitución del bien. Por ejemplo, es posible que en el Estado de origen no se permita la adquisición *a non domino* de bienes robados, pero el bien puede ser trasladado a otro Estado cuyo

19. En sentido similar, Anguita Villanueva, L. A.: «La defensa civil de los bienes del patrimonio histórico. La acción reivindicatoria», en *Anuario de la Universidad Internacional SEK*, n.º 5, 1999, p. 157.

ordenamiento nacional sí admita este supuesto de irreivindicabilidad, de manera que si se enajena a un tercero de buena fe, se frustrarían las posibilidades de recuperación por parte del propietario original. Estas situaciones transfronterizas y el régimen al que quedan sometidos los bienes culturales robados en el tráfico internacional será objeto de estudio en un momento posterior.

Abordamos ahora la cuestión relativa a la restitución de bienes culturales robados de acuerdo con el Derecho español. Estas normas tienen importancia para el caso de bienes culturales robados en España y que sean adquiridos por un tercero dentro del territorio nacional y cuando el bien haya sido sustraído en otro Estado, introducido ilícitamente en España y adquirido por un tercero, dado que las normas de Derecho internacional privado se remiten a la ley del lugar en que se encuentren los bienes muebles para regir la adquisición de la propiedad sobre los mismos (art. 10.1 CC). Su interés también se explica desde el estudio comparado de la protección ofrecida en los distintos ordenamientos jurídicos mediante las normas de Derecho privado que regulan esta materia.

2.3.1.1. Adquisición a non domino

En el caso de que un bien mueble haya sido robado y posteriormente adquirido por un tercero, puede ocurrir que el propietario original fuera un sujeto privado, una institución eclesiástica o una Administración pública. Si tales bienes fuesen robados y posteriormente enajenados a un tercero de buena fe ¿se produciría un supuesto de irreivindicabilidad?

a. Supuestos en que no procede la irreivindicabilidad

Los BIC y los bienes inventariados que pertenezcan a la Administración o a una institución eclesiástica son inalienables, con las excepciones del art. 28.1 y 2 LPHE, es decir, salvo que se enajenen a una Administración pública. En estos casos, nos encontramos ante unos bienes que quedan fuera del comercio, son prácticamente inalienables con la sola excepción de su enajenación a una Administración pública. Esta condición de los bienes como *res extra commercium* es una característica que acompaña al bien, es un supuesto distinto de la falta de titularidad del derecho. Por tanto, toda enajenación de estos bienes a un particular será nula de pleno derecho, no sólo la que realizaran los titulares del bien, sino incluso las sucesivas transmisiones, y también la que se realice por un tercero que haya robado el bien y por sus sucesivos adquirentes. Toda la cadena de transmisiones sería nula y no cabría tampoco la posibilidad de adquirirse por usucapión, al tratarse de bienes imprescriptibles.

Por su propia inalienabilidad (inalienabilidad relativa en el caso de instituciones eclesiásticas porque sí cabe la enajenación a la Administración), la venta será nula y nunca cabría plantear la protección de un ulterior adquirente de buena fe, pues se trata de bienes que no son susceptibles de titularidad por parte de un

sujeto privado, más allá de la actual titularidad que pueda tener una institución eclesiástica[20].

La jurisprudencia ha reconocido de manera reiterada respecto de bienes pertenecientes a una Administración pública o a instituciones eclesiásticas la imposibilidad de que sean adquiridos de manera irreivindicable aun cuando se den los requisitos de los arts. 464 CCiv y 85 CCom. Como indica la STS, Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 1991, rec. 2653/1988 (RJ 1991, 9575), tales normas presuponen que «los bienes comprados tengan la consideración de bienes transferibles por su propia naturaleza jurídica y por su procedencia dominical, de tal manera que si por una causa u otra la usucapión deviene imposible, esas normas protectoras del comercio han de quebrar necesariamente, pues no se pueden entender como prescriptibles, no ya sólo los bienes que estén catalogados puramente "extra comercio", como podrían ser los demaniales sin previa desafectación, sino también aquellos que no puedan ser transmitidos sin cumplirse unos muy estrictos trámites reglamentarios establecidos por la Administración». Igual tratamiento debe darse, indica la citada sentencia, respecto de los bienes cuya titularidad tenga atribuida la Iglesia Católica, cuyo carácter intransferible e imprescriptible se viene reconociendo en nuestra legislación desde la Ley de 13 de mayo de 1933 y actualmente en el art. 28.1 LPHE[21].

En consecuencia, en ningún caso cabe que el bien robado perteneciente a una Administración pública o a una institución eclesiástica pase a ser de titularidad privada como consecuencia la adquisición a título oneroso por un tercero de buena fe.

b. Supuestos en que puede plantearse la irreivindicabilidad

– Planteamiento general

Si el bien cultural robado fuera de titularidad privada –con la excepción de la Iglesia Católica–, el régimen jurídico aplicable vendrá determinado estrictamente por las normas de Derecho privado, donde no se da un tratamiento distinto a los bienes culturales respecto de otros bienes muebles.

20. En contra de esta interpretación parece estar Carrancho Herrero, M.T.: cit., pp. 122 y 123: «si esta interpretación (del art. 464 CCiv) prescinde de la falta de título en el *tradens*, con mayor razón suplirá la falta de *ius disponendi* que provoca el artículo 28.1 de la ley». No parece, sin embargo, que el art. 464 CCiv pueda imponerse sobre estas restricciones *iuspublicistas*.

21. Con posterioridad a esta sentencia, se ha pronunciado en el mismo sentido la STS, Sala de lo Penal, núm. 189/2003, de 12 de febrero, rec. 1915/2001 (RJ 2003, 1087) respecto de libros e incunables de la Biblioteca Diocesana de Zamora. En el orden jurisdiccional civil, la SAP de Cuenca, núm. 12/2016, de 3 de febrero, rec. 245/2014 (JUR 2016, 38819), respecto de bienes muebles adquiridos en pública subasta pero que pertenecían a la Diócesis de Cuenca; la SAP de Madrid, sección 20.ª, núm. 436/2015, de 2 de diciembre, rec. 198/2015 (JUR 2016, 8902), con relación a las sinopias «Leo» y «Centauro» reivindicadas por la Universidad de Salamanca y que habían sido adquiridas a título oneroso y de buena fe en una galería de arte. En todos estos casos, al tratarse de bienes de dominio público o pertenecientes a una institución eclesiástica, se niega la protección al adquirente de buena fe.

En este sentido, el art. 464 CCiv permite la recuperación del bien robado por parte de su legítimo propietario, como excepción a la regla general de irreivindicabilidad que consagra el primer inciso de la norma[22] y el verdadero propietario puede reclamar el bien a quien lo posea, aunque lo haya adquirido a título oneroso y de buena fe.

No obstante, si el bien ha sido adquirido en pública subasta, para obtener la restitución el propietario debe reembolsar el precio pagado (art. 464.2.º párrafo CCiv). Y si, como será más probable, la subasta del bien cultural se lleva a cabo por una empresa que se dedique habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor, la irreivindicabilidad se sujetará a lo dispuesto en el art. 85 CCom (art. 61 en relación con el art. 56.2 Ley de Ordenación del Comercio Minorista)[23]. El art. 85 CCom no sólo se aplica cuando el bien se haya adquirido en pública subasta, por la remisión de la LOCM, sino en general cuando se haya adquirido en «almacenes o tiendas abiertas al público». Pensemos por ejemplo en una tienda de antigüedades o una galería de arte. En este caso, a pesar del origen robado del bien, se produciría la adquisición *a non domino*, y aunque el precepto no lo diga expresamente, siempre que medie la buena fe –no sería admisible aceptar la irreivindicabilidad en caso de mala fe del adquirente–.

– La buena fe

El elemento de la buena fe es muy importante en esta materia porque de él se hace depender que proceda la indemnización del art. 464.2.º CC o que se dé la irreivindicabilidad del art. 85 CCo. En nuestro Derecho civil, con carácter general, se parte de una presunción de buena fe en la posesión (art. 434 CC). Esto significa, en sede judicial, que en principio la buena fe se presume si puede inferirse su concurrencia a partir de las circunstancias de la adquisición, es decir, si de acuerdo con las circunstancias en que se llevó a cabo la venta, nada hacía pensar que el vendedor no fuera el propietario, y sólo se desvirtúa si el propietario original (demandante) logra acreditar lo contrario, tal y como se aprecia mediante el análisis de la jurisprudencia menor[24].

22. Entre los estudios más recientes sobre esta cuestión, reproduciendo tanto la tesis romanista como la germanista, a nivel doctrinal y jurisprudencial, Grimalt Servera, P.: «Art. 464», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo III, Dir.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Tirant lo Blanch, 2013, pp. 3768-2787.
23. En este caso, el art. 61.2 LOCM hace responsable solidariamente a la empresa subastadora con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley. En realidad, ninguno de estos supuestos de responsabilidad alcanza a la falta de titularidad del transmitente, por lo que no parece que pueda exigirse responsabilidad a la empresa subastadora por este extremo.
24. Por ejemplo, en la SAP de Huelva, sección 3.ª, núm. 188/2004, de 28 de diciembre de 2004, rec. 247/2004 (JUR 2005, 149923), se había vendido un perro por parte de quien no era el propietario. El tribunal apreció la concurrencia de buena fe partiendo de la presunción del art. 434 CCiv y porque «en este supuesto es difícil sostener que había mala

La cuestión que se plantea es si cuando se adquiere un bien cultural de cierto valor se puede entender que concurre la buena fe en base a los mismos parámetros, es decir, que la buena fe se presume siempre (art. 434 CC), que el demandante no logra desvirtuar la buena fe, y que de las circunstancias de la venta así se infiere. No hay ninguna previsión legal que module esta cuestión o dé un tratamiento especial a la adquisición de un bien cultural, de manera que por su mayor valor, pudiera inferirse la exigencia de especiales cautelas del adquirente. Sin embargo, sería posible a mi juicio admitir una adaptación del grado de diligencia exigible caso por caso para decidir sobre el requisito de la buena fe en base a la equidad del art. 3.2 CC, de manera que se realice una ponderación de las circunstancias concretas para decidir sobre la concurrencia o no de buena fe. Así, el especial valor de un bien cultural puede llevar a entender que la diligencia exigible al adquirente para ser de buena fe haya de ser superior a la diligencia exigible al adquirente de un bien mueble de uso corriente.

Aunque no hay pronunciamientos sobre esta cuestión referidos al art. 464 CC, podría entenderse que la valoración de la conducta del comprador en relación con su buena fe vaya ligada a lo que puede esperarse de una persona de diligencia media cuando adquiere ese tipo de bienes. Así se viene entendiendo en relación con los bienes inmuebles y las adquisiciones *a non domino* del art. 34 LH[25]. En el caso de los bienes culturales, tal vez su especial valor podría justificar una diligen-

---

fe en la actuación de los señores Lorenza Aurelio, máxime cuando el señor Juan Alberto –ante la petición de quedarse con el perro que le hicieron– tras indicarles que al no ser el propietario tenía que consultarlo, posteriormente les entrega el perro –y si bien lo hizo sin consultarlo con la señora Leticia– debe concluirse como muy acertadamente expone el Juez a quo que los señores Aurelio Lorenza creyeron, de buena fe adquirir la propiedad del animal de quien tenía autorización de su legítimo propietario».

O la SAP de Alicante, sección 6.ª, núm. 175/2008, de 24 de abril de 2008, rec. 501/2006 (JUR 2008, 187449), que parte de la presunción de buena fe del art. 434 CCiv y la falta de prueba del demandante que desvirtúe la presunción, e indica que cabe inferir en este caso la buena fe por los siguientes hechos: la compra de la motocicleta se realiza en un establecimiento mercantil de venta de motocicletas nuevas y de segunda mano, posteriormente el comprador concierta el seguro obligatorio del vehículo e inicia el trámite de cambio de titular mediante una gestoría, y se pone en contacto con el demandante (propietario original) para comunicarle las vicisitudes surgidas en la tramitación de la transferencia del vehículo. Todo ello se considera una conducta leal y que revela la buena fe.

25. La STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1996, rec. 249/1993 (RJ 1996, 8559) indica con relación a esta cuestión para la adquisición de bienes inmuebles: «Procede indicar que esta Sala, en S 30 Ene. 1960, ha declarado que la buena fe obliga al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente». Es decir, la buena fe no es la mera ignorancia de que en el título o modo de adquirir haya un vicio que lo invalida, sino que se espera una «conducta activa», diligente, para ser considerado de buena fe. También sobre la conexión entre buena fe y equidad, las SSTS, Sala de lo Civil, núm. 1143/1004, de 7 de diciembre, rec. 3099/1998 (RJ 2004, 7872); núm. 125/2005, d 25 de febrero, rec. 3762/1998 (RJ 2005, 145); y núm. 370/2015, de 8 de octubre, rec. 1337/2012 (RJ 2014, 5784).

cia especial al tiempo de la adquisición, de mismo modo a como, generalmente, se esperan mayores cautelas al adquirir un bien inmueble que cuando se compra un bien mueble de uso corriente. El inferior valor de este último no justifica una diligencia especial ni en términos de tiempo ni de dinero.

– La diligencia del adquirente

Partiendo de este planteamiento, ¿no debería el comprador adoptar unas cautelas adicionales en relación con el derecho del transmitente? Aquí cabe plantear al menos dos cuestiones:

1.º) El art. 85 CCo permite la irreivindicabilidad en caso de adquisición de buena fe de bienes robados. La confianza generada por galeristas o anticuarios puede ser la base para justificar los términos del art. 85 CCo, pero debería garantizarse que éstos cumplen los códigos éticos internacionalmente establecidos y en otro caso, responder al menos civilmente por los perjuicios ocasionados[26]. Si se trata de un vendedor particular, probablemente se justifique que se extremen las cautelas, y debería exigirse una mayor diligencia del comprador para apreciar su buena fe en relación con la comprobación de la titularidad del bien por parte del vendedor[27].

2.º) Existen ciertos registros administrativos y bases de datos que dan publi-

26. Ciertamente, uno de los principales problemas del sector suele ser el escaso interés por realizar indagaciones acerca del origen de los bienes. Para tratar de modificar estas conductas, la UNESCO ha elaborado un Código Internacional de Ética para Marchantes de Bienes Culturales, aunque en realidad son principios deontológicos que comportan una obligación moral más que jurídica. En su art. 1 establece: «Los negociantes profesionales de bienes culturales se abstendrán de importar y de exportar tales bienes, así como de transferir su propiedad cuando tengan motivos razonables para pensar que el bien en cuestión ha sido robado, enajenado ilegalmente, que procede excavaciones clandestinas o que ha sido exportado ilegalmente». No obstante, han contribuido notablemente a mejorar las prácticas en el sector.
Este código puede consultarse en:
http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=13095&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

27. Anguita Villanueva, L. A.: cit., p. 165, afirma: «salvo rarísimas excepciones, las compraventas civiles de obras de arte llevan aparejada la circunstancia de la ilicitud o el fraude por ambas partes, y ello es más patente cuanto más antiguo sea el bien objeto de las mismas. Mientras que las ventas realizadas por comerciantes, anticuarios, casas de subastas... es mucho más complicado que el comprador actúe con mala fe, y ello es lo que trata de proteger el CCiv y el Ccom. Otra cosa muy distinta es la posición del comerciante que realmente conoce la procedencia del bien, y en cuya transacción suele aparecer una compraventa civil o un contrato de mediación». En mi opinión, aproximar en estos términos las compraventas privadas a la ilicitud o fraude es excesivo, pero no cabe duda de que el comprador deposita una confianza mayor en el transmitente cuando éste tiene una cierta habitualidad y profesionalidad en el sector, como ocurre con las casas de subastas y los anticuarios, algunos incluso precedidos de una reputación que un vendedor privado, por su anonimato, no puede tener. Y es la confianza en el profesional lo que justifica el trato más protector para el adquirente en el CCom, sin que ello deba suponer necesariamente ilicitud o fraude en la venta civil.

cidad sobre determinadas circunstancias de los bienes culturales. ¿Cumplen o deben cumplir alguna función en relación con la buena fe del adquirente? Aquí podemos distinguir dos cuestiones: por una parte, los registros administrativos en los que se incluyen los BIC y los BIG, y las bases de datos sobre bienes culturales robados. Con relación al primer supuesto, supongamos que el objeto que se pretende adquirir es un BIC o un BIG, pero de titularidad privada[28] y como tal aparece publicado en el registro administrativo correspondiente. Podría valorarse la posibilidad de que la publicidad de estos registros pueda considerarse un elemento suficiente para destruir la buena fe si el vendedor no coincide con la persona que figura como propietario en estos registros, teniendo en cuenta que para las adquisiciones *a non domino* la tendencia jurisprudencial actual consiste en aproximar las nociones de buena fe y diligencia en el ámbito del art. 34 LH[29]. La jurisprudencia viene sosteniendo de manera uniforme que la titularidad del derecho de propiedad publicada en registros administrativos carece de valor probatorio con relación al dominio, y en este sentido no se considera suficiente para desvirtuar la presunción de buena fe a efectos de la irreivindicabilidad en las adquisiciones *a non domino*[30]. No obstante, en la doctrina se apunta que tal publicidad pueda tener al menos valor indiciario y en este sentido, afectar a la buena fe del adquirente[31]. En realidad, con relación a los bienes culturales de cierto valor creo que la cuestión pasa por tener en cuenta el art. 38 LPHE, que reconoce el

28. En el caso de los BIC y bienes inventariados que pertenezcan a la Administración y a las instituciones eclesiásticas, por su limitada alienabilidad de base iuspublicista, no parece que la recuperación del bien pueda quedar supeditada al reembolso del precio.
29. Vid. nota supra.
30. Por ejemplo, en la SAP de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 13 de julio de 1998, rec. 550/1997 se mantiene la buena fe del adquirente a pesar de no haber comprobado la situación de los vehículos en tráfico, donde aparecía como titular el verdadero propietario, distinto del vendedor. Los registros de Tráfico, como señala el art. 244.3 CCir., tiene carácter meramente administrativo y sus datos no prejuzgan cuestiones de propiedad. Dado que estos registros carecen de los efectos de la publicidad registral en cuanto a la certeza de los datos, la falta de consulta en los mismos no es suficiente para desvirtuar la buena fe a efectos de los arts. 464 CCiv y 85 CCom. Además, el vehículo se adquirió en un establecimiento mercantil, donde es muy frecuente que los vehículos de segunda mano figuren aún a nombre del anterior titular, actuando el establecimiento como intermediario. En la misma línea, la SAP de Les Illes Balears, sección 3.ª, núm. 491/2002, de 20 de septiembre de 2002, rec. 462/2002 (AC 2003, 98), respecto de la adquisición de una embarcación vendida por un no propietario e inscrita a nombre de otra persona en el registro administrativo correspondiente.
31. Plantea la cuestión Anguita Villanueva, L. A.: cit., p. 162. Sin embargo, Carrancho Herrero, M. T.: cit., p. 120, rechaza que en estos supuestos decaiga la buena fe con apoyo en el argumento jurisprudencial de que los documentos administrativos no pueden enervar la adquisición o pérdida de derechos civiles, dada su finalidad meramente registral administrativa, por lo que su clasificación como BIC o como bien inventariado no bastaría para enervar la buena fe, que sólo decaería ante «la singular notoriedad de ciertos bienes». Indica en apoyo de esta postura que la STS, sala 1.ª, de 5 de mayo de 1983, FD1.º, rechazó que un título expedido por la Ayudantía Militar de Marina del Distrito, pudiera servir como prueba de la propiedad de una embarcación.

derecho de tanteo y retracto de la Administración pública cuando se quiera enajenar un BIC o un BIG. Si se tratara de un bien robado, es evidente que el vendedor intentará omitir este trámite. Pero el comprador, si es de buena fe y actúa con una diligencia media, debe consultar los registros correspondientes para comprobar si el bien está inscrito y por tanto sujeto a esta limitación en relación con la enajenación. Constatando su inscripción a nombre de una persona distinta del vendedor, y sabiendo que toda transmisión de un BIC debe inscribirse en el Registro General (art. 13.1 LPHE) y que las transmisiones de los BIG deben anotarse en el Inventario General (art. 26.6.c LPHE), parece que debería sospechar de la existencia de alguna irregularidad (sea porque el bien es robado, o porque en una transmisión anterior no se haya querido comunicar la transmisión e inscribirla en los registros administrativos para eludir el derecho de adquisición preferente de la Administración) y a mi juicio, salvo que acredite elementos adicionales a favor de su buena fe, la presunción del art. 434 CC debería decaer. Dada la trascendencia cultural y económica de estos bienes, creo que en estos casos se justifica una diligencia especial.

No basta con que el adquirente no supiera que el transmitente no era el propietario, sino que empleando una diligencia normal no lo habría podido averiguar o al menos sospecharlo. En la medida en que se adquiere un bien de apreciable valor histórico o artístico, tal como para haber catalogado el bien como BIC o BIG, presumiblemente de elevado valor económico y sometido a un régimen jurídico especial caracterizado por un fuerte intervencionismo público, parece que el adquirente debiera haber adoptado unas cautelas mínimas y realizado algunas averiguaciones antes de adquirir el bien. Será lógico que sabiendo que el bien está incluido en estos registros administrativos, quiera consultar el régimen público de visitas, días y horas en que se debe realizar, o si hay que depositar el bien en un determinado establecimiento a tales efectos. Si al realizar esta consulta se comprueba que quien figura como transmitente no es el vendedor, ¿debe decaer la presunción de buena fe del adquirente?[32] ¿No deberían realizarse entonces averiguaciones adicionales? Entiendo que sí, y si no lo hace, la presunción de buena fe debería decaer ante una actuación poco diligente del comprador, y ello aunque los registros administrativos no hacen prueba de la titularidad del derecho de propiedad. Aunque la jurisprudencia tenga declarado, como hemos visto, que los registros administrativos carecen de relevancia en relación con la titularidad de los derechos, en estos casos, por la trascendencia del bien, la discrepancia entre la identidad del vendedor y la del registro debería justificar averiguaciones adicionales en relación con la titularidad del bien. En cualquier caso, considero que todo esto debería valorarse de acuerdo con las circunstancias del caso.

Por lo que se refiere a las bases de datos sobre bienes culturales robados, siguiendo las tendencias internacionales, creo que debería darse cierto peso al pa-

32. Aborda esta la cuestión Anguita Villanueva, L. A.: cit., p. 163.

pel que cumplen estos instrumentos en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes robados. Por tanto, formaría parte de la diligencia exigible al comprador la consulta en estas bases antes de proceder a la adquisición, y de no hacerlo, debería entenderse que no concurre la buena fe. El problema que puede surgir es determinar qué base de datos debe consultarse, pues existen varias. Una de las más populares es Art Loss Register, que es una base de datos de gestión privada con dimensión internacional en la que se publican obras de arte desaparecidas para dar difusión de este hecho y evitar que puedan ser adquiridas por terceros de buena fe[33]. El hecho de que sea de gestión privada puede suscitar ciertos recelos a la hora de considerarla un referente para esta cuestión. Por ello, quizá lo más razonable se atender como parámetro a la base de datos creada por INTERPOL sobre obras de arte robadas[34].

Finalmente, creo que podría concluirse que el grado de diligencia exigible debe graduarse según la naturaleza del bien y de acuerdo con el comportamiento de una persona de diligencia media. No es lógico que extreme la cautela para la adquisición de un bien mueble de uso ordinario, es más, sería desproporcionado y ralentizaría el tráfico. Pero sí parece razonable exigir una mayor diligencia si el bien es de especial valor, como sucede con los bienes culturales.

Hay que tener en cuenta que la mayor o menor flexibilidad en la interpretación de la buena fe tiene consecuencias importantes. Si el adquirente a título oneroso de un bien robado queda protegido por el ordenamiento sin exigirle especiales cautelas, estaremos favoreciendo indirectamente el tráfico de bienes robados porque el riesgo de los adquirentes será reducido. Si el adquirente debe tener una especial diligencia, se dificultará el tráfico de los bienes robados. En el caso de los bienes culturales, por su especial valor, parece justificado defender una interpretación restrictiva de la buena fe para evitar su tráfico ilícito. Es evidente que una legislación permisiva con relación a la irreivindicabilidad de bienes robados favorece el tráfico ilícito de los mismos[35]. Por ello considero que la consulta a los registros administrativos y las bases de datos debería ser un elemento necesario para apreciar la concurrencia de la diligencia debida, anudada a la buena fe.

Para otros bienes culturales no inventariados, salvo que el robo haya ido seguido de una especial publicidad en los medios de comunicación, sería más di-

33. *http://www.artloss.com/en*
34. UNESCO: *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Manual de la UNESCO*, 2006, p. 16.
35. Merryman, H. J.: «The Good Faith Acquisition of Stolen Art», *Stanford Law School*, 2007, p. 9, se hace eco de esta idea aunque la cuestiona en páginas sucesivas, destacando las ventajas de las normas que protegen al adquirente de buena fe. No obstante, en el caso de los bienes culturales destaca que el interés en su conservación, autenticidad y acceso justifican la regla que protege al propietario original frente al adquirente de buena fe. Entre la doctrina española, Carrancho Herrero, M. T.: cit., p. 132.

fícil destruir la presunción de buena fe del adquirente. Esto puede constituir, tal vez, un aliciente para los propietarios de bienes culturales de especial valor para incoar el procedimiento de declaración de un BIC o para inventariar el bien frente al riesgo de robo y posterior venta a un tercero, como consecuencia de la protección derivada de esta publicidad. Aunque debe recordarse que son registros administrativos, sin el valor jurídico de las inscripciones del Registro de la Propiedad.

Por otra parte, respecto de los bienes culturales que no gozan de una protección especial, considero que el grado de diligencia exigible debería precisarse caso por caso de acuerdo con el valor del bien, pues dentro de esta categoría se incluye una amplia variedad de bienes con interés o valor de una intensidad diversa. Como se ha indicado antes, parece que el grado de diligencia exigible debe incrementarse paralelamente al valor o importancia del bien que se quiere adquirir. Así, sería más fácil apreciar el requisito de la buena fe para bienes culturales de menor valor. Al mismo tiempo, en tales casos el interés cultural del bien sería más reducido, lo que justifica una menor intensidad en la protección del propietario original.

– El delito de receptación

Otra cuestión importante en relación con el elemento de la buena fe y el conocimiento del origen ilícito del bien es la posibilidad de que en estos casos se aprecie un delito de receptación (art. 298 CP/1995). Muchas veces, cuando el bien es localizado, está en poder de un adquirente de buena fe que revela la identidad de su transmitente y se constata que éste, a su vez, lo adquirió de quien llevó a cabo el robo o hurto y conocía tal circunstancia, pese a lo cual adquirió el bien con el propósito de lucrarse. Recordemos que el conocimiento del origen ilícito del bien es una cuestión que conecta directamente con el requisito de buena fe, al que se supedita la irreivindicabilidad en el caso del art. 85 CCom, o el derecho a una indemnización en el caso del art. 464.2.º párrafo CCiv.

En la jurisprudencia encontramos ejemplos ilustrativos, como la STS, Sala de lo Penal, núm. 2052/1994 de 21 de noviembre de 1994, rec. 945/1994 (RJ 1994, 8867). En este caso, se produjeron varias sustracciones de esculturas, bajorrelieves y otros objetos de importante valor histórico y artístico que son posteriormente localizados en su mayoría tras haber sido objeto de sucesivas transmisiones. La acción se dirige contra Pedro A. S. como autor de un delito de receptación, por haberlas adquirido con conocimiento del carácter ilícito de la adquisición antecedente a la receptación. Dado que este conocimiento constituye un hecho psicológico del infractor, no puede apreciarse salvo manifestación espontánea por su parte, y por ello se aprecia a partir de un razonamiento lógico deductivo, teniendo en cuenta que «tal conocimiento no exige una noticia cabal, exacta y completa del hecho delictivo antecedente, sino un estado espiritual de certeza que supone un saber exacto de esa ilicitud por encima de las simples sospechas y conjeturas

más o menos supuestas». En el caso concreto, tal conocimiento se aprecia con apoyo en los siguientes hechos probados que se consideran en el caso pruebas indirectas: «La sustracción evidentemente cierta de los objetos después receptados, la posesión de los mismos a cargo del acusado, el precio por ellos obtenido (aunque la sentencia no sea en este sentido todo lo explícita que debiera haber sido), la actividad realmente clandestina que en la forma y en el fondo desarrollaba el acusado en la compraventa de artículos religiosos como los de ahora, por último, las excusas o las explicaciones falaces que se quisieron dar como justificativas de los actos investigados».

Otro supuesto interesante es el que se resolvió mediante la SAP de Burgos, sección 1.ª, núm. 414/2013, de 2 de octubre, rec. 139/2013 (JUR 2013, 323427). En la noche del 21 al 22 de abril de 2011, una o varias personas de identidad desconocida arrancaron las cabezas de dos esculturas de la portada de la iglesia de San Esteban, en Burgos. El día 27 de abril, las cabezas fueron localizadas en el interior del establecimiento de hostelería de D. Ezequías, que las adquirió sin poder identificar al transmitente. Para decidir si D. Ezequías conocía el origen ilícito de los bienes, que es uno de los requisitos para apreciar el delito de receptación, en el caso de la SAP de Burgos de 2 de octubre de 2013, ese conocimiento del origen delictivo de los bienes se dedujo de la falta de credibilidad de lo declarado por el acusado, en cuanto a que las cabezas escultóricas las encontró en un contenedor. Resultaba insólito que los autores de los hechos, que habían realizado un trabajo laborioso de seccionamiento de las cabezas, las arrojasen después a un contenedor de basura. Manifestaba además el acusado que no pensó que se correspondieran con las hurtadas en la Iglesia de San Esteban, lo cual no era creíble porque por su peso pudo pensar que eran de caliza; se daba la circunstancia de que esta persona se dedicaba a la compraventa de antigüedades; y resultaba sorprendente que no se hubiera enterado de la sustracción días antes, teniendo en cuenta que regentaba un bar y estaba en contacto con el público y los comentarios de las noticias de su ciudad. A su vez manifestó que conocía perfectamente la Iglesia de San Esteban así como las esculturas afectadas, las cuales también reconoció que se veían perfectamente desde la calle. Todo ello llevó al órgano judicial a inferir que el sujeto conocía la procedencia ilícita de las cabezas escultóricas.

c. Condiciones de ejercicio de la acción reivindicatoria

En el caso de delito de receptación, incluso los sucesivos adquirentes pueden tener que soportar la restitución, porque respecto de cosas robadas no cabe la irreivindicabilidad salvo que sea aplicable el art. 85 CCom. No obstante, los adquirentes de buena fe sufren una pérdida económica como consecuencia de la actuación ilícita del autor del delito que merece ser resarcida. Por ello, la jurisprudencia penal entiende que la responsabilidad civil derivada del delito de receptación no sólo se extiende a la restitución del bien y la entrega del lucro obtenido con la receptación, sino que «si existieren compradores subsiguientes de buena

fe, entonces el perjuicio por éstos sufrido, cuando el objeto se recupera, ha de quedar cubierto por tal responsabilidad, quedando así satisfecho el perjuicio no sólo del titular dominical, al que se reintegra el objeto, sino también del comprador o compradores subsiguientes, que, siendo de buena fe, verían frustrados sus legítimos derechos si la responsabilidad del receptador hubiese quedado agotada con la recuperación reseñada, cuando, a través de una lógica relación de causa a efecto, es el receptador factor desencadenante de todas las consecuencias civiles derivadas de la infracción». Es decir, debe resarcir también a los sucesivos adquirentes de buena fe.

No obstante lo anterior, entiende la STS, Sala de lo Penal, núm. 189/2003, de 12 de febrero, rec. 1915/2001 (RJ 2003, 1087), que si el bien cultural hubiera llegado a una institución pública (en el caso concreto, el Museo Naval) como consecuencia de sucesivas transmisiones, no procede la restitución porque de este modo se cumple mejor el objetivo de conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio cultural español que reconoce el art. 46 CE. Desde el punto de vista civil, parecería entonces lógico que en lugar de indemnizar al adquirente (institución pública que no tendrá que entregar el bien cultural adquirido), el autor del delito de receptación deba resarcir al propietario original, que ya no recuperará el bien.

2.3.1.2. Adquisición por usucapión

Para los casos en que no se dé un supuesto de irreivindicabilidad, cabe plantearse la posibilidad de la adquisición del derecho de propiedad sobre bienes culturales robados por usucapión.

Como hemos visto, hay supuestos en que el bien cultural es reivindicable por ser inalienable [los BIC y los BIG que pertenezcan a la Administración o a una institución eclesiástica (art. 28.3 LPHE)]. Pero en los supuestos de titularidad privada del bien, siempre que no sea propiedad de una institución eclesiástica, también pueden darse casos de reivindicación del bien robado, básicamente si es una venta civil no realizada en pública subasta o si siendo una venta mercantil, falta el requisito de la buena fe. En este caso, podrá ejercitarse la acción para recuperar el bien por parte del propietario original en tanto dicha acción no haya prescrito.

Respecto del primer supuesto, el art. 28.3 LPHE, dispone: «En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el art. 1955 CCiv». Al referirse este artículo a la usucapión ordinaria y extraordinaria, pero también a la reivindicación del propietario de una cosa mueble con remisión al art. 464 CCiv, se ha entendido que la inaplicación de la norma implicaría que no cabe la reivindicación del bien cultural perdido o robado, adquirido en venta pública, bolsa, feria o mercado[36]. Esta interpretación significaría una contradicción insalvable de la LPHE porque

36. Carrancho Herrero, M. T.: cit., pp. 121 y 122.

por una parte el bien cultural es imprescriptible, es decir, no se puede perder el derecho de propiedad sobre el mismo por prescripción extintiva ni se puede adquirir por prescripción adquisitiva, pero al mismo tiempo se niega a su propietario el derecho de reivindicarlo. A mi juicio sería más adecuada una interpretación sistemática, entendiendo que si el art. 1955 CCiv es una norma de prescripción, hay que entenderla limitada a esta cuestión. Como estos bienes no se pueden adquirir por usucapión (son imprescriptibles conforme al art. 28.3 LPHE y no se aplican los párrafos 1.º y 2.º del art. 1955 CCiv) el actual poseedor no puede oponer la prescripción adquisitiva a la Administración o institución eclesiástica que los reclame. Si se tratara de un tercero adquirente de buena fe, el derecho a reivindicar no se sujeta a los parámetros del art. 464 CCiv, que es inaplicable. Y no hay problema en declarar su inaplicabilidad. Como hemos dicho, en este caso no se trata simplemente de la enajenación de un bien por quien no es propietario, sino que se trata de un bien que no se puede enajenar, salvo a la Administración. Es un bien cuasi inalienable. Y la propia cualidad del bien impide que pueda reconocerse un derecho de propiedad privada sobre el mismo. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al del art. 464 CCiv.

La SAP de La Rioja, núm. 430/2002, de 31 de octubre, rec. 99/2002 (AC 2003, 43) resuelve sobre el ejercicio de una acción reivindicatoria de los Privilegios Rodados otorgados por Alfonso X, Fernando III y Fernando IV frente a su actual poseedor, que alega la adquisición por usucapión; la acción se estima porque se acredita el carácter de dominio público de los documentos litigiosos por su registro en el Inventario Municipal de Santo Domingo de la Calzada desde 1957, por tanto, son imprescriptibles.

Sin embargo, en los demás casos (bienes culturales de titularidad privada que no pertenezcan a una institución eclesiástica, o que perteneciéndole a ésta, no sean BIC ni BIG), sí cabría la usucapión ordinaria y extraordinaria del art. 1955 CCiv, teniendo en cuenta el límite que establece el art. 1956 CCiv para las personas que hayan robado el bien cultural, sus cómplices o encubridores.

Con relación a estos supuestos en que sí es posible la usucapión de bienes culturales, se aplican las reglas generales de usucapión de bienes muebles, y por tanto, basta con la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante un plazo de 3 años si se trata de usucapión ordinaria (con buena fe y justo título) o durante 6 años en caso de usucapión extraordinaria.

Las normas aplicables en este punto, al igual que sucede con las adquisiciones *a non domino*, son las normas generales de cualquier cosa mueble. Pero cabe preguntarse si no sería deseable o si no estaría justificado un régimen especial, atendida la especial protección que merece este tipo de bienes. Las normas decimonónicas no contienen un régimen especial en este punto, en consonancia con la falta de sensibilización sobre el tema en la época de redacción del Código civil. Pero existiendo desde el siglo XX una creciente preocupación por la pro-

tección del patrimonio cultural y una valoración cada vez mayor de este tipo de bienes desde diferentes perspectivas, permitir que con el mero transcurso de tres o seis años el propietario original pueda perder su derecho sobre el bien cultural sin indemnización alguna a favor de un poseedor *ad usucapionem* puede resultar llamativo. Me pregunto si no sería más adecuado que en este tipo de bienes, por su especial valor e importancia, los plazos para la usucapión fueran más amplios, dificultando la pérdida del bien para el propietario original y, consecuentemente, reforzando su protección frente al riesgo de la usucapión.

Ya en el contexto europeo se advierte una corriente favorable a establecer plazos de usucapión más amplios para los bienes muebles por la dificultad con que topa muchas veces el propietario para localizar y reclamar el bien, de modo que un exiguo plazo de tres años puede ser claramente insuficiente. En este sentido, el artículo VIII. 4:101 (2) DCFR establece un plazo de diez años para la usucapión ordinaria de bienes muebles y treinta años para la usucapión extraordinaria de estos mismos bienes[37]. Aunque a mi juicio la opción del DCFR resulta excesiva para bienes muebles de uso corriente[38], quizás debiera sopesarse un plazo de este tipo cuando se trate de bienes muebles de especial valor. Dentro de estos habría que incluir los bienes culturales. Efectivamente, hay bienes de cierto valor cultural que no revisten especial valor. Para ellos no parece que hubiera óbice en admitir como válido el plazo general de los bienes muebles, pero en los demás supuestos creo que debería revisarse nuestra legislación decimonónica y establecer plazos de mayor duración en base a la especial importancia económica de los bienes objeto de usucapión.

2.3.2. Bienes exportados ilícitamente

La LPHE establece la obligación de los propietarios y poseedores de bienes culturales con más de cien años de antigüedad o BIG de obtener autorización expresa y previa de la Administración del Estado para exportar el bien (art. 5.2 LPHE), y se prohíbe la exportación de los BIC (art. 5.3 LPHE). No sólo se trata de una autorización cuando se pretenda vender el bien en el extranjero, sino también para salidas temporales[39], con ocasión, por ejemplo, de una cesión

37. La cuestión del plazo fue muy discutida durante la elaboración del DCFR, porque un sector defendía plazos breves, similares al que actualmente rige en España y otro era partidario de plazos extensos. En concreto, Suecia había reformado su legislación porque con un plazo de tres años era muy difícil para el propietario localizar el bien, especialmente si era robado, antes de que un tercero lo adquiriese por usucapión, lo que truncaba las posibilidades de recuperar el bien. Cfr. Lurger, B., Faber, W. et al.: *Principles of European Law. Acquisition and Loss of Ownership of Goods.* Oxford, Oxford Unviersity Press, 2011, (PEL. Acq. Own), pp. 962-963; Faber, W.: «Book VIII of the DCFR», *Edinburgh Law Review*, Vol. 14, 2010, p. 503.
38. Además, la propia duración de los bienes muchas veces es limitada, con lo que pierde sentido un plazo de usucapión largo. No sucede así con los bienes culturales. Cfr. Wortley, S., «Original Acquisition», *Edinburgh Law Review*, Vol. 14, 2010, p. 510.
39. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 25.

para una exposición. Existe el riesgo de que un bien de este tipo saliera del país pretendidamente de forma temporal pero después fuera enajenado, haciendo imposible la recuperación del bien.

En consecuencia, si saliera de nuestras fronteras un bien de más de cien años de antigüedad o un BIG sin autorización, y en todo caso, un BIC, estaríamos ante una exportación ilícita. A veces la salida del bien se lleva a cabo a iniciativa del propietario, para enajenarlo en el extranjero vulnerando las restricciones que en esta materia establece la LPHE. Otras veces, la salida ilícita va precedida de su sustracción ilícita a su legítimo propietario, o procede de una excavación ilegal. Este último supuesto es el más difícil de combatir porque el Estado no llega a tener conocimiento de los hechos. Teniendo en cuenta que es habitual que los bienes culturales robados traten de enajenarse en el mercado negro más allá de nuestras fronteras, y que el origen ilícito del bien comportará la salida del mismo sin solicitar la autorización de exportación, es frecuente que en caso de bienes culturales robados nos encontremos además ante un caso de exportación ilícita.

La necesidad de la autorización de exportación responde a una fórmula de protección de los bienes culturales que se introduce a través de la Convención de 1970. Con el fin de evitar importantes pérdidas en el patrimonio cultural de un Estado motivadas por una salida constante, masiva e incontrolada de bienes culturales, el art. 6 de la Convención establece la obligación de los Estados de «establecer un certificado adecuado, en el cual el Estado exportador autorice la exportación del bien o de los bienes culturales de que se trate y que deberá acompañar a todos los bienes culturales regularmente exportados». Se trata, en definitiva, de que toda salida de bienes culturales sea fiscalizada por el Estado para evitar la merma de su patrimonio cultural. Y para el caso de exportación ilícita, se articulan mecanismos dirigidos a facilitar que el Estado pueda recuperar el bien integrante de su patrimonio cultural. De estos procedimientos de recuperación del bien se pueden beneficiar los propietarios de bienes culturales sujetos a autorización de exportación cuando sean robados y posteriormente exportados ilícitamente. El Estado y no el particular reclamará la devolución del bien –también es posible en ciertos ámbitos, como veremos en el convenio de UNIDROIT, el ejercicio de la acción directamente por el propietario– que puede ceder al titular original que acredite la pérdida o sustracción del bien si éste le abona los gastos de su recuperación y en su caso el reembolso del precio satisfecho al adquirente de buena fe (art. 29.3 LPHE).

Ésta es una de las materias donde la regulación se muestra más intervencionista[40]. Para el legislador parece haber una clara preocupación por controlar que los

40. En la misma línea, Carrancho Herrero, M. T.: cit., p. 139.
El intervencionismo de la LPHE en los bienes culturales de titularidad privada tiene otras muchas manifestaciones. Así, por ejemplo, el art. 28.1 LPHE dispone que las entidades eclesiásticas sólo pueden enajenar a la Administración, y no a los sujetos privados. Tal

bienes culturales no salgan de nuestras fronteras, especialmente por el temor a su pérdida definitiva, con el consiguiente riesgo de merma paulatina del patrimonio cultural. Es habitual que los Estados con un patrimonio cultural voluminoso adopten este tipo de legislaciones. Uno de los aspectos que así lo demuestran es la oferta de venta irrevocable del art. 33 LPHE. Salvo para bienes importados en un plazo inferior a diez años, «siempre se formule solicitud de exportación, la declaración de valor hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable a favor de la Administración del Estado que, de no autorizar dicha exportación, dispondrá de un plazo de seis meses para aceptar la oferta y de un año a partir de ella para efectuar el pago que proceda».[41] Esto significa, en la práctica, que si el propietario de un bien quiere exportarlo para, por ejemplo, venderlo en una importante casa de subastas, como Christie's o Sotheby's, donde posiblemente obtendría un mejor precio por él, el Estado le puede denegar la solicitud de exportación. Puede, no obstante, estar interesado en adquirir el bien por el valor declarado al formular la solicitud. Esto constituiría una limitación a su *ius disponendi* con una función similar a los derechos de tanteo y retracto previstos en la LPHE, de la que se destaca incluso un cierto matiz expropiatorio[42]. Y con

disposición constituye una restricción al derecho de propiedad privada de dudosa justificación porque no sólo evoca a la llamada propiedad en manos muertas, sino que no hay motivo para pensar que los bienes culturales corran peligro o estén menos protegidos en manos privadas que en manos públicas. En este sentido, Carrancho Herrero, M.T.: cit., p. 113.

En términos generales, la LPHE constituye un grave obstáculo para el desarrollo de un mercado del arte y las antigüedades en nuestro país, en parte por el art. 28 y en parte por el derecho de adquisición preferente del art. 38 LPHE. Sin embargo, el desarrollo de un mercado del arte tiene consecuencias positivas, porque además del importante flujo económico que conlleva, no parece que la Administración tenga los recursos suficientes para conservar adecuadamente el ingente patrimonio cultural español. Y los límites a las exportaciones podrían constituir una medida suficiente para evitar la merma de nuestro patrimonio cultural.

41. El hecho de que la solicitud de exportación pueda ser realizada por el propietario o el poseedor (art. 5.2 LPHE) plantea problemas con la oferta de venta irrevocable para el caso de que sea solicitada por un poseedor no propietario, que carece de *ius disponendi*, cfr. Carrancho Herrero, M.T.: cit., p. 147.

Tal inconveniente se salva con el art. 47.3 del Reglamento al permitir que la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español exija al solicitante que acredite su derecho de propiedad sobre el bien o que está autorizado por su propietario para la venta o exportación. Se evita así que la exportación pueda tener lugar sin el conocimiento del propietario. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 42.

42. Carrancho Herrero, M.T.: cit., pp. 144 y ss.; López-Carceller Martínez, P.: cit., pp. 36 y ss.

Pero además, el art. 33 añade: «La negativa a la solicitud de exportación no supone la aceptación de la oferta, que siempre habrá de ser expresa». Esto sí que constituye un claro perjuicio para el propietario. Es evidente que el Estado carece de recursos suficientes para adquirir ilimitadamente bienes culturales. Puede ocurrir entonces que no autorice la exportación porque el especial valor del bien así lo justifique, pero tampoco lo adquiera, a pesar de ser voluntad del propietario proceder a la enajenación. En este caso, la situación del propietario se ve claramente perjudicada. Si el bien es de valor suficiente como para

ello se evita la pérdida de patrimonio cultural en el territorio español, aunque quizá a cambio de un precio inferior al que hubiera obtenido el propietario en la subasta. De ahí la importancia de que la declaración del valor del bien se ajuste a la realidad.

Pero existen bienes culturales que pueden ser exportados sin autorización. Es el caso de los bienes culturales que no sean BIG ni BIC, que no tenga más de cien años pero a pesar de ello tengan especial valor. No olvidemos que si son de titularidad privada, la incoación del procedimiento para incluir el bien en estas categorías se realiza a solicitud del propietario, que puede no estar interesado en ello. La consecuencia es que pueden pasar desapercibidos bienes culturales de especial valor[43] y ser exportados sin cumplir los trámites legales. A ello hay que añadir que en ocasiones, el personal de las aduanas puede tener dificultades para apreciar la importancia o el valor cultural del bien[44], y en todo caso, a pesar de su valor, si formalmente no encaja en el supuesto del art. 5.2 no requiere autorización. No obstante, es posible que la Administración declare inexportable un bien cultural (art. 5.3 LPHE). La finalidad parece ser evitar que salgan del territorio nacional bienes que no han sido declarados BIC ni BIG pero son de especial valor, y la prohibición subsiste hasta que se incoe el expediente. La dificultad reside en que la Administración en estos casos llegue a tener conocimiento de la existencia del bien y de la intención de exportarlo. Cualquiera que sea el medio por el que llegue a tener conocimiento de ello, será suficiente para que declare que es inexportable, como medida de protección del patrimonio cultural[45].

Aquí el problema reside entonces en la falta de incoación del procedimiento para la declaración del BIC o BIG por parte del propietario. El hecho de que los bienes incluidos en estas categorías estén sometidos a un régimen jurídico muy intervencionista a pesar de su titularidad privada, no sólo para la exportación, sino incluso para el tráfico jurídico de estos bienes dentro de nuestras fronteras[46], constituye un motivo de cierto peso para que los propietarios no se vean motivados para solicitar la incoación de estos procedimientos administrativos. No obstante, este tipo de actitudes redundan en perjuicio del propietario en el caso de

justificar la negativa a la exportación, cabe pensar que su valor económico es elevado, y los potenciales compradores dentro del territorio nacional pueden ser escasos. En esta situación, el propietario vería prácticamente impedido el ejercicio de su *ius disponendi* en atención al superior interés de protección del patrimonio cultural. Está claro que nuestra legislación está dirigida fundamentalmente a este fin último, menospreciando la posibilidad de desarrollar un mercado del arte y de las antigüedades que incentive las inversiones en bienes culturales. El hecho de que parte de los bienes culturales esté en manos privadas no tiene por qué ser intrínsecamente malo, especialmente cuando se regula que los bienes de especial valor sean accesibles para investigadores y dentro de ciertos límites para el público en general, como establece el art. 13.2 LPHE para los BIC.

43. En el mismo sentido, Carrancho Herrero, M.T.: cit., p. 138.
44. Con carácter general, Prott: cit., 2012, p. 7.
45. López-Carceller Martínez, P.: cit., pp. 28 y ss.
46. Vid nota supra.

que el bien sea robado y sacado de nuestras fronteras. Si no es un bien que encaja en las categorías citadas, no necesita autorización de exportación. Por tanto, la protección internacional de estos bienes a través de la actuación del Estado queda seriamente dañada. Si el supuesto no encaja en un caso de exportación ilícita, los mecanismos internacionales articulados en relación con estas exportaciones para la lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales no podrían ponerse en marcha. Y es importante que los propietarios sean conscientes de esta circunstancia como elemento motivador para procurar la mejor protección posible a los bienes culturales de su propiedad. No olvidemos que el Estado tiene más y mejores medios para procurar la recuperación del bien robado más allá de las fronteras que los particulares, y poder contar con su asistencia en este punto es de gran utilidad.

En relación con esta cuestión hay que mencionar que el requisito de los cien años de antigüedad es un elemento importante para favorecer la protección del patrimonio cultural frente a las exportaciones cuando el bien, pese a su valor, no se haya declarado BIC o BIG. Es habitual que el valor de los bienes culturales se incremente a medida que éstos ganan antigüedad, por tanto, bienes culturales de titularidad privada pueden ir viendo como su relevancia cultural se acrecienta sin que formalmente sean declarados como BIC o BIG. La necesidad de autorización para exportar bienes de más de cien años juega como elemento objetivo que permite de manera automática someter a estos bienes al régimen de la LPHE para exportar el bien, aun cuando no exista declaración formal como BIC o BIG[47]. Esto, por otra parte, puede llevar a la necesidad de solicitar la autorización aunque el valor cultural de bien no sea elevado.

La medida favorece la seguridad jurídica y la protección del patrimonio al establecer un control preventivo para todo bien con más de cien años de antigüedad, aunque quizás en algunos casos entorpezca las transacciones, pero es un coste probablemente justificado porque contribuye a prevenir la pérdida de patrimonio cultural. Y además, permite proteger el patrimonio cultural de titularidad privada frente a los supuestos de robo seguido de exportación del bien fuera de nuestras fronteras.

Llegado este punto, procede analizar el tratamiento de estas cuestiones en el ámbito internacional, cuestión que afrontamos en el apartado siguiente.

3. LA RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Un tratamiento realista del tráfico ilícito de bienes culturales no puede circunscribirse al ámbito nacional y a la legislación española. Lo normal es que las obras robadas salgan del país para ser vendidas en un lugar lejano, burlando así

47. Carrancho Herrero, M.T.: cit., p. 31.

todo intento de recuperación del bien. A los obstáculos para la localización del bien hay que sumar las dificultades jurídicas para su restitución. El hecho de que algunos ordenamientos permitan al adquirente de buena fe de un bien robado convertirse en propietario de manera irreivindicable, o las trabas para que las normas del Estado de origen del bien sean eficaces más allá de sus fronteras son circunstancias que sin duda pueden llegar a truncar las expectativas para recuperar el bien. Y recordemos que en estos casos, por el valor intrínseco del objeto, lo que interesa es precisamente su recuperación, por encima quizá del castigo al sustractor.

Tales supuestos son reflejo de lo que en Derecho Internacional Privado se conoce como conflicto móvil. En los bienes muebles, por la capacidad de desplazarlos más allá de las fronteras, el criterio de situación del bien es inestable, porque de acuerdo con la ubicación del bien en cada momento, se da lugar a la aplicación de normas distintas, con criterios y soluciones diferentes. Se defiende frente a ello el principio de continuidad del derecho de real, que implica el reconocimiento de los derechos adquiridos antes del desplazamiento del bien. De este modo, si un bien se desplaza a un Estado, donde es transmitido a un tercero y posteriormente se traslada a un tercer Estado, la adquisición debe entenderse sometida al derecho del lugar en que ésta tuvo lugar, con independencia de que el bien ya no se encuentre en ese Estado[48]. Así se salva la inestabilidad en la determinación del derecho aplicable, pero también se da lugar a ciertas situaciones llamativas, y a continuación exponemos algunos ejemplos.

Ilustrativo de las dificultades que acontecen en este ámbito es el caso *Winkworth*[49]. Unas obras de arte japonesas fueron robadas de una colección privada en Inglaterra y se trasladaron a Italia, donde fueron adquiridas de buena fe por un coleccionista italiano. Pasado un tiempo, éste las envió de nuevo a Londres para que fueran subastadas en Christie's, y entonces fueron identificadas por el propietario original, quien reclamó judicialmente la restitución. Conforme al Derecho inglés no es posible la adquisición *a non domino* de bienes robados bajo la premisa de que la falta de título del transmitente impide al adquirente adquirir el título sobre el bien. Sin embargo, como los bienes muebles se sujetan a la ley del lugar en que se hallen, y el bien robado fue adquirido en Italia, ocurre que su legislación nacional permite adquirir de forma irreivindicable cosas muebles de buena fe incluso si han sido robadas. Así, concluyó el tribunal inglés que el coleccionista italiano era ahora el legítimo propietario y resolvió en contra de la pretensión del propietario original, que hubiera quedado protegido sin embargo si la venta se hubiera regulado por el Derecho inglés.

Otro supuesto interesante es el caso *Stato francese v. Ministero per i beni culturali*

48. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 51.
49. Winkworth v. Christies Manson and Woods Ltd., [1980] All ER 1121, citado por Merryman, J. H.: «The good faith...», cit., p. 5.

ed ambientali e De Contessini[50], en el que unos tapices fueron robados de un museo estatal francés y trasladados a Italia, donde fueron adquiridos de buena fe por De Contessini. Siendo demandado éste por el Gobierno francés, el tribunal resolvió a favor del adquirente de buena fe por aplicación del derecho italiano y a pesar de que tales bienes resultaran inalienables conforme al Derecho francés. El mismo problema podría plantearse, como ya hemos apuntado en páginas anteriores, respecto de bienes culturales españoles que conforme a la LPHE no se puedan enajenar, de conformidad con el art. 28 de la ley, pero fueran robados y exportados ilícitamente.

3.1. LOS INTERESES EN CONFLICTO

El tráfico internacional de bienes culturales ha sido y aún hoy es una materia compleja porque las regulaciones de los Estados parten de planteamientos diferentes que, como veremos, las normas internacionales han tratado de aproximar. Así, como punto de partida, el panorama internacional ofrece soluciones muy dispares para los casos en que se adquiere un bien de quien no es propietario[51]. Hay países, especialmente del ámbito del *Common Law*, en los que la tendencia es no admitir las adquisiciones *a non domino*, lo que permite al propietario original reivindicar la cosa de un adquirente de buena fe en cualquier caso en tanto la acción para reclamar no haya prescrito. En el *Civil Law*, sin embargo, la tendencia es la contraria, admitiendo supuestos de irreivindicabilidad cuando se adquiere una cosa mueble de buena fe y a título oneroso, aunque no hay un tratamiento uniforme de esta cuestión, y así, si bien unos ordenamientos, pero no todos, rechazan esta protección del adquirente cuando se trate de una cosa perdida o robada, otros sólo excluyen de protección al adquirente de cosas robadas, mientras que en algunos países se protege incluso a quien adquiere de buena fe una cosa robada[52]. La admisión de supuestos de adquisición *a non domino* trunca las expectativas del propietario original del bien cultural y facilita el tráfico ilícito de este tipo de bienes.

En la medida en que es habitual que el tráfico de bienes culturales traspase

50. *Il diritto di autore*, vol. LXI, p. 263 (April-June 1990), citado por Merryman, J. H.: «The good faith...», cit., p. 5.
51. Schneider, M.: cit., p. 480; Fox, C.: cit., p. 229-230; Merryman, J. H.: «The good faith...», cit., p. 3.
52. Por ejemplo, en el ámbito europeo, Austria y Holanda permiten la adquisición *a non domino* de cosas perdidas, pero no de cosas robadas; Alemania, Grecia, Lituania, Letonia, España, Francia, Bélgica excluye cosas perdidas y robadas (aunque con matices porque por ejemplo, en España sería posible la adquisición irreivindicable de la cosa robada conforme al art. 85 CCom, aunque no lo admite el art. 464 CCiv); Hungría, Eslovaquia, República Checa, Eslovenia, Italia admiten con carácter general la adquisición *a non domino* de cosas perdidas y robadas. Una exposición detallada de los requisitos exigidos en cada uno de estos países y otros del ámbito europeo puede consultarse en PEL Acq. Own., pp. 925 y ss.

fronteras, la disparidad de regulaciones se convierte en un problema para el propietario y una ventaja para los traficantes de arte y antigüedades[53], sobre todo porque se abre una vía para eludir la protección trasladando estos bienes a un país en el que se proteja al adquirente de buena fe incluso frente a cosas robadas para ser vendidos allí[54]. La complejidad de la situación y la necesidad de reaccionar frente a estas conductas ha sido uno de los principales motivos que ha llevado en su día a elaborar normas internacionales (Convención de 1970 y Convenio UNIDROIT) que abordan esta problemática desde el Derecho privado. De este modo se persigue ofrecer un tratamiento uniforme del tráfico de bienes culturales más allá de las fronteras, y sin perjuicio de la disparidad de normas nacionales sobre adquisición *a non domino*, que son de aplicación para la generalidad de los bienes, pero no para los bienes culturales adquiridos en un Estado Parte en estos convenios. Para la eficacia de los mismos, lo deseable es que se suscriban por el mayor número posible de Estados.

Por este motivo, esta regulación internacional ha tratado de ofrecer soluciones que de un modo u otro satisfagan los intereses del mayor número posible de Estados, con el fin de procurar la suscripción de los tratados. En efecto, los Estados tienen intereses muy diversos en esta materia en función de sus propias circunstancias. Hay países en los que el patrimonio cultural propio es escaso, pero sin embargo el mercado del arte y de las antigüedades mueve importantes cantidades de dinero. En estas circunstancias, una regulación que favorezca las restituciones atenta contra los intereses económicos de ese mercado. Estos países entienden que los bienes culturales son patrimonio común de la humanidad y por ello deben estar disponibles para que la comunidad mundial pueda disfrutar de ellos. Además, hacen notar que muchas veces los Estados con un importante patrimonio cultural nacional son naciones pobres con escasos recursos, por lo que carecen de medios e infraestructuras suficientes para protegerlo frente a saqueos y para conservarlo frente al deterioro material. Frente a esta postura, los países con un importante patrimonio cultural mantienen una postura divergente, precisamente porque tradicionalmente han sido víctimas de robos y expoliaciones, y porque en estos países el mercado del arte y el coleccionismo no están muy desarrollados. Éstos son, obviamente, partidarios de una normativa que favorezca la restitución de los bienes culturales, que consideran parte de su herencia cultural[55]. Es habitual además que los países con importante patrimonio cultural cuenten, en general, con una normativa muy intervencionista para proteger su patrimonio y evitar que salga del territorio nacional[56].

53. Prott, L.V.: «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review*, 1996-1, p. 60.
54. Como apunta Schneider, M.: cit., p. 500, aunque la protección al adquirente de buena fe significa mayor seguridad jurídica en el mercado del arte, también promueve el tráfico ilícito.
55. Fox, C.: cit., pp. 253-254; Merryman, J. H.: «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law*, vol. 80, núm. 4, 1986, p. 832.
56. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 24.

En algunos casos, como por ejemplo en Estados Unidos, no se reconoce la adquisición *a non domino*, lo que protegería al propietario original frente a un adquirente de buena fe. Sin embargo, esto sólo ocurriría en principio respecto de las transacciones de ámbito nacional. Para el caso de que el bien cultural procediera de otro Estado, la falta de reconocimiento de la legislación de este último supondría una protección para el adquirente frente al propietario original extranjero. Por este motivo, en Estados Unidos ha habido fuertes presiones de los intermediarios y galerías de arte para evitar controles en este mercado que puedan llevar a un reconocimiento del derecho de propiedad del titular extranjero en perjuicio de los adquirentes y, por tanto, en detrimento del importante volumen de transacciones que llevan a cabo. Ello explica que la Convención de 1970 no haya sido suscrita por Estados Unidos hasta 1983, e imponiendo serias restricciones en cuanto a su aplicación[57].

Otro problema añadido consiste en que en muchos Estados con mercado del arte se han creado importantes museos que atesoran obras de otros Estados cuyo origen es desconocido o al menos dudoso. La colaboración internacional podría poner en peligro las colecciones de estos museos, lo que lleva a sus Estados a adoptar posturas restrictivas en cuanto a la colaboración para la repatriación de bienes culturales[58]. Ello explica, como veremos, que la Convención de 1970 no tenga carácter retroactivo, a fin de proteger las adquisiciones de estos museos.

Finalmente, se observa una contraposición de intereses públicos y privados en relación con los bienes culturales. Cuando los bienes culturales están en manos privadas, en el tráfico de estos bienes concurren los intereses privados del propietario con los intereses públicos de protección de esos bienes que, por sus características, forman parte de la cultura de ese país. Las normas que atienden a los intereses generales y que se dictan como normas de protección del patrimonio cultural son contrarias, muchas veces, a los intereses privados de los propietarios. La Ley de Patrimonio Histórico Español, por ejemplo, es una buena muestra de ello. Normas de este tipo se dictan especialmente en países que por su historia cuentan con un valioso patrimonio cultural que tratan de poner a disposición del público en general, en detrimento de los intereses particulares de los propietarios, cuando estos bienes están en manos privadas. Estas medidas cumplen unos fines muy loables, pero coartan el desarrollo y expansión del mercado del arte y las antigüedades, de notable importancia económica. Este mercado, además, es el que posibilita la inversión en nuevos artistas y su desarrollo; en definitiva, la creación de obras que en el futuro pueden convertirse en bienes de especial valor, por lo que también cumple una finalidad importante que muchas veces los poderes públicos no están en condiciones de afrontar por falta de recursos económicos. El coleccionismo, también, puede verse dañado con una normativa que atienda

57. Fox, C.: cit., pp. 250 y 254.
58. Fox, C.: cit., p. 254.

excesivamente a los intereses públicos por encima de los privados. Por este motivo hay países cuya regulación es mucho más tolerante, ya que no cuentan con un patrimonio cultural tan abundante, pero quieren favorecer el desarrollo del mercado del arte dentro de su territorio y la importación de obras culturales con las que dotar a sus museos y galerías, así como favorecer las colecciones privadas.

3.2. LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970

La primera de las normas internacionales sobre la materia es la Convención de la UNESCO de 1970. Tras la independencia de una buena parte de los países y pueblos que habían sido colonizados en siglos anteriores, los Estados independizados trataron de recuperar objetos importantes de su patrimonio cultural, de los que se habían visto despojados durante la época colonial. Es esta reivindicación la que se sitúa principalmente en el origen de la Convención de la UNESCO de 1970. No obstante, como los Estados coloniales y los Estados con un importante mercado de arte y antigüedades eran reacios a restituir bienes culturales recibidos en el pasado y ya incorporados a sus museos y colecciones privadas[59], la Convención no quedó provista de carácter retroactivo. Tan sólo es un compromiso de los Estados para detener en el futuro las pérdidas de patrimonio cultural.

El punto de partida de la convención es, de acuerdo con sus propios considerandos, una valoración positiva del intercambio de bienes culturales entre las naciones con fines científicos, culturales y educativos, porque aumenta los conocimientos sobre la civilización humana, enriquece la vida cultural de todos los pueblos e inspira el respeto mutuo y la estima de las naciones. Pero a continuación añade que los bienes culturales son un elemento fundamental de la civilización y la cultura de los pueblos y todo Estado tiene el deber de protegerlos frente a robos, excavaciones clandestinas y exportaciones ilícitas. Es decir, no rechaza el intercambio de bienes culturales porque tiene efectos positivos, pero al mismo tiempo insta a los Estados para proteger su patrimonio cultural.

El éxito de la Convención pasa por una amplia suscripción de ésta en la comunidad internacional, objetivo que paulatinamente se va logrando[60]. Si un bien cultural es robado en un Estado y trasladado a otro Estado, a falta de la firma de la Convención por parte de ambos Estados, es posible que el tribunal se niegue a reconocer las normas de Derecho Público de otro Estado y por tanto le niegue la legitimación para reclamar el bien, a pesar de la tendencia al reconocimiento internacional de las normas de Derecho Público de otro Estado tras la Resolución Weisbaden de 1975. La convención, por tanto, crea un marco para la cooperación entre los Estados en la recuperación de bienes culturales que salgan ilícitamente de las fronteras.

59. Prott, L.V.: cit., 2012, p. 2.
60. Actualmente hay 131 Estados Partes en la Convención.

De acuerdo con ello, las principales contribuciones de la Convención de 1970 en lo que interesa al objeto de este estudio son el establecimiento de un certificado de exportación que permita establecer controles de los Estados respecto de la salida de bienes de su patrimonio cultural, y sobre todo el reconocimiento de tal certificado por parte de los demás Estados, y las referencias al adquirente de buena fe de los bienes culturales exportados ilícitamente.

3.2.1. El certificado de exportación

Para los bienes que cada Estado determine, y que se incluyan en alguna de las categorías de la Convención, es necesario un certificado de exportación expedido por el Estado exportador (art. 6 de la Convención). La UNESCO insiste en la importancia de que los Estados establezcan este certificado como mecanismo para proteger los bienes culturales frente al tráfico ilícito[61]. En el caso español, como ya se ha indicado en páginas anteriores, el certificado de exportación previsto por la Convención se introdujo en nuestro ordenamiento a través del art. 5 de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

Con este certificado se trata de que el Estado pueda evitar que salgan de su territorio bienes de especial valor, aun cuando sean de titularidad privada. La salida de estos bienes sería una pérdida para el patrimonio cultural de ese Estado. Esto, en ocasiones, puede chocar con el interés particular del propietario del bien, que puede querer enajenarlo y dado su especial valor, no siempre es fácil encontrar un comprador en el territorio nacional, o incluso, puede querer acudir a una de las principales casas de subastas que se encuentran en el extranjero para obtener el mayor precio posible[62]. Otras veces, la salida del territorio nacional tiene como fin una cesión temporal, generalmente en una exposición. Aquí el riesgo es menor, pero también puede existir, por ejemplo ante el temor de que el bien perezca o se dañe, o que por las circunstancias del país al que viaja el bien, exista un riesgo de que no retorne, y cualquiera de estos u otros motivos llevará a la denegación del certificado de exportación.

61. UNESCO: *Medidas jurídicas y prácticas...*, cit., p. 6.
62. Un caso reciente sobre esta cuestión acaecido en España fue el intento de exportación del cuadro de Picasso «Cabeza de mujer» por su propietario, Jaime Botín, para venderlo a través de la casa de subastas Christie's, a pesar de que se le había denegado el certificado de exportación por tratarse de un Bien de Interés Cultural que la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español consideró de singular valor. A pesar de ser un cuadro de titularidad privada, si se trata de un bien con un valor cultural singular y vinculado con el territorio de ese Estado (el cuadro fue pintado por Picasso en la localidad leridana de Gósol y es una de las pocas obras que realizó dentro del denominado período de Gósol, etapa en la que experimenta un cambio en su pintura que marcará su evolución posterior), el interés del Estado por proteger su patrimonio cultural se impone sobre el interés particular del propietario. En este caso, el valor simbólico del cuadro resulta demasiado alto para estar supeditado al mercado. De este hecho se han hecho eco los medios de comunicación, cfr., por ejemplo, *http://www.eldiario.es/cultura/arte/cosas-saber-entender-caso-Botin_0_417508555.html*

En definitiva, de acuerdo con los planteamientos de la Convención, el Estado puede considerar que el mantenimiento del bien en territorio nacional es un interés superior, de carácter general, frente al interés particular del propietario, en cuyo caso denegará el certificado de exportación. Como reconoce el art. 2 de la Convención, la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes, y por ello apela a la colaboración internacional para la protección de estos bienes.

En otros casos, la exportación va precedida de una sustracción ilegal y es evidente el interés del Estado en recuperar el bien como parte de su patrimonio cultural, aun cuando sea de titularidad privada. Éste es el caso que va a ocupar nuestra atención. El art. 7.b) ii) de la Convención se refiere específicamente a este supuesto, articulando un procedimiento que se lleva a cabo entre los Estados de origen y de destino del bien y que se articula por vía diplomática. Concretamente, cuando el Estado de origen del bien cultural y el Estado en que se localiza el bien robado y exportado ilícitamente sean partes en la Convención, el primero puede requerir al segundo por vía diplomática el decomiso y restitución del bien, pero debe abonar una indemnización equitativa a la persona que lo hubiera adquirido de buena fe o que sea poseedora legal del mismo. Analizaremos seguidamente estos procedimientos, no sin antes hacer notar que, según se apunta en la doctrina, la verdadera eficacia de estas medidas relativas al certificado de exportación se conseguiría si además se prohibiera correlativamente la importación de bienes culturales no provistos del certificado de exportación del Estado de origen[63].

3.2.2. Procedimientos de recuperación de bienes robados al amparo de la Convención

Como hemos indicado, la necesidad del certificado de exportación hace que el tráfico ilícito internacional de bienes culturales se integre por objetos con una doble procedencia: bienes robados y bienes que son transmitidos por el verdadero propietario pero sin haber solicitado el certificado de exportación o en contra de la denegación de este certificado. Por tanto, en cualquiera de estos dos supuestos la Convención trata de impedir que el adquirente pueda ser reconocido como propietario, a pesar de la existencia de normas sobre adquisición *a non domino* en muchos Estados que dan lugar a situaciones de irreivindicabilidad. Adicionalmente, se incluirían también otros supuestos que la Convención considera tráfico ilícito: el art. 11 declara ilícitas la exportación y transmisión de la propiedad de bienes culturales que derive de la ocupación de un país por una potencia extranjera.

Respecto de los bienes robados, la aplicación de la Convención presupone

63. López-Carceller Martínez, P.: cit., pp. 68-69.

siempre la exportación ilícita de tales bienes porque la Convención implica siempre un conflicto transfronterizo. Si los bienes robados permanecen en el territorio nacional, el Convenio no es de aplicación, y si estos bienes salen de las fronteras, entonces habrá exportación ilícita y además será de aplicación la Convención, siempre que los Estados de origen y de destino del bien sean partes en ella.

Para el caso de bienes robados y exportados ilícitamente, que es el que centra nuestra atención, la Convención contempla dos procedimientos distintos. El procedimiento de «devolución» del art. 7.b) ii) y el procedimiento de «restitución» del art. 13[64], terminología que tendrá continuidad en el Convenio de UNIDROIT. La reclamación de un bien por un Estado cuando ha sido robado o exportado ilícitamente, sin ser el propietario, no es propiamente una acción reivindicatoria, lo que explica la diferencia terminológica entre ambos supuestos. Veamos cada uno de estos procedimientos.

3.2.2.1. Procedimiento de devolución de los bienes culturales robados y exportados ilícitamente

De acuerdo con el art. 7 de la Convención, la adquisición de un bien cultural robado o importado ilícitamente no puede ser reconocida por los Estados Partes. Es decir, se trata de impedir que en estos casos pueda producirse una adquisición *a non domino*, aunque se reconoce al adquirente de buena fe[65] o poseedor legal de los bienes el derecho a una indemnización que debe abonar el Estado requirente. El reto de la Convención era aproximar posturas y buscar una solución de consenso entre dos posiciones enfrentadas: la de aquellos Estados que querían favorecer la libre circulación de bienes culturales y, por tanto, pretendían que el ámbito de aplicación de la Convención fuera reducido, y la de los Estados preocupados por la protección del patrimonio cultural nacional, interesados en una aplicación extensiva del principio de devolución de bienes robados o exportados ilícitamente[66].

No obstante, la norma se aplica únicamente a los bienes inventariados robados en un museo, un monumento público civil o religioso o una institución similar, lo que excluye los bienes procedentes de una excavación ilegal o bienes robados en un domicilio privado[67]. Esta restricción del ámbito de aplicación de la norma fue impuesta por Estados Unidos para la firma de la Convención y limita notablemente la lucha contra el tráfico ilícito[68]. Como veremos, el Convenio de UNIDROIT supera esta carencia de protección.

64. Sobre las opciones terminológicas, cfr. Schneider, M.: cit., p. 488.
65. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 69.
66. Schneider, M.: cit., p. 482.
67. UNESCO: *Medidas jurídicas y prácticas...,* cit., p. 10.
68. Prott, L.V.: cit., pp. 62-63.

3.2.2.2. Procedimiento de restitución de bienes culturales robados

Ligado a lo dispuesto en el art. 7 se encuentra el art. 13 de la Convención. De acuerdo con él, los Estados Partes se obligan a impedir la transmisión ilícita de bienes culturales y a colaborar en la restitución de bienes culturales exportados ilícitamente, y además, a permitir el ejercicio de la acción reivindicatoria con relación a bienes culturales perdidos o robados, que pueden ejercitar los propietarios legítimos o bien otras personas en su nombre. Todas estas medidas son necesarias para garantizar la eficacia de la reclamación por parte de los propietarios o sus Estados con relación a bienes culturales robados o exportados ilícitamente.

Indica el AAP de Barcelona, sección 13.ª, núm. 28/2008, de 21 de julio, rec. 924/2007, la diferencia entre los arts. 7 y 13 de la Convención. El supuesto se plantea como consecuencia de la acción reivindicatoria ejercitada por parte de la República Árabe de Egipto contra los poseedores de ciertas piezas de valor arqueológico originarias de Egipto que han sido exportadas ilícitamente. Se discute en la sentencia si la Convención de la UNESCO sólo permite acudir a la vía diplomática (art. 7), en cuyo caso el tribunal español carecería de jurisdicción, o si es posible el ejercicio de una acción reivindicatoria ante los órganos judiciales españoles (art. 13). Indica la AP de Barcelona:

«El artículo 7 resulta de aplicación en aquellos supuestos en que el Estado originario de las piezas solicita el "decomiso", y consiguiente restitución, de los bienes robados o ilícitamente exportados, frente a quien es "adquirente de buena fe o poseedor legal" de los mismos, a quien deberá resarcirse con una "indemnización equitativa". Concurriendo estos presupuestos el Estado requirente está obligado a ("deberá") acudir a la vía diplomática. Ahora bien, el supuesto que se plantea no es encuadrable (en tanto la concurrencia de dichos presupuestos es precisamente negada por el Estado ahora actor) en el presupuesto de hecho de esta norma, por lo que la misma no resulta, en principio, de aplicación. A través de la vía diplomática del art. 7.b) II se solicita la restitución del bien cultural, mediante su decomiso, pero no se "reivindica" (acción de protección del dominio frente a una privación o detentación posesoria por persona distinta a su titular encaminada a reintegrar la posesión al dueño) dicho bien.

Efectivamente, la República Árabe de Egipto mantiene que es propietaria (titular dominical) de las piezas y que los demandados las poseen ilegítimamente, al haberlas adquirido de mala fe, interesando la condena a su entrega (reintegro de la posesión de la cosa al dueño); es decir, se discute sobre titularidades y derechos sobre los bienes objeto del pleito, y, ante la controversia, éstos han de ser determinados por los tribunales a través del correspondiente proceso. Recordemos que es doctrina consolidada la de exigir, para que pueda prosperar dicha acción, que concurran tres requisitos esenciales: título legítimo de dominio en el reclamante, identificación de la cosa reclamada y su detentación o posesión por parte del demandado».

En definitiva, la diferencia radica en que el art. 7 permite acudir a la vía diplomática para recuperar un bien que forma parte del patrimonio cultural de su país, pero puede que la reclamación no se formule en calidad de propietario. El art. 13, sin embargo, permite ejercitar una acción ante los tribunales cuando se ejercite una acción reivindicatoria, en base, consecuentemente, en un título de propiedad alegado por el demandante. Dadas las características del caso, la AP de Barcelona concluyó que los tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer del asunto.

La regulación de la Convención con relación al procedimiento de restitución es muy parca, sin entrar a abordar cuestiones como el plazo de ejercicio de la acción o la posición del tercero de buena fe[69]. Ello resta eficacia a la norma, que se hace depender de la buena voluntad de los sujetos implicados para que prospere la acción de restitución.

3.2.2.3. Las diferencias de fondo entre ambos procedimientos

Más allá de la solución en vía diplomática o judicial, entre el procedimiento de devolución y la restitución de bienes robados hay otras diferencias.

En el art. 7 de la Convención se fija una solución concreta para el caso de devolución: el Estado de origen tiene derecho a recuperar el bien aun cuando haya llegado a un adquirente de buena fe, pero en este caso tendrá que entregarle una indemnización equitativa. Es decir, ante la diversidad de soluciones a nivel comparado con relación a si procede o no la reivindicación de bienes robados y adquiridos de buena fe por un tercero, el art. 7 de la Convención adopta una solución concreta que busca una aproximación entre las diferentes soluciones en el panorama internacional. Las posibilidades en el plano internacional se mueven desde la prohibición total de adquirir de un no propietario a la adquisición *a non domino* incluso tratándose de bienes robados. Aunque la norma ha merecido diversas valoraciones[70], a mi juicio, una solución que permite la restitución incluso frente al adquirente de buena fe pero reconociendo a éste el derecho a una compensación es más bien una posición intermedia entre los dos extremos, que serían, por un lado, la restitución sin atender a la posición del adquirente de buena fe, con defensa exclusivamente del propietario original, y por otra parte, la irreivindicabilidad del bien, con defensa exclusivamente del adquirente de buena fe en perjuicio del propietario original. La Convención permite recuperar el

69. Así lo apuntan también Rodríguez Pineau, E., y Martínez Capdevila, C.: «La protección de los bienes culturales en la UE», en *El tráfico de bienes culturales*, coord. Pérez-Prat Durbán, L. y Lazari, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 233.

70. Para Merryman, H. J.: «The good faith...», cit., pp. 6-7, se ha adoptado la solución del Civil Law, al reconocer el derecho a una compensación equitativa. Evidentemente, la solución no es fiel a los parámetros del Common Law, pero ello no puede llevar a entender que se trata de una solución de Civil Law, sino más bien una solución intermedia entre dos opciones extremas: protección al propietario original o protección al adquirente de buena fe.

bien, en la línea del Common Law, pero no desatiende por completo al adquirente y le da derecho a una indemnización, tratando de aproximarse así a la postura protectora del adquirente de buena fe que impera en el Civil Law.

Esta norma implica, en el caso español, un régimen especial para los bienes culturales respecto del régimen general del art. 464 CCiv. La citada norma no permite tampoco la adquisición *a non domino* de las cosas muebles robadas. Pero la Convención de 1970 supedita la reivindicación al pago de una indemnización al adquirente de buena fe. La exigencia de esta indemnización es un modo de equilibrar los intereses de los Estados. En algunos países, como ya hemos indicado, se admite la adquisición *a non domino* incluso de bienes robados. La Convención establece lo contrario, y para conciliar los intereses de los Estados con posiciones contrapuestas en este punto, incluye una indemnización con la que trata de compensar la situación para aquellos ordenamientos que protegen al adquirente de buena fe: aunque al amparo de la Convención deba restituir el bien, al menos recibirá una indemnización equitativa[71].

Sin embargo, esta previsión relativa a la indemnización significa, respecto del ordenamiento español, que la Convención, hace más difícil en algunos casos que prospere la reivindicación del propietario de un bien cultural robado frente a los casos circunscritos al panorama nacional. Como hemos visto, la adquisición *a non domino* de bienes culturales robados puede quedar sujeta a diferentes preceptos en nuestro ordenamiento: art. 464.1.º CCiv, art. 464.2.º CCiv y art. 85 CCom. El primero prohíbe la adquisición *a non domino* del bien robado, el segundo da derecho a recuperar el bien, pero con reembolso del precio, y el tercero reconoce la irreivindicabilidad. De estas tres alternativas, la solución de la Convención se aproxima al supuesto intermedio, que quizá no sea el más frecuente, pues requiere la venta pública del bien cultural pero sin realizarse a través de una empresa especializada (supuesto sometido al art. 85 CCom).

La Convención, por tanto, da un tratamiento uniforme a esta materia en los casos de devolución, frente a la diversidad de soluciones del Derecho español, salvando las distancias en tanto que la devolución es un procedimiento instado por el Estado y no por el propietario original. Y ante la dicotomía de proteger al propietario original del bien robado o al adquirente de buena fe, se decanta por permitir la restitución del bien aunque trata de compensar al adquirente de buena fe supeditando la restitución al pago de una indemnización. Hay que tener en cuenta además que estos bienes, por su propia naturaleza, son de especial valor, lo que eleva el importe de la indemnización y dificulta su satisfacción.

Por otra parte, puede pensarse que el hecho de que el adquirente tenga derecho a ser indemnizado podría llevar a relajar su diligencia, porque de adquirir un bien que deba ser restituido, su pérdida patrimonial derivada de la restitución

71. En este sentido, Prott, L.V.: cit., 1996, pp. 67-68.

quedaría resarcida. No obstante, la necesidad de que actúe de buena fe hace peligrar su indemnización cuando no sea suficientemente diligente y la suprime por completo cuando conozca el origen ilícito de la transacción.

Frente a este tratamiento en los casos de devolución, cuando se trata de la restitución la Convención se limita a admitir la posibilidad de ejercitar una acción reivindicatoria «por los propietarios o en nombre de los mismos». El último inciso parece abrir la posibilidad de que actúe el Estado en lugar del propietario, dados sus mayores recursos en la generalidad de los casos. Pero el art. 13 no ofrece una solución desde el punto de vista sustantivo, sino que será el Derecho interno del Estado en que se produjo la venta por parte de un no propietario el que determinará si se da un supuesto de irreivindicabilidad o no. Por tanto, en estos casos el éxito de la acción dependerá de lo que establezca el Derecho aplicable.

El hecho de que el art. 13 se remita a la acción reivindicatoria del Derecho nacional plantea además problemas prácticos en el marco del proceso. En las reclamaciones privadas es necesario demostrar un vínculo legal con el objeto reclamado en otro país, en cuanto que la acción reivindicatoria debe ser ejercitada por el propietario. Esto no siempre es fácil, y resulta casi imposible para la restitución de objetos arqueológicos aún no inventariados, descubiertos por saqueadores o sustraídos ilegalmente de una excavación[72].

3.2.3. Diligencia y buena fe en la adquisición de bienes culturales

Uno de los problemas que se venía detectando al tiempo de elaborar la Convención de 1970 en el mercado de los bienes culturales, especialmente del arte y las antigüedades, era la falta de interés de los compradores por averiguar el origen del bien. Sin existir una colaboración activa con el mercado ilegal, el hecho de no preguntar por esta cuestión evita las respuestas comprometidas y favorece las transacciones, y con ello, se facilita la transmisión de bienes con origen ilícito. La Convención de 1970 trata de dar un giro a esta cuestión con el fin de procurar una mayor diligencia de los agentes que actúan en este mercado para dificultar la enajenación de bienes culturales de origen ilícito. Las medidas se dirigen primordialmente a museos y anticuarios.

El art. 7.a) trata de impedir que los museos y otras instituciones similares adquieran bienes culturales procedentes de otro Estado Parte que se hayan exportado ilícitamente. Es decir, se trata de que las legislaciones nacionales impongan la obligación de verificar que toda adquisición va acompañada del certificado de exportación. Esto no sólo se dirige a evitar las transmisiones realizadas por el propietario cuando tal certificado no se haya solicitado o se haya denegado. También impide la adquisición de bienes robados porque en este caso el vendedor no se halla en condiciones de solicitar el certificado de exportación. Además, en caso

72. Prott, L. V.: 2012, p. 5.

de recibir una oferta de bienes culturales exportados ilícitamente, se informará al Estado de origen.

En este sentido, se observa que desde la Convención de 1970 se incrementan las consultas sobre la procedencia de los bienes culturales, y cuando no se puede demostrar que un bien estaba en esa fecha (dado el carácter irretroactivo de la Convención) fuera de su país de origen y en manos de una persona privada o una institución de otro Estado, un museo no debe adquirirlo[73].

El art. 10.a) introduce la obligación de los anticuarios de llevar un registro que mencione la procedencia de cada bien cultural, el nombre y la dirección del proveedor, la descripción y el precio, así como informar al comprador de la prohibición de exportación de que pueda ser objeto el bien. A través de estas obligaciones se trata de procurar que la venta de antigüedades se sujete a la legalidad. El registro obliga al anticuario a conocer el origen del bien, y además hay una constancia de datos que puede resultar muy útil a la policía en caso de investigaciones sobre tráfico ilícito de bienes culturales. Por último, la información al comprador sobre la prohibición del exportación garantiza un mejor conocimiento de las obligaciones legales, favoreciendo su cumplimiento.

3.3. EL CONVENIO DE UNIDROIT DE 1995

Tras la Convención de 1970, y a pesar de haber sido suscrita por un importante número de Estados, el tráfico ilícito de bienes culturales no se vio reducido, más bien al contrario. Sí se ha advertido un cambio en la conducta de los museos al adquirir nuevos bienes culturales[74]. Pero en otros ámbitos el tráfico ilícito de bienes culturales ha aumentado[75]. El art. 7 de la Convención no resultaba efectivo en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales[76]. La preocupación en esta materia llevó a la elaboración y aprobación del Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, que establece normas sobre restitución de estos bienes para favorecer la conservación del patrimonio cultural, y persigue la colaboración internacional en esta materia[77]. Este convenio

73. Prott, L. V.: cit., 2012, p. 3.
74. El último avance ha sido el Código de deontología para los museos 2004 del ICOM, que fija las pautas de actuación en el sector museístico.
75. Aún hoy en día se detecta que en las casas de subastas se adquieren bienes sin que esté clara su procedencia, Schneider, M.: cit., p. 516. El pillaje aún es de gran magnitud en algunos países, la policía y personal de aduanas no siempre puede saber la importancia o valor de los bienes, Prott, L. V.: cit., 2012, p. 7; UNESCO: *Manual...*, cit., p. 16.
76. Fox, C.: cit., p. 255. Señala además en su nota al pie 214 que la falta de suscripción de la Convención por parte de Estados como Japón, Reino Unido, Francia y Suiza, con un importante mercado de arte frustraba también su eficacia (actualmente todos ellos son Estados Parte de la Convención). De todos los Estados con mercado de arte, sólo Estados Unidos y Canadá habían suscrito la Convención de 1970.
77. UNIDROIT ya estaba familiarizado con los problemas de unificación del Derecho relativo a la transmisión de bienes muebles, pues había publicado un Draft Uniform Law on the

no sustituye, sino que complementa la Convención de 1970, y en este sentido, no es casualidad que ambos instrumentos incluyan las mismas categorías de bienes dentro de su ámbito de aplicación, si bien con una diferencia: en la Convención de la UNESCO, los bienes han de ser designados por el Estado, mientras que el Convenio de UNIDROIT protege cualquier bien cultural, lo que amplía su ámbito de aplicación, sobre todo en relación con la protección de bienes que pertenezcan a particulares[78]. Recordemos que en el caso español, la declaración de un bien de titularidad privada como BIC o BIG ha de ser solicitada por el propietario, por lo que puede haber bienes de especial valor que no hayan obtenido formalmente esta declaración.

También es muestra de la conexión entre ambos convenios el hecho de que el Convenio de UNIDROIT, siguiendo los planteamientos de la Convención de 1970, incluye dentro del tráfico ilícito de bienes culturales los bienes culturales robados y los bienes culturales exportados ilícitamente, profundizando en la regulación de la restitución de estos bienes más allá de las líneas generales de la Convención. El Convenio de UNIDROIT, por tanto, constituye un importante paso en la medida en que establece unas normas detalladas en materia de Derecho privado con relación a la restitución de bienes culturales adquiridos ilegalmente, impidiendo la adquisición de los mismos de manera irreivindicable y tratando de aproximar las legislaciones nacionales del *Civil law* y el *Common law* con relación a la adquisición *a non domino* de los bienes culturales robados[79].

Sin embargo, el número de Estados Partes de este último instrumento internacional es muy inferior al de los que han suscrito la Convención de 1970 (37 frente a 131)[80] lo que resta eficacia al Convenio en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Y quizá esta disparidad en el número de Estados Partes sea muestra de las dificultades para obtener un compromiso serio y coordinado a nivel internacional en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Los Estados con un importante mercado de arte y antigüedades son los más reacios a ampliar el ámbito de protección contra el tráfico ilícito, por los intereses económicos en juego[81]. Aunque también hay que recordar que la Convención de 1970 lleva veinticinco años de ventaja al Convenio de UNIDROIT de 1995.

Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables en 1968. Cfr. Prott, L. V.: cit., 1996, p. 61.

78. Prott, L. V.: cit., 1996, p. 61-62.
79. Fox, C.: cit., p. 231.
80. Los Estados partes en la Convención de la UNESCO de 1970 pueden consultarse en *http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?language=S&KO=13039*
Los Estados partes en el Convenio de UNIDROIT de 1995 pueden consultarse en *http://www.unidroit.org/status-cp* Nótese que algunos Estados lo han firmado pero no lo han ratificado, de modo que no ha entrado en vigor en sus ordenamientos internos.
Fecha de las consultas: 3 de octubre de 2016
81. En este sentido, Estados Unidos introdujo el art. 7 y algunas excepciones en la aplicación

El Convenio de UNIDROIT distingue en su regulación según se trate de restitución de bienes culturales robados y devolución de bienes exportados ilícitamente. Nótese que en el primer caso se habla de restitución y en el segundo supuesto se alude a la devolución. Veamos a continuación cada uno de estos dos supuestos.

3.3.1. Restitución de bienes culturales robados

El Convenio de UNIDROIT no define qué ha de entenderse por bienes robados, aunque sí define cuándo se entiende que un bien se ha exportado ilícitamente. Aunque se trató de incluir en esta idea los casos de fraude y apropiación de cosas perdidas y otros comportamientos análogos, finalmente se optó por una mera referencia al robo, lo que excluye la aplicación del Convenio en estos otros supuestos[82].

Básicamente, la aportación del Convenio de UNIDROIT respecto de la Convención de 1970 ha consistido en ampliar y clarificar la protección, evitando interpretaciones dispares según los intereses de cada Estado. Así, entre otros aspectos el Convenio de 1995 consigue extender la protección a las excavaciones ilícitas como medio de protección frente al pillaje y los expolios, fijar plazos para el ejercicio de la acción de restitución, y condicionar la indemnización del poseedor de buena fe a su diligencia en los términos detallados en el Convenio. Además, permite al reclamante obtener el reembolso de la indemnización. A todo ello nos referimos a continuación.

En cualquier caso, debe destacarse que en muchos casos la restitución del bien se ha llevado a cabo por vías distintas a la contemplada en la Convención de 1970 y el Convenio de UNIDROIT, como la mediación o el arbitraje y la negociación privada[83].

3.3.1.1. Principio general de restitución de bienes culturales robados

El art. 3.1) consagra como principio general la restitución de cualquier bien cultural robado, ya sea de titularidad pública o privada, ya haya sido adquirido por un tercero de buena fe o no. Como sabemos, hay Estados que protegen con carácter general a los adquirentes de buena fe de bienes muebles, mientras que otros rechazan este planteamiento en interés del propietario original. El Convenio de UNIDROIT adopta una postura clara al respecto, negando en todo caso como regla general la adquisición *a non domino* de bienes culturales. La opción por la que se decanta el Convenio merece algunos comentarios.

En realidad, como apunta Merryman[84], la protección del propietario se al-

---

del convenio. Otros Estados con un importante mercado de arte han rechazado ser parte en el convenio. Prott, L. V.: cit., 1996, pp. 62-63.

82. Schneider, M.: cit., p. 494.
83. Prott, L. V.: cit., 2012, p. 6.
84. «The Good Faith Acquisition of Stolen Art», *Stanford Law School*, Research Paper No. 1025515, pp. 9-15

canza tanto con las normas que impiden la adquisición *a non domino* como con las que la permiten. Pero la protección opera en una dirección distinta. Con el planteamiento del Common Law se protege al propietario original frente al robo y ulterior venta a un tercero de buena fe. La regla que protege al adquirente de buena fe le protege como propietario frente a posibles reclamaciones. La cuestión es si el propietario prefiere verse protegido frente al robo y ulterior venta o si prefiere ser protegido frente a la reclamación de anteriores propietarios. Esta segunda opción favorece el tráfico jurídico, pero quizás por el especial valor de estos bienes, la rapidez se debe supeditar a otras exigencias, como la investigación del derecho del transmitente y la autenticidad del bien, que son habituales en este tipo de transacciones. Sin perjuicio de las ventajas de la regla que protege al adquirente de buena fe con carácter general, en el caso de los bienes culturales, la concurrencia de especiales valores justifica un tratamiento distinto. Los objetivos de la protección del patrimonio cultural son la preservación y el acceso para su investigación y disfrute, y se alcanzan mejor protegiendo al propietario original porque disuaden del robo frente a la regla que protege al adquirente de buena fe. En el caso de robo de un bien cultural y adquisición por un tercero de buena fe, hay dos inocentes: el propietario original y el adquirente. ¿Por qué proteger totalmente a uno de ellos y al otro no? Merryman entiende que en estos casos sería más justo repartir la pérdida entre los dos, a pesar de que el modelo estadounidense (del que él parte en su estudio) lo rechaza[85]. A mi juicio, creo que precisamente la solución del Convenio de UNIDROIT logra repartir las pérdidas entre ambos, propietario original y adquirente, porque si bien consagra como regla general la restitución, supedita ésta al pago de una compensación equitativa por parte del propietario.

Este principio de restitución automática persigue, además, luchar contra la escalada de robos de obras de arte y supone un cambio para aquellas legislaciones que protegen al adquirente de buena fe a título oneroso incluso cuando el bien hubiera sido robado. Por tanto, para que prospere la acción, el robo debe acreditarse ante el tribunal[86].

En los casos de bienes culturales robados en España y trasladados a otro Estado Parte en el convenio, será de aplicación éste cuando se produzca una adquisición de buena fe, en lugar de aplicarse las normas del Derecho nacional. Del mismo modo, si el bien sustraído en otro Estado Parte es adquirido de buena fe en España, será de aplicación el Convenio ante una demanda de restitución en lugar de las normas sustantivas del Derecho español. Se impone entonces la restitución frente a la posibilidad de reconocer un supuesto de irreivindicabilidad al amparo del art. 85 CCom, cuya aplicación decaería en estos supuestos. Pero, como veremos, se busca también amparar la situación de quien adquiere de bue-

85. «The Good faith...», cit., p. 16.
86. Schneider, M.: cit., p. 502.

na fe y a título oneroso, quien sufre un perjuicio con la restitución a pesar de no ser responsable de la situación. Por ello, como veremos, el Convenio reconoce el derecho a una indemnización equitativa al adquirente de buena fe.

3.3.1.2. Protección en las excavaciones

El Convenio equipara en su tratamiento a los bienes culturales robados y los que procedan de una excavación ilícita, o de una excavación lícita, pero conservados ilícitamente (art. 3.2). Este tipo de bienes escapaban de la protección de la Convención de 1970 y el Convenio de UNIDROIT trata de corregir este vacío. En realidad, estos bienes pueden considerarse robados o exportados ilícitamente, y por ello el Convenio da cabida a los mismos en ambas categorías, de modo que según el tipo de pruebas de que se disponga, se solicitará la restitución como bien robado o la devolución como bien exportado ilícitamente[87].

3.3.1.3. Plazos para reclamar la restitución del bien cultural

La Convención de la UNESCO no establecía los plazos para presentar la reclamación. Esto originaba problemas en la práctica y dejaba sin resolver una cuestión en la que los Estados tenían intereses enfrentados. Los Estados que estaban viendo cómo su patrimonio cultural iba mermando eran partidarios de la imprescriptibilidad, mientras que los Estados de tradición europea entendían que toda reclamación debía tener un límite temporal por razones de seguridad jurídica. En la práctica, cada Estado aplicaba sus propias normas sobre plazos cuando se presentaba una reclamación[88]. El interés de los Estados que sufren la pérdida de patrimonio cultural es que los plazos sean los más amplios posibles, mientras que los Estados importadores de estos bienes son partidarios de plazos cortos[89]. El Convenio de UNIDROIT trata de resolver este vacío de la Convención tanto con relación a bienes robados como exportados ilícitamente, tratando de ofrecer una solución que aproxime los intereses encontrados de los Estados y establece unos plazos para la restitución con los que trata de unificar la regulación frente a la disparidad de criterios de las legislaciones nacionales, proporcionando cierta seguridad jurídica al poseedor en cuanto que no es posible la reclamación más allá del plazo establecido[90].

A diferencia de la Convención de 1970, establece específicamente los plazos de reclamación: tres años desde el momento en que el demandante haya conocido el lugar donde se encontraba el bien cultural y la identidad de su poseedor y, en cualquier caso, cincuenta años desde el momento en que se produjo el robo (art. 3.3). Con esta regla se fija el plazo de ejercicio de la acción en tres años,

87. Schneider, M.: cit., p. 504.
88. Prott, V.L.: cit., 1996, p. 66.
89. Schneider, M.: cit., p. 506.
90. A esta seguridad alude también Fox, C.: cit., pp. 257-258.

plazo que no debe ser muy amplio para forzar la diligencia del propietario en formular su reclamación, y tampoco muy breve porque frustraría las posibilidades reales de reclamar, sobre todo teniendo en cuenta el carácter internacional de la reclamación y la necesidad de recabar pruebas. En los debates se discutió si el plazo debía ser de uno, tres o cinco años, y finalmente se optó por el plazo de tres años porque conciliaba mejor los intereses en juego[91]. Por otra parte, no tiene sentido que el plazo comience a correr antes de que el propietario sepa a quién puede reclamar. Por ello se sitúa el inicio del ejercicio de la acción en el momento en que conozca en qué lugar se encuentra el bien y la identidad del poseedor –ambos requisitos son cumulativos–. Esta forma de fijar el inicio del plazo hace que la reclamación se pueda producir pasados muchos años desde que se cometió el acto ilícito. Es indudable que prolongar indefinidamente esta situación tampoco es deseable por la inseguridad que genera en los derechos. Por eso se añade un límite máximo de cincuenta años desde el momento en que se produjo el robo. Se puede entender así que el derecho de propiedad se extinguiría por prescripción en todo caso transcurrido este plazo de cincuenta años, sin perjuicio de la posibilidad de que la acción de restitución prescriba antes por haberse conocido la ubicación del bien y la identidad del poseedor y no haber ejercitado la acción en un plazo de tres años desde ese momento[92].

Se distingue así entre un plazo de ejercicio relativo y otro absoluto. El relativo

91. Schneider, M.: cit., pp. 506-508.

92. Efectivamente, el enfoque de esta materia se acerca mucho a los planteamientos del Derecho estadounidense. Aunque en éste no se reconoce la posibilidad de que el tercero de buena fe adquiera de forma irreivindicable, la reclamación del propietario se limita en el tiempo con planteamientos muy similares al Convenio de UNIDORIT. Fuera de tales límites, ya no cabría la reclamación y el adquirente no tendría que restituir el bien. De modo que la protección del adquirente se obtiene a través del *statute of limitations*, que sería el plazo de prescripción de la acción del propietario. Normalmente, este plazo comienza con la fecha del robo. Pero plantea el problema de que beneficiaría a quien haya robado la cosa y al adquirente de mala fe, porque es habitual que durante un tiempo el propietario no pueda ejercitar la acción por ignorar quién posee el bien. Por ello, con relación a los bienes culturales se aplica la regla «*discovery rule and due diligence*», seguida en la mayoría de los Estados. El «*statute of limitations*» comienza a contar cuando el propietario conozca o hubiera debido conocer la ubicación de la obra de arte desaparecida. Así se sitúa la carga sobre el demandante, que debe emplear la diligencia debida para encontrar el bien. Y cuando no queda demostrada su diligencia, los tribunales le niegan la protección. No obstante, este elemento se combina con la carga que se exige al adquirente de investigar la procedencia del bien, lo que lleva a un cambio de actitud en los marchantes de arte, que se muestran más respetuosos con esta cuestión. La combinación de estos dos elementos permite llegar a resultados más justos.
Este modo de entender el transcurso de los plazos se parece en cierto modo al régimen del *statute of limitations* de Estados Unidos, que toma en consideración el deber de diligencia debida del propietario para encontrar el bien robado, de modo que quien no ejercita la acción en plazo pierde la posibilidad de reclamar por falta de diligencia, pero al mismo tiempo, reconoce injusto penalizar al propietario que no ejercite la acción si aún no sabe contra quién dirigirse. Por ello, lo habitual es que el plazo de prescripción no comience hasta que el propietario conozca o debiera haber conocido empleando una diligencia

es el de tres años, pues no se sabe en qué momento comenzará, y el absoluto es el que empieza su cómputo en el momento en que se produce el robo[93].

No obstante, los bienes culturales que formen parte integrante de un monumento o lugar arqueológico identificado, o que pertenezcan a una colección pública se encuentran en una situación casi de imprescriptibilidad. La especial importancia de estos bienes lleva a que el Convenio les dote de un régimen más protector, y con ello se satisface a los Estados partidarios de no limitar temporalmente las reclamaciones, porque pueden ampliar la protección al propietario original en estos casos a través de la imprescriptibilidad[94]. Respecto de estos bienes no juega el plazo de cincuenta años, sino sólo el de tres años para el ejercicio de la acción, cualquiera que sea el momento en que se conozca la ubicación del bien y la identidad del poseedor (art. 3.4). Ante la inseguridad que esto puede generar, y que puede ser contraria a los intereses de algunos Estados, se les permite acotar el plazo a setenta y cinco años o un plazo más largo para las reclamaciones que se realicen ante sus tribunales. Así se ha previsto porque algunos Estados, partidarios de un límite temporal, mostraban su recelo por razones constitucionales a una norma que no fijara limitación temporal alguna[95]. En cualquier caso, la aplicación de esta regla queda sujeta al principio de reciprocidad, de modo que tampoco podrán reclamar ellos en otros Estados por un plazo superior al previsto en su legislación (art. 3.5).

El Convenio de UNIDROIT no delimita la figura del reclamante. Puede ser la persona que se ha visto despojada del bien, pero también el Estado actuando en nombre o en interés de ésta[96].

---

razonable, que el bien cultural ha sido robado o hasta que descubra quién es su poseedor («*discovery rule*»).

Los tribunales de Nueva York admiten la regla «*demand and refusal*», según la cual el plazo empieza a correr cuando el propietario original haya localizado el bien e identificado al poseedor, y éste además se haya negado a la restitución. Pero se exige al propietario ser diligente y reclamar la cosa sin retrasos injustificados, ya que en otro caso se le niega la protección aun cuando se cumpliera con los plazos del «*statute of limitations*». Con esta regla, el resultado es una mayor protección al adquirente de buena fe, al exigir al propietario original acreditar haber actuado con la diligencia debida. Paralelamente, al adquirente también se le exige una mayor diligencia en su adquisición.

Otros tribunales aplican las reglas de «*adverse possession*» (usucapión), lo que otorga una mayor protección al propietario original porque es muy difícil cumplir los requisitos de ésta con relación a bienes culturales. Muchas veces, éstos se adquieren para el disfrute personal, lo que impide apreciar la posesión pública («*open and notorious*»). Esta doctrina es muy gravosa para el adquirente.

Sobre esta cuestión, cfr. Fox, C.: «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objetcts: An Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property», *American University International Law Journal*, vol. 9-1, 1993, pp. 236-246.

93. Schneider, M.: cit., p. 506.
94. Fox, C.: cit., p. 258.
95. Schneider, M.: cit., p. 510.
96. Schneider, M.: cit., p. 506.

3.3.1.4. Buena fe y diligencia del poseedor

El Convenio de UNIDROIT supedita la reclamación al pago de una indemnización equitativa al poseedor de buena fe para compensarle por la pérdida del bien. Tal posibilidad ya se preveía en la Convención de 1970 para el procedimiento de devolución instado por el Estado de origen previsto en el art. 7.b) ii), aunque no había una previsión análoga para los supuestos de restitución, dada la remisión al Derecho interno de cada Estado.

Aun cuando el adquirente ignore el origen ilícito del bien, y aunque su legislación nacional le ampare en este supuesto, la necesidad de proteger el patrimonio cultural justifica que se imponga la restitución en todo caso, si bien con el derecho de indemnización cuando el adquirente sea de buena fe[97]. La buena fe por tanto es decisiva para determinar el derecho a la indemnización.

La Convención de 1970 se refería al adquirente de buena fe en el procedimiento del art. 7.b) ii), pero no definía bajo qué presupuestos existiría buena fe. Ello daba lugar a una interpretación más permisiva o más restrictiva del concepto por parte de cada Estado, generando resultados dispares en la protección del tráfico ilícito de bienes culturales. Con este precedente, el Convenio de UNIDROIT trata de disipar cualquier duda interpretativa que pudiera generarse con relación a la noción de buena fe. ¿Cuándo se puede decir que el poseedor es de buena fe? ¿Qué comportamiento se debe esperar de él en su adquisición?

El Convenio de UNIDROIT vincula la buena fe a la diligencia al reconocer al poseedor el derecho a una indemnización «a condición de que no supiese o hubiese debido razonablemente saber que el bien era robado y de que pudiese demostrar que había actuado con la diligencia debida en el momento de su adquisición» (art. 4.1). Con ello se introducen obligaciones morales en el comercio[98] y se trata de procurar que los adquirentes de bienes culturales adopten una actitud diligente en su adquisición en relación con el origen lícito del bien. En la adquisición de bienes culturales parece razonable exigir una mayor diligencia para apreciar la buena fe que en la adquisición de otros bienes muebles, atendida la especial trascendencia del bien. Así, parece razonable adoptar cautelas como por ejemplo informarse de la procedencia del bien, la identidad de su legítimo propietario, la normativa aplicable, la consulta a registros de bienes robados, etc.[99] De acuerdo con esta idea, lo que pretende el Convenio de UNIDROIT es que la buena fe no puede descansar meramente en ignorar el origen ilícito del bien; además, es necesario que el comprador se haya preocupado por averiguarlo. Muchas veces, esta ignorancia ha descansado en la práctica generalizada de no revelar la procedencia del bien unida a una tendencia a no preguntar sobre este extremo para no descubrir una información no

97. Schneider, M.: cit., p. 514.
98. UNESCO: *Medidas jurídicos y prácticas...,* cit., p. 12.
99. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 59.

deseada[100], y este tipo de comportamiento por parte del adquirente no puede quedar protegido cuando posteriormente resulte que el origen del bien era ilícito. En tal caso, se perderá el bien sin derecho a indemnización. Esta circunstancia fuerza actualmente a los adquirentes a adoptar una actitud más diligente y rechazar la adquisición de bienes culturales de origen dudoso[101]. De este modo, el grado de diligencia establecido en el Convenio se configura como un instrumento eficaz en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, en contraposición con los sistemas que descansan en la presunción de buena fe del adquirente[102].

El art. 4.4) del Convenio de UNIDROIT establece, además, una serie de criterios para determinar cuándo puede entenderse que el poseedor actuó con la diligencia debida. No se trata de una enumeración cerrada, porque la norma alude a «todas las circunstancias de la adquisición», pero particularmente menciona las siguientes: la calidad de las partes, el precio, la consulta a registros sobre bienes culturales robados y otra información y documentación que hubiera podido razonablemente obtener, la consulta a organismos y cualquier otra gestión que una persona razonable hubiera realizado en las mismas circunstancias.

La genérica referencia a registros dota de cierta imprecisión al Convenio, al no exigir que se consulte un registro específico. No obstante, la creación de un registro central hubiera sido imposible por razones prácticas y políticas[103], y más bien se adopta una postura flexible con relación a la consulta de registros. Así, respecto a la diligencia exigida en el Convenio de UNIDROIT hay que resaltar los diversos instrumentos que se han ido creando en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, con los que se trata de dar publicidad de la existencia de bienes robados. Esta publicidad hace que cualquier potencial adquirente diligente pueda conocer que el bien es robado, excluyéndose entonces la protección del adquirente de buena fe. Entre estos instrumentos destacan la «Lista Roja» del ICOM, la colección «Cien objetos desparecidos» y la base de datos de INTERPOL sobre obras de arte robadas[104]. No obstante, ello no permite identificar todos los bienes culturales del tráfico ilícito, especialmente si se trata de bienes obtenidos de excavaciones ilegales, exportados ilícitamente sin que el adquirente conozca que procede del extranjero, o robados pero sin que el legítimo propietario denuncie su robo, lo que a veces también ocurre. Por eso, la diligencia no sólo se determina en función de que se hubiera podido conocer el origen ilícito por estas vías, y así, se puede atender a otros parámetros como el precio, el lugar de venta y otras circunstancias de la transacción[105].

100. Prott, L.V.: cit., 1996, p. 67; Schneider, M.: cit., p. 516.
101. Prott, L.V.: cit., 1996, p. 68.
102. Schneider, M.: cit., p. 516.
103. Fox, C.: cit., p. 263. No obstante, quizá con el avance tecnológico que hemos experimentado en los últimos tiempos podría llegar a plantearse su viabilidad.
104. UNESCO: *Medidas jurídicas y prácticas...*, cit., p. 16.
105. Schneider, M.: cit., p. 522.

Finalmente, cuando la adquisición se haya realizado a título gratuito, el adquirente recibirá el mismo trato que su transmitente (art. 4.5). En consonancia con las normas nacionales de protección al adquirente *a non domino*, además de la buena fe se exige que la adquisición sea a título oneroso. Por ello, a quien adquiere a título gratuito no se le reconocen condiciones más favorables que a su transmitente. Si transmitió quien había robado el bien, el adquirente a título gratuito no quedará protegido. Si le transmitió el bien un adquirente de buena fe a título oneroso, recibirá la misma protección que éste con relación a la indemnización. Con esta disposición se trata de erradicar la actitud de los museos que sugerían a particulares la donación de bienes de origen ilícito[106].

3.3.1.5. Pago de la indemnización y reembolso

La Convención de 1970 preveía el derecho a una indemnización para el adquirente de buena fe cuando procediera la devolución del bien cultural robado y exportado ilícitamente conforme al art. 7.b) ii). Para el caso de ejercicio de la acción reivindicatoria del art. 13, se estaría a la legislación nacional para determinar si procedía la restitución y en su caso la indemnización. Por su parte, el Convenio de UNIDROIT se refiere expresamente al pago de una indemnización equitativa en los casos de restitución. Este convenio, de manera intencional elude fijar pautas para la cuantificación de esta indemnización, como también ocurría en la Convención de 1970.

a. Cuantía de la indemnización

En nuestro ordenamiento interno no se contiene una norma similar. O bien se procede a la restitución del bien robado (art. 464.1.º CCiv) o se reconoce la irreivindicabilidad (art. 85 CCom). Sólo en el caso en que el bien se haya adquirido en venta pública (pero no por empresa especializada) la reivindicación conlleva el reembolso del precio (art. 464.2.º). Pero este caso es distinto al previsto en la Convención, en primer lugar porque se restringe a la adquisición del bien cultural robado en venta pública (civil y no mercantil) y se habla del reembolso del precio, en lugar del pago de una indemnización equitativa, que no tiene por qué coincidir con el precio pagado. Intencionalmente lo prevé así el convenio porque el elevado precio que pueden alcanzar estos bienes podría truncar de facto la restitución si el propietario original o el Estado reclamante no pueden abonar al comprador de buena fe el precio pagado.

Parece, por tanto, que se deja libertad a cada jurisdicción para que sea el juez quien determine la indemnización y no necesariamente ha de ser el precio que pagó el poseedor de buena fe por el bien, sino aquello que según las circuns-

106. Schneider, M.: cit., p. 524.

tancias se estime justo y razonable[107]. Puede incluir los gastos de conservación o restauración del bien[108]. En cualquier caso, la falta de parámetros para fijar la cuantía puede ser un obstáculo para que prospere la pretensión del demandante ante la dificultad de satisfacer una elevada cantidad de dinero, como en este caso ocurriría atendido el valor del bien reclamado.

b. Sujeto obligado al pago

Otra cuestión que no quedaba resuelta en la Convención de 1970 era quién debía de hacer frente al pago de la indemnización, y el art. 4 del Convenio de UNIDROIT desarrolla esta cuestión en sus apartados 2 y 3. Aunque en un principio abonará la indemnización el demandante, éste podrá obtener el reembolso de otra persona, que puede ser aquél que transmitió el bien cultural al poseedor o cualquier otro cedente anterior, siempre que sea conforme con el derecho del Estado en que se presentó la demanda. También se deja abierta la posibilidad de que sea el Estado quien, de acuerdo con la legislación nacional, abone la indemnización o que se articulen otros medios para asegurar el pago cuando el reclamante carezca de recursos suficientes[109].

c. Los inconvenientes de la indemnización para el propietario original

El hecho de que la restitución quede supeditada al pago de la indemnización continúa siendo un obstáculo para la recuperación del bien por parte de su verdadero propietario, ya que en principio todo apunta a pensar que será una cuantía elevada[110]. En el caso del Derecho español, la LPHE articula esta cuestión del siguiente modo: es el Estado quien debe realizar las actuaciones precisas para la recuperación de los bienes exportados ilícitamente (art. 29.2 LPHE). En principio, la exportación ilegal implica que el bien pasa a ser propiedad del Estado (art. 29.1 LPHE) pero si el anterior titular acredita la pérdida o sustracción del bien que posteriormente es exportado ilícitamente, puede solicitar al Estado, una vez que éste haya recuperado el bien, que se lo entregue, abonando el importe de los gastos de recuperación del bien y el precio eventualmente satisfecho al adquirente de buena fe (art. 29.1 LPHE). Sin duda, la recuperación del bien para el particular conlleva un enorme costo económico que en principio parece que sólo sería asumible si tiene un especial interés personal en recobrar ese bien cultural y su posición económica se lo permite. En otro caso, las actuaciones dirigidas a la recuperación del bien serán llevadas a cabo por el Estado y éste se convertirá en el propietario del mismo una vez recuperado.

En principio, restitución y pago de la indemnización se contemplan como

107. Fox, C.: cit., p. 262.
108. Schneider, M.: cit., p. 518.
109. Schneider, M.: cit., p. 518-520.
110. López-Carceller Martínez, P.: cit., pp. 60-61.

simultáneos, aunque no se excluye que el órgano judicial pueda establecer previsiones específicas en este punto[111].

Como apuntamos con relación a la Convención de 1970, ocurre además que esta indemnización implica el establecimiento de un régimen más gravoso para el verdadero propietario que el existente en algunos ordenamientos nacionales. Por ejemplo, en el Derecho español no se admite la adquisición *a non domino* de bienes robados y el propietario tiene derecho a reivindicarlos sin el deber de indemnizar (salvo el supuesto del art. 464.2.º CCiv). Para evitar que el régimen derivado de las normas internacionales suponga un retroceso en la protección respecto del Derecho de estos países, el Convenio de UNIDROIT establece claramente que los Estados Partes pueden aplicar normas más favorables para la restitución de bienes culturales robados o devolución de bienes culturales exportados ilícitamente. Así en los países en que no se exija indemnización pueden seguir aplicando sus propias normas sin entrar en contradicción con el convenio[112]. Pero esta previsión no implica una aplicación automática de las normas nacionales más favorables. Podríamos plantearnos entonces si las normas del Convenio de UNIDROIT, más modernas que nuestras normas nacionales sobre la materia, sopesan mejor los intereses en conflicto y si sería más adecuado resolver la cuestión con arreglo a las mismas. Hay que pensar que cuando este tipo de controversias se plantean ante un tribunal español se trataría de una adquisición realizada en España. De aplicarse el art. 85 CCom, el adquirente quedaría protegido en su adquisición, por lo que el derecho a la restitución que consagra en Convenio le sitúa en una peor situación, por tanto el derecho a la indemnización le beneficia frente al Derecho nacional. De aplicarse el art. 464.1.º CCiv, también su posición sería más gravosa que la prevista en el Convenio, por la ausencia de indemnización. Sólo la situación es equiparable en el caso del art. 464.2.º CCiv, pero entonces el juez debe valorar si la indemnización debería coincidir con el precio pagado (supuesto previsto en el art. 464.2.º CCiv) o si debe fijarse con arreglo a otros parámetros. Fuera de este supuesto, parece que siempre el régimen más beneficioso es el que da derecho a una indemnización en los términos del Convenio.

3.3.2. Devolución de bienes culturales exportados ilícitamente

La regulación de la devolución de bienes culturales exportados ilícitamente se establece en términos menos drásticos que la restitución de bienes culturales robados. Uno de los motivos de este régimen menos estricto parece ser el hecho de que aún al tiempo de la redacción del Convenio la comunidad internacional todavía no consideraba que los tribunales nacionales estén vinculados por

111. Schneider, M.: cit., p. 518.

112. Prott, L.V.: cit., 1996, p. 68; Schneider, M.: cit., pp. 514-516. Circunstancia que no es tenida en cuenta por algunos autores, que afirman consecuentemente que el régimen del Convenio es menos protector que el régimen general de protección al adquirente de buena fe de los ordenamientos internos; así, López-Carceller Martínez, P.: cit., pp. 74-75.

las normas de derecho público de otro Estado, incluyendo la normativa sobre exportación; y las normas de Derecho internacional privado sólo se refieren, en principio, a la aplicación de normas de Derecho privado de un Estado extranjero, a pesar de la conveniencia de ampliar el reconocimiento a las normas de Derecho público, reconocida en la Resolución de Weisbaden de 1975 y que progresivamente va ganando aceptación.

Por ello, la salida de un bien cultural de un país incumpliendo su normativa sobre exportaciones no es considerado en muchos otros Estados como un acto ilícito y no constituye un obstáculo para la adquisición del bien. No obstante, tal planteamiento no es coherente con las actuales necesidades de cooperación internacional, y el Convenio de UNIDROIT trata de ofrecer una regulación que aproxime las posiciones contrarias que existen en esta materia[113].

Como ya hemos dicho, en el caso de bienes culturales robados es posible que posteriormente se exporten ilícitamente, con lo que se superpone el régimen de protección de los bienes culturales robados y el régimen de las exportaciones ilícitas. De ahí el interés por conectar ambos supuestos, si bien el régimen menos protector de las exportaciones ilícitas resta eficacia a su regulación en tales casos.

El Convenio de UNIDROIT alcanza también a los supuestos en que el bien cultural se haya exportado lícitamente por un período de tiempo («en particular con fines de exposición, investigación o restauración») y no se devuelva de acuerdo con las condiciones en que se autorizó la exportación [art. 5.1) y 5.2)][114].

Si un bien que forma parte del patrimonio cultural de un Estado sale ilícitamente de su territorio, el Estado tendrá un interés en recuperarlo, tanto si el bien cultural es de titularidad pública como privada. El Estado puede actuar de oficio o a petición del propietario, pero sólo es posible la reclamación si ambos Estados son partes en el Convenio. La protección, en realidad, se hará depender de lo que establezca la legislación nacional de cada Estado. Es decir, el Convenio no da directamente la protección, sino que es cada Estado el que debe abordar esta cuestión mediante sus propias normas[115]. El Convenio, tampoco especifica a quién se debe devolver el bien; es ésta una cuestión sobre derecho de propiedad que queda establecida por el Derecho de cada Estado. Como última consideración general cabe indicar que este régimen no se aplica cuando la exportación ya no se considere ilícita o si se realizó durante la vida de la persona que la creó o cincuenta años después de su muerte.

Veamos a continuación los términos que hacen de la devolución de bienes culturales exportados ilícitamente un régimen más flexible que la restitución.

113. Schneider, M.: cit., p. 524.
114. Esta última previsión se vincula con las actuaciones que vienen desarrollándose en los museos de forma generalizada. El Código ético de ICOM exige a los museos verificar los términos de la exportación, y rechazan la exhibición de bienes exportados ilícitamente o de procedencia dudosa. Schneider, M.: cit., p. 528.
115. Schneider, M.: cit., p. 526.

3.3.2.1. El requisito del daño significativo

Uno de los aspectos en que se refleja el régimen más liviano de las exportaciones ilícitas frente a los bienes culturales robados es el art. 5.3) del Convenio. Mientras que para los bienes culturales robados el art. 3.1) dispone de forma tajante que «el poseedor de un bien cultural robado deberá restituirlo», conforme al art. 5.3), la devolución del bien cultural exportado ilícitamente deberá ser ordenada por el tribunal cuando el Estado requirente demuestre que la exportación produce «un daño significativo» con relación a la conservación material del bien, su integridad, conservación de la información o la utilización tradicional o ritual del bien por una comunidad autóctona, o que el bien revista para el Estado una importancia significativa. Es decir, sólo procede la devolución si además de la exportación ilegal se advierte la concurrencia de una de estas circunstancias, con lo que la protección no alcanza a todos los bienes culturales, sino sólo a los de especial importancia.

Los términos más relajados de este supuesto parecen responder a las reticencias o dejadez de muchos Estados con un importante mercado del arte respecto de la aplicación de los controles sobre la exportación de bienes culturales desde otros Estados. Introducir unos términos más estrictos podría conllevar la interrupción de las transacciones de este mercado.

En realidad, el Convenio de UNIDROIT supone un avance en este punto, pues con la Convención de 1970 la interpretación era un tanto ambigua. Para unos Estados, de acuerdo con el art. 3 de la Convención, debía devolverse cualquier bien exportado ilícitamente, mientras que los Estados reticentes a la devolución de estos bienes restringían ésta al supuesto del art. 7 de la Convención. La solución de UNIDROIT es más restrictiva que el art. 3, pero más amplia que el art. 7[116]. Pero por lo que se refiere a los bienes robados y exportados ilícitamente, el hecho de que el procedimiento de restitución sea más riguroso que el de devolución hace que el primero sea preferido por el propietario o el Estado de origen cuando se localice en otro Estado Parte un bien cultural robado.

3.3.2.2. Plazo de reclamación

Otro aspecto en el que se reduce la protección frente al supuesto de bienes culturales robados es el relativo a los plazos para reclamar. Tan sólo se incluye en el art. 5.5) el plazo general de tres años desde que el Estado conozca el lugar donde se encuentra el bien y la identidad del poseedor, y con el límite de cincuenta años desde la fecha de la exportación ilícita o la fecha en que el bien se debió devolver. La coincidencia con la regla general de los bienes robados responde al hecho de que muchas veces los bienes culturales son robados y después son exportados ilícitamente. Pero no se incluyen los plazos especiales, más amplios, que prevé el Convenio para determinados bienes culturales robados. No se consideró

116. Prott, L.V.: cit., 1996, pp. 63-64.

necesario hacerlo así en base a la idea de que estos bienes por definición siempre son robados y posteriormente exportados ilícitamente[117]. Pueden, por tanto, recuperarse más allá del plazo de devolución por el procedimiento de restitución.

3.3.2.3. La indemnización

En caso de que el bien exportado ilícitamente haya sido adquirido por un tercero posteriormente, tendrá derecho a una indemnización equitativa si «no supiese o hubiese debido razonablemente saber, en el momento de la adquisición, que el bien se había exportado ilícitamente», según dispone el art. 6.1) del Convenio. Una vez más, la norma no define cómo calcular la indemnización, más allá de la idea de que sea «equitativa». No se identifica la indemnización con el precio pagado por el bien en gran medida porque los precios que se satisfacen por obras de arte suelen ser muy elevados, lo que dificultaría la devolución por los limitados recursos económicos de muchos Estados y también para disuadir la especulación. El valor de mercado del bien se tomará en consideración junto con otras circunstancias para determinar la indemnización, que será fijada por el juez[118]. Tampoco se precisa quién abonará la indemnización para admitir cierta flexibilidad en este punto y que puedan ser terceros distintos del Estado quienes la satisfagan, en virtud, por ejemplo, de acuerdos especiales.

3.3.2.4. La buena fe del poseedor

Con relación a la buena fe del poseedor, el régimen también es más flexible que para los bienes robados, pues el grado de diligencia exigido para apreciar la buena fe se considera menor que en el caso de los bienes robados. De acuerdo con el art. 6.2) del Convenio de UNIDROIT, para determinar su diligencia y buena fe «se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la falta del certificado de exportación». Inicialmente se planteó que la falta del certificado de exportación excluiría la buena fe del poseedor, pero la redacción final relajó estos términos al considerarlo como uno de los elementos a tener en cuenta para valorar este extremo. Tampoco se establece quién asume la carga de la prueba de su diligencia, siendo de aplicación en este punto la legislación nacional[119].

3.3.2.5. Las alternativas del poseedor frente a la indemnización

Otro elemento que hace de esta regulación un supuesto más flexible que el robo de bienes culturales es la posibilidad prevista en el art. 6.3) del Convenio de UNIDROIT de que el poseedor pueda optar por otras alternativas a la indemnización siempre que el Estado requirente esté de acuerdo, lo cual implica que el

117. Schneider, M.: cit., pp. 532-534.
118. Schneider, M.: cit., p. 534.
119. Schneider, M.: cit., p. 536.

régimen resulta más favorable al poseedor de buena fe en este supuesto que en el caso de bienes robados y permite que el Estado requirente pueda obtener una solución menos costosa económicamente.

La primera de las alternativas consiste en que el poseedor continúe siendo el propietario del bien. Para ello es necesario que el tribunal decida sobre el derecho de propiedad de acuerdo con las normas aplicables[120], y que por tanto, conforme a éstas haya de reconocerse el derecho de propiedad al poseedor. En el caso de que el bien exportado ilícitamente hubiera sido robado previamente, estaríamos ante una posible adquisición *a non domino* y habría que determinar entonces, para poder reconocer la propiedad al poseedor, si éste puede ser considerado propietario al amparo de las normas nacionales que regulan la adquisición de un no propietario o de las normas sobre usucapión del Derecho del Estado en que se produjo la adquisición, en lugar de atender a las reglas del Convenio sobre devolución del bien. Se trataría, según parece, de que el poseedor continúe como propietario pero el bien se desplace físicamente al Estado de origen.

La otra alternativa que contempla el art. 6.3) es que el poseedor y el Estado requirente acuerden transferir la propiedad del bien cultural exportado ilícitamente, a título oneroso o gratuito, a la persona que elija el primero, siempre que resida en el Estado requirente y presente las garantías necesarias. Se considera que debe ser una persona que a juicio del Estado sea merecedora de su confianza con relación a la conservación del bien y que no facilite otra exportación ilegal[121].

El Estado requirente asume además los gastos de devolución del bien (transporte y seguro) sin perjuicio de que pueda repercutirlo a otra persona. Las costas del juicio se abonarán conforme al derecho procesal del Estado en que se presentó la reclamación[122].

Finalmente, para concluir con esta cuestión cabe apuntar que al igual que se establece para los bienes culturales robados, el poseedor que adquirió el bien a título gratuito recibe la misma protección que su transmitente.

4. LA EFICACIA DE LOS CONVENIOS Y EL PANORAMA NACIONAL INTERNACIONAL

4.1. LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Como ya se ha apuntado, la Convención de la UNESCO de 1970 es mucho más difusa e imprecisa en su regulación que el Convenio de UNIDROIT de 1995. Fue precisamente la escasa eficacia de la primera, debida a la generalidad de sus términos, la que llevó a la elaboración del segundo. Sin embargo, el número de

120. Schneider, M.: cit., p. 538.
121. Schneider, M.: cit., p. 538.
122. Schneider, M.: cit., p. 538.

Estados Partes de cada uno de estos convenios es muy diferente. Mientras que actualmente han suscrito ya la Convención de 1970 131 Estados[123], el Convenio de UNIDROIT tan sólo ha sido suscrito por 37 Estados[124], y en el listado de Estados Partes no se encuentran países como Reino Unido y Estados Unidos, donde se encuentran los principales mercados del arte a nivel mundial. Esto constituye un serio obstáculo en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. En definitiva, puede decirse que falta un verdadero compromiso generalizado de los Estados por adoptar mecanismos claramente eficaces en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales[125]. Aunque la preocupación es mayor para los Estados con un importante patrimonio cultural, en los demás casos, el compromiso que los Estados están dispuestos a asumir es relativo.

Con relación a los bienes robados, a primera vista la mayor aportación del convenio de UNIDROIT radica en que establece una regla de derecho privado uniforme respecto de la protección del propietario del bien y el adquirente de buena fe en el caso de bienes culturales robados. Se trata de una norma que muestra su sensibilidad hacia las particularidades de los bienes culturales, donde más allá del valor económico hay un interés específico en el bien en sí mismo por su singularidad. Por ello, consagra como principio general la restitución del bien al propietario, aun cuando se haya adquirido por un tercero de buena fe. No obstante, tiene en cuenta también los intereses de éste reconociéndole el derecho a una indemnización equitativa que deberá abonar el propietario para recuperar el bien.

Sin embargo, cuando el Estado de origen del bien cultural o el Estado de destino no sean parte en el convenio de UNIDROIT, se aplicarán las normas sustantivas del Estado en que se produjo la adquisición. Dada la disparidad de legislaciones a nivel mundial sobre la adquisición *a non domino* de bienes muebles de buena fe, el resultado entonces será incierto *a priori*. En algunos casos, quedará protegido el adquirente *a non domino* del bien robado, mientras que en otros supuestos se impondrá la protección del propietario original. Por ejemplo, en el Derecho italiano se admite la protección del adquirente de buena fe ampliamente, incluso en caso de bienes robados. No obstante, Italia sí es parte en el Convenio de UNIDROIT, lo que significa que si el bien es robado en otro Estado y adquirido por un tercero de buena fe en Italia, si el Estado de origen es parte también en el Convenio, no se producirá la adquisición irreivindicable del tercero de buena fe. Pero si el Estado de origen no es parte en el Convenio, éste no será de aplicación, sino las normas nacionales del Estado en que se adquirió el bien, en este caso

123. *http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13039&language=S* fecha consulta: 3 de octubre de 2016
124. *http://www.unidroit.org/status-cp* fecha consulta: 3 de octubre de 2016
125. Apunta también estas cuestiones Posner, E. A.: «The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Obervations», *Chicago Journal of International Law*, Summer 2007, 8, 1, pp. 218-221.

Italia, que protegen al adquirente de buena fe del bien robado, impidiendo la recuperación para el propietario original.

La firma del Convenio puede entenderse entonces como un arma de doble filo. Garantiza la restitución al propietario original si el bien se traslada a otro Estado que sea parte en el mismo. Pero impide, respecto de las transmisiones en el territorio nacional del Estado, que el adquirente quede protegido de forma irreivindicable si el Estado de origen es también parte en el Convenio. Como se ha indicado anteriormente, los Estados con un mercado del arte más importante son Estados Unidos y Reino Unido. En el Common Law no hay una regla general de protección al adquirente de buena fe, aunque en el Derecho inglés se admite tal protección de forma excepcional[126]. Por tanto, en principio la firma del Convenio no perjudicaría las adquisiciones en estos Estados y además daría derecho al adquirente a obtener una indemnización equitativa por la pérdida del bien. Más bien, la obligación de restitución del adquirente de buena fe juega un importante papel en otros ordenamientos, especialmente del Civil Law, donde se admiten casos de adquisición irreivindicable del adquirente *a non domino*.

¿Qué puede ser, entonces, lo que frena la firma del Convenio de UNIDROIT? Creo que hay varios motivos:

– Por una parte, establece un deber de diligencia para que el adquirente quede protegido, es decir, para que tenga derecho a una indemnización. Esto dificulta la comercialización de los bienes culturales de origen dudoso, y va en detrimento de las transacciones. Desde la perspectiva de los intermediarios del arte, este tipo de normas perjudica el desarrollo de su negocio. Ya no vale con mantener una actitud de mera ignorancia, incluso un desinterés por averiguar estas cuestiones ante la posibilidad de descubrir el origen ilícito del bien.

– Por otra parte, los bienes procedentes de excavaciones ilícitas se equiparan a bienes robados (art. 3.3 del convenio), con lo que muchas antigüedades quedan directamente afectadas por esta norma, también en detrimento de quienes obtienen un lucro con la comercialización de este tipo de bienes.

– Y finalmente, el Convenio de UNIDROIT es más preciso y protector que la Convención de 1970 con relación a las exportaciones ilícitas. Como ya se ha indicado en páginas anteriores, en gran medida la eficacia de la protección frente al tráfico ilícito de bienes culturales se obtiene por esta vía. El reconocimiento de la exportación ilícita por parte del Estado de destino del bien es el presupuesto para obtener protección cuando el bien ha sido robado, pues de lo contrario, es habitual que el Estado de destino no tenga en cuenta el origen ilícito del bien cultural si el robo se ha producido en otro Estado. En la medida en que el Convenio de UNIDROIT amplía el ámbito de protección frente a las exportaciones ilícitas –en la Convención de 1970 se circunscribe a los casos que afecten a museos,

126. PEL. Acq. Own., p. 906.

monumentos públicos civiles o religiosos e instituciones similares–, restringe la posibilidad de comerciar con bienes que tengan origen ilícito en otro Estado. Esta medida protege el patrimonio cultural, pero restringe las transacciones de bienes culturales.

En definitiva, a la vista de medidas como las que se acaban de indicar, países con un importante mercado del arte ven perjudicados sus intereses económicos en este ámbito si asumen un compromiso de la intensidad que representa el Convenio de UNIDROIT. Ello puede explicar que para proteger a los agentes privados que intervienen en este mercado, algunos Estados, que son precisamente aquellos con un mayor volumen de transacciones en este ámbito, muestren sus recelos a la firma del Convenio. Por ejemplo, en Estados Unidos, donde se desarrolla uno de los mayores mercados del arte a nivel mundial –Nueva York– no se reconoce la adquisición *a non domino* de bienes muebles, lo que protegería al propietario original frente a un adquirente de buena fe. De acuerdo con esto, en principio podríamos pensar que si el bien robado en otro Estado se vende en Estados Unidos, el propietario original estaría protegido. Sin embargo, la protección del propietario original sólo se reconoce en principio respecto de las transacciones de ámbito nacional. Para el caso de que el bien cultural procediera de otro Estado, la falta de reconocimiento de la legislación de este último supondría la protección para el adquirente. Por este motivo, en Estados Unidos ha habido fuertes presiones de los intermediarios y galerías de arte para evitar controles en este mercado. Ello explica que la Convención de 1970 no haya sido suscrita por Estados Unidos hasta 1983, sólo fue posible imponiendo serias restricciones en cuanto a su aplicación[127], y que aún no se haya suscrito el Convenio de UNIDROIT.

4.2. NORMAS INTERNACIONALES Y DERECHO ESPAÑOL

Como hemos visto, en las normas estatales sobre adquisición *a non domino* de bienes robados no se contienen reglas especiales para el caso de bienes culturales. Cuando la controversia se sitúa en el ámbito nacional, entran en juego entonces los arts. 464 CCiv y 85 CCom, dando lugar a tres posibilidades: restitución del bien robado (art. 464.1.º CCiv), restitución del bien al propietario previo pago del precio al adquirente (art. 464.2.º CCiv), y adquisición irreivindicable del adquirente (art. 85 CCom). Ninguna de estas normas coincide con el enfoque de los instrumentos internacionales suscritos por España. Esto significa que si la adquisición se refiere a un bien cultural robado en otro Estado parte en la Convención de la UNESCO o el Convenio de UNIDROIT, la protección del adquirente será distinta a si el bien fue robado en el territorio español. En el primer caso, el adquirente de buena fe nunca podrá retener el bien, aunque tendrá derecho a una compensación equitativa [art. 7 b) ii) de la Convención de 1970 y arts. 3 y 4 del Convenio de

127. Fox, C.: cit., pp. 250 y 254.

1995]. Sin embargo, dentro de la disparidad de soluciones que ofrece el Derecho español se admite la posibilidad de una adquisición irreivindicable de un bien cultural robado (art. 85 CCom), resultado que no muestra sensibilidad alguna hacia la particular importancia de este tipo de bienes. Sin duda, las normas españolas en esta materia han quedado anticuadas y no dan respuesta a los valores que fueron emergiendo a lo largo del siglo pasado en relación con la protección del patrimonio cultural, por lo que sería aconsejable su revisión.

La regla internacional sopesa mucho mejor, a mi juicio, los intereses en juego, porque tratándose de un bien cultural es innegable el interés del propietario original en recuperarlo, y también el interés del Estado de origen para que el bien vuelva a su territorio, formando parte de su patrimonio cultural. Y al mismo tiempo, trata de evitar la pérdida patrimonial del adquirente de buena fe y a título oneroso al reconocerle el derecho a una indemnización. Hay que tener en cuenta que de otro modo, el adquirente perdería el bien y el precio pagado por él. En el ámbito nacional esto sólo ocurriría si se ha adquirido en venta pública (art. 464.2.º CCiv), excluyendo las que se realicen por empresas especializadas (art. 85 CCom). En los demás casos, la balanza se inclina claramente a favor del propietario original (art. 464.1.º CCiv) o del adquirente de buena fe (art. 85 CCom), sin tener en cuenta el perjuicio que sufre la otra parte.

Cabe plantearse si el tratamiento jurídico español de la reivindicación de bienes culturales frente al poseedor de buena fe en términos homogéneos a la reivindicación de otros bienes muebles es adecuada. Se defiende en la doctrina que la especial naturaleza de los bienes culturales, su deber de conservación y tutela y el interés general que existe sobre los mismos justifican un tratamiento diferente. Las normas de Derecho civil atienden exclusivamente a intereses privados, ignorando el interés de la colectividad en el retorno del bien a su Estado de origen[128]. Frente a la actual regulación nacional, las normas internacionales sopesan mejor los intereses en juego; y además, ocurre que España es Estado parte de ambos convenios. De acuerdo con todo ello, parece que sería deseable ofrecer la misma protección a nivel interno que en el plano internacional, y por tanto, quizá fuera conveniente introducir una norma nacional para la adquisición *a non domino* de bienes culturales que recoja los planteamientos del Convenio de 1970 y de la Convención de 1995.

No obstante, dado el volumen del patrimonio cultural español, y que sin embargo no es uno de los países con un mercado de arte especialmente voluminoso, lo que más puede preocupar y puede ser más frecuente es el caso contrario: el robo o exportación ilegal de un bien cultural ubicado en España y posterior adquisición de ese bien en el extranjero. Desde esta perspectiva, es comprensible que España haya suscrito los tratados internacionales en esta materia, porque

128. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 49.

muestran especial sensibilidad hacia el propietario original del bien, al reconocer su derecho a recuperarlo, si bien a cambio de una compensación equitativa. Hay que decir en este punto que la dificultad que puede conllevar el pago de la compensación de cara a la recuperación del bien se puede paliar con el procedimiento del art. 29 LPHE, de manera que en principio es el Estado quien satisface la compensación, lo que garantiza que el bien retorne a España y continúe integrando nuestro patrimonio cultural, dados los mayores recursos económicos del Estado frente a los particulares[129], y se permite al propietario original recobrar el bien si abona al Estado las cantidades satisfechas para su recuperación.

Además, el bien exportado ilegalmente deviene inalienable e imprescriptible (art. 29.1 LPHE). Con ello se trata de evitar que se produzca en el extranjero una adquisición *a non domino*. Pero la eficacia de esta norma se hace depender de que los tribunales que conozcan del caso reconozcan la eficacia de las normas de Derecho público españolas, cuestión que cada vez tiene más aceptación en el contexto internacional[130]. En la medida en que el Estado haya suscrito también la Convención de 1970, parece que no habría problema en este sentido, teniendo en cuenta el elevado número de Estados Partes (131). De este modo, el art. 29.1 LPHE constituye un obstáculo para que incluso en países que admitan la adquisición *a non domino* de bienes robados pueda adquirirse de forma irreivindicable un bien cultural español robado. Al ser inalienable, y existiendo el reconocimiento de las normas españolas por el Estado de destino del bien gracias a la firma de la Convención de 1970, no podría adquirirse en ningún caso de buena fe con carácter irreivindicable. Los obstáculos a la recuperación del bien persisten, a pesar del art. 29 LPHE, cuando el Estado de destino no sea parte en la Convención de 1970 (ni tampoco en el Convenio de UNIDROIT, suscrito por un número de Estados inferior) porque no normal en este caso será que este Estado no reconozca la eficacia de las normas nacionales españolas, y en este caso concretamente el art. 29 LPHE.

Dado que la aplicación de las normas internacionales depende de que el Estado de destino sea parte o no en los convenios y que el reconocimiento de nuestro Derecho nacional en otro Estado queda supeditado en gran medida a esta circunstancia, quien sustraiga un bien cultural y lo saque de nuestras fronteras parece que procurará trasladarlo a un Estado que o bien no ha suscrito ninguno de los dos convenios, lo que dificultaría enormemente su recuperación, o al menos que no sea parte en el Convenio de UNIDROIT, que es el más protector frente al tráfico ilícito de bienes culturales. Ocurre además que no todos los Estados miembros de la UE han suscrito este último Convenio, y sin embargo, hay libertad de circulación de mercancías, lo que facilita el tránsito de los bienes a

129. López-Carceller Martínez, P.: cit., pp. 100-101.
130. López-Carceller Martínez, P.: cit., p.102.

través de los países del espacio Schengen. Por ello, como veremos, la UE también ha elaborado normas para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

Asimismo, la diversidad de soluciones en el Derecho civil de cada Estado unido al hecho de que la transmisión se regule por la ley del Estado en que se encuentre el bien al tiempo de transmitirse favorece el blanqueo de los bienes culturales robados e ilícitamente exportados, pues el poseedor elige el país más conveniente para sus intereses para llevar a cabo la transmisión y dar lugar a un supuesto de irreivindicabilidad[131]. No obstante, en la medida en que los Estados suscriban el Convenio de UNIDROIT, con independencia de cuál sea su solución en el Derecho nacional, se puede poner coto a este tráfico ilícito. En la medida en que el Convenio de UNIDROIT contiene normas civiles o sustantivas sobre la restitución del bien que vinculan a todos los Estados Partes, se posibilita la recuperación del bien una vez localizado. Pero la efectividad última de la norma depende de que el Convenio sea suscrito por un número de Estados lo más elevado posible. Frente a ello, la Convención de la UNESCO, suscrita de manera más masiva, no contiene un régimen específico de restitución, sino que se remite al Derecho nacional del Estado de destino del bien, y por ello, no resulta menos eficaz en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

5. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Ya antes del nacimiento de la UE, en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se contenía una previsión en el art. 30 con relación a la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. La libertad de circulación de mercancías es, y era, un riesgo para la protección de los bienes culturales porque facilita su tráfico ilícito. Por este motivo se permite que a pesar de esta libertad de circulación, puedan establecerse excepciones y restricciones a la importación, exportación y tránsito de este tipo de bienes. La misma previsión se contiene en el actual art. 36 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Partiendo de esta preocupación, en el seno de la UE y ya con la Comunidad Europea se aprobaron varias normas referidas a esta materia. El Reglamento 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales establece la necesidad de una autorización de exportación para la salida de bienes culturales fuera del territorio aduanero de la Comunidad. Por su parte, la Directiva 93/7/CEE y la Directiva 2014/60/UE relativas ambas a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, ofrecen unas normas relativas a la restitución de bienes culturales cuando hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe. **La trasposición de la Directiva 93/7/CEE al ordenamiento español se llevó a cabo por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre**, aunque ha quedado derogada por la Ley 1/2017,

131. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 53.

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, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014. Estas dos leyes básicamente reproducen el contenido de las Directivas, por lo que hay que entender que lo que se diga a continuación sobre las Directivas es predicable también de las leyes nacionales de trasposición Interesa destacar que a través de esta normativa se introduce la terminología de «bien cultural» en nuestro Derecho, ya que, como se indicó al principio de este estudio, no se recoge este término en la LPHE, sino expresiones perifrásticas menos afortunadas.

Interesa destacar además que en la praxis judicial encontramos un supuesto en el que los tribunales españoles han aplicado esta normativa para decidir acerca de la restitución de un bien cultural. Se trata de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2006, proc. 196/2004 y la ulterior sentencia dictada en apelación sobre el mismo asunto, SAP de Madrid, sección 9.ª, núm. 371/2008, de 21 de julio, rec. 545/2007 (AC 2008, 1598), sobre la reclamación por parte de la República portuguesa de la campana de la carabela Santa María.

La primera de las Directivas ha resultado poco eficaz, como se desprende de los sucesivos informes de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social[132] sobre su aplicación, y son precisamente las recomendaciones de estos informes las que han llevado a la aprobación de la Directiva de 2014, con la que se trata de superar las carencias de la primera. El análisis de la primera y sus carencias permiten entender las medidas aportadas por la Directiva de 2014, por lo que seguidamente analizaremos estas cuestiones. Pero además, conviene recordar que la regulación europea de esta materia encuentra otra dificultad en el art. 345 TFUE, que reserva a los Estados miembros el régimen sobre la propiedad. Por tanto, la determinación de la propiedad de los bienes culturales es una cuestión que debe quedar limitada a las legislaciones nacionales. A pesar de ello, el Derecho europeo articula un mecanismo que, respetando lo dispuesto en el art. 345 TFUE, permite la devolución de bienes exportados ilícitamente.

A continuación se expondrá el procedimiento de restitución de bienes articulado en el seno de la UE, y posteriormente, las principales carencias que se han detectado respecto de la Directiva de 1993, así como las modificaciones introducidas en 2014 con las que se trata de mejorar la primitiva regulación a la vista de los informes elaborados por la Comisión sobre la aplicación de la Directiva. Finalmente veremos cómo se inserta la normativa de la UE en el Derecho español.

132. Informes de 25 de mayo de 2000, 21 de diciembre de 2005, de 30 de julio de 2009, y de 30 de mayo de 2013. En el mismo sentido, Rodríguez Pineau, E. y Martínez Capdevila, C.: cit., pp. 245-249.

5.1. EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES

La Directiva de 1993 incluyó un procedimiento de restitución de los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro en los arts. 5 y ss.

El legitimado para interponer la acción es siempre un Estado miembro, y se dirigirá contra el poseedor o tenedor del bien. No se legitima activamente a quien pretenda hacer valer un derecho de propiedad frente al poseedor o tenedor del bien porque, como veremos seguidamente, ésta no es una acción en defensa de la propiedad como consecuencia de la falta de competencia de la UE para regular estas cuestiones.

Interpuesta la demanda por el Estado y acreditada la salida ilegal de un bien que pueda conceptuarse como bien cultural a efectos de la Directiva, el juez competente ordenará la restitución del bien, concediendo al poseedor una indemnización equitativa si actuó con la debida diligencia en el momento de la adquisición.

La esencia del procedimiento es la restitución del bien, pero la Directiva no hace referencia en ningún momento a la determinación de la propiedad sobre el bien cultural, porque esta cuestión queda sustraída del ámbito del Derecho de la UE en virtud del art. 345 TFUE. En el procedimiento de restitución de los bienes culturales basta con acreditar la salida ilegal o que la salida legal ha devenido ilegal para que el juez ordene la restitución del bien cultural al Estado reclamante, sin decidir sobre el derecho de propiedad sobre el mismo. La Directiva, por tanto, se encuentra ineludiblemente unida al Reglamento (CEE) n.º 3911/92 del Consejo de 9 de diciembre de 1992 relativo a la exportación de bienes culturales, que regula la autorización de exportación de este tipo de bienes. El Reglamento, sin embargo, no establece en ningún momento que no se pueda adquirir la propiedad cuando falte la preceptiva autorización de exportación, precisamente por la falta de competencia de la UE para legislar en materia de propiedad.

Es más, como apunta el art. 15 de la Directiva 93/7/CEE y el art. 16 de la Directiva 2014/60/UE, quedan a salvo las acciones civiles establecidas en las legislaciones de los Estados miembros. Es decir, las cuestiones relativas a la propiedad se determinan con arreglo al Derecho de los Estados miembros[133]. Son las normas civiles las que decidirían quién es el propietario, pero con independencia de esta cuestión, el bien cultural debe ser restituido al Estado de origen. Podría hipoté-

133. Así, en la SAP de Madrid, sección 9.ª, núm. 371/2008, de 21 de julio, rec. 545/2007 (AC 2008, 1598), sobre la reclamación por parte de la República portuguesa de la campana de la carabela Santa María, el tribunal no se limita a aplicar la Directiva, porque no sólo constata la salida ilegal para reconocer la restitución, sino que entra a valorar que la campana sale siendo propiedad del Estado portugués, en base a la normativa de este Estado que le atribuye la propiedad de los objetos hallados en el mar sin dueño conocido, y posteriormente constata la salida ilegal para reconocer la restitución.

ticamente suceder que el poseedor sea reconocido como propietario del bien, aunque se ordene la restitución al Estado del que procede para que continúe formando parte de su patrimonio cultural, con independencia de que la titularidad dominical sobre el bien corresponda a una persona que no reside ni es nacional de ese Estado[134].

No obstante, parece que en la mayor parte de los casos la restitución irá unida a la negación del derecho de propiedad del poseedor, incluso si fuera un adquirente de buena fe y a título oneroso. Efectivamente, la solución se uniformiza entre la mayoría de los Estados miembros, pero no por el Derecho de la UE, que no puede pronunciarse sobre el Derecho de propiedad, sino gracias a la Convención de 1970, suscrita por todos los Estados de la UE excepto por Irlanda, Letonia y Malta. De acuerdo con los términos de la Convención, toda transferencia de la propiedad infringiendo la Convención es ilícita, y reviste tal ilicitud cuando falte el certificado de exportación del art. 6. Además, conforme a su art. 13, se impide la transferencia de propiedad en los casos de exportación ilícita, ordena la restitución en tales casos y reconoce al propietario el derecho a ejercitar la acción reivindicatoria. Es la Convención de 1970, en definitiva, la que prohíbe la adquisición de la propiedad cuando falte el certificado de exportación, y vincula a todos los Estados miembros de la UE excepto a tres. Por ello, las legislaciones nacionales de estos Estados impedirán que el adquirente tras la salida ilegal del bien pueda ser reconocido como propietario. El Convenio de UNIDROIT va incluso más allá en la regulación de la propiedad estableciendo una solución homogénea para los Estados partes, pero el número de Estados miembros de la UE que lo han suscrito es muy inferior por lo que su incidencia en este contexto queda reducida.

En definitiva, en la medida en que la controversia afecte a dos Estados miembros de la UE que hayan firmado alguno de estos tratados internacionales, la solución en relación con el derecho de propiedad será uniforme, impidiendo la adquisición del poseedor cuando no se hayan obtenido los permisos administrativos pertinentes para la exportación. Pero si la controversia se plantea con Irlanda, Malta o Letonia, la determinación del derecho de propiedad deberá decidirse con arreglo a las normas nacionales aplicables, y aquí el resultado puede ser diverso. En cualquier caso, y con independencia del pronunciamiento en materia de propiedad, siempre habrá que devolver el bien cultural al Estado del que ha salido sin autorización de exportación o que, habiéndola obtenido, la salida haya devenido ilegal posteriormente.

A pesar de omitir cualquier pronunciamiento sobre el derecho de propiedad, las Directivas de 1993 y 2014 reconocen el derecho a una indemnización al poseedor o tenedor del bien cuando de acuerdo con las circunstancias del proceso, el juez tenga el convencimiento de que aquél ha actuado con la diligencia y buena

134. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 89 contempla expresamente la posibilidad de que a pesar de la restitución al Estado requirente, el poseedor continúe siendo el propietario.

fe debidas en el momento de la adquisición. En este contexto, como hemos visto al analizar los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de bienes culturales, la indemnización al poseedor encuentra su razón de ser en que se trata de un adquirente a título oneroso y de buena fe que queda privado del bien, y como modo de compensar su pérdida patrimonial, se le reconoce un derecho a ser indemnizado. De este modo, los efectos negativos del tráfico ilícito son compartidos entre el propietario original y el adquirente de buena fe. Pero tanto la Convención de 1970 como el Convenio de UNIDROIT de 1995 hacen un pronunciamiento sobre el derecho de propiedad del bien cultural que se vincula directamente con el derecho a la indemnización. El Derecho comunitario, sin embargo, no se pronuncia sobre la titularidad del bien aunque sí alude a la indemnización.

Podría cuestionarse, quizá, hasta qué punto puede conectarse esta indemnización con el derecho de propiedad y, consecuentemente, si se está respetando el art. 345 TFUE cuando las Directivas regulan este extremo. Formalmente, está claro que las normas europeas son respetuosas con este límite porque en ningún momento se menciona expresamente el derecho de propiedad. Podría interpretarse también que en todo caso, la indemnización es una cuestión que se determinará con arreglo al Derecho nacional, porque la Directiva ni siquiera la impone, sino que únicamente admite su posibilidad. Pero si es el Derecho nacional el que decide sobre esta cuestión, entonces la mención de la Directiva es superflua. Hay una delgada línea roja que el Derecho de la UE no pude rebasar con relación a la propiedad y que, a mi juicio, lleva a extremar la cautela en la interpretación del derecho a la indemnización, pues en realidad debe de quedar supeditada a lo que disponga el Derecho nacional. Pero entonces será éste el que de forma soberana regula la cuestión, y no el Derecho de la UE. La cuestión entonces sería valorar en qué medida puede la Directiva de 2014 regular aspectos de detalle de los requisitos de la indemnización, particularmente la buena fe del adquirente. ¿Formaría parte esta cuestión de la reserva de las legislaciones nacionales sobre el derecho de propiedad? Aunque a mi juicio la regulación de la buena fe merece una valoración positiva tanto por la uniformidad y seguridad que genera como por los términos concretos en que se define, tal vez pueda cuestionarse su oportunidad desde la perspectiva competencial[135].

En definitiva, la salida ilegal no impide adquirir el derecho de propiedad en el contexto de la UE porque el Derecho europeo nada dice al respecto y no todos los Estados miembros han suscrito la Convención de 1970 y menos aún el Convenio de UNIDROIT de 1995. Las Directivas no dicen que la salida ilegal impida adquirir el derecho de propiedad, porque el art. 345 TFUE impide regular esto. Pero

135. Si bien hay que decir que cada vez se aprecia una mayor inclinación en el seno de la UE a abordar aspectos vinculados al derecho de propiedad que llevan a pensar si en un futuro habría que revisar el art. 345 TFUE. En este sentido baste recordar los libros VIII y IX del DCFR.

es un hecho que la salida ilegal puede impedir adquirir la propiedad en el contexto de la UE por la incidencia de la Convención de 1970 y del Convenio de UNIDROIT de 1995 en las legislaciones nacionales de los Estados miembros que son partes en estos convenios. Y también que en otros casos puede haber restitución al amparo de las Directivas pero manteniendo el derecho de propiedad del poseedor.

5.2. LAS CARENCIAS DE LA DIRECTIVA DE 1993

A continuación se detallan los aspectos de la primera Directiva en la materia que se han venido detectando como principales rémoras para la efectiva protección de bienes culturales en el marco de la UE.

5.2.1. Ámbito de aplicación

5.2.1.1. Carácter no retroactivo de la Directiva

Una de las principales carencias de la Directiva 93/7/CEE ha sido su restringido ámbito de aplicación. En parte, esta limitación se produce por el carácter no retroactivo de la norma, lo que impide su aplicación a la salida ilegal de bienes anterior a la Directiva. La aplicación de la Directiva ya de por sí fue muy limitada en los primeros años debido a que entre la salida ilegal y la localización del bien suele transcurrir bastante tiempo –de acuerdo con el segundo informe del Consejo, los bienes culturales sacados ilegalmente de un país no reaparecen, por término medio, antes de veinte a treinta años[136]–. No obstante, se advierte que su eficacia ha ido incrementando paulatinamente[137]. Sin embargo, el carácter no retroactivo de la norma, que impide o limita gravemente su eficacia en los primeros años de vida de la norma, parece justificarse porque la finalidad de la Directiva era mitigar los peligros que podría constituir de futuro la supresión de fronteras en el interior del territorio de la UE con relación a la protección del patrimonio cultural de cada Estado[138]. Por tanto, su aplicación habría de ser únicamente de futuro. La salida ilícita anterior a la Directiva responde a otras causas y por ello escapa de la finalidad perseguida con esta regulación.

5.2.1.2. Bienes protegidos

Por otra parte, el restringido ámbito de aplicación de la Directiva 93/7/CEE se constata con relación a los bienes que quedan protegidos frente al tráfico ilícito.

136. P. 8.
137. En el primer informe del Consejo, se detectó tan sólo una acción de restitución, p. 15; en el segundo informe, tres acciones de restitución, p. 8; en el tercer informe, 8 acciones de restitución, p. 6; y el en el cuarto informe, y en el tercer informe la cifra disminuye a 6 pero se destaca el incremento de las solicitudes de restitución amistosas, que ascienden a 22, de acuerdo con el Anexo del informe, pp. 10 y 13.
138. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 83.

Serán aquellos clasificados por un Estado miembro como «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional», y que además pertenezcan a alguna de las categorías incluidas en el Anexo de la Directiva o que, aun sin estar en el Anexo, pertenezcan a una colección pública o se incluyan en los inventarios de instituciones eclesiásticas. Dado que sólo se protege contra los bienes culturales más importantes, la aplicación de la Directiva queda reducida. Como indica el primer informe del Consejo[139], aunque el volumen de tráfico ilegal de bienes culturales es significativo, sólo unos pocos de estos bienes tienen rango de patrimonio nacional. Por ello se ha reclamado en los sucesivos informes ampliar la obligación de restitución a otras categorías de bienes culturales además de las previstas en el Anexo[140]. Aunque a partir del segundo informe del Consejo se observa una confrontación entre los países que reclaman una disminución de los valores mínimos que deben tener los bienes para quedar protegidos por la Directiva y los que defienden un incremento de tales valores, lo que reduciría los supuestos protegidos[141], posteriormente se observa cómo el número de países que propugnan la disminución de valores mínimos va incrementando paulatinamente[142].

Por otra parte, en el cuarto informe se destaca además la falta de protección de la Directiva frente al tráfico ilegal de objetos arqueológicos procedentes de excavaciones ilegales, por la dificultad para probar el origen de estos bienes y la fecha de su salida ilegal[143].

El restringido ámbito de aplicación en cuanto a los bienes protegidos parece apoyarse en razones prácticas, para lograr la eficacia del sistema. Ampliando los bienes afectados por la norma, se generaría una carga burocrática excesiva a los Estados y la obstrucción de los tribunales[144]. No obstante, aunque la Directiva se presenta como un primer paso en la colaboración entre Estados en esta materia, lo cierto es que la modificación de 2014 no ha avanzado sobre este punto.

5.2.2. Procedimiento de restitución

La regulación presenta carencias que se han ido poniendo de manifiesto a través de los sucesivos informes del Consejo.

139. P. 15-16
140. Primer informe del Consejo, p. 16; tercer informe del Consejo, p. 5 y 6.
141. Segundo informe del Consejo, p. 10. España, Austria y Suecia abogaban por disminuir los valores mínimos, mientras que Reino Unido, posiblemente por su importante mercado del arte, defendía aumentar estos valores.
142. En el tercer informe del Consejo, defienden la disminución España, Hungría, Austria, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia y Suecia, frente a Reino Unido y Chipre, partidarios del aumento.
143. P. 8.
144. López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 81.

5.2.2.1. Plazo de ejercicio de la acción

El plazo para reclamar se revela como manifiestamente insuficiente: un año desde que el Estado miembro requirente tenga conocimiento del lugar en que se encontrara el bien y la identidad del poseedor o tenedor[145] del mismo, y en cualquier caso, 30 años desde la salida ilegal, aunque para bienes integrantes de colecciones públicas y bienes eclesiásticos, el plazo se amplía a 75 años, salvo en los Estados donde la acción sea imprescriptible o en el marco de acuerdos bilaterales entre Estados miembros se establezca un plazo superior a 75 años.

Ya en el primer informe se indicaba que Italia había valorado el plazo de un año como demasiado breve proponiendo su ampliación a tres años[146]. La propuesta fue ganando adeptos en los sucesivos informes[147]. Un plazo de ejercicio de la acción excesivamente breve dificulta las posibilidades de recuperación del bien, por lo que en muchos casos se prefería ejercitar las acciones civiles en lugar de acudir al procedimiento de la Directiva[148].

El plazo, efectivamente, resulta manifiestamente insuficiente en muchos casos dado que se trata de un conflicto de carácter transfronterizo, lo que implica una pérdida de agilidad en las actuaciones frente a las controversias circunscritas al ámbito nacional. Así se ha puesto de manifiesto en el único supuesto sobre esta materia que se ha planteado ante los tribunales españoles. Se trata de la reclamación por parte de la República Portuguesa de una campana de la carabela Santa María, hallada en el fondo submarino portugués, y que pretendía salir a subasta en el Hotel Ritz de Madrid. En realidad, desde que el Estado portugués tuvo conocimiento de la ubicación del bien y la identidad del poseedor (13 de noviembre de 2002) hasta que interpuso la demanda (16 de febrero de 2004) transcurrió más de un año, lo que llevó al Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid a desestimar la pretensión del actor en sentencia de 6 de marzo de 2006 (Proc. 196/2004). Sin embargo, tras recurrir en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, en su sentencia núm. 371/2008, de 21 de julio (Rec. 545/2007) (AC 2008, 1598), revocó la sentencia anterior haciendo una interpretación flexible de la prescripción, acorde con las tendencias doctrinales y jurisprudenciales modernas. Y así, razonó la sentencia que el inicio del cómputo no podía situarse en el momento en que las autoridades portuguesas tuvieron conocimiento de que se iba a proceder a la subasta de la campana, sino desde que

145. La Directiva hace la distinción para permitir dirigir la acción no sólo contra quien jurídicamente tiene la consideración de poseedor, sino contra quien detenta la cosa sin el animus de poseerla para sí, es decir, el servidor de la posesión, como puede ser un anticuario o un restaurador a quien el poseedor le ha entregado la cosa para que actúe siguiendo sus instrucciones.
146. P. 16.
147. Segundo informe, p. 10; tercer informe, p. 5 y 6; cuarto informe, p. 8.
148. Segundo informe, p. 7; tercer informe, p. 8. El cuarto informe revela cómo la brevedad del plazo del ejercicio de la acción limita la aplicación de la Directiva, p. 7.

el Estado portugués tuvo un conocimiento concreto y preciso del lugar en que se encontraba y sus poseedores, momento que la Audiencia sitúa en el 17 de febrero de 2003. Aunque finalmente se haya entendido que la acción se ha ejercitado antes de su prescripción, lo cierto es que el caso expuesto da cuenta de lo ajustado que resulta el plazo de un año en este tipo de acciones.

5.2.2.2. Legitimación activa

La legitimación activa se reconoce únicamente al Estado miembro (art. 5) y no al propietario del bien. En el primer informe se recogió la propuesta de Holanda para que también el propietario pudiera ejercitar la acción[149], sin embargo, esta petición no ha conseguido el eco suficiente. En realidad, aquí se plantea un problema de competencia de la UE para legislar sobre el derecho de propiedad. Evidentemente, el procedimiento articulado tiene carencias en este punto, pero no es posible con al actual configuración establecida en el TFUE (art. 345)[150] dar un enfoque a la reclamación de restitución basado en el derecho de propiedad. Así, aunque la Directiva se refiere a la restitución, igual que hace posteriormente el Convenio de UNIDROIT de 1995, la terminología no se emplea del mismo modo. La restitución no se contempla en la Directiva como la acción que se reconoce al propietario original para recuperar el bien frente al actual poseedor, actuando en defensa de su derecho de propiedad, sino una acción que se atribuye al Estado miembro, aun cuando no fuera el propietario del bien cultural, para que éste retorne a su territorio. Será en su caso la legislación nacional del Estado miembro la que deberá regular si el bien posteriormente ha de entregarse al propietario original. En nuestro caso, el art. 29 LPHE dará la solución: el bien ilícitamente exportado pertenece al Estado, quien debe desarrollar las actuaciones para la recuperación del bien. No obstante, si la exportación ilegal ha venido precedida de la sustracción o pérdida del bien, el propietario original podrá solicitar al Estado su «cesión» con la obligación de abonar a éste los gastos realizados.

De acuerdo con lo anterior, se viene entendiendo que la acción regulada en la Directiva no es una acción de naturaleza privada dirigida a la recuperación de la cosa por parte del propietario, como pudiera ser la acción reivindicatoria del Derecho civil español, sino una acción que atiende a los intereses públicos del Estado para que el bien que forma parte de su patrimonio cultural retorne a su territorio[151]. Pero en realidad, es posible que los tribunales no se limiten a aplicar las normas europeas, sino éstas conjuntamente con las normas aplicables al caso con relación a la determinación del derecho de propiedad. Así ha ocurrido en

149. P. 17.
150. Sobre la competencia exclusiva de los Estados miembros en materia de propiedad, Akkermans, B. y Ramaekers, E.: «Art. 345 TFEU (Ex Art. 295 EC)–Its Meaning and Interpretation», *Eur LJ*, 2010, pp. 292 y ss.
151. En este sentido, López-Carceller Martínez, P.: cit., p. 72, 79, 84 a 86.

la SAP de Madrid, sección 9.ª, núm. 371/2008, de 21 de julio, rec. 545/2007 (AC 2008, 1598).

Pero en cualquier caso, el planteamiento de la Directiva en relación con la legitimación activa resta eficacia a esta norma cuando el derecho de propiedad corresponda a un particular y no al Estado demandante. En tal caso, el particular tiene que instar primero al Estado para que ejercite la acción, y posteriormente el particular a quien fue sustraído el bien cultural tiene que demostrar su derecho de propiedad sobre el bien para que le sea entregado por el Estado[152]. Resulta mucho más ágil, sencillo y posiblemente menos costoso que el particular se dirija directamente contra el poseedor del bien. Sin embargo, las propias estructuras del Derecho de la UE y en particular el art. 345 TFUE impiden la regulación de un procedimiento iniciado a instancia del propietario para recuperar el bien que le pertenece.

5.2.2.3. Concepto de diligencia

Para tener derecho a una indemnización equitativa por la restitución del bien, el poseedor tiene que haber actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición (art. 9). Sin embargo, no se precisa cómo hay que interpretar esta diligencia y el alcance de la indemnización equitativa, que según parece derivarse de la terminología, no ha de corresponderse necesariamente con el precio pagado por el poseedor para su adquisición, sino que se determinará de acuerdo con la valoración de las circunstancias concurrentes. En el tercer informe se refleja ya la necesidad de uniformizar la interpretación de estos conceptos[153]. Con relación a la indemnización, es de señalar que ya el primer informe refleja que Países Bajos y Francia solicitan un aligeramiento de la compensación al poseedor[154]. Hay que tener en cuenta que en la Directiva, la restitución de bien cultural se supedita al pago de esta indemnización, por lo que la cuestión es de relevancia. Una compensación excesivamente elevada podría dificultar la recuperación del bien.

Estas cuestiones también fueron relevantes en la citada SAP de Madrid, sección 9.ª, núm. 371/2008, de 21 de julio (Rec. 545/2007) (AC 2008, 1598), que además, aborda la problemática de identificar al beneficiario de la indemnización. Ésta sólo se reconoce al poseedor, a pesar de que puede haber varios terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien y se verían también perjudicados con la restitución. En el caso concreto, además de la persona que estaba actuando como propietario de la campana, existía un acreedor pignoraticio sobre la campana que solicitaba una indemnización equivalente al importe garantizado con la prenda. Asimismo, la empresa que iba a realizar la subasta pretendía que se le reconociera una indemnización por los gastos realizados en los estudios de autenticidad de la campana y los asumidos para realizar la subasta. La Audiencia Provincial indica

152. En sentido parecido, Rodríguez Pineau, E. y Martínez Capdevila, C.: cit., p. 248.
153. P. 6.
154. P. 17.

que conforme a la Directiva 93/7/CEE, sólo es poseedor a efectos de esta norma quien tiene la posesión del bien cultural por cuenta propia, siendo mero tenedor quien posee por cuenta ajena, lo que lleva a sostener que sólo podría tener derecho a la indemnización quien poseía como dueño. La empresa de subastas era un mero detentador material. Sin embargo, este derecho a la indemnización ha de entenderse, explica la sentencia, «sin perjuicio de los acuerdos internos a que las partes hubieran podido legar para repartirse el precio de haberse subastado la campana». Más que acuerdos internos, creo que lo que habría serían reclamaciones internas en virtud de sus relaciones contractuales.

Precisada esta cuestión, la sentencia aborda las cuestiones relativas a la diligencia y buena fe, que son presupuesto del derecho a la indemnización. En el caso concreto, se considera que el poseedor no actuó con la diligencia debida, toda vez que sacó la campana del territorio portugués sin comunicar a las autoridades que este bien cultural estaba en su poder y sin solicitar las autorizaciones administrativas pertinentes para la exportación, ni comunicarles este extremo. En este caso, parece claro el modo en que debe interpretarse la diligencia y buena fe; no obstante, otros supuestos podrían ser mucho más controvertidos, especialmente cuando el poseedor sea un tercer adquirente, porque habría que valorar las cautelas que debería seguir para apreciar una conducta diligente, sin que exista unas pautas claras a nivel europeo sobre este punto.

5.2.2.4. Carga de la prueba de la diligencia

La carga de la prueba de la diligencia se remite a la legislación del Estado miembro requerido (art. 9). El primer informe recogía la sugerencia de Italia sobre que la carga de la prueba debería recaer siempre en el poseedor, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de UNIDROIT[155]. La cuestión es de notable importancia porque la situación procesal de las partes varía en función de que exista o no una presunción de buena fe del poseedor. En el caso de existir, el demandado vería incrementadas sus posibilidades de obtener una indemnización, frente al supuesto contrario. Y esta circunstancia, además, puede condicionar las pautas de comportamiento a seguir en la adquisición de bienes culturales, puesto que si el poseedor debe acreditar su diligencia, ha de adoptar ciertas cautelas en la adquisición del bien y además conservar los medios de prueba para acreditar tal extremo.

5.3. LAS MEJORAS INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA DE 2014

Se analiza a continuación en qué medida las carencias denunciadas con relación a la Directiva de 1993 se han enmendado en la normativa más reciente de 2014.

155. P. 16-17.

5.3.1. Ámbito de aplicación

Respecto del ámbito de aplicación de la Directiva, la modificación operada en 2014 no implica un avance en la protección del tráfico ilícito de bienes culturales. Se mantiene el carácter no retroactivo de la norma, si bien la carencia tuitiva que esto supone se va mitigando conforme pasa el tiempo. Tampoco se modifica el Anexo de la Directiva de 1993, ni los valores mínimos que deben reunir los bienes para quedar protegidos. Y finalmente, no incluye previsiones específicas para proteger los objetos arqueológicos procedentes de excavaciones ilegales.

Si bien la primera de las cuestiones puede ser comprensible por la finalidad de la Directiva, que es paliar los efectos de la supresión de fronteras dentro del espacio Schengen, los otros dos extremos merecen a mi juicio una valoración negativa en relación con la eficacia de la Directiva. La revisión de los valores mínimos que deben reunir los bienes culturales para quedar protegidos era un reclamo de la mayoría de los Estados, con la sola oposición de Reino Unido y Chipre. En el caso de Reino Unido, su importante mercado de arte y antigüedades justifica una posición poco intervencionista en esta materia, pero dada su próxima salida de la UE, parece que se removerían los principales obstáculos para revisar esta cuestión.

Respecto del establecimiento de una protección específica para los objetos arqueológicos procedentes de excavaciones ilegales, no se comprende el silencio de la norma. Actualmente no cabe ninguna duda de que uno de los ámbitos más vulnerables en relación con el tráfico de bienes culturales son los objetos arqueológicos procedentes de excavaciones ilegales, porque su propio origen ilegal facilita que pasen desapercibidos, por desconocimiento de su existencia por parte de las autoridades. Precisamente por ello, y porque además muchas veces revisten un especial valor cultural como reflejo de la identidad y el pasado de un pueblo, hubiera sido deseable que la Directiva buscara fórmulas que reforzaran la protección frente al tráfico ilícito de este tipo de bienes.

5.3.2. Procedimiento de restitución

Se introducen algunas reformas en este punto que persiguen dotar de mayor eficacia al sistema de protección europeo frente al tráfico ilícito de bienes culturales:

5.3.2.1. Plazo de ejercicio de la acción

Es de destacar el hecho de que el plazo de ejercicio de la acción se amplíe a tres años, siguiendo la petición de los Estados miembros, reflejada en los informes de la Comisión (art. 8). Con ello se persigue superar la que quizá fuera la principal carencia de la norma anterior, pues un plazo breve dificulta enormemente el éxito de la reclamación. Ya hemos visto a través de la reclamación de la campana de la carabela Santa María por parte de la República Portuguesa la importancia de

esta cuestión y lo perjudicial que puede resultar un plazo de prescripción tan breve. No olvidemos que se trata de restituciones transfronterizas, donde la distancia –y otros elementos como el idioma o la existencia de un sistema judicial diferente– juega en contra de la agilidad en las actuaciones. Es de esperar, por tanto, que la nueva regulación se traduzca en una mayor utilización del procedimiento de restitución de la Directiva por parte de los Estados miembros, en lugar de acudir a las acciones civiles, como viene siendo habitual.

5.3.2.2. Concepto de diligencia

Se incluye una serie de criterios que permiten identificar cuándo ha actuado el poseedor con la diligencia debida, lo que constituye el presupuesto para tener derecho a la indemnización. Los Estados reclamaban un pronunciamiento en este sentido para dar uniformidad en la aplicación de la Directiva. De este modo, conforme al art. 10, para determinar este extremo «se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la documentación sobre la procedencia del bien, las autorizaciones de salida exigidas por el Derecho del Estado miembro requirente, en qué calidad actúan las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de los registros accesibles sobre bienes culturales robados y cualquier otra información pertinente que hubiese podido razonablemente obtener o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias».

Con ello se fija cuál es la pauta de actuación que hay que seguir en la adquisición de bienes culturales en el ámbito de la UE. Si el sujeto no se ajusta a este comportamiento, no podrá pretender que se le reconozca el derecho a una indemnización. La norma ofrece una misma orientación en esta materia que el art. 4 del Convenio de UNIDROIT de 1995, si bien la Directiva es más detallada y alude específicamente a elementos no contenidos en el Convenio, como la documentación sobre la procedencia del bien –el Convenio sólo habla de «cualquier otra información o documentación pertinente», que es más impreciso–, y las autorizaciones de salida exigidas por el Derecho del Estado miembro requirente. Sin duda, el esfuerzo que realiza la Directiva en relación con la definición del concepto de diligencia merece una valoración positiva para la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en el marco de la UE.

Por otra parte, lo que el art. 10 exige es una actuación diligente en el momento de la adquisición. Esta cuestión es importante porque significa que si en un momento posterior, pero antes de la reclamación, el poseedor descubre o tiene indicios razonables para sospechar que el bien tiene un origen ilícito, no por ello perderá su derecho a la indemnización.

5.3.2.3. Carga de la prueba de la diligencia

Adicionalmente, el art. 10 rectifica en cuanto al criterio sobre la carga de la prueba de la diligencia. Ya no se remite al Derecho de cada Estado miembro, lo

que generaba una disparidad de criterios poco justificada. Más bien, el art. 10 atribuye la carga de la prueba al poseedor. Esta previsión, que rompe con la genérica presunción de buena fe del poseedor (recordemos la identidad entre buena fe y diligencia en los tiempos actuales) del Derecho español y del Derecho de muchos Estados miembros de la UE[156], creo que tiene una justificación razonable. Tal y como se entiende la diligencia en el párrafo segundo del art. 10, parece que sólo el poseedor es quien se encuentra en posición de acreditar todos los extremos que se requieren para apreciar una actuación diligente, y por tanto, debe ser él quien asuma la carga de probarlos. Este planteamiento de la diligencia o buena fe del poseedor del art. 10 de la Directiva recuerda mucho al enfoque que hace el Libro VIII del Draft Common Frame of Reference (DCFR) en relación con la adquisición *a non domino*. Establece el art. 3:101 del Libro VIII una concepción de buena fe ligada a la diligencia, y aunque no define el tipo de conductas que pueden considerarse diligentes, dejando esta cuestión a los tribunales[157], también atribuye la carga de la prueba al poseedor (adquirente).

5.4. VALORACIÓN DEL DERECHO DE LA UE EN LA LUCHA CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES

Los informes de la Comisión elaborados a partir de la Directiva 93/7/CEE reflejan que los Estados valoran positivamente la existencia de una regulación europea en esta materia, aunque han expresado sus dudas acerca de la eficacia de la Directiva en cuanto a que suponga una contribución real a la disminución de las exportaciones ilegales. Las cifras que reflejan los informes en cuanto al número de casos resueltos a través de los mecanismos que articula la Directiva avalan esta valoración. Uno de los aspectos en que la regulación europea ha contribuido positivamente es la coordinación entre Estados miembros, el intercambio de información y los controles realizados acerca del origen y legalidad del bien. Sin embargo, todo esto se conecta más bien con el Reglamento CEE núm. 3911/92 del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales.

Por lo que se refiere a las Directivas, parecen reconocer el principio de restitución del bien, al igual que Convenio de UNIDROIT, pero no al propietario original, sino al Estado de origen del bien. Como hemos indicado ya, el art. 345 TFUE juega aquí en detrimento de una adecuada protección a los bienes culturales porque la UE no puede tutelar directamente el derecho de propiedad. Las ¨Directivas, sin embargo, constituyen a mi juicio una legislación comprometida con el problema y tratan de sortear los obstáculos derivados del art. 345 TFUE eludiendo toda mención al derecho de propiedad pero regulando incluso el derecho a la indemnización y los presupuestos para que haya derecho a ésta, extremo íntimamente conectado con la determinación del derecho de propiedad.

156. PEL. Acq. Own., p. 910-917.
157. PEL. ACQ. OWN., p. 895.

Tras la reforma de la Directiva en 2014, las principales carencias de la norma, como son el plazo de prescripción, la definición del concepto de diligencia y la carga de la prueba se regulan en términos similares a los del Convenio. Por tanto, para Estados miembros que no han firmado el Convenio de UNIDROIT –son aproximadamente un tercio de los Estados miembros de la UE, entre ellos Austria, Alemania, Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo–, la normativa europea viene a colmar este vacío de protección pero sólo con relación a otros Estados miembros de la UE y sin llegar a pronunciarse directamente sobre el derecho de propiedad. La próxima salida de Reino Unido de la UE puede jugar como un arma de doble filo, porque por un lado incidirá negativamente en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, al dejar de estar vinculado por las Directivas y no parece que muestre una voluntad inminente a la suscripción del Convenio de UNIDROIT. Esto tiene una importancia práctica muy relevante, a la vista del importante mercado de arte y antigüedades que existe en Reino Unido. Pero por otra parte, su salida de la UE podría significar en este contexto la desaparición del principal obstáculo al establecimiento de normativas protectoras en esta materia en el ámbito de la UE.

En términos generales, cabe decir que la reforma de la Directiva 93/7/CEE por la Directiva 2014/60/UE supone una mejora en la protección frente al tráfico ilícito de bienes culturales en el seno de la UE y en muchos aspectos se aproxima a lo establecido en el Convenio de UNIDROIT. Sin embargo, este último amplía la legitimación activa al propietario original del bien y tiene un mayor ámbito de aplicación en cuanto a los bienes protegidos. La lista de bienes protegidos a través de cada una de estas normas no coincide plenamente, y puede ocurrir que un bien esté incluido en uno de ellos y en el otro no. Por ejemplo, el anexo de la Directiva incluye los medios de transporte de más de 75 años de antigüedad. Y el Convenio de UNIDROIT específicamente se refiere en el art. 3.2) los bienes culturales procedentes de una excavación ilícita, o de una excavación lícita pero conservados ilícitamente, mientras que la Directiva alude a las excavaciones y emplazamientos arqueológicos sin mostrar especial atención por su origen ilícito.

6. CONCLUSIONES

El Derecho español no contiene específicamente una regulación protectora de los bienes culturales ante las posibles adquisiciones de un no propietario. Sí que se advierte, no obstante, una actitud positiva del Estado en relación con la adhesión a instrumentos internacionales que protejan este tipo de situaciones, probablemente motivada por el voluminoso patrimonio cultural español. Tales normas, y especialmente el Convenio de UNIDROIT, solucionan de modo satisfactorio el conflicto de intereses que se genera entre el propietario original y el adquirente de buena fe.

Ocurre, sin embargo, que para controversias restringidas al territorio del

Estado español tales normas no son de aplicación, sino tan sólo nuestro Código civil, que no muestra una especialidad sensibilidad en relación con este tema que justifique un tratamiento especial de la materia. Aunque la interpretación de las normas se puede modular hasta cierto punto, por ejemplo con relación al requisito de buena fe, esto puede no ser bastante para solucionar satisfactoriamente los problemas. Además, ocurre que se produce una divergencia entre el modo de solucionar la cuestión en los conflictos nacionales e internacionales, siendo preferible la reglamentación de estos últimos supuestos. Parece, por tanto, que sería deseable que las normas internacionales y particularmente el Convenio de UNIDROIT, se incorporasen también al Derecho interno para solucionar las controversias vinculadas al tráfico ilícito de bienes culturales de ámbito nacional. Personalmente, considero que sería adecuado abordar la adquisición *a non domino* de bienes culturales en Derecho español con el fin de dar un tratamiento actualizado en los supuestos en que sea de aplicación la norma estatal, y que tal normativa se sitúe en consonancia con las tendencias del panorama internacional.

También en el seno de la UE se advierte una preocupación por este tema, pero la falta de competencia de la UE para legislar en materia de propiedad constituye un serio obstáculo en la protección. No obstante, las Directivas en la materia han lidiado de forma inteligente con esta traba garantizando al menos que el bien cultural retorne al Estado del que salió de forma ilícita, sin perjuicio de quién sea el propietario. Una mejor y más eficiente reglamentación pasaría necesariamente por la reforma del art. 345 TFUE para permitir que la UE legislara en materia de propiedad. Y lo cierto es que progresivamente se van encontrando más argumentos desde distintos sectores que aconsejan la utilidad de una normativa europea en este ámbito. Aunque tal movimiento puede chocar (y probablemente sea así) con el celo de los Estados por preservar su soberanía en esta materia. Quizá, no obstante, sí que resulte verosímil el inicio de un camino en que comiencen a admitirse excepciones a la reserva de los Estados en materia de propiedad, y tal vez una de estas excepciones pueda ser la protección de los bienes culturales, en cuanto que parece existir un sentimiento compartido de colaboración en este ámbito, a la vista de los informes de seguimiento de la aplicación de la Directiva de 1993.

BIBLIOGRAFÍA

Akkermans, B. y Ramaekers, E.: «Art. 345 TFEU (Ex Art. 295 EC)–Its Meaning and Interpretation», *Eur LJ*, 2010.

Alonso Ibáñez, M. R.: *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*. Madrid, Civitas, 1992.

Anguita Villanueva, L. A.: «La defensa civil de los bienes del patrimonio histó-

rico. La acción reivindicatoria», en *Anuario de la Universidad Internacional SEK*, n.º 5, 1999.

– *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Madrid, Dykinson, 2.ª edición, 2006.

Carrancho Herrero, M. T.: *La circulación de bienes culturales muebles*. Madrid, Dykinson, 2001.

Faber, W.: «Book VIII of the DCFR», *Edinburgh Law Review*, Vol. 14, 2010.

Fox, C.: «The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: an Answer to the World Problem of Illicit Trade in Cultural Property», *American University International Law Review 9*, n.º 1, 1993.

García Fernández, J.: «¿Es necesaria una nueva Ley del Patrimonio Histórico Español?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, 2009.

Gestenblith, P. y Roussin, L.: «International Cultural Property», The International Lawyer, vol. 41, n.º 2, 2007.

Grimalt Servera, P.: «Art. 464», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo III, Dir.: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

López-Carceller Martínez, P. *La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

Lurger, B., Faber, W. et al.: *Principles of European Law. Acquisition and Loss of Ownership of Goods*. Oxford, Oxford Unviersity Press, 2011.

Merryman, J. H.: «Two Ways of Thinking About Cultural Property», *The American Journal of International Law*, vol. 80, núm. 4, 1986.

– «The Good Faith Acquisition of Stolen Art», *Stanford Law School*, 2007.

Posner, E. A.: «The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Obervations», *Chicago Journal of International Law*, Summer 2007, 8, 1.

Prott, L.V.: «UNESCO and UNIDROIT: a Partnership against Trafficking in Cultural Objects», *Uniform Law Review*, 1996-1.

– «Fortalezas y debilidades de la Convención de 1970: una evaluación cuarenta años después de su adopción», Documento de referencia (segunda edición), *Segunda Reunión de los Estados Partes en la Convención de 1970*, París, 20-21 de junio de 2012.

Rodríguez Pineau, E., y Martínez Capdevila, C.: «La protección de los bienes culturales en la UE», en *El tráfico de bienes culturales*, coord. Pérez-Prat Durbán, L. y Lazari, A. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Schneider, M.: «UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *Uniform Law Review*, 2001-3.

UNESCO: *Medidas jurídicas y prácticas contra el tráfico ilícito de bienes culturales. Manual de la UNESCO*, 2006.

Wortley, S.: «Original Acquisition», *Edinburgh Law Review*, Vol. 14, 2010.

JURISPRUDENCIA

– Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil.

STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1996, rec. 249/1993 (RJ 1996, 8559).

STS, Sala de lo Civil, núm. 1143/2004, de 7 de diciembre, rec. 3099/1998 (RJ 2004, 7872).

STS, Sala de lo Civil, núm. 125/2005, d 25 de febrero, rec. 3762/1998 (RJ 2005, 145).

STS, Sala de lo Civil, núm. 370/2015, de 8 de octubre, rec. 1337/2012 (RJ 2014, 5784).

– Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

STS, Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 1991, rec. 2653/1988 (RJ 1991, 9575).

STS, Sala de lo Penal, núm. 2052/1994 de 21 de noviembre de 1994, rec. 945/1994 (RJ 1994, 8867).

STS, Sala de lo Penal, núm. 189/2003, de 12 de febrero, rec. 1915/2001 (RJ 2003, 1087).

STS, Sala de lo Penal, núm. 508/2015 de 27 de julio de 2015.

– Sentencias de Audiencias Provinciales.

SAP de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 13 de julio de 1998, rec. 550/1997.

SAP de Les Illes Balears, sección 3.ª, núm. 491/2002, de 20 de septiembre de 2002, rec. 462/2002 (AC 2003, 98).

SAP de La Rioja, núm. 430/2002, de 31 de octubre, rec. 99/2002 (AC 2003, 43).

SAP de Huelva, sección 3.ª, núm. 188/2004, de 28 de diciembre de 2004, rec. 247/2004 (JUR 2005, 149923).

SAP de Alicante, sección 6.ª, núm. 175/2008, de 24 de abril de 2008, rec. 501/2006 (JUR 2008, 187449).

SAP de Madrid, sección 9.ª, núm. 371/2008, de 21 de julio, rec. 545/2007 (AC 2008, 1598).

SAP de Soria, núm. 56/2009, de 27 de marzo, rec. 32/2009 (AC 2009, 784).

SAP de Burgos, sección 1.ª, núm. 414/2013, de 2 de octubre, rec. 139/2013 (JUR 2013, 323427).

SAP de Madrid, sección 20.ª, núm. 436/2015, de 2 de diciembre, rec. 198/2015 (JUR 2016, 8902).

SAP de Cuenca, núm. 12/2016, de 3 de febrero, rec. 245/2014 (JUR 2016, 38819).

– Sentencias de Juzgados de Primera Instancia.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2006, proc. 196/2004.

La justificación del «droit de suite». La singularidad de las obras de artes plásticas en su creación y modos de explotación

DANIEL BROTO PÉREZ

Abogado. Doctor en Derecho

SUMARIO: ABREVIATURAS. INTRODUCCIÓN: ORIGEN HISTÓRICO DEL «DROIT DE SUITE». 1. BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL «DROIT DE SUITE». 2. SINGULARIDAD DE LA CREACIÓN PLÁSTICA Y ACOTACIÓN DEL CONCEPTO DE OBRA DE ARTES PLÁSTICAS. 2.1. *Definición de obra de «artes plásticas»*. 2.2. *Requisitos para la consideración de obras de artes plásticas.* 2.2.1. Corporeidad: fijación de la expresión en soporte físico. 2.2.2. Originalidad de las obras de artes plásticas. 2.2.3. Valor económico. 2.2.4. Arte aplicado y plus de creatividad. 2.3. *Ámbito objetivo del «droit de suite» en la legislación española.* 2.3.1. Ejemplares únicos y ejemplares múltiples. i. Realización por el artista de la plancha, modelado o matriz análoga. ii. Ejecución de ejemplares bajo el control del artista. iii. Firma del artista de los ejemplares. iv. Limitación numérica de ejemplares. v. Autorregulación del mercado. 2.3.2. Clasificación de las obras incluidas en el artículo 1 de la Ley 3/2008. 2.3.2.1. «Cuadros», «collages», «pinturas» y «dibujos». 2.3.2.2. «Grabados», «estampas» y «litografías». 2.3.2.3. «Escultura». 2.3.2.4. «Tapices», «cerámicas», «objetos de cristal». 2.3.2.5. «Fotografías». 2.3.2.6. «Piezas de vídeo arte». 2.3.3. Obras excluidas. 2.3.3.1. Obras arquitectónicas. 2.3.3.2. Manuscritos. 3. SINGULARIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS. 3.1. *Las reproducciones impropias del ejemplar original.* 3.2. *El agotamiento del derecho de distribución.* 3.3. *La presunción de cesión del derecho de exposición pública y su normal ejercicio en el ámbito doméstico.* 3.3.1. La transmisión *ex lege* del derecho de exposición pública. 3.3.2. La exposición privada en el ámbito doméstico. 3.4. *Las réplicas realizadas por el propio autor (derecho de transformación).* 3.5. *Dificultad de acceso al ejemplar único para ejercer el derecho de colección.* 4. EL «DROIT DE SUITE» COMO CORRECCIÓN DEL EJERCICIO MERMADO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN. 4.1. *Falta de conexión con los derechos de comunicación pública, transformación y colección.* 4.2. *Complemento al derecho de distribución por su agotamiento tras la primera venta.* 5. CONCLUSIONES. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.

ABREVIATURAS

ADAGP	*Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques*
BOE	Boletín Oficial del Estado
CB	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
Cciv	Código Civil
DACS	*Design and Artists Copyright Society*
EEE	Espacio Económico Europeo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIAE	*Società Italiana degli Autori ed Editori*
SPADEM	*Société de la Propriété Artistique et des Dessins et Modèles*
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
UrhG	*Urheberrechtsgesetz*
USC	*Code of Laws of the United States*
VEGAP	Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos

INTRODUCCIÓN: ORIGEN HISTÓRICO DEL «DROIT DE SUITE»

El mercado del arte ha evolucionado a lo largo de la historia a partir de la relación entre sus dos principales –que no únicos– actores: el artista, productor de la obra, y el cliente, destinatario de la misma. Este binomio ha estructurado la organización de la producción artística desde la Edad Media hasta la actualidad, partiendo de un sistema corporativo, en el que la demanda de obras de arte estaba monopolizada por una única tipología de cliente –los poderosos–, para transformarse en un sistema capitalista regulado por la libertad de mercado[1].

1. Para este tema, *vid.* Suárez, A. y Vidal, M.: «Cambios y transformaciones del arte en el siglo XX», en *Historia Universal del Arte,* vol. IX, coord. Milicua Illaramendi, J. Barcelona, Planeta, 1987, pp. 14 ss. Estas autoras destacan que en los últimos siglos se han sucedido tres tipos de organización en la vida artística: el sistema corporativo, basado en la agrupación gremial de sus integrantes y el control de la producción; el académico, donde la ejecución artística se impone mediante reglas inquebrantables; y, finalmente, el mercantil, en el que se aplica al mercado del arte la ley de la oferta y la demanda. No obstante, según apunta Draguet, pese a ser los tres sistemas cronológicamente consecutivos, el mercantilismo imperante ha convivido en nuestra época también con un tipo de corporativismo, el de la *Bauhaus*, verdadera heredera del antiguo sistema de taller de arte aplicado alemán (Draguet, M.: *Chronologie de l'art du XXe siècle,* 9.ª ed. París, Flammanion, 2003, pp. 70 y

En consecuencia, en ese inicial sistema corporativo, el arte fue un mero oficio, en el que los artesanos –artistas– se agrupaban en gremios[2]. Éstos estaban altamente jerarquizados, así que los *maestros* se encargaban de controlar tanto el aprendizaje de sus subordinados como todos aquellos aspectos relativos al proceso productivo, desde la provisión de materiales hasta la ejecución y cumplimiento de los trabajos o la entrega de los mismos a sus destinatarios. Nadie podía considerarse artista si no pertenecía a una de estas organizaciones y había seguido una carrera profesional[3].

El gremio atendía los encargos de sus clientes –en aquel entonces, en su gran mayoría, la Iglesia, la realeza y la nobleza– y el arte se desenvolvía únicamente en un mercado primario, puesto que resultaba improbable que el adquirente de una obra de arte la transmitiera con posterioridad. En esa tesitura, lo normal era que tales clientes decidieran la temática, la técnica que debía emplearse para su elaboración o las dimensiones del soporte[4], mientras que el gremio debía centrarse simplemente en plasmar estas directrices en la obra con las mayores garantías posibles. Por supuesto, la habilidad del creador también era apreciada y contaba con un gran reconocimiento social. De no ser así, no se explicaría que numerosos monarcas nombraran a determinados artistas *pintores de la corte,* para ser sus retratistas oficiales o que ciertos artistas fueran escogidos para vivir en la propia casa del mecenas, recibiendo un salario mensual y percibiendo remuneraciones por sus obras[5]. De todos modos, lo realmente importante no era el genio del pintor o escultor, sino su solvencia y que su trabajo estuviera al servicio de unas finalidades específicas, como la glorificación y el ensalzamiento del comprador. Así, las obras se instalaban en emplazamientos en los que debían permanecer *ad æternum,* ya fuera para coadyuvar al desarrollo de la fe cristiana o para enaltecer linajes familiares[6].

71); o –añadimos– con cierto academicismo que ha perdurado en algunas instituciones, muy especialmente en Estados no capitalistas.

2. Wolff considera que, antes, en Europa, «*lo que llamamos trabajo artístico era realizado por gentes que trabajaban bajo las mismas condiciones que los demás trabajadores* (...), *que pintaban, diseñaban y construían como artesanos*» (Wolff, J.: *La producción social del arte*. Madrid, Istmo, 1997, p. 31).
3. *Vid*. Frey, B.: *La economía del arte*. Barcelona, Servicio de estudios de La Caixa, 2000, p. 42.
4. Tatarkiewicz explica que, asimismo, lo común era que la Iglesia proporcionara al artista también la orientación, los temas y los medios materiales (Tatarkiewicz, W.: *Historia de la estética II. La estética medieval*. Madrid, Akal, 1989, p. 119).
5. *Vid*. Grampp, W.: *Arte, inversión y mecenazgo. Un análisis económico del mercado del arte*. Barcelona, Ariel, 1991, p. 50.
6. Los poderosos –por el dinero o por la autoridad– deseaban poseer obras de arte porque era un elemento que realzaba su poder y reflejaba su *status*. Por ende, los templos y los palacios se distinguían por su esplendor artístico, ya que se consideraba que los dioses y los reyes eran merecedores de los mejores objetos artísticos (*vid*. Álvarez Álvarez, J.: «El mercado del arte y el coleccionismo», en *Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España*. Madrid; Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 854).

Con la aparición del humanismo y la consolidación de la reforma protestante, el mercado artístico sufrió tal sacudida que nunca más volvería a los principios reguladores iniciales. De este modo, la Europa de los siglos XVI y XVII se dividió en dos bloques culturales: en la zona protestante –con los Países Bajos como bandera– los encargos de la Iglesia y la nobleza se redujeron de manera ostensible; mientras que, en los países de la zona católica los artistas se beneficiaron de la reacción propagandística de la Contrarreforma, por la que tanto Roma como los monarcas absolutistas requirieron de obras monumentales de exaltación del poder –celestial y terrenal– dominante para ayudar a frenar el avance reformista y mantener sometidos a fieles y súbditos[7].

Con esta fractura territorial, los reputados creadores neerlandeses perdieron a sus principales clientes, por lo que no tuvieron más remedio que comenzar a crear, básicamente, para tratar de vender sus obras. Su situación daba un giro copernicano, puesto que los encargos se limitaron a pequeños retratos y la mayoría de las obras producidas todavía no contaban con un comprador determinado *a priori*. No debe extrañar, entonces, que sus creaciones se homogeneizaran, en busca de ser susceptibles de gustar al burgués medio[8]. El formato de las obras se redujo para adaptarse a las viviendas de los potenciales clientes y la temática pasó a centrarse en los paisajes o los bodegones. La obra de arte se había convertido esencialmente en un objeto de decoración[9]. En definitiva, los artistas hicieron todo lo posible para agradar a su nuevo público. No obstante, la oferta crecía y la demanda se empezaba a saturar, así que existía un riesgo claro: la sobreproducción[10]. Y ésta acabó por llegar, provocando que los

7. Casas Vallés muestra, como ejemplo, el hecho de que Rubens, que quedó en el lado católico, se paseaba por las cortes europeas inundado de encargos, mientras otro artista de la época y de análoga categoría, Hals, a duras penas lograba sobrevivir, cargado de deudas, lo que incluso le provocó su expulsión como Presidente del Gremio de Haarlem (Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI», en *Derechos del Artista Plástico,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 83).

8. En los Países Bajos y en algunas zonas del norte de Italia comenzó a surgir un verdadero mercado del arte, donde aparece una clientela que permite que los artistas se independicen y no dependan de los comitentes del pasado (*vid.* Álvarez Álvarez, J.: «El mercado del arte...», *cit.*, p. 856). Por su parte, indica Grampp (*op. cit.*, p. 50) que, incluso, «*algunos pintores tenían una provisión de obras inacabadas que mostrar a compradores en potencia, los cuales, caso de interesarse por ellas, podían indicar cómo querían que fueran terminadas*».

9. *Vid.* Tatarkiewicz, W., *op. cit.*, p. 118. Para el historiador polaco, en ese momento, las temáticas y formatos cambiaron radicalmente por los motivos expuestos, por lo que *«el arte de los burgueses, creado por y para ellos, tuvo que diferir del caballeresco y el monástico: fue así un arte que carecía del romanticismo de los primeros y de la trascendencia de los segundos»*.

10. Casas Vallés explica que la sobreproducción hundió el mercado y los artistas no tuvieron otro remedio que malvender sus obras y complementar su profesión con otros oficios para mantenerse –piénsese, por ejemplo, en el gran retratista Jan Steen, quien tuvo que trabajar en una posada para poder vivir dignamente–. A mediados del siglo XVII, los artistas había perdido el favor del público, situación que muy acertadamente plasmó Pieter de Bloot en una ilustración donde se puede observar la imagen tópica del pintor pobre, tiritando

artistas comenzaran a colocarse de espaldas al gran público, al necesitar cada vez menos su aprobación. El arte figurativo cedió terreno a otras expresiones artísticas menos ortodoxas y las obras incomprendidas aumentaron, provocando la marginación de numerosos pintores.

En la zona católica, el proceso de ruptura entre la producción artística y el gusto de la clientela todavía tardaría casi dos siglos en llegar, pero el humanismo también había calado entre una masa de artistas, quienes, cada vez más, deseaban ser considerados creadores únicos y lograr cierta dignidad social. Para conseguirlo, exploraron la técnica y promovieron su propio conocimiento, con ánimo de establecer unos cánones artísticos fuera de los cuales nada pudiera ser estimado como verdadero arte. Éste continuaba siendo una cuestión de oficio, pero eran ya las academias –modelo consolidado en el siglo XVII en Francia, donde se convirtieron en instituciones adscritas a la monarquía– las que establecerían la formación de pintores, escultores y arquitectos, basada en la práctica del dibujo y el estudio de materias científicas.

Sin embargo, tras un periodo tranquilo, el artista comenzó a reclamar para sí una mayor libertad creadora, aun asumiendo el riesgo de no complacer a un público acostumbrado a las pautas académicas[11]. Los románticos fueron los primeros en reivindicar mayor independencia creativa[12] y el surgimiento de la burguesía industrial extendió definitivamente el sistema mercantil capitalista a todos los ámbitos de la sociedad. Aquello que fuera excepcional acabó por convertirse, de manera gradual y sin apenas excepción, en la norma. Y esta transformación provocó un enorme distanciamiento entre creador y público, llegando a fundarse, la relación, en la hostilidad.[13]

---

de frío en su buhardilla (Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2.ª ed. Madrid, Tecnos, 1997, p. 466).

11. En opinión de Wolff, el artista se había individualizado plenamente: «*con la desintegración de los lazos tradicionales entre productor y consumidor artístico (Iglesias, mecenas y Academias), especialmente en Europa durante el siglo XIX, el artista es (…) un individuo que circula libremente (…). Así, las condiciones del trabajo artístico contrastan aún más con las de otros tipos de trabajo*» (Cfr. Wolff, J., *op. cit.*, p. 32).

12. Suárez y Vidal (*op. cit.*, p. 18) consideran el *Salon des Refusés* como el hecho más significativo del cambio en el sistema de producción artística, en el que el creador trabajaba ya apartado del público. En 1863, el jurado académico del Salón Oficial de París rechazó más de 4.000 obras, al no considerarlas apropiadas según los cánones vigentes. La controversia fue tal que las reclamaciones de los participantes llegaron a Napoleón III, quien, en una decisión salomónica, decidió que se expusieran en salón aparte, para que pudieran ser juzgadas por todos. Asimismo, A. Hauser opina que, ya desde finales del siglo XVIII, se empezó a notar un descenso del apoyo estatal a los artistas, puesto que éste quedó reservado a tan sólo unos pocos privilegiados, de modo que el resto tuvo que comenzar a buscar compradores particulares (Hauser, A.: *Història social de l'art i de la literatura*. Barcelona, Ed. 62, 1966, p. 125).

13. El gusto del comprador se había fijado en un sentido y algunos artistas, a pesar de no sentirse conformes con el modelo, se veían obligados a atender cierta demanda por nece-

Ante esta circunstancia, resultaba necesario encontrar un medio de conexión entre producción y consumo de arte. Es entonces cuando la figura del marchante adquirió una importancia decisiva, puesto que fue este colectivo quien, desde la iniciativa privada, desarrolló el mecanismo oportuno para dar a conocer las obras y asegurarse la promoción de sus artistas, imponiendo unos nuevos valores modernos a la burguesía[14].

De este modo, si en el arte medieval hallábamos los nombres de grandes mecenas asociados, de modo indisoluble, a pintores o escultores, a partir de finales del siglo XIX fueron los marchantes quienes adoptaron un papel principal en la comercialización de las nuevas formas estéticas, uniendo sus propios nombres a los de los más reconocidos autores –Durand-Ruel a varios impresionistas, Vollard al de Cézanne o Van Gogh y Kahnweiler a los Braque, Picasso o Gris–.

Definitivamente, los clientes artísticos individuales habían pasado de estar aislados a masificarse en grupos coherentes, con lo que la relación privada entre creador y mecenas se había convertido por completo en una relación genérica entre productores y consumidores, que tan sólo se hallaban vinculados entre sí por los intermediarios[15].

Con esa labor de mediación se abrieron nuevas y grandes expectativas de beneficios económicos y, si a partir del siglo XVI se comenzaron a establecer las bases para modificar el mercado primario, fue en este momento cuando se dio el paso definitivo para la creación de un verdadero mercado secundario, en el cual la cotización del artista era el elemento clave para establecer un

---

sidad de dinero. En el siglo XIX se abrió una verdadera hendidura entre aquellos artistas que, por condiciones y temperamento, estaban decididos a seguir los convencionalismos y aquellos otros quienes se vanagloriaban de su propio aislamiento (*vid.* Gombrich, E.: *La Historia del Arte*. Barcelona, Círculo de Lectores, 1997, pp. 501-502). Eugène Boudin, pintor francés del siglo XIX, explicaba que «*mis damiselas en la costa son muy populares. Algunas personas creen incluso que hay una mina de oro en estos temas*». Esta temática ciertamente le proporcionó una gran fama y dinero, pero le desagradaba recurrir a ella una y otra vez. Hastiado, volvió a pintar trabajadores marinos, que era su pasión. No obstante, sus ventas y reconocimiento cayeron ostensiblemente (*vid.* Grampp, *op. cit.*, p. 53).

14. El parisiense Paul Durand-Ruel (1831-1922) suele ser considerado el primer marchante moderno. Con él empezó la voluntad de monopolio, centrada en una producción que no tenía público objetivo, pero que él mismo se ocupaba de crear, anticipando el gusto y la demanda. Organizó exposiciones individuales y colectivas de pintura, creó revistas especializadas para generar promoción, hizo contratos con sus artistas y se dedicó a adquirir la obra por adelantado a cambio de unas cantidades de dinero regulares, con afán de conseguir total exclusividad para controlar los precios. Incluso exportó rápidamente dicho modelo a Nueva York, abriendo allí una galería (cfr. Suárez, A. y Vidal, M., *op. cit.*, p. 18).

15. *Vid.* Hauser, A.: *Sociología del Arte*, Vol. II. Madrid, Guadarrama, 1975, pp. 162-169. El autor resume la situación con acierto, indicando que el artista «*ya no podía elegir los compradores de sus obras*». Podríamos añadir que, en realidad, ni siquiera los llegaría a conocer.

sistema especulativo alentado por los intereses partidarios de los marchantes y otros agentes económicos interpuestos.

En conclusión, consideramos que el funcionamiento de este nuevo sistema mercantilista se fundamentó en tres condiciones: la falta de vinculación del creador de la obra plástica con el adquirente, la intervención de los mediadores como auténticos generadores de opinión[16] y la adquisición por parte del comprador realizada con ánimo de obtener una eventual plusvalía.

Debido a las sucesivas diferencias al alza entre los precios de venta y los de las reventas, las obras rápidamente alcanzaron valores que sus autores siquiera hubiesen llegado a imaginar. Si a todo ello le sumamos los intereses de las grandes sociedades internacionales de principios del siglo pasado, reflejo en el ámbito artístico de las multinacionales capitalistas, obtendremos una compleja red de relaciones –galerías, crítica, subastas, ferias de arte, coleccionistas, museos– que acabarán por acercar al gran público productos que no despertaban, de por sí, gran interés, convirtiéndolos en objetos de valor y auténticas inversiones seguras. La calidad de las obras pasó a depender exclusivamente del precio, por lo que se abrió paso un mercado del arte mediatizado y manipulado, construido en los cimientos de la especulación[17].

En un contexto en el que los creadores no eran los beneficiarios de las plusvalías generadas por sus trabajos, se dieron los condicionantes ideales para que surgieran las primeras voces a favor del reconocimiento de un derecho específico en beneficio de los artistas, para que pudieran participar de los pingües beneficios que se producían con las transmisiones de sus obras realizadas en el mercado secundario. Y dónde mejor que en la Francia de finales del siglo XIX iban a encontrar acomodo tales reivindicaciones –piénsese que París fue la capital mundial del arte[18] hasta después de la Segunda Guerra Mundial,

16. Realmente, los profesionales del mercado del arte marcaban las tendencias y éstas podían sufrir cambios bruscos o ser más o menos efímeras. Como indica Vicente Domingo, algo después de haber transcurrido la mitad del siglo XIX, el público *«no valoraba el movimiento impresionista y los pintores y escultores más vanguardistas, creaban y vendían para poder cubrir sus necesidades más inmediatas pues el mercado les ignoraba a ellos, tanto como ellos al mercado»*. Sin embargo, alrededor de 1885, gracias al poder de los intermediarios, capaces de conectar el *genio artístico* y las preferencias de los consumidores, éstas variaron y el impresionismo comenzó a valorarse. Pisarro, Manet, Monet, Sisley o Renoir causaban, de repente, verdadero furor en el mercado americano y se generaban importantes beneficios en las obras revendidas (Vicente Domingo, E.: *El Droit de Suite de los artistas plásticos*. Madrid, Reus, 2007, p. 64). Añade Pijoan que, poco después, a las puertas del siglo XX, se popularizó entre la burguesía francesa el movimiento modernista –Henry Van de Velde, Maurice Denis u Odilon Redon– (Pijoan, J.: *Historia del Arte*, Vol. IV. Barcelona, Salvat, 1970, p. 253).
17. Según A. Hauser (*Sociología del Arte*, *cit.*, p. 181), el artista creaba la forma de las obras y los mediadores su leyenda, basada en los altos precios de venta. Por consiguiente, las creaciones ya no se juzgaban por su valor intrínseco, sino por el nombre que colgaba de su etiqueta.
18. Gombrich (*op. cit.*, p. 504) destaca que París acogía por entonces a artistas de todo el

cuando fue sustituida por Nueva York–. Por consiguiente, cabe evocar dos realidades sociales simultáneas. Por un lado, la de los artistas, malvendiendo sus obras a precios irrisorios por necesidad, sin poder dejar legado alguno a sus familiares en caso de fallecimiento; por el otro, la de los especuladores, quienes aumentaban sin límite su fortuna a costa de adquirir, según la mala prensa, por precios injustos, las obras a los primeros y revenderlas por cantidades exorbitantes[19]. De todos modos, actualmente, la mejor doctrina, pese a no negar que, en ocasiones, pudiera darse esta circunstancia, ha venido defendiendo que la primera venta, realizada en el mercado primario y por precio acordado libremente, no es injusta, sino que responde a las leyes de la oferta y la demanda, con el riesgo inherente que ello conlleva[20]. En caso contrario, se estaría aceptando una premisa según la cual una obra de arte tiene un valor intrínseco inicial susceptible de ser o no descubierto, cuando, más bien, pensamos que la obra se irá revalorizando debido a la evolución de la cotización al alza del autor y a la intervención en favor de *este autor* o *aquella obra* de los sujetos que participan del mercado del arte.

En cualquier caso, en la Francia de entonces, una amplia corriente de opinión trató de denunciar lo que consideró un abuso, así que reclamó un derecho irrenunciable de seguimiento de la obra (*droit de suite*), por parte del autor, que reparase ese agravio[21]. Para lograr su cometido, se sirvieron de ejemplos propagandísticos que calaron en una sociedad y una clase política dada a posicionarse, por naturaleza, del lado más débil[22]. El más famoso de

---

mundo, quienes acudían en masa para estudiar con los maestros o simplemente para intervenir en las grandes discusiones de los cafés de Montmartre.

19. *Vid.* Vallés Rodríguez, M.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Madrid, Tecnos, 1989, p. 449. Apunta este autor que se han registrado casos en que un objeto de arte ha incrementado su valor en un 300.000 por 100. En el mismo sentido, Vicent López, señala que *«una cierta motivación ética trató de hacer partícipe al autor de las plusvalías generadas en la negociación de la obra en el mercado secundario, cuyos beneficios eran en ocasiones espectaculares, dado el bajo coste de adquisición de las obras y constituían una importante fuente de lucro y especulación»* (Vicent López, C.: *Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*. Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 1999, p. 166).

20. Lógicamente, un cuadro puede ser comprado barato y revendido más tarde a un precio más alto. Con esta actividad muchos profesionales del sector del arte ganan mucho dinero, pero, indudablemente, ello conlleva un riesgo. Frey (*op. cit.*, p. 54) argumenta que incluso los historiadores asesores de los mejores museos, quienes utilizan criterios técnicos diferentes a los de los demás compradores y vendedores en el mercado del arte, llegarán a tener *razón* en base a una mera cuestión de buena o mala suerte. Se expresan en términos parecidos Casas Vallés, R.: «El derecho de participación...», *cit.*, p. 73 o Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid, Tecnos, 1997, p. 357.

21. En Francia, pronto se dieron los condicionantes adecuados para un desarrollo legislativo efectivo del *droit de suite*. *Vid.* De Pierredon-Fawcett, L.: *The droit de suite in literary and artistic property: a comparative law study*. Nueva York, Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, 1991, pp. 2-5.

22. Desbois (Desbois, H.: *Le droit d'auteur en France*, 3.ª ed. París, Dalloz, 1978, p. 375) des-

ellos[23], por ser hoy citado por todos, fue el dibujo de Jean-Louis Forain, en el que se puede ver a dos niños desharrapados observando atónitos el alto precio por el cual se va a subastar un cuadro en el *Hôtel des ventes*, mientras uno de ellos exclama: *«Tiens! Un tableau de papa!»*[24].

1. BASES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL «DROIT DE SUITE»

El derecho de participación o *droit de suite*[25] es un derecho de propiedad intelectual que permite al autor de una obra de arte original participar en el precio de las sucesivas reventas de la misma en el mercado secundario, siempre y cuando las transmisiones se realicen con la intervención de una galería, una casa de subastas, un marchante u otro tipo de intermediario.

Este derecho se reguló por primera vez en Francia, en 1920, pero en España tuvimos que esperar hasta 1987 para su introducción en la Ley de Propiedad

---

cribe cómo se expusieron a la Cámara de los Diputados francesa, por parte del diputado Léon Bérard, una serie de hechos que sirvieron para concienciar a la clase política con la finalidad de aprobar la ley que debía regular un derecho de participación para los artistas plásticos en la reventa de sus obras. El primero, emblemático, fue el de la venta del «*Angelus*» de Jean-François Millet, obra que, tras la muerte del autor, se subastó por un precio de 100.000 frs, habiendo sido malvendida por él. Su hija, mientras tanto, debía ganarse la vida vendiendo flores. El segundo fue el de la viuda de Stanislas Lepine, quien arrastraba un carro de vendedora ambulante frente al local donde se vendían las cotizadas obras de su difunto marido. Para otros ejemplos propagandísticos que se utilizaron en la época, *vid.* Vicente Domingo, E., *op. cit.*, p. 65. Entre ellos, destaca el caso de Modigliani, pintor prolífico donde los haya, quien tuvo una vida disipada hasta el extremo de llegar a cobrar alcohol por su obra. Falleció pobre, a los 34 de edad, de una meningitis tuberculosa. Sus obras, poco después, alcanzaron precios que lo situaron entre los pintores más cotizados de la época moderna. Por otro lado, Diderot, sobre Elzheimer, observaba que *«murió consumido de pena y hundido en la miseria, casi al salir de la cárcel adonde le llevaron sus deudas. El precio actual de tres de sus cuadros le habría enriquecido»*; a su vez subrayando que Degas, tras en una subasta en la que se habían vendido varias obras suyas con una altísima cotización, afirmó sentirse como un caballo de carreras, después de *«ganar el gran premio... para su amo»* (Diderot, Denis, *apud.* Casas Vallés, R.: «El derecho de participación...», *cit.*, p. 69).

23. *Vid.* Duchemin, J.: *Le droit de suite des auteurs.* París, Recueil Sirey, 1948, p. 17.
24. En español, se traduciría como *«¡Vaya! Un cuadro de papá»*.
25. La terminología en derecho comparado es variada para referirse a una misma institución. Internacionalmente, se utiliza el término *droit de suite*, por ser Francia el país donde nació el derecho. Ciertos ordenamientos escogieron utilizar expresiones traducidas, como el *Folgerecht* alemán, el *diritto di seguito* italiano o el *direito de sequência* portugués; mientras otros optaron por tratar de definir objetivamente su funcionamiento, como es el caso del *resale royalty right* británico o el *derecho de participación* en España. En este trabajo, cuando tratemos el derecho en su concepción teórica o bien hagamos referencia al mismo de un modo global –tratados internacionales, aspectos dogmáticos comunes, etc.–, usaremos la expresión aceptada universalmente por la doctrina, «*droit de suite*», mientras que intentaremos respetar «derecho de participación», terminología específicamente escogida por el legislador español –así como en las traducciones españolas de la normativa comunitaria–, para referirnos a la regulación concreta de este derecho en España.

Intelectual, –hoy regulado mediante ley especial[26]–. En cualquier caso, la dilación en su reconocimiento no resultó ser una cuestión exclusiva del legislador español, habida cuenta de que apenas seis países contaban con el *droit de suite* en sus ordenamientos jurídicos a mitad del siglo pasado. Asimismo, el mayor logro conseguido hasta ese momento por los partidarios de su expansión internacional había sido la inserción en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de un precepto que preveía el reconocimiento facultativo de este derecho por parte de los Estados de la Unión de Berna.

En los últimos años hemos asistido a un interés renovado por el *droit de suite*, principalmente debido a un espectacular incremento del volumen de negocio del mercado del arte[27], lo que provoca que las potenciales regalías a percibir por los titulares de este derecho sean cada vez más importantes. En consecuencia, numerosos países han optado por su reconocimiento y legislación, como así hizo la Unión Europea, donde esta institución jurídica ha encontrado un baluarte desde que la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, se transpuso a sus Estados miembros.

En la actual legislación española, el derecho de participación se configura como un derecho de autor de carácter patrimonial, más concretamente como un derecho de remuneración[28], irrenunciable e inalienable –sólo transmisible *mortis causa* – que se extingue transcurridos setenta años desde la muerte del artista. Faculta al autor de una obra de arte original y a sus derechohabientes a exigir al

26. Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

27. En el año 2016, el volumen económico del mercado del arte fue de 45.000 millones $, sin olvidar que su crecimiento en los últimos diez años ha sido de más del 100%. El mercado norteamericano, un año más, sigue siendo el máximo exponente en este sector, con una cuota de casi el 30% sobre el global (*vid.* Pownall, R.: *TEFAF Art Market Report 2017*. Maastrich, The European Fine Art Foundation, 2017, pp. 12 y 13).

28. En paralelo a la evolución legislativa del derecho de participación, a su vez, se desarrollaron con éxito los llamados derechos de remuneración. Éstos son derechos patrimoniales, complementarios a los derechos de explotación del autor, que le atribuyen la facultad única de exigir el cobro de cierta cantidad económica, despojando a su titular del característico *ius prohibendi* del derecho moral y de los derechos patrimoniales de explotación. Uno de los motivos para explicar la proliferación de esta tipología de derechos es la necesidad de otorgar al autor una remuneración segura de forma imperativa y eficiente en determinadas circunstancias. Martín Salamanca ha estudiado en profundidad los derechos de remuneración y expresa que éstos son consecuencia de la función social de la propiedad intelectual y del fenómeno del consumo de masas de los bienes culturales, al darse una reacción pragmática del derecho de autor para la realización de las pretensiones de los propietarios intelectuales por un método indirecto (Martín Salamanca, S.: *Remuneración del autor y comunicación pública*. Madrid, Reus, 2004, p. 20). También entre nosotros, Delgado Porras ha clasificado los derechos de remuneración en función de su origen (Delgado Porras, A.: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1988, pp. 77 ss.).

vendedor una participación económica, a modo de porcentaje –con un importe total resultante que no puede superar los 12.500 euros–, sobre el precio de todas aquellas reventas de sus obras que se sucedan tras la primera cesión realizada por el propio autor. No obstante, el derecho no se activa en todas las transmisiones que tengan lugar en el mercado secundario, sino básicamente en aquellas donde el precio de la transacción supere los 1.200 euros y ésta se haya llevado a cabo con la intervención de un profesional del mercado del arte, sea como comprador, vendedor o intermediario[29].

A pesar de la aparente consolidación del *droit de suite* en nuestro marco jurídico[30], el debate sobre su justificación teórica siempre ha sido controvertido. En efecto, históricamente, se ha intentado hallar una explicación para fundamentar la existencia de este derecho desde diversos ámbitos, incluso fuera de la sede de propiedad intelectual. Por ejemplo, entre algunas teorías primigenias, había quien destacaba su naturaleza tributaria, al presentarlo como una tasa aplicable a las reventas de obras de arte[31]; como una suerte de contraprestación por un

29. Se excluyen de este esquema y de la aplicación del derecho las llamadas reventas promocionales, que se trata de obras adquiridas por el vendedor directamente a los autores, siempre y cuando el pe-ríodo transcurrido entre la primera cesión y la reventa no supere los tres años y, además, el precio de ésta no supere los 10.000 euros, excluyendo los impuestos. Ortega Doménech expone que la *European Visual Artists*, entidad de gestión europea, consideró que la intención de la cláusula era apoyar a las galerías y comerciantes de arte que promocionan a los artistas más jóvenes. No obstante, esta intención claramente falla, porque las obras de estos autores difícilmente superan las cantidades recogidas como umbral mínimo de activación del derecho (Ortega Doménech, J.: «El resurgimiento europeo del *droit de suite* o derecho de participación en la reventa de obra plástica», en *Anuario de propiedad intelectual 2001*, dir. Rogel Vide, C. Madrid, Reus, 2002, p. 284).

30. El derecho que nos ocupa no ha calado en todas las legislaciones nacionales modernas y ha provocado una suerte de confrontación entre determinados países y sus sistemas de referencia en la materia: a un lado se encuentra el sistema de los ordenamientos jurídicos continentales europeos o de primacía de la ley, que utilizan la expresión «*derecho de autor*» para designar el régimen de protección de las obras literarias y artísticas; mientras en el lado opuesto se halla el sistema de los ordenamientos jurídicos angloamericanos, conocido como «*copyright*» (para un análisis completo de esta dialéctica, entre otros autores, *vid.* Strowel, A. *Droit d'auteur et copyright: Divergences et convergences: Etude de droit comparé.* Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 28 ss.). Ciertamente, en la Europa continental el *droit de suite* tuvo un asentamiento lento pero relativamente fácil, seguramente por tratarse de un terreno abonado para que un derecho de estas características encontrara un mejor acomodo, debido a la tradición romano-germánica iusnaturalista que inspira a los principales ordenamientos jurídicos del ámbito geográfico indicado. Por el contrario, en los Estados del sistema del *copyright*, donde impera una visión iuspositivista y cada derecho se somete a un juicio de utilidad, no está resultando sencilla su introducción. En este aspecto, los Estados Unidos y Canadá se resisten, por el momento, a su implementación, mientras el Reino Unido no tuvo más remedio que aceptarla al encontrarse vinculado por el acervo comunitario. Para argumentaciones en contra de este derecho desde la visión del *copyright*, *vid.* Merryman, J., Elsen, A. y Urice, S.: *Law, Ethics and the Visual Art*, 5.ª ed. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 610.

31. J. Duchemin reveló que la tesis iuspublicista, que apareció en los proyectos de la *Societé des Amis de Luxembourg* a principios del siglo XX, tuvo un protagonismo efímero (*op. cit.*, p.

peritaje experto del autor, quien debía acreditar la autenticidad de su creación en cada transmisión en el mercado secundario[32]; o como una figura asimilable al laudemio censal[33].

No obstante, pronto la doctrina comenzó a desplazar su atención especialmente hacia el concepto de plusvalía, esto es, aquella diferencia de precio entre la venta realizada por el autor y las sucesivas enajenaciones llevadas a cabo por los diferentes propietarios. Uno de los principales argumentos de este enfoque se basó en el presupuesto por el cual toda obra artística tiene un *valor intrínseco* que, sin embargo, no siempre es visible de inmediato y puede mantenerse oculto. El creador no consagrado, absoluto desconocedor del auténtico valor de su obra, posiblemente la enajenara en el mercado primario por un precio irrisorio que, con el tiempo, se demostrara muy inferior al que realmente tenía[34]. Por lo tanto, ese esfuerzo personal que le llevaría a seguir creando, tendría efectos en el mercado[35]. Su trabajo sería más conocido, luego mejor valorado. Así las cosas, la

36). Por su lado, negando el carácter tributario del *Folgerecht*, *vid.* Katzenberger, P.: *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht.* Múnich, Beck, 1970, p. 65.

32. J. Duchemin (*op. cit.*, p. 26) explica que el sistema se debía basar en la creación de una suerte de oficio asimilable a un fedatario y que, incluso, el autor de la obra tendría que otorgar certificados de autenticidad para las diferentes sucesiones, lo que resultaba impracticable a la práctica.

33. Entre los autores que encuentran similitudes entre ambas figuras, *vid.* Peña Bernaldo de Quirós, M.: «Comentario a los artículos 428 y 429 C.c.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* vol. V, t. 2, dir. Albaladejo García, M. Madrid, Edersa, 1985, p. 723; y también Rams Albesa, J.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* vol. 4-A, t. 5, dir. Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. Madrid, Edersa, 1994, p. 442.

34. Según Greco y Vercellone, el derecho responde al hecho de que el valor comercial de la obra aumenta según la popularidad del artista, quien seguramente tuvo que venderla por un precio por debajo del valor intrínseco, todavía *«ignorado y desconocido»* por él (Greco, P. y Vercellone, P.: *I diritti sulle opere dell'ingegno.* Turín, UTET, 1974, p. 162). A su vez, R. Hauser identifica la tesis del valor intrínseco como una teoría de origen alemán –en contraposición a la teoría francesa de la compensación por explotación–. Esta autora atribuye esta teoría a los juristas alemanes Opet y Riezler, quienes, por separado, en 1913, ya defendían que todo valor al alza alcanzado por una obra de arte es merecimiento del valor latente o intrínseco de ésta, lo que se debe imputar a la labor del artista en dicha creación (Hauser, R.: *The French Droit de Suite: The Problems of Protection for the Unprivileged Artists Under the Copyright Law.* Copyright Law Symposium Number Eleven. Nueva York, ASCAP, 1962, pp. 13 ss.).

35. Abel Ferry, diputado que defendía el proyecto de la Ley francesa de 1920 que aprobó el *droit de suite,* expuso en las sesiones parlamentarias que el artista plástico seguía influyendo en el valor de cada trabajo original a lo largo de su vida y que, por tanto, debía obtener por ello algún beneficio (*vid.* Moyles, D. y Lashnits N.: «*Intellectual Property*» en *Golden Gate University Law Review,* vol. XI. San Francisco, Digital Commons, 1981, pp. 353 y 354). En el ámbito español, Javier Solana, Ministro de Cultura entre 1982 y 1988, presentando el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente,* 12/2/1987, pp. 1.702 y 1.703), recuperó esta idea, alegando que, para el autor, es *«justo, a nuestro juicio, obtener un porcentaje en el precio de subasta o enajenación de sus obras, pues es justo que participen de la revalorización que estas obras*

fama del artista tendría una eficacia retroactiva, porque ésta no sólo influiría en las obras que creara a partir de su madurez artística sino también en las realizadas al inicio de su carrera, con lo que su tesón y su continuidad creadora, además de beneficiarle a sí mismo, favorecería a los terceros propietarios del *corpus mechanicum* de sus obras[36].

Asimismo, para paliar la injusticia de las plusvalías excesivas, también se propugnó que el *droit de suite* actuara como un remedio para evitar posibles desequilibrios contractuales, esto es, como una indemnización sucesiva a cargo de los revendedores y en beneficio del autor, que sirviera para compensarle el daño causado por la enajenación de la obra en el mercado primario por un precio muy inferior al que objetivamente iba a alcanzar en el futuro[37]. Por ende, esta compensación a la lesión sufrida permitiría al autor aprovecharse, también, del valor latente de la obra cuando fuera manifiesto, con arreglo a su correcta cotización, aunque sólo pudiera hacerlo participando con un porcentaje sobre el aumento del importe económico en cada venta.

Ciertamente, desde los puntos de vista expuestos, pareciera muy razonable que el autor participara de las reventas de sus obras en función de las plusvalías desproporcionadas que obtuviera el revendedor. Sin embargo, no podemos aceptar que este sistema pueda descansar en la lógica de los remedios contractuales, ya que éstos no pueden hacerse valer *erga omnes*, mientras que la obra puede transmitirse, lógicamente, más de una vez. En esta misma línea, Vicente Domingo[38] expresa que, a pesar de que el planteamiento teórico de la plusvalía es correcto, porque la lesión no daría derecho a la ineficacia del primer contrato como establece el artículo 1.291 Cciv, sino que daría derecho a un mecanismo resarcitorio, no obstante, es complicado determinar si el precio fue o no fue justo y resulta-

han tenido precisamente como consecuencia de la continuidad y del acierto en su labor creadora, en su labor de autor».

36. Para Minero Alejandre, la *ratio* que subyace en este razonamiento es que la fama es un elemento fuera de comercio, pero que redunda en un incremento del valor de mercado de las obras del autor; y como el autor no puede evitar que ese elemento (la fama), inexistente en la primera venta, «*se añada automáticamente al soporte, aumentando con ello su valor, el* droit de suite *habrá de remunerarlo*» (Minero Alejandre, G.: «Comentario al artículo 14 ter», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Madrid, Tecnos, 2013, p. 1.217). Esta misma autora desvela la inaplicabilidad de esta justificación que parte de la existencia de la plusvalía: «*esta justificación basada en la doctrina del enriquecimiento injusto no guarda una coherencia absoluta con la racionalidad de todo derecho de propiedad intelectual. En efecto, tradicionalmente se ha entendido que ni la existencia del derecho de autor o derecho afín ni el reconocimiento o ejercicio de éste frente a terceros dependen del carácter económicamente beneficioso de la explotación de la obra o prestación protegida*» (*ibídem*, p. 1.217, nota 12).
37. Por ejemplo, Rogel Vide y Serrano Gómez consideran que en este derecho se observa «*el desequilibrio sobrevenido en las prestaciones, a corregir mediante una revisión de la cuantía de las mismas, constante en el contrato y los ulteriores que éste propicie*» (cfr. Rogel Vide, C. y Serrano Gómez, E.: *Manual de derecho de autor.* Madrid, Reus, 2008, p. 52).
38. *Vid.* Vicente Domingo, E., *op. cit.*, p. 70.

ría anómalo que la obligación de resarcir se desligara del supuesto causante del daño –comprador inicial de la obra– y se trasladara a los sucesivos transmitentes. En conclusión, situar la cuestión con un enfoque contractualista nos llevaría a colisionar con el principio de eficacia relativa del contrato del artículo 1.257 Cciv.

Además, en realidad, para que pudiéramos hablar de lesión económica, el valor de referencia de la obra no podría ser otro que el de su primera venta. Y ése fue el precio *justo* de mercado que, en definitiva, es el que pactaron las partes[39]. Además, la experiencia dicta que la mayoría de las obras enajenadas en el mercado primario no aumentan de valor, sino que simplemente lo mantienen o incluso lo pierden. No puede establecerse una relación causal entre la fijación del precio en la primera venta y el hipotético perjuicio del autor provocado por el aumento de la cotización de su obra.

Sin embargo, como ya hemos avanzado en las primeras líneas de este trabajo, en la ordenación moderna del *droit de suite* no se pretende resarcir al autor por la plusvalía que sus obras obtienen en el mercado secundario, sino que se trata de un derecho de remuneración que se calcula sobre el precio íntegro de cada reventa[40]. Por lo tanto, ampliamente superada la discusión acerca de la apropiada naturaleza del *droit de suite*, habrá que hallar su fundamento en el ámbito de la propiedad intelectual.

En nuestra opinión, estamos ante un derecho muy específico[41], sometido plenamente a las reglas del mercado del arte, al depender de las sucesivas enajenaciones de las creaciones y la cotización de éstas, y que sólo es susceptible de ser

39. Bercovitz Álvarez se muestra inflexible en este punto, porque el precio se pagó antes del aumento de valor, a sabiendas de que toda inversión conlleva riesgos y posibles ganancias. Para que el sistema de participación en la plusvalía fuera coherente, entonces habría que considerar el aumento de valor, pero también la pérdida de valor, con lo que la figura se convertiría en una mera revisión del precio de transmisión a tanto alzado (Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica...*, *cit.*, p. 357).

40. Actualmente, casi todas las legislaciones del *droit de suite* calculan el derecho a partir de un porcentaje sobre el precio. No obstante, de manera residual, aún existen legislaciones que siguen utilizando el sistema de plusvalía, a pesar de ser muy poco efectivo y draconiano, en palabras de Lipszyc, principalmente porque «*requiere que los beneficiarios conozcan y prueben el precio de la primera venta y de las sucesivas y que determinen la diferencia en moneda constante*» (Lipszyc, D.: «Droit de suite. Enfoque de derecho comparado», en *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 1992, pp. 434 ss.). Algunos de los países que siguen utilizando el sistema de plusvalía son Chile, Brasil o Turquía.

41. Su especificidad es tal que puede resultar difícil encontrar paralelismos con otros derechos de autor. En este sentido, Bercovitz Álvarez introduce un matiz interesante al afirmar que «*es un derecho atípico, que no parece responder a la lógica del derecho de autor, porque éste recae sobre el* corpus mysticum *y, sin embargo, aquél contempla directamente el objeto material en el que la obra ha quedado incorporada*» (Bercovitz Álvarez, G.: «El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada», en *Manual de propiedad intelectual*, 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 125).

reconocido a los autores de una tipología determinada de obras –que responden a un proceso creativo concreto que condiciona la *comercialización* de las mismas por parte del autor y sus derechohabientes–.

Y precisamente en este último punto se encuentra el nudo gordiano del presente trabajo: partimos de la premisa de que los creadores plásticos disponen de modos particulares de explotar económicamente sus obras, verdaderamente diferentes respecto a los de otro tipo de autores, fruto de la especial naturaleza de las creaciones plásticas, cuyo valor económico reside en gran medida en los ejemplares originales. Por todo ello, a la postre, será necesario valorar de qué manera el *droit de suite*, a pesar de la singularidad que deviene de su ámbito objetivo, cumple la función que se le presupone a un derecho de remuneración con respecto a los derechos de explotación tradicionales.

2. SINGULARIDAD DE LA CREACIÓN PLÁSTICA Y ACOTACIÓN DEL CONCEPTO DE OBRA DE ARTES PLÁSTICAS

La génesis del *droit de suite* no se entiende sin apelar a un componente sentimental y hemos explicado su aparición como una sublevación popular ante la situación que los artistas debían soportar en Francia en los albores del siglo pasado, quienes, miserables, se veían obligados a malvender sus obras para luego comprobar que adinerados marchantes obtenían plusvalías obscenas fruto de las reventas de aquéllas.

Sin embargo, la justificación del *droit de suite* no puede atender únicamente a los motivos históricos y económicos que propiciaron su origen, como la equidad o la justicia social. Actualmente, no puede mantenerse una significación del derecho basada en la recaudación para evitar abusos a los autores que disponen de pocos recursos económicos, puesto que el mismo no lo cobran solamente los autores con dificultades, sino más bien todo lo contrario –los principales beneficiarios son aquellos que venden en el mercado secundario por encima de los umbrales fijados por ley para la activación del derecho, es decir, básicamente, los artistas consolidados–[42].

La doctrina moderna es pacífica en cuanto a considerar el *droit de suite* como un derecho patrimonial de propiedad intelectual, dentro de la categoría de los derechos de remuneración. Sin embargo, a diferencia del resto de los derechos de

42. En esta línea, *vid.* Ortega Doménech, J.: *Obra plástica y derechos de autor*. Madrid, Reus, 2000, pp. 148 y 149. También Casas Vallés («El derecho de participación...», *cit.*, p. 73) explica que el *droit de suite* no debe ser aceptado o rechazado porque los artistas sean pobres o ricos, ya que este colectivo no tiene más títulos para una intervención legal en su favor que los que pueda ostentar cualquier otro. Añade, con buen criterio, que tampoco el eventual bienestar del artista nos puede llevar a rechazar el derecho, porque no se trata de un expediente de asistencia social, sino de un derecho de autor que, una vez reconocido en la Ley, se ajusta a las reglas de la oferta y la demanda.

remuneración contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual[43], éste no encuentra su generación ni en la presunción de cesión de derechos de explotación de un autor a un tercero ni en el reconocimiento de un límite legal en la aplicación de éstos. En el caso del *droit de suite* estamos ante un derecho de remuneración que se genera por el acaecimiento de un hecho puntual, la reventa de una obra de artes plásticas. En este sentido, no consideramos que tal hecho se pueda concebir como nexo causal de un supuesto daño al titular del derecho. El acto por el cual el adquirente legítimo de una obra de arte la transmita de nuevo en el mercado secundario no implica para el autor ni sus derechohabientes un perjuicio patrimonial ni tampoco moral, por lo que debemos rechazar de plano una naturaleza compensatoria del derecho de participación como derecho de remuneración. Asentada su naturaleza jurídica, será necesario explicar, desde un punto de vista dogmático-jurídico, la necesidad de su existencia y el cometido de este derecho de remuneración.

A nuestro modo de ver, esta explicación debe partir de la especial naturaleza de las creaciones plásticas y su proceso creativo. Primeramente, debemos recordar que el derecho de propiedad intelectual confiere al autor y a sus derechohabientes un monopolio absoluto sobre sus obras, lo que implica la atribución de facultades de carácter económico –además de las morales–, con la finalidad de poder explotar tales obras. Dicho monopolio se concreta en la autorización y prohibición de explotaciones por parte de terceros o en la percepción de una mera remuneración. En este aspecto, la Ley de Propiedad Intelectual abre su articulado con una verdadera declaración de intenciones: *«la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación»*[44] y se atribuye al autor *«la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra»*[45], aspectos ya reafirmados en el artículo 428 Cciv, que dispone que *«el autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad»*.

Con dichos principios, se pudiera pensar que *cualquier* tipo de autor que crease *cualquier* tipo de obra la podría explotar económicamente de *cualquier* modo. Sin embargo, esta afirmación, cierta en el plano teórico de la norma, se encuentra con una limitación *de facto* por razón del objeto, debido a que determinados autores, en este caso los creadores de obras plásticas, verán cómo esos derechos de explotación exclusivos se debilitan o bien porque legalmente sus derechos se presumen cedidos, en aparente perjuicio del autor, o bien por motivos puramente materiales. Esta premisa es aceptada por la mayoría de

43. 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 (TRLPI).
44. Cfr. artículo 1 TRLPI.
45. Cfr. artículo 2 TRLPI.

la doctrina[46] y, en definitiva, no es algo nuevo, puesto que, tal y como se ha visto con anterioridad, el origen histórico del *droit de suite* se halla efectivamente en una discriminación respecto a este tipo de autores.

Ciertamente, los creadores plásticos explotan su obra de un modo cuya incidencia recae, prácticamente siempre, en el ejemplar original, fundamento básico de sus posibilidades de explotación económica. Sin embargo, el elemento distintivo, aquí, no es que la obra quede fijada en un soporte único e irrepetible, sino el hecho de que el creador haya intervenido personalmente en su materialización mediante un contacto físico directo con los materiales empleados[47]. Para una mejor comprensión de este extremo, nos serviremos de un concepto al que la doctrina italiana otorga una gran relevancia, como es la *estrinsecazione*[48]. Con el mismo, se trata de describir aquel proceso por el cual el autor *exterioriza* su obra, partiendo de una concepción intelectual. Si bien puede predicarse de cualquier tipo de obra –una obra musical que queda plasmada en una partitura o una obra literaria que lo hace en un texto escrito–, sólo en el caso de las creaciones plásticas la *estrinsecazione* será plena, ya que de ella surgirá la obra de arte propiamente dicha, siendo esta materialización personal su verdadera fuente de valor y no el hecho de quedar plasmada en un ejemplar único o limitado. En otras palabras, el creador es el autor material del objeto de arte resultante, con lo que podría decirse que su personalidad quedará ensamblada de un modo auténtico en el mismo, pudiéndose percibir su *aura*[49]. Por ello, cualquier reproducción llevada a cabo por procedimientos mecánicos no permitirá reflejar un original fielmente –por ejemplo, en la fotografía de una pintura no se podrán observar los trazos, los materiales utili-

46. Varios autores han destacado que el *droit de suite* encuentra su explicación originaria en la cobertura incompleta que el derecho de autor proporciona a los artistas plásticos. Por ejemplo, Dietz (Dietz, A.: *El derecho de autor en España y Portugal.* Madrid, Ministerio de Cultura, 1992, p. 104) opina que en la explotación de los originales de obras de artes plásticas, la venta es, a menudo, la única posibilidad de obtener ingresos de la misma. La explotación en otras formas es, junto a aquélla, quizás posible, pero insignificante, ya que en este ámbito –catálogos o reproducción– entran en acción limitaciones desfavorables para el autor. Expresándose en términos parecidos, Ortega Doménech (*Obra plástica..., cit.,* p. 77) observa *«problemas de encaje de la obra plástica dentro de nuestra legislación, como resultado de su principal característica: la unicidad en su creación, pues, normalmente, no se elabora con la idea de reproducirse posteriormente»*.

47. Para De Sanctis, el carácter único de la obra de artes plásticas proviene de «*la aportación creativa que se refleja en la relación directa autor-materiales empleados»* (De Sanctis, V.: *La protezione delle opere dell'ingegno,* 2.ª ed. Milán, Giuffrè, 2004, p. 11).

48. *Vid.* Are, M.: *L'oggetto del diritto di autore.* Milán, Giuffrè, 1963, p. 232.

49. El concepto de aura fue acuñado por Walter Benjamin para referirse a *«aquella manifestación irrepetible»* que permite al creador realizar una actividad creativa pura, esto es, *«no determinada ni por una función social ni por un contenido objetual»*. Es célebre, en este sentido, la siguiente cita del pensador alemán: *«en la época de la reproducción técnica de la obra de arte, lo que se atrofia es el aura de ésta»* (cfr. Mayorga Ruano, J.: *Revolución conservadora y conservación revolucionaria. Política y memoria en Walter Benjamin.* Rubí, Anthropos, 2003, p. 146).

zados, la técnica, etc.– y acabará siendo una mera adecuación del modelo original en otra materia o energía[50].

Para dar un mayor sentido a esta realidad, se ha defendido que el autor de obras plásticas reúne en su misma persona dos facetas: la de creador y la de ejecutante[51]. Así, Bercovitz Álvarez considera una prueba de ello la existencia de dos expresiones lingüísticas, como son *autor plástico* y *artista plástico*, donde la primera haría alusión al aspecto de creación abstracta mientras la segunda estaría conectada a la ejecución[52]. Por su lado, Baylos Corroza, igualmente partidario de esta dicotomía, no duda de que el autor plástico es quien personalmente concibe y realiza la obra plástica, *«sin poder delegar su ejecución en otro»*, considerando muy afortunada la diferenciación que estableció, en su día, el Reglamento de 3 de septiembre de 1880, para la ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, porque definía al autor como el que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, *«o crea y ejecuta alguna artística»*, dando relevancia a esa división bifásica propia de la creación plástica[53]. De hecho, en determinados casos, como ocurre muy especialmente con la pintura, una vez el autor concibe la obra, de inmediato o incluso simultáneamente utiliza los materiales y técnicas que le van a permitir expresarla, residiendo la mayor parte del valor artístico en la ejecución plástica[54].

50. *Vid.* Baylos Corroza, H.: *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2.ª ed. Madrid, Civitas, 1993, p. 549.
51. El artículo 105 TRLPI define al artista intérprete o ejecutante como a *«la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra»*.
52. Cfr. Bercovitz Álvarez, G., *Obra plástica..., cit.*, p. 67.
53. Cfr. Baylos Corroza, H. *Tratado de Derecho Industrial*, *cit.*, p. 550. Igualmente, Desbois (*Le droit d'auteur...*, *cit.*, p. 72) opina que la ejecución personal es la condición necesaria y suficiente de la existencia de una obra de arte de este tipo; mientras, Acha explica que este tipo de autores –plásticos– se caracterizan precisamente por aunar ambos aspectos, ya que *«emprenden la concepción de sus obras junto con la ejecución»* (Acha, J.: *Expresión y apreciación artística: artes plásticas*. Trillas, México D. F., 1993, p. 155). Entre nosotros, Bercovitz Álvarez reitera que *«el autor plástico será, al mismo tiempo, ejecutor plástico»* y se erige en el principal valedor de la tesis que establece dicha dualidad, además de ser quien más ampliamente la ha desarrollado (*Obra plástica..., cit.*, pp. 65-67). Sin embargo, la posición que defiende la diferenciación, en la creación, entre concepción y ejecución no es unánime. En efecto, es criticada por autores relevantes, quienes suelen identificar la propia concepción con la obra ejecutada, al considerar que aquélla es inexistente o carente de importancia en la obra plástica. En este último sentido, *vid.* Katzenberger, P.: *Das Folgerecht..., cit.*, p. 69, o Ascarelli, T.: *Teoria della concorrenzae dei beni immateriali*, 3.ª ed. Milán, Giuffrè, 1960, p. 699. El jurista italiano precisa que en las obras artísticas simplemente hay exteriorización de la idea mediante la propia *estrinsecazione*, sin poder hablar de ejecución.
54. Siguiendo este argumento, Colombet (Colombet, C.: *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9.ª ed. París, Dalloz, 1999, p. 29) expone que la mayor particularidad respecto a la obra de arte en cuanto a su originalidad se encuentra en la ejecución personal que de la misma realiza el autor. Asimismo, para Peñuelas i Reixach, este tipo de obras deben tener su origen en el artista, en un doble sentido: debe surgir de su propia creación o idea

No obstante, en otro tipo de obras protegidas por derechos de autor, se diferenciará netamente entre esas dos acciones[55]. Por ejemplo, salvo excepciones relativas a la improvisación, una obra musical es, en primer lugar, creada idealmente por el autor y, luego, ejecutada; pudiendo serlo en este caso por él mismo, pero también por un tercero (artista ejecutante), lo que posibilitará múltiples interpretaciones de una misma pieza. Por consiguiente, los autores de obras musicales ni siquiera requieren, en ocasiones, tener un contacto directo y físico con los medios expresivos empleados para realizar su obra. En cambio –insistimos–, en la obra plástica no se aprecia tal diferenciación, puesto que ésta es percibida por el espectador o destinatario de un modo único, donde el autor de la concepción intelectual siempre exteriorizará su propia obra mediante una ejecución concreta.

Otro aspecto interesante derivado de diferenciar entre estas dos facetas es que nos permite conocer dónde se halla la actividad creativa, por ende protegible[56]. Es decir, deberemos resolver si solamente merece tutela jurídica la ejecución de la que resulta la pura materialización de la obra o, por el contrario, también puede extenderse a la conceptualización –término usado en equivalencia de *concepción* o *idea*, pero que intensifica aquí el origen de la obra como *concepto* –, entendida como aquella *imagen* que tiene el autor idealmente antes ser exteriorizada y que va fluyendo en su mente durante la ejecución plástica. Sin ánimo de otorgar una excesiva importancia a la cuestión planteada, por su eminente contenido teórico, nos decantamos por sostener que, si bien ambas facetas son inescindibles, la protección jurídica de la obra plástica deberá ser abordada en función de dónde bascule con mayor peso el grado de originalidad, siempre y cuando aquélla haya sido expresada. Como se verá con mayor profusión al examinar las características propias de las obras de artes plásticas, en ocasiones, la originalidad reside en mayor medida en la concepción de la creación, ya que el autor ha ideado una composición perfectamente identificable, donde lo importante no es la ejecución técnica en sí misma, sino la plasmación de una sensibilidad que sólo puede atribuirse al

y debe surgir de su propia realización (Peñuelas i Reixach, L.: *Valor de mercado y obras de arte: análisis fiscal e interdisciplinario*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 72).

55. En definitiva, el autor plástico imagina la propia obra y la realiza, *«a diferencia de otro tipo de autores»* (cfr. Carosone, O.: *L'opera dell'ingegno per comissione*. Milán, Giuffrè, 1970, p. 13). El mismo discurso utiliza Sánchez Aristi, al sostener que el autor plástico se ve obligado a *«ejecutar él personalmente dicha concepción operando directamente sobre el soporte»*, asumiendo funciones *«que en otros órdenes intelectuales son desempeñadas por artistas intérpretes o ejecutantes»* (cfr. Sánchez Aristi, R.: «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, enero-abril 2000. Madrid, Ed. Bercal, 2000, p. 44).

56. Para Otero Lastres, en el caso de las obras de las artes plásticas, «*la creatividad tiene que manifestarse no sólo en la concepción intelectual de la obra, sino también en la ejecución material de la misma*» (Otero Lastres, J.: «El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 19, enero-abril 2005. Madrid, Ed. Bercal, 2011, p. 33).

autor determinado. Por el contrario, otras veces la ejecución plástica lo será todo, y el *genio* del autor no se reconocerá por la concepción de la obra expresada, sino por su realización virtuosa, que emana de imágenes o realidades objetivas[57].

En cualquier caso, resulta imprescindible apuntar una crítica sustancial sobre la exposición doctrinal hilvanada hasta este punto, lo que nos ayudará a focalizar todavía más la problemática en la creación plástica con relación a la aplicación del *droit de suite*. Si, por una parte, compartimos plenamente la existencia de tres axiomas válidos en la teoría de la singularidad de la obra plástica: *i)* el ejemplar único como núcleo de las posibilidades de explotación de la obra, *ii)* el contacto físico directo del autor con los materiales empleados como medio diferenciador para la plasmación de la obra y *iii)* la concurrencia de las facetas en una misma persona de quien concibe y quien ejecuta, ambas indelegables; aun respetando este esquema, hay algo con lo que no podemos estar de acuerdo y que, en líneas generales, la doctrina sorprendentemente parece pasar por alto[58]. Esta configuración no puede ser aplicable a *todas* las obras plásticas, sino sólo a un *subgrupo* dentro de las mismas, el que, en adelante, denominaremos sin ambages obras *de artes plásticas*, por estar incluidas entre las denominadas Bellas Artes[59]. A este tipo de obras tiene sentido reconocerles un régimen especial, donde, además, se circunscribiría el *droit de suite*.

2.1. DEFINICIÓN DE OBRA DE «ARTES PLÁSTICAS»

Las obras de artes plásticas, pese a pertenecer a la categoría general de obras plásticas, presentan sus propias especificidades. Se agruparían en la definición todas aquellas expresiones artísticas en que se utilizan materiales que son susceptibles de modificación física a lo largo del proceso creativo[60]. Generalmente, las artes plásticas se manifiestan a través de la forma y del color, compartiendo elementos rectores como la necesidad de un mínimo diseño y composición, así como su percepción tangible por parte del espectador[61].

57. Bercovitz Álvarez (*Obra plástica..., cit.*, pp. 94) plantea la problemática desde una perspectiva que nos ofrece algunas dudas, al defender que la concepción plástica puede ser objeto de protección por derechos de autor, por ejemplo, cuando «*ha alcanzado concreción suficiente mediante una muy detallada descripción verbal*». En realidad, no descartamos la posibilidad de tutela jurídica intelectual de un supuesto así, pero no como obra plástica, sino como obra literaria.
58. Una excepción, en este sentido, es Ortega Doménech, quien sí repara en esta importante cuestión terminológica, descubriendo el desbarajuste contenido en la legislación española, que utiliza, sin un criterio inteligible, expresiones como *«obras plásticas», «obras de arte»* u *«obras de artes plásticas»* (*Obra plástica..., cit.* p. 26).
59. Cfr. Algardi, Z.: *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padua, CEDAM, 1978, p. 82.
60. Cfr. Valero Muñoz, A.: *Principios de color y holopintura*. Alicante, Club Universitario, 2013, p. 217.
61. En palabras de Read, el arte plástico se compone de dos elementos básicos, que son la forma, que obedece a ciertas leyes universales de la naturaleza, y el color, que es la propiedad

Académicamente, el término apareció a finales del siglo XIX, para referirse a obras de pintura, escultura, arquitectura, dibujo, grabado –en su más amplia expresión– y artesanía, así como para diferenciarse de otras ramas de las Bellas Artes, como las artes escénicas, la música, la literatura y, posteriormente, el cine[62].

A pesar de la continua irrupción de nuevas tendencias artísticas, en la definición planteada aquí se tratará de mantener su concepción más clásica, no dando cabida a muchas de las conocidas como artes visuales, sobre todo cuando éstas se basen en recursos artísticos que parten de la informática o la cinematografía y, por tanto, convierten la obra en eminentemente audiovisual, como es el caso de determinadas *performances*[63]. Tampoco podrán incluirse en esta descripción las obras que son fijadas exclusivamente en un soporte digital, ya que supondría despojar a este tipo de creaciones de su necesario carácter tangible[64].

En cualquier caso, desde el punto de vista de la aplicación jurídica del concepto, tratar de señalar cuáles tienen consideración actualmente de obras de artes plásticas a partir de un listado indicativo más o menos cerrado de las tipologías incluidas en el mismo es una tarea de gran complejidad. Las expresiones artísticas son especialmente dinámicas y cambiantes, tanto en el tiempo como en sus localizaciones, siendo el propio mercado artístico y sus públicos –enten-

---

superficial de las formas y texturas de las cosas. Si bien, cabe matizar, la forma no puede ser percibida sino como color, porque éste es la reacción de la forma de un objeto a los rayos de luz (Read, H.: *Educación por el arte*, 3.ª ed. Barcelona, Paidós, 1982, p. 40). Sin embargo, en la creación plástica cabría añadir la composición, que facilita la estructuración de la obra en formas y colores. Referido a percepción del arte, Knobler ha destacado que la satisfacción estética de quien contempla una obra de arte resulta de una combinación de actitudes subjetivas y de facultades perceptivas, por cuanto la psicología del sujeto espectador también tendría su relevancia (Knobler, N.: *El diálogo visual. Introducción a la apreciación del arte*. Madrid, Aguilar, 1970, pp. 5 y 6).

62. El filósofo Charles Batteux acuñó, en el siglo XVIII, el concepto de *Bellas Artes*, incluyendo en su seno, originalmente, la danza, la floricultura, la escultura, la música, la pintura y la poesía, para posteriormente añadir la arquitectura y la elocuencia. A principios del siglo XX fue Riccioto Canudo quien, en su «*Manifiesto de las Siete Artes»,* estableció la clasificación que ha perdurado hasta nuestros días, incluyendo como Bellas Artes la arquitectura, la danza, la escultura, la música, la pintura, la poesía y el cine (*vid.* Valero Muñoz, A., *op. cit.*, p. 217).

63. Las *performances* tienen cierto carácter plástico, ya que la disposición física de los elementos, así como el desarrollo de los mismos en un espacio determinado, son esenciales para su contemplación; sin embargo, su esencia no se halla en cómo se han dispuesto tales elementos, sino en la obra teatral o audiovisual que subyace en su expresión. Piénsese, por ejemplo, en la obra *«The visitors»,* de Ragnar Kjartansson, en la que el artista sueco reparte proyecciones en una sala oscura donde aparecen diferentes actores, grabados de forma individual e independiente, interpretando una canción simultáneamente.

64. La obra plástica digital supone una ruptura del binomio concepción-ejecución, ya que los instrumentos utilizados para este tipo de obras no son una prolongación de la mano del autor, sino un modo de reemplazarla, como puede suceder en cualquier creación llevada a cabo con ordenadores (*vid.* Ortega Doménech, J.: *Obra plástica..., cit.,* p. 79).

didos del modo más amplio posible–, quienes, subjetivamente, incorporarán o expulsarán clases de obras de su esfera de atención.

A pesar de todo, como en tantas otras ocasiones en que es necesario acotar jurídicamente un concepto, resulta socorrido el recurso a la enumeración de supuestos con el que ejemplificarlo. No en vano, de ese modo se facilita la comprensión por parte de la sociedad, la interpretación por parte de la doctrina y, finalmente, la aplicación perfilada por parte de los tribunales. Es por ello que diferentes legisladores se han visto obligados a delimitar los distintos tipos de *obras plásticas*, aunque normalmente advirtiendo que no es su propósito realizar relaciones taxativas, sino demostrativas, para ayudar a situar la esfera de regulación de una determinada norma.

No obstante, en nuestro caso concreto, nos hallamos con una dificultad añadida, por cuanto debemos seleccionar dentro de dichos elencos aquellas clases que tendrán la consideración de *artes plásticas*. En este sentido, destaca el artículo 10 TRLPI, en cuyo apartado e) se incluyen determinados ejemplos que distinguiremos como obras de artes plásticas, como son *«las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía»;* mas sin que debamos desechar otras tipologías recogidas en la Ley que pudieran llegar a tener esta misma consideración, siempre y cuando cumplieran con las características básicas de tratarse de ejemplares únicos o limitados y expresados por el propio autor en un soporte corpóreo, como son las historietas gráficas o cómics, los proyectos y maquetas de obras arquitectónicas –en realidad, también lo serían éstas en sí mismas–, los gráficos, los mapas o determinados diseños[65].

Por su parte, en el artículo 14 del Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, se recogen los requisitos para identificar y describir obras objeto de propiedad intelectual, debiéndose extraer como pertenecientes a las artes plásticas únicamente las esculturas, las obras de dibujo y pintura, los grabados y litografías; de nuevo, pudiéndose añadir algunos ejemplares originales de tebeos y cómics.

En el ámbito internacional, el artículo 2.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, dejando ciertas libertades de regulación a los Estados adheridos al Tratado, establece una clasificación fragmentada de las obras artísticas, donde en un primer grupo parece incluir aquellas relativas a las Bellas Artes plásticas: *«dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía»*, netamente separadas de otras obras plásticas, tales como *«las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias»*.

65. *Vid.* artículo 10.f) y 10.h) TRLPI.

Por supuesto, el catálogo de obras de esta *subcategoría* de mayor interés para el presente estudio es, sin duda, el recogido en el artículo 1 de la Ley 3/2008[66], cuyo objetivo es acotar el máximo posible el tipo de obra al que va a ser de aplicación el derecho de participación. Se desprende de su contenido la intención del legislador de enumerar de manera restrictiva *«las obras de arte gráficas o plásticas»*, si bien por motivos que serán expuestos detalladamente a su debido tiempo, se excluyen del listado determinadas obras que, por sus características, sí debieran encontrarse en cualquier relación de obras de artes plásticas –por ejemplo, las obras arquitectónicas–. En cambio, deberemos incluir en el objeto del *droit de suite*, aunque tengamos que forzar un poco la definición, las obras fotográficas. Éstas, a pesar de no ostentar las exigencias que se expondrán como necesarias para reconocer una obra de artes plásticas, sí que, de cumplir una serie de requisitos, podrían llegar a ser asimilables a éstas, especialmente en cuanto a sus atribuciones en el mercado del arte. De todos modos, al efecto de evitar reiteraciones innecesarias, consideramos oportuno analizar profundamente este precepto más adelante, al examinar el ámbito objetivo de la Ley 3/2008[67].

Además de las ordenaciones legales, también la doctrina ha llevado a cabo loables intentos de enumerar los diferentes tipos de obras plásticas en general. Pero estas clasificaciones, por ser demasiado exhaustivas, pronto se ven desfasadas, ya que la realidad va introduciendo continuamente nuevas tipologías en detrimento de otras, lo que desemboca en difíciles consensos[68].

Ciertamente, por nuestra parte, cabría el intento de tratar de cerrar una lista solamente de aquellas obras que consideráramos pertenecientes a las artes plásticas, extraídas de la categoría plástica superior. Aun así, en cuanto a lo que aquí interesa, se tiene el convencimiento de que el mejor modo para acotar la defi-

66. El artículo 1 de la Ley 3/2008 es una transposición casi literal del artículo 2 de la Directiva 2001/84/CE. Ambos preceptos recogen un listado ejemplificativo de obras de artes plásticas a las que les resultará de aplicación el derecho.
67. *Vid. infra*, epígrafe 2.3.2.
68. Algunos autores prefieren elaborar una clasificación que podría llamarse *clásica*, por cuanto parte de las grandes categorías tradicionales (pintura, escultura, dibujo, grabado y otras figuras) para, dentro de éstas, encajar otras más novedosas (Ortega Doménech, J.: *Obra plástica..., cit.*, pp. 26 ss.). Sin embargo, otros, como Bercovitz Álvarez optan por presentar una relación muy categorizada, estableciendo las siguientes tipologías: pintura y dibujo, escultura, impresión gráfica original, tapices y tejidos, arquitectura y proyectos de ingeniería, bocetos y ensayos, monumentos en grandes dimensiones, jardinería y composiciones florales, decoración de interiores, escenarios y vestuario, cómics y dibujos animados, videojuegos, artesanado, arte aplicado, signos tipográficos y, finalmente, las *kleine münze* –creaciones de poco valor artístico aplicadas a objetos cotidianos– (*Obra plástica..., cit.,* pp. 36-63). Sin embargo, somos de la opinión de otorgar una utilidad relativa a estas clasificaciones, del mismo modo que defiende De Couto Gálvez, aunque desde un punto de vista tecnológico, para quien los esfuerzos doctrinales no facilitan el concepto de obra de arte, porque los límites no estables de estas figuras se adaptan a las nuevas tecnologías y proporcionan, a su vez, nuevos tipos de arte (De Couto Gálvez, R. *et al. La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica.* Madrid, Trama Editorial, 2005, p. 32).

nición, en lugar de servirnos de un *numerus clausus*, será el examen de la concurrencia de determinados requisitos en toda esta clase de creaciones, tras aislar sus elementos comunes.

2.2. REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

En nuestro planteamiento, tendrán el tratamiento de obras de artes plásticas aquellas que cumplan dos características reconocibles por encima de cualquier otra: la corporeidad, en el sentido de ser obras expresadas necesariamente en un soporte tangible, y una originalidad específica, mediante la puesta en valor de aspectos como la exigencia de una intervención material por parte del autor en la ejecución de los ejemplares resultantes. Accesoriamente, se pueden valorar otros aspectos importantes para perfilar las características del concepto, como la especial estimación económica de este tipo de obras en el mercado del arte o la posibilidad de otorgarles una funcionalidad más allá de la contemplativa. A continuación se exponen estos requisitos y la casuística que de los mismos se puede derivar.

2.2.1. Corporeidad: fijación de la expresión en soporte físico

La exteriorización de una obra de artes plásticas siempre partirá de una expresión artística que quedará fijada en un soporte físico concreto. Así, la expresión será el canal por el cual el creador determinará su propósito creativo, definitorio, a la postre, del tipo de obra; mientras la fijación, por su parte, supondrá la selección y utilización de materiales para ejecutar dicha expresión, que se manifestará a partir de formas y colores[69]. En este punto, se debe destacar que la técnica utilizada para tal ejecución no será relevante, aceptándose el uso de cualquier material o soporte, incluso si los mismos fueran efímeros[70].

69. En este sentido, De Sanctis (*op. cit.*, p. 7) expresa, literalmente, que *«los creadores plásticos se expresan a través de signos, formas y colores, requiriendo un soporte material para concretarse y revelarse al exterior»*. R. Bercovitz Rodríguez-Cano lo resume en dar *«forma o color a materias preexistentes. De ahí la importancia de las líneas, planos, las dimensiones, los volúmenes, la intensidad y la variedad de colores y de sus tonalidades»* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007, pp. 228 y 229). Finalmente, Ortega Doménech (*Obra plástica..., cit.*, pp. 45-48) sostiene que tres elementos son clave para la fijación de la expresión: la materia –piedra, tela, mármol, papel, etc.–; el color, importante para reflejar emociones; y la forma, necesaria para elaborar la obra pero cuyo significado le trasciende.

70. La materialización no tiene por qué ir unida a la idea de perdurabilidad, debiéndose aceptar como obra plástica tutelada por el derecho de autor también aquella fijada en un soporte temporal o realizada con técnicas que desaparecen con facilidad –como el uso de pinturas no indelebles–. Algardi (*La tutela dell'opera..., cit.*, p. 199) pone como ejemplo para dichos supuestos el arte realizado con nieve. En términos parecidos, *vid.*

La existencia de los elementos planteados provocará que la concepción intelectual se termine convirtiendo en una obra de arte específica, en determinados casos, única[71]. Por consiguiente, con este proceso la obra se fijará en un soporte físico y devendrá en algo perceptible, cuando menos, visualmente; por lo que será requisito imprescindible para que aquélla sea considerada de artes plásticas que un observador medio pueda visualizarla.

Sentado este principio, se excluirían de dicho terreno tanto las iniciativas artísticas concebidas únicamente para la estimulación de otros sentidos[72], como aquellas expresiones que, aun pudiendo ser clasificadas en otras circunstancias como pertenecientes a las Bellas Artes, persiguen objetivos muy concretos, relacionados con su disfrute o *contemplación* por medios distintos al visual[73]. Ello no impide que

---

Greco, P. y Vercellone, P., *op. cit.*, p. 40. Entre nosotros, R. Bercovitz Rodríguez-Cano («Comentario al artículo 10», 3.ª ed., *cit.,* p. 174) indica que el material empleado por el creador plástico también puede ser materia orgánica (jardinería), hielo, nieve, chocolate, masa o miga de pan, crema (pastelería). No obstante, a pesar de que las principales legislaciones de propiedad intelectual protegerán la obra simplemente exteriorizada, sin atender a su posible fugacidad, en los Estados Unidos, siendo una excepción a la regla planteada, para ostentar protección legal, la obra debe ser *«fijada en un soporte tangible (…) por un período más que una duración transitoria»* (cfr. 17 USC § 101).

71. Es el autor quien escoge exteriorizar determinada concepción intelectual con una expresión artística concreta y no otra. Por ejemplo, en el caso de una pintura abstracta, la obra, seguramente, suscitará sentimientos más que significados, pero el propósito del creador sólo podía conseguirse de ese modo y no, por ejemplo, de forma literaria (*Vid.* Are, Mario, *op. cit.,* p. 405).

72. Sirva de ejemplo una propuesta consolidada, pionera en nuestro país –instaurada desde principios de los años noventa–, como es la muestra olfativa *«Por Narices»,* ideada por Darío Sirerol, y por la que, mediante unos difusores, los visitantes de la exposición pueden experimentar una colección de aromas cuidadosamente seleccionados: plantas, frutas, semillas, maderas, flores, u olores de origen animal. Cfr. *La Vanguardia*, 7 de mayo de 1993, p. 4.

73. Existen interesantes acciones de museos que dirigen exposiciones táctiles a personas invidentes, para que, a través del tacto puedan llegar a formarse una imagen ideal de la obra. Según apunta Muñoz Arroyo, *«cada vez son más numerosos los museos y entidades que ofrecen alternativas de accesibilidad, pero sin duda destaca por la novedad metodológica y la eficacia de sus propuestas la entidad Art Education of the Blind (AEB), de Nueva York (…). La utilización de diagramas táctiles se ha aplicado con éxito en museos como el Museo Tattile Statale Omero, de Ancona; el Museo di Pittura Antica e Moderna Anteros, de Bolonia; o el Museo del Faro de Atenas, en Grecia, o la más reciente versión táctil del Guernica de Picasso, realizada por el Museo Nacional de Arte Contemporáneo Reina Sofía, de Madrid, en colaboración con la ONCE»* (Muñoz Arroyo, J.: «El arte en tus manos: actividades de exploración táctil en la exposición Obras maestras del patrimonio de la Universidad de Granada», en *Revista Integración*, n.º 50, Abril 2007. Madrid, ONCE, 2007, pp. 38-47). Asimismo, Gouyette señala que, de entre las propuestas de los grandes museos, destaca La Galería Táctil del Museo del Louvre, nacida para ofrecer a personas *«en situación de discapacidad visual un acceso permanente y libre a sus colecciones (…). La escultura, que es el arte del volumen, constituye la forma artística más accesible para el público en situación de discapacidad visual, gracias a su acercamiento tridimensional»* (Gouyette, C.: «La Galería Táctil del Museo del Louvre», en *Revista Agenda Cultural de la Universidad de Antioquia*, marzo de 2009, n.º 152. Medellín, Universidad de Antioquia, 2009, pp. 1-3).

determinadas obras de carácter artístico plástico puedan ser percibidas adicionalmente mediante otros sentidos, como el tacto, el oído o incluso el olfato, puesto que, en definitiva, el creador intentará provocar una reacción a un hipotético espectador, ya sea tratando de agradar desde el punto de vista estético o consiguiendo otros efectos, como la sorpresa, el sobrecogimiento o la mera reflexión. Con todo, también deberá considerarse una obra de arte aquella creación no tan sólo inédita, sino reservada para el disfrute exclusivo de su autor, que ejercería, a su vez, papel de circunstante.

Una vez ideada y concebida este tipo de obra por el autor, la ejecución de la misma siempre significará su fijación en un soporte corpóreo, debiéndose rechazar expresamente la fijación digital como resultado único de la obra. Por tanto, la obra de artes plásticas que todavía no se ha ejecutado y, por lo tanto, no es objetivamente perceptible, no podrá ser apreciada como un objeto plástico determinado y, en consecuencia, no será acreedora de la tutela de los derechos de propiedad intelectual. Nótese que, mientras en las obras literarias o musicales lo importante es la creación en el sentido estrictamente intelectual, siendo el tipo de ejemplar donde se plasme cuestión totalmente accesoria, en las obras creadas por los autores de artes plásticas no hay una posible distinción perceptible entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*[74], debiéndose hablar, más bien, de un *corpus unicum*, al tratarse de una obra irrepetible, con elementos que representan una realidad individualizada[75].

Sin embargo, debe interpretarse aquí dicho concepto de *corpus unicum* de un modo extensivo, puesto que, dentro de los diferentes tipos de obras de artes plásticas, existen casos en que los ejemplares de la obra pueden ser múltiples, siempre y cuando éstos, independientemente considerados, cumplan con los requisitos expuestos[76].

En primer lugar, tratando de aplicar el máximo rigor gramatical, no se debería hablar de ejemplares –aunque lo hagamos por razones prácticas–, si lo que

74. Cualquier creación plástica viene definida por la contraposición entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, que, desde la óptica de la doctrina italiana, es entendida como la diferencia entre *«creación intelectual» y «material exteriorización»*. Ascarelli, a pesar de reconocer que una obra protegida por propiedad intelectual siempre requerirá de algún tipo de exteriorización, destaca que la creación trasciende a la materialización, reflejando la verdadera sensibilidad artística del autor (*op. cit.*, pp. 630 ss.).

75. Baylos Corroza (*op. cit.*, p. 553) considera que el ejemplar único es donde se plasma la obra concreta, que es, al fin y al cabo, aquello que va a entrar en el tráfico económico y, por consiguiente, va a plantear las cuestiones que el Derecho debe resolver. Reitera la misma idea Bondía Román, al expresar, interpretamos que refiriéndose a las artes plásticas, que *«no parece que tenga mucho sentido distinguir entre obra y soporte, creación y ejemplar único»*, añadiendo que, entre ambos conceptos, existirá *«una plena y absoluta identificación»* (Bondía Román, F.: «La compraventa de una obra de arte», en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor* Mariano Alonso Pérez, Tomo I, coord. Llamas Pombo, E. Madrid, La Ley, 2006, p. 206).

76. *Vid.* Casas Vallés, R.: «El derecho de participación...», *cit.*, pp. 107-110.

estamos pretendiendo es que todos y cada uno los objetos múltiples resultantes tengan la calificación de obra de arte plástica. Según se analizará más adelante, podemos concluir que el criterio definitivo pasa por establecer que en cada uno de los objetos de arte duplicados se deba poder advertir la impronta creativa del autor. Su aura debe quedar reflejada en los mismos. Por lo tanto, la única solución que entendemos razonable es que el artista haya tenido una intervención directa en su ejecución, sin que ésta pueda ser resultado de una actividad meramente mecánica o tecnológica[77].

Todo lo expresado no significa que se deba confundir el ejemplar o ejemplares originales donde se fija la obra –incluso aunque sea único– con ésta tratada intelectualmente –inmaterial y abstracta–. Así las cosas, los derechos de autor y la propiedad privada ordinaria recaerán sobre una misma realidad, tanto física como jurídica, como es el ejemplar original. El gran valor económico y cultural de la obra residirá en el soporte donde se incorpore, porque habrá integrado, simultáneamente, la concepción y la ejecución del artista[78].

2.2.2. Originalidad de las obras de artes plásticas

Por su especial naturaleza, defenderemos asimismo una especial originalidad de las obras de artes plásticas. Sin embargo, previamente, debemos partir del concepto de originalidad general de obras objeto de protección de propiedad intelectual. Con relación a éste, se debe exponer la convivencia de dos corrientes doctrinales contrapuestas que discuten acerca de si dicha originalidad debe ser subjetiva u objetiva[79]. Así, por un sector se defiende que la creación de una obra

77. La cuestión de los ejemplares múltiples será tratada con mayor exhaustividad al desgranar el ámbito objetivo de la Ley 3/2008. *Vid. infra*, epígrafe 2.3.

78. Relacionado con esto último, debe hacerse mención expresa a que, respecto a los materiales empleados directamente por el autor –incluyendo igualmente el propio soporte–, podrían llegar a surgir conflictos en cuanto a la titularidad de la obra, porque tales materiales pertenecieran a un tercero distinto del autor. En tales supuestos será de aplicación la figura de la especificación, recogida en el artículo 383 Cciv, por la cual *«el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta»*. Los siguientes párrafos del precepto contemplan dos situaciones en las que el propietario de la materia podría exigir, por su parte, la propiedad del ejemplar resultante: *i)* cuando dicha materia utilizada por el autor fuera más preciosa que la obra en que se empleó –previa indemnización a éste por el valor de la obra–; *ii)* cuando el autor intervino con mala fe en la ejecución de la obra con materiales que no eran de su propiedad, en cuyo caso el dueño de éstos podría quedarse con la propiedad del bien artístico resultante – *nova species* – sin pagar nada al autor, o bien exigirle, alternativamente, indemnización por cantidad equivalente al valor de la materia y los perjuicios causados.

79. A pesar de todo, concebir una definición de obra *original* nos requiere un esfuerzo descriptivo más allá del ámbito jurídico. En primer lugar, no debiera confundirse con el concepto de *autenticidad*. La obra auténtica será aquella que pueda imputarse su autoría al autor que se supone que la ha realizado, pero podríamos hallar una obra que no fuera auténtica y, en cambio, tuviera que considerarse original por haber sido generada por un

igual –o muy parecida– a otra ya preexistente puede ser tratada de original, puesto que el elemento subjetivo que aporta cada autor es único e individualizable[80]. Sería algo plausible que el autor de la supuesta copia no hubiera usado el mismo modelo para realizar la ejecución o, incluso, desconociera la existencia de una obra idéntica a la creada por él.

En cambio, otros juristas alegan la dificultad de prueba que supone el elemento subjetivo, para concluir que sólo la novedad objetiva puede proporcionar seguridad jurídica al sistema de derechos de propiedad intelectual[81]. En este sentido, R. Bercovitz Rodríguez-Cano defiende que la tendencia en el ámbito de la propiedad intelectual es adoptar la tesis objetiva de la originalidad, puesto que muchas expresiones artísticas actuales tienen una «*escasa aportación creativa*». Sin embargo, reconoce este autor que la teoría de la originalidad subjetiva tenía históricamente un mejor encaje con el modo de creación tradicional de las artes plásticas[82].

Por nuestra parte, en la medida en que defendemos que el objeto del *droit de suite* son precisamente aquellas obras que atienden a un método creativo específico, donde la intervención física del creador es esencial, debemos decantarnos por la primera postura de las expuestas, aquella que aboga por la preponderancia de la originalidad subjetiva, ya que no consideramos acertado equiparar plenamente originalidad con novedad –con todos los matices que se verán a continuación–, en las obras de artes plásticas, donde la originalidad presupone la existencia de

---

autor anónimo, si bien otros mecanismos legales pudieran retirarla de circulación y de ello se derivaran responsabilidades.

80. Esta postura, que otorga un peso fundamental a la personalidad del artista, es defendida, entre tantos otros, por Are (*op. cit.,* pp. 174 ss.), quien critica a aquellos que presuponen *«una originalidad objetiva, y que los sujetos (autores) puedan ser cambiados sin que el resultado sea diverso»,* por Colombet (*Propriété littéraire et artistique..., cit.,* pp. 36 ss.) o por Baylos Corroza (*op. cit.,* pp. 549 ss.).

81. Entre varios autores que se muestran partidarios de la necesidad de una novedad objetiva, *vid.* Greco, P. y Vercellone, P., *op. cit.,* pp. 46-48, por adoptar esta posición en un momento en que la cuestión era pacífica en sentido contrario. De todos modos, ante la contradicción de que sea precisa una novedad absoluta para considerar que una obra es original y que, en cambio, la Ley de Propiedad Intelectual regule como tal, por ejemplo, las obras derivadas, las colecciones u otras obras transformadas, los partidarios de esta tesis defienden que el TRLPI fija tres grados de originalidad en función del tipo de obras a proteger: una originalidad mayor para las obras del artículo 10 TRLPI (obras y títulos originales), una originalidad menor para las del artículo 11 TRLPI (obras derivadas) y una originalidad mínima para las del artículo 12 TRLPI (colecciones y bases de datos). No obstante, parece que si el legislador hubiera deseado establecer diferentes grados de originalidad, lo hubiera hecho de una forma más explícita (*vid.* el sitio web del Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información: UAIPIT. *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*, p. 4 [en línea]. Disponible en: *http://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf* [última consulta: 12 de julio de 2017]).

82. *Vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «La obra», en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 38 ss.

un puro carácter creativo. Éste está basado en un *proceso* que siempre se origina en un concepto intelectual, a partir del cual, el autor, sirviéndose de su sensibilidad o pericia, consigue exteriorizarlo mediante la ejecución plástica, cuyo resultado es la fijación de la obra intelectual en un soporte material.

En ocasiones, será más trascendente en este proceso de creación la concepción de la obra, debido a que el artista no pretenderá una ejecución virtuosa de la misma, sino conseguir la reacción del espectador por otras vías. Entonces, primará su especial capacidad artística para transformar sus abstracciones en expresiones concretas. En cambio, en otros casos, la concepción de la obra carecerá de importancia, debido a que el autor partirá de realidades objetivas –un paisaje, una persona...–, tratando de reflejarlas del modo más fidedigno posible, mediante una ejecución plástica basada en sus conocimientos y habilidades técnicas[83].

En cualquier caso, de un modo u otro, la personalidad del autor siempre se manifestará en su obra, sea por su sensibilidad al exteriorizar conceptos o por su notable destreza en la plasmación. El caso de las obras fotográficas, a pesar de no ser la categoría más representativa dentro de la definición de obras de artes plásticas que nos proponemos desarrollar, nos puede ayudar a ilustrar la cuestión y facilitar la comprensión de por qué es tan importante la actividad creativa del autor para definir la originalidad. Es indudablemente complicado distinguir, en la mayoría de las ocasiones, entre una obra de arte fotográfica y una mera fotografía. Éstas simplemente captan escenas, paisajes o figuras comunes de la realidad, aunque dicha captación se realice de manera profesional. No obstante, en las obras fotográficas se exigirá la manifestación del proceso creativo descrito, que, según R. Bercovitz Rodríguez-Cano[84], podrá existir tanto en la captación –elección del motivo, cálculo de perspectiva, delimitación de la imagen, tiempo de exposición, búsqueda de contrastes– como en la producción –tipo de revelado, realización de retoques o montajes–; además de promover en el destinatario emociones, sentimientos o ideas y alcanzar cierto nivel de interés artístico. Por lo tanto, el origen subjetivo de la obra será el principal modo de hallar su originalidad, puesto que existirá una impronta que todo autor deja, de un modo u otro, en aquélla.

83. Are destaca que incluso la obra figurativa no está compuesta sólo por una forma externa, esto es, de elementos de directa percepción física, sino también de elementos intelectuales reconocibles a través de una abstracción (Are, M., *op. cit.*, p. 403). Asimismo, Greco y Vercellone (*op. cit.*, pp. 40 y 75), destacan la importancia de *«la impronta personal»* en la concepción intelectual, sin otorgar tanto valor a la *«habilidad»* en la ejecución, ya que ésta no será estrictamente necesaria para la protección de la obra. Además, Lipszyc (Lipszyc, D.: *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Ediciones Unesco Cerlalc Zavalia, 1993, p. 70), reconoce esta doble posibilidad, afirmando que en el derecho de autor se consideran obras absolutamente originales aquellas que lo son tanto en la composición (concepto) como en la expresión (ejecución), si bien asume que ésta, en las obras artísticas, al ser realizada personalmente por su autor, tiene una importancia decisiva.

84. Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «Comentario al artículo 10», 3.ª ed., *cit.*, p. 182.

Teóricamente, cada proceso creativo de exteriorización debería ser único e irreproducible con exactitud. Por consiguiente, debemos considerar que bastará con una ejecución mínimamente personal para considerar que la obra es original. Así que, en cierto modo, aunque parezca contradictorio con lo expuesto, cada obra guardará también un mínimo de originalidad objetiva en sí misma, entendida como una mínima variación suficiente –en la concepción o en la ejecución– respecto a otras obras, ya que no puede haber dos *auras* iguales[85].

Llegados a este punto, habrá que diferenciar entre originalidad absoluta, cuando la creación parta exclusivamente de una idea interiorizada por el autor, y originalidad relativa –de la que solamente podrá generarse una obra derivada–, cuando se tome como base en el proceso creativo una obra preexistente[86].

¿Podrán tener protección jurídica, entonces, las copias de las obras de arte? Colombet asevera que, si bien en el género literario, por ejemplo, la copia no comporta ninguna originalidad, en el caso de las obras de artes plásticas la copia tiene la consideración de original de un modo relativo, *«ya que la impronta del autor no puede desaparecer con la ejecución»*[87]. Lógicamente, se mantienen fuera de la esfera de dicho argumento tanto la atribución al imitador de la autoría de una obra de tercero –se trataría de un plagio– como posibles infracciones de derechos de propiedad industrial respecto a la obra original, ya que para la creación de una obra derivada que no sea de dominio público, hará falta el consentimiento del autor de la obra original[88].

85. Colombet (*Propriété littéraire et artistique..., cit.,* p. 26) explica este extremo mediante un ejemplo: un escultor realiza su obra a partir del posado de una modelo; mientras otro lo hace copiando la obra del primero, su maestro. La obra del primer escultor es nueva y original, mientras la del segundo escultor es original pero no es nueva. Sin embargo, ambas son protegidas por derechos de autor, porque la originalidad se basa en la impronta que deja en su obra particular cada creador, ya que ahí reside el carácter creativo.
86. Desbois (*Le droit d'auteur..., cit.,* pp. 4 ss.) profundiza en la diferenciación entre las obras absolutamente originales, que no se encuentran en estado de dependencia, intelectual ni jurídica, y las obras derivadas, cuya originalidad proviene de la obra en que se ha inspirado. Además, Delgado Porras, precisa que, en la obra derivada se toma como base la obra absolutamente original, por ejemplo, para una transformación, adaptación o arreglo, que requieren el consentimiento del primer autor (Delgado Porras, A.: «Derechos de autor», en Baylos Corroza, H. *et al. Tratado de Derecho Industrial,* 3.ª ed. Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 733). Según el mismo autor, poniendo en relación la obra con los derechos de explotación, cuando la réplica es una reproducción tan *«servil»* que puede substituir al ejemplar original en el mercado, estaríamos ante una utilización del derecho de reproducción; mientras que, cuando el autor realice un trabajo personal y creativo, que se asimile al original pero el resultado no pueda calificarse como copia, estaríamos ante una transformación de la obra primigenia (Delgado Porras, A.: «Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual», en Delgado Porras, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales.* Madrid, Trama, 2006, pp. 38-39 y 46-47).
87. Cfr. Colombet, C.: *Propriété littéraire et artistique..., cit.,* p. 68.
88. Tiene interés ahondar mínimamente en la regulación de las copias que se realizan de obras exhibidas en museos. El Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprue-

Así, cuando la ejecución plástica realizada por el imitador tenga suficiente entidad subjetiva –y ya hemos avanzado que ésta puede ser mínima e incluso casi imperceptible– y cuente con la autorización del autor de la obra inicial, el objeto de arte creado será considerado una obra relativamente original. Si no contara con dicho consentimiento, esta hipotética obra sólo podría ser original si, a ojos de observador experto, se apreciasen elementos reconocibles del nuevo autor, que fueran ampliamente diferenciadores respecto a la obra preexistente[89].

---

ba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos, en su artículo 24, dispone que las autoridades estatales o autonómicas, en función de la titularidad del museo, *«establecerán las condiciones para autorizar la reproducción de los objetos del Museo por cualquier procedimiento, basándose en los principios de facilitar la investigación y la difusión cultural, salvaguardar los derechos de propiedad intelectual de los autores, preservar la debida conservación de la obra y no interferir en la actividad normal del Museo»*. En este sentido, el artículo 13 de la Llei del Parlament de Catalunya 17/1990, de Museus de Catalunya, establece que: *«sens perjudici del dret de propietat intel□lectual, correspon als museus regular la realització de reproduccions i de còpies de les obres dels seus fons. A les còpies obtingudes ha de constar la seva procedència de manera visible»*. Con relación a las copias que el propio museo realice para destinar al público *«tals com publicacions, reproduccions d'objectes i altres, com també qualsevol publicitat que se'n derivi»*, el artículo 10 del Decret 35/1992, de 10 de febrer, de desenvolupament parcial de la Llei 17/1990 reza que en todas estas copias *«s'ha de fer constar, de forma indeleble, la seva naturalesa, per tal d'evitar que puguin ser confoses amb objectes originals»*. En conclusión, los museos que cuentan con un fondo de obras que pertenecen al dominio público, en términos de propiedad intelectual, igualmente cuentan con normas para evitar que copias de aquéllas pudieran hacerse pasar por auténticas. En este sentido, por ejemplo, el Museo del Prado, cuenta con un Reglamento para los artistas-copistas, aprobado por el Real Patronato del Museo en fecha 30 de junio de 1993. En el mismo, se establece que los copistas deberán pagar una tasa para poder ejecutar sus obras tomando como modelo la obra original, así como comprometerse a que las obras derivadas resultantes tengan unas medidas de cinco centímetros de diferencia respecto a la obra original e indiquen su verdadera autoría y referencia al autor y título originales. Otros museos, en este caso de carácter más comercial, como el Museo Picasso de Barcelona, imponen una serie de normas muy estrictas para evitar que se puedan realizar copias *in situ* que violaran los derechos de autor de las obras del pintor malagueño. Así, sólo permite que se realicen copias a lápiz y en cuadernos con unas medidas que no superen los 21x28cm.

89. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Civil de Amberes de 15 de enero de 2015, de gran revuelo mediático por la fama de sus protagonistas, resolvió que la obra pictórica *«A belgian politician»*, de Luc Tuymans, se trataba de un plagio de una obra fotográfica de Katrijn Van Giel, en la que retrataba la parte superior de la cabeza sudorosa del político Jean Marie Dedecker. La defensa del pintor –quien reconoció haberse servido de la fotografía publicada en un diario para realizar su pintura– primero se basó en que no era necesario solicitar autorización para reproducir una fotografía que ha sido publicada, al tratarse de una noticia; para posteriormente tratar de demostrar que, en realidad, se trataba de una parodia –excepción al derecho de autor–. Estas imaginativas alegaciones fueron desestimadas por el Tribunal, que consideró que la obra del pintor, pese a la diferencia de formato y material, era una imitación de la fotografía de Van Giel porque *«la composición, el encuadre y la iluminación son completamente similares»*. A simple vista, se puede observar que la obra de Tuymans no cuenta con elementos suficientemente diferenciadores respecto a la obra fotográfica original, en la que destacan claros componentes artísticos –fondo contrastado, encuadre inusual cortando la figura, etc.– pese a tratarse de una fotografía periodística.

En verdad, cada ejecución será estrictamente personal[90], pero en algunos casos donde es difícil apreciar la aportación creativa del artista, una obra tampoco deberá ser considerada original cuando el autor se haya limitado a copiar conceptualmente alguna otra obra de un tercer autor en la que la ejecución no fuera relevante[91].

Finalmente, cabe resaltar que la obra de artes plásticas tampoco será considerada original cuando no haya mediado en su realización actividad creativa personal, es decir, una intervención humana. Sin entrar a discutir el grado de dicha intervención para poder ser considerada suficiente, sí podemos descartar la originalidad en obras cuando no interviene para nada una persona en la génesis de la supuesta *obra*, como ocurriría en aquellas generadas por ordenadores, incluso si tuvieran una materialización física –como ocurre con las impresoras 3D–, las realizadas por animales o por acción de la propia naturaleza. En cambio, no se puede negar que una obra sea original porque el autor haya podido intervenir de un modo más superficial o indirecto, aunque siempre deberá exigirse intencionalidad por su parte –por ejemplo, seleccionando y combinando objetos o salpicando óleos más o menos aleatoriamente en un lienzo–[92].

2.2.3. Valor económico

Cuando el autor ejecute la obra de tal forma que no logre plasmar su personalidad o impronta propia, de modo que el resultado no pudiera diferenciarse

90. Casas Vallés («El derecho de participación...», *cit.,* p. 105) concluye que, respecto a una pintura o una escultura, *«otra persona podrá copiarla pero nunca ejecutarla, porque ya lo ha sido de una vez y para siempre: no existe sino el objeto que salió de las manos del artista o de las de aquellos que actuaron como mero instrumento suyo»*. Entendemos que este autor se refiere al hecho de que un tercero nunca podrá ejecutar *exactamente igual* una determinada obra. Sin embargo, una vez hemos aceptado la validez de la dicotomía entre concepción y ejecución, defendemos que sí se podría dar el caso en que un artista ejecutara una obra de arte primeramente concebida y también ejecutada por otra persona. Efectivamente, se trataría de una nueva ejecución personal, diferente a la primera.

91. Piénsese, por ejemplo, en ciertas obras de Yves Klein, como *«Monocromo azul»* o *«Monocromo rosa»,* en que la ejecución es irrelevante porque el pintor francés se limitó a teñir lienzos singulares de un único color. Sin embargo, la originalidad de dichas obras reside en la identificación de la impronta del autor, reconocible al utilizar unos colores muy específicos y escoger unas superficies con formas menos convencionales para su plasmación. Obviamente, si un tercer creador empleara idéntica forma de soporte y el mismo color de pintura, sería realmente difícil averiguar que no se trata de una obra de Klein, puesto que su *genialidad* no se halla en la ejecución –más o menos sencilla– sino en su concepción.

92. *Vid.* Peñuelas i Reixach, L., *op. cit.*, p. 71. En sentido contrario, Rubí Puig defiende que en aquellas obras en las cuales la aportación humana a su autoría es mínima no deberían tenerse por originales. Como ejemplo, expone los trabajos de Giuseppe Pennone o Aganetha Dick, quienes son conocidos por dejar que sean plantas o insectos los que contribuyan en el resultado final de la obra. No obstante, en dicho planteamiento omite que, en este tipo de obras, interviene la creatividad del artista, quien eligió los medios para ejecutarlas, y se llevan a cabo, sin duda, bajo su dirección y concepción artística (Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y rent-seeking», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 38, mayo-agosto 2011. Madrid, Ed. Bercal, 2011, p. 104).

de un objeto corriente, aquélla debería tener difícil ser protegida por derechos de autor. No obstante, en el caso de las obras de artes plásticas hay dos elementos característicos que, combinados, distorsionan totalmente este principio. Éstos son la reputación del autor y la valoración económica del objeto creado.

Es decir, un objeto o composición carente de originalidad podrá devenir una auténtica obra de arte por el mero hecho de que el artista cuya autoría se le atribuye sea afamado y reconocido[93]. Innumerables ejemplos nos vienen a la cabeza, especialmente sangrantes en expresiones de arte contemporáneo. Pero a nadie se le ocurriría negar el carácter de obra artística a *«Pintura sobre fondo blanco para la celda de un solitario»* de Joan Miró, a pesar de tratarse de un tríptico con tres lienzos en blanco con una única fina línea dibujada de manera errante en cada uno de ellos; o a *«La fuente»,* un urinario que acabó como pieza de museo porque Marcel Duchamp lo encontró entre otros escombros y decidió que, poniéndole un título y firmándolo, lo elevaría a la categoría de obra de arte[94].

Por lo tanto, muy especialmente en el caso de las obras de artes plásticas, su relevancia económica será fundamental. A pesar de que el derecho de autor no determina la protección jurídica de la obra en atención a su valor económico o nivel artístico, sino en razón de su originalidad, de algún modo se tienen que tutelar las realidades con relevancia en el tráfico mercantil. En el ámbito de las obras de artes plásticas objeto del *droit de suite*, por puro interés económico, terminan siendo protegidas obras con un nivel artístico muy discutible, que difícilmente serían protegibles en otros campos de derechos de autor –imagínese una obra musical con una única nota o una obra literaria con una única letra–.

Se introduce *de facto*, pues, un nuevo criterio para valorar la concepción de la obra de arte para el reconocimiento sobre ella de derechos de propiedad intelectual: su valor económico[95]. Y, con él, una nueva dificultad, consistente en su

93. Peñuelas i Reixach (*op. cit.*, p. 124) señala que el hecho de que una obra haya salido de la mano de un artista y no de otro es lo que nuestra sociedad acepta para que una pieza valga, por ejemplo, un millón de euros y, en cambio, una copia realizada por otra persona sin ese reconocimiento no valga casi nada. Se han dado muchos casos en que, por error, se ha atribuido la autoría de cierta obra a un pintor afamado al realizar una tasación. Pues bien, al demostrarse el error, la cotización del cuadro se reduce de manera drástica, pese a que el objeto artístico sigue siendo el mismo.

94. «*La Fuente*», paradigma del llamado *arte encontrado*, es un urinario que Marcel Duchamp firmó con el seudónimo de R. Mutt. Rompió absolutamente los esquemas del mundo del arte, consiguiendo sin duda, su provocador objetivo, hasta el punto que, en 1917, se llegó a publicar en la prestigiosa revista artística *The Blind Man* que *«el hecho de que el señor Mutt realizara o no la obra con sus propias manos carece de importancia. La eligió. Cogió un artículo de la vida cotidiana y lo presentó de tal modo que su significado utilitario desapareció bajo un título y un punto de vista nuevos. Creó un pensamiento nuevo para ese objeto»* (cfr. *The Blind Man,* n.º 2, mayo de 1917, p. 5).

95. Are (*op. cit.,* pp. 209-210) expone, pese a no compartirlo, que la doctrina anglosajona del *copyright* tradicionalmente ha atribuido al valor económico una importancia como criterio distintivo de las obras tuteladas.

determinación. En este sentido, no se nos ocurre mejor modo para realizar la valoración económica que atender a estimaciones subjetivas, en tal caso de ciertos terceros. A la postre, quien va a reconocer el valor de las obras con nulo o escaso componente creativo será el mercado del arte y los expertos opinadores. Ello, no se niega, nos puede llevar a paradojas: un lienzo manchado con unas pocas gotas de acrílico diseminadas será catalogado como obra de arte o, por el contrario, como objeto sin valor artístico, en función de quién fuera su autor o cómo sea recibida la pieza por la crítica. No obstante, que esta solución sea imperfecta, porque únicamente se fundamente en la acogida común –totalmente subjetiva– por parte de un colectivo de elementos como la supuesta sensibilidad conceptual del artista o un mínimo grado cualitativo de ejecución, no quiere decir que deba ser desechada.

En la práctica, tratar de acotar jurídicamente la protección de este tipo de obras en función de parámetros dogmáticos o normativos, sólo puede llevarnos a un naufragio hermenéutico[96]. Los legisladores deben ceñirse a realizar descripciones objetivas o elencos ejemplificativos y, por su lado, los juristas no pueden interpretar la legislación sin acudir a indicios prácticos que les ayuden a hacerlo. Entonces, ¿quiénes sino los diferentes agentes que intervienen en el mercado del arte pueden situar la línea que define cuándo un objeto de arte tiene valor económico y, por lo tanto, pasa a detentar la cualidad de obra de artes plásticas?[97]

2.2.4. Arte aplicado y plus de creatividad

En el caso del arte aplicado, la obra de artes plásticas se convierte en un objeto material que ofrece la posibilidad de que su destino se sitúe más allá de la contemplación o disfrute por el espectador, debido a su posible funcionalidad (por ejemplo, obras que pueden emplearse como muebles, aparatos o utensilios, entre otros). En ese supuesto, se discute si tales obras pueden ser objeto de doble

96. Bercovitz Álvarez se apoya en Ulmer, Vinck y Klein para concluir que debe prevalecer la ley por encima de la valoración de mercado, ya que *«sería muy problemática una delimitación de lo que es arte por los propios círculos y autores interesados»* (*Obra plástica..., cit.*, pp. 102-103). Sin embargo, proponer para la acotación del *arte* la elaboración de definiciones y listados no exhaustivos en las legislaciones de propiedad intelectual es una solución que, según juzgamos, no resuelve el problema de dilucidar cuándo un objeto carente de originalidad debe ser considerado una obra de arte.

97. La cuestión de la valoración estética y la valoración económica es de difícil tratamiento. Por un lado, tenemos el gusto personal del comprador; por otro, tenemos la opinión crítica especializada –aquí, en un segundo plano, participan agentes económicos–. La segunda no siempre encaja con el primero, pero siempre trata de influir en éste. En opinión de Vettese, este tipo de crítica, también sirve como vehículo para la circulación mercantil de obras de arte y utiliza su poder con las herramientas a su alcance: publicaciones, organización de exposiciones o provocando adquisiciones por parte de museos de las obras de los autores a los que apoyan (Vettese, A.: *Invertir en arte: producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*. Madrid, Pirámide, 2002, p. 169).

protección: por un lado, como diseños industriales, con arreglo a la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, y, por otro lado, como obras originales según la Ley de Propiedad Intelectual.

Así, una creación plástica contará con la tutela de los derechos de autor y, en función de su finalidad o destino, cabría protegerse, asimismo, mediante derechos de propiedad industrial –básicamente, diseño industrial–[98]. Por ende, en teoría, un mismo objeto podría llegar a gozar de ambas protecciones simultáneamente.

En España, el sistema de la doble tutela del arte aplicado por derecho de autor y propiedad industrial se ha construido sobre la base de la llamada acumulación restringida o parcial, lo que significa que se exige un mayor grado de originalidad a los diseños industriales para que puedan acceder a una protección por derechos de autor[99]. Por tanto, se requiere un *plus* de creatividad para tutelar una obra de arte aplicado mediante derechos de propiedad intelectual[100].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9707)[101] vino a consolidar esta postura de acumulación parcial, con tradición en nuestro país a nivel jurisprudencial y doctrinal[102], a pesar de que en Europa parece observarse una tendencia a la protección acumulada de manera absoluta[103]. En cualquier caso, dicha STS confirma que, para acumular la doble protección,

98. De todos modos, el diseño industrial no sería el único modo de protección mediante propiedad industrial; según la naturaleza de la obra, también cabría su protección como modelo de utilidad o, incluso, como nombre comercial o marca (*Vid.* Lipszyc, D.: *Derecho de autor...*, *cit.*, p. 86).
99. Otero Lastres («El grado de creatividad...», *cit.*, p. 35) siempre ha defendido que a pesar de la dificultad en la valoración del grado de creatividad y de originalidad de una obra, ello no debe conducir a adoptar un sistema de acumulación absoluta.
100. Para Otero Lastres (*ibídem*, p. 33) *«la creatividad es la cualidad especialmente dispuesta para el buen ejercicio de la concepción intelectual y material de las obras»*.
101. STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) n.º 561/2012, de 27 de septiembre (RJ 2012, 9707).
102. El sistema de acumulación restringida se ha impuesto en los tribunales españoles en la práctica, porque no ha existido una protección efectiva para los diseños por la vía del derecho de autor, siendo pocos los casos en que ésta ha sido aceptada judicialmente (*vid.* Gimeno Olcina, L.: «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2012. En torno a la acumulación de derecho de autor y diseño industrial», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual*. Barcelona, AIPPI, 2015, p. 377). Por su parte, entre la doctrina mercantilista, donde destaca Otero Lastres, se entiende que este umbral de protección 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, tratándose de algo que no es banal y supera lo común (*vid.* Otero Lastres, J.: «Obras de arte aplicado a la industria, diseños industriales y derechos de autor», en *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial*, dir. Morral Soldevilla, R. y Boet Serra, E. Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 91 ss.).
103. Si bien el derecho industrial está armonizado en Europa, no lo está la cuestión de la acumulación, esto es, de la tutela por el derecho de autor de los diseños, donde coexisten sistemas como el francés, de acumulación absoluta, o el alemán, de acumulación restringida. No obstante, ciertas resoluciones judiciales en Gran Bretaña o Alemania parecen favorecer una confluencia a sistemas de acumulación absoluta, donde la tutela de derechos

no basta con que la obra de arte aplicado cumpla simplemente los requisitos de propiedad industrial –novedad y carácter singular–, sino que es obligatorio que se dé un grado adicional de creatividad o especial altura creativa en la misma para poder ser también protegida por derecho de autor. En este sentido, suscribimos plenamente las palabras de Gimeno Olcina sobre los requisitos de la acumulación parcial:

Este más alto requisito de originalidad/creatividad se requiere exclusivamente para las obras de arte aplicado sin que afecte al resto de obras protegidas por el derecho de autor en las que, como es sabido, lo que se requiere es una mínima creatividad. Sería erróneo aplicar el criterio de una especial altura creativa a otras obras protegidas en las que ni el efecto monopolístico es el mismo ni existen vías alternativas de protección[104].

Por lo tanto, cuando se apele al derecho de autor para probar que el diseño es una obra de arte aplicado, habrá que estar a dos criterios, como son la ponderación de los intereses en conflicto y la valoración artística de una clara superación de la función que cumple el diseño.

Con relación al primer criterio, la STS referida describe cuatro intereses aparentemente en conflicto: *i)* el interés de los diseñadores, que desean una protección acumulada por derecho de autor, para conseguir que sea lo más amplia y extensa posible; *ii)* el interés de la industria, que prefiere diseños industriales registrados y con plazos de protección cortos; *iii)* el interés del mercado, que aboga por el progreso industrial y por que nuevas formas se incorporen al patrimonio industrial; *iv)* y el interés de los consumidores que, en definitiva, quieren conseguir productos de calidad con buen diseño a menor coste. Una vez contrastados estos intereses, sólo el diseñador demanda una protección por derecho de autor para estos objetos, mientras los otros la rechazan. Por consiguiente, únicamente debe ser protegida la obra cuando el interés del diseñador sea preponderante, es decir, cuando exista altura creativa que la justifique.

Respecto al segundo criterio –la función artística debe superar a la aplicada–, por otra parte, existen diseños de carácter funcional en los que será harto difícil defender la protección del producto por la vía del derecho de autor, sobre todo cuando la funcionalidad sea la nota característica de un objeto que, difícilmente, podría llegar a ser concebido aisladamente como obra de arte para ser exhibida y contemplada. En cambio, en ciertos diseños industriales sí está plenamente justificada la protección por derecho de autor, ya que se trata de objetos cuyo valor

---

de autor y la de diseño industrial coexistirían con todas las consecuencias (*vid.* Gimeno Olcina, L., *op. cit.*, pp. 380-382).

104. Cfr. Gimeno Olcina, L., *op. cit.*, p. 389. Consideramos que el efecto monopolístico al que hace referencia este autor tendría lugar si se protegiera por derecho de autor cualquier género de obra utilitaria que presentara un mínimo de originalidad. En tal caso, se frenaría injustificadamente la innovación en el ámbito industrial.

estético resulta mucho más relevante que su función (por ejemplo, una lámpara en la que su base fuera una escultura original).

En resumidas cuentas, las obras de artes plásticas aplicadas –nos referimos así a los objetos que han superado el filtro relativo al grado de creatividad indicado– son objetos de uso común cuyo diseño o forma externa tiene un claro valor artístico, debiéndose determinar la originalidad subyacente en el bien mueble o inmueble y, ante todo, descubrir si su concepción se llevó a cabo con un destino puramente industrial o, por el contrario, prevaleció el disfrute artístico[105]. Así, dentro de este grupo se hallarían, entre muchas otras, obras de artes plásticas que son usadas como muebles, alta costura o vehículos y, por supuesto, las obras arquitectónicas y de ingeniería, que también pertenecen a la categoría plástica, aunque no sean citadas expresamente por la legislación española[106]. A nuestro juicio, no puede discutirse que ciertas obras arquitectónicas deben considerarse obras de artes plásticas por excelencia[107], si atendemos a las características de éstas examinadas hasta el momento –corporeidad y ejecución en ejemplar único o limitado, de complicada reproducción, originalidad subjetiva e irrelevancia en cuanto a su destino o uso, siendo perfectamente aceptado el aplicado a la función de edificio–.

Finalmente, se debe diferenciar entre aquellas obras que posean un destino final, pero su función contenga una utilidad material –conocidas como *obras apli-*

105. Bercovitz Álvarez (*Obra plástica..., cit.,* p. 59) explica la importancia de dicha *«escindibilidad»* artística, ya que si la concepción plástica pertenece al mundo industrial, de lo útil, y no es escindible como obra puramente artística, no debería ser tutelada por el derecho de autor. Además, propone en cuanto a la ejecución concreta de esa concepción plástica (el objeto), la comprobación de si la finalidad objetiva de su explotación es el uso o si prevalece la función netamente plástica.

106. Para profundizar sobre los motivos para considerar las obras arquitectónicas como obras de artes plásticas, *vid.* Ortega Doménech, J.: *Arquitectura y derecho de autor.* Madrid, Reus, 2005, pp. 11 ss. Este autor explica que el legislador no las incluyó formalmente en la Ley de Propiedad Intelectual, debido a que, por su complejidad, estimó más adecuado su regulación en normativa sectorial específica; pero deben considerarse incluidas en las leyes españolas, siempre que sea posible, dentro de las categorías abiertas de *«artes aplicadas»*. Igualmente, la mayoría de legislaciones en derecho comparado las contemplan, así como los Tratados Internacionales de Propiedad Intelectual.

107. Piénsese en obras arquitectónicas como el *Metropol Parasol* de Sevilla, del arquitecto Jürgen Mayer. Obviamente, la funcionalidad de un edificio u obra arquitectónica y sus intereses de uso hará que deba restringirse en determinados aspectos el derecho moral del autor, pero ése es un aspecto que excede del presente análisis. En cualquier caso, apuntamos un conflicto judicial sobre la cuestión. Una sentencia del Juzgado Mercantil n.º 1 de Bilbao antepuso el interés público al derecho moral del autor, en este caso del arquitecto Santiago Calatrava, por la modificación del puente «*Zubi Zuri*» de la capital vizcaína por parte del Ayuntamiento. No obstante, en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Vizcaya dio la razón parcialmente al autor, reconociéndole 30.000 euros de indemnización para compensar el daño moral causado por la eliminación de una barandilla del puente y la anexión de una pasarela. *Vid.* SAP Vizcaya (sección 4.ª) n.º 187/2009, de 10 de marzo (AC 2009, 225).

cadas –, respecto a aquellas que tengan un destino instrumental, por ejemplo, cuando operan como marcas o símbolos, o bien como ornamento a obras más complejas de carácter científico o técnico, tales como mapas, tablas, catálogos, etc. En estos supuestos, cuenta con gran importancia la conceptualización de la parte de la obra cuya originalidad se pueda atribuir al autor por su creación artística.

2.3. ÁMBITO OBJETIVO DEL «DROIT DE SUITE» EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El derecho de participación se encontraba regulado desde el año 1987 en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Intelectual, sufriendo pocas alteraciones sustanciales en su contenido durante más de dos décadas. Sin embargo, en cumplimiento de la Directiva 2001/84/CE[108], se promulgó en España la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, publicada en el BOE n.º 310, de 25 de diciembre 2008, que transpuso aquélla al ordenamiento jurídico español[109], con el propósito de armonizar esta materia en la Unión Europea[110].

---

108. Para mayor información sobre el contenido de la Directiva 2001/84/CE, *vid.* Casas Vallés, R.: *La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos: Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*. Madrid, Marcial Pons, 2001; también Walter, M. y Von Lewinski, S.: *European Copyright Law: A Commentary*. Nueva York, Oxford University Press, 2010; y de un modo más reducido pero aclaratorio, Dreier, T. y Hugenholtz, P.: *Concise European Copyright Law*. Alphen ann de Rijn, Kluwer Law International, 2006. Asimismo, recuérdese que la Directiva 2001/84/CE se transpuso a los 28 Estados miembros y también es aplicable a los países del Espacio Económico Europeo (EEE), ya que las Directivas adoptadas por la Unión Europea en materia de derechos de autor y derechos conexos son vinculantes también para los miembros del EEE no comunitarios. Para esta cuestión, *vid.* Goldstein, P. y Hugenholtz, P.: *International copyright: principles, law and practice*. Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 65.
109. Resulta difícil comprender por qué, en lugar de aprobar una ley especial, no se modificó el artículo 24 TRLPI y el correspondiente desarrollo reglamentario. Rubí Puig, mostrándose en desacuerdo con esta solución, expone que *«la opción tomada, motivada por el temor a abrir la caja de los truenos de una reforma de la ley en un momento y contexto político no oportunos, es criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa utilizada y por alentar la dispersión normativa en la materia»* (*op. cit.*, p. 81, nota 6). Para Gutiérrez Vicén, «*optar por una ley específica para regular una figura que llevaba dos décadas regulada en la Ley de Propiedad Intelectual carece de justificación alguna y es contraria a la economía legislativa y a la seguridad jurídica*» (Gutiérrez Vicén, J.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., dir. Rodríguez Tapia, J. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009, p. 225).
110. El legislador español incurrió en un importante retraso en su aprobación –prevista para 2006, como el resto de Estados miembros–, lo que implicó ciertas sanciones para nuestro país por dicha demora. En cualquier caso, la Unión Europea ha sido durante todos estos años el verdadero motor para el reconocimiento internacional del *droit de suite*. En primer lugar, porque en su seno se desarrollaron las primeras legislaciones que demostraron ser eficaces –Francia, Bélgica y Alemania–; seguidamente, porque fue capaz de sumar a su causa –con todas las reservas que uno desee expresar– a los Estados miembros del *common*

Con relación al ámbito objetivo del derecho de participación, según se ha analizado anteriormente, la aplicación del mismo no puede extenderse a cualquier creación derivada de las denominadas artes visuales. Muy al contrario, deberemos circunscribirnos a un concepto restringido de obra plástica, esto es, aquel que hemos decidido definir como *obra de artes plásticas*, cuyas características principales son las siguientes: *i)* la corporeidad, por cuanto son creaciones expresadas siempre en soportes físicos –debiéndose descartar, en consecuencia, cualquier fijación digital o que pueda darle un cariz audiovisual, como ocurre con otras obras plásticas–, y *ii)* una especial originalidad, referida específicamente al hecho de que, además de concebidas, son obras necesariamente ejecutadas por el propio autor, cuando menos, mediante una intervención sustancial en estos procesos –lo que, a la postre, proporcionará al objeto físico resultante una mayor valoración económica–[111].

En esencia compatible con esta fundamentación, nuestra legislación en la materia enumera, dentro del contenido del derecho, los tipos de obras que son susceptibles de generar el derecho de participación en caso de ser revendidas[112]. No obstante, según iremos viendo, para asegurar una mejor aplicación práctica del *droit de suite*, adecuada a la realidad del mercado, el legislador español –en sintonía, casi en todo, con el europeo– introdujo una serie de correcciones al concepto teórico de obra de arte plástica, matizándolo cuando lo considera oportuno (ejemplares múltiples), o bien ampliándolo en algunos casos (piezas de vídeo arte) y limitándolo en otros (obras arquitectónicas).

2.3.1. Ejemplares únicos y ejemplares múltiples

De un modo habitual, se ha identificado la obra de artes plásticas principalmente con el ejemplar único –nos viene a la mente la imagen del pintor que expresa su obra en un lienzo, *opus unicum* –[113], pero la realidad del mercado

law. Además, podemos destacar esta relevancia a partir de una perspectiva cuantitativa: más de un tercio de los países de la OMPI con el *droit de suite* reconocido a nivel nacional pertenecen a la misma organización supranacional europea –esto es, los veintiocho comunitarios más los tres extracomunitarios del Espacio Económico Europeo–.

111. Recuérdese que el requisito de originalidad debe ser entendido como la realización personal y material llevada a cabo por el propio autor, en base a su incidencia sobre el objeto corporal. Como indica Serrano Gómez (Serrano Gómez, E.: *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 78 y 79), tal realización no hace falta que salga estrictamente de la mano del autor, pero éste debe tener la posibilidad de controlar directamente la ejecución del objeto de arte, sin que se trate de un proceso mecánico o industrial.

112. El artículo 1 de la Ley 3/2008 establece que «*los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor* (...)».

113. Baylos Corroza acuñó el concepto de *opus unicum* para reforzar la idea de una obra de

del arte nos demuestra que existen obras que son ejemplares múltiples realizados por el autor (por ejemplo, litografías, grabados o esculturas de bronce) y que tienen la consideración de obra original, por lo que son apreciados como tal por el público. Obviamente, no nos referimos a estos múltiples del mismo modo que cuando hablamos de discos o libros, ya que, en ese caso, el objeto tangible es el mero vehículo de soporte de la obra, mientras que, por ejemplo, en los grabados o las esculturas de bronce seriadas, cada ejemplar es la obra misma[114].

El artículo 2.2 de la Directiva 2001/84/CE abordó la cuestión de las obras múltiples de un modo deliberadamente amplio[115]. Por este motivo, el artículo 1 (*in fine*) de la Ley 3/2008 matiza el concepto de *«obra de arte gráfica o plástica»* para incluir en el objeto del derecho de participación la edición limitada de aquellos múltiples realizados por parte del autor, con arreglo a los siguientes requisitos:

Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor.

En consecuencia, también tendrán la consideración de obra original, a efectos de aplicación del derecho de participación, los ejemplares múltiples que haya ejecutado el autor directamente por sus propios medios o bajo su supervisión. Esta primera condición descarta, de entrada, la generación del derecho de participación en ediciones *post mortem* de las obras, como podría ocurrir, por ejemplo, al utilizar un molde elaborado por un escultor fallecido para realizar, por un tercero, nuevos ejemplares[116].

---

artes plásticas que se plasma en un ejemplar individualizado, que no se puede reproducir (cfr. *Tratado de derecho industrial*, *cit.*, p. 553).

114. *Vid.* Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007, p. 428.

115. El precepto reza literalmente: «*Los ejemplares de obras de arte objeto de la presente Directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales a los efectos de la presente Directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista*».

116. Viene a colación destacar un conflicto que surgió tras la muerte de Rodin, en 1917. Antes de haber transcurrido setenta años desde esa fecha, SPADEM pretendía cobrar el *droit de suite* de tres esculturas fundidas tras la muerte del escultor que habían sido revendidas. Por este asunto, se sucedieron diferentes resoluciones contradictorias de diferentes instancias judiciales francesas, hasta que la Corte de Casación cerró el tema, al considerar que tales esculturas realizadas *post mortem*, a pesar de haber sido ejecutadas con un molde que había pertenecido al autor, se tratan de simples reproducciones. En tanto que Rodin legó al Estado francés el conjunto de las obras que estaban en su poder, así como los moldes y todos sus derechos de explotación, las copias pueden considerarse legítimas –copias autorizadas–, pero, sin duda, no pueden valorarse como una obras originales del autor. Aun así, para añadir más incertidumbre al supuesto, se debe conocer que Rodin no solía realizar personalmente el vaciado de sus obras con los moldes y se afirma que tenían lugar en fundiciones que nunca llegó siquiera a supervisar. Para más información de este caso,

El precepto exige que dichos ejemplares múltiples se encuentren numerados, firmados por el autor o debidamente autorizados, tratando de determinar una regla lo más amplia posible, al ofrecer diferentes posibilidades para valorar la originalidad de éstos. Sin embargo, compartiendo la opinión de KATZENBERGER[117], no creemos oportuna la fijación de elementos materiales, como la firma o la numeración seriada, a modo de condiciones suficientes para que un ejemplar múltiple devenga obra original, prefiriendo, si acaso, que aquéllos sean únicamente elementos de mejor prueba de la autoría –extremo que también puede ayudar a determinar la originalidad de una determinada obra–[118]. Lo relevante, entonces, será demostrar que ha existido una intervención del autor en la ejecución de los distintos ejemplares, aspecto que tendrá que ser resuelto supuesto por supuesto, y en función de los usos y costumbres profesionales del sector[119].

En este aspecto, tiene cierto interés la regulación de la cuestión que hace Francia, en el artículo R122-3 del *Code de la Propriété Intellectuelle*, donde establece las siguientes limitaciones materiales a los ejemplares múltiples para que sean considerados obras originales a efectos del *droit de suite*:

Las obras ejecutadas en número limitado de ejemplares y bajo la responsabilidad del autor son consideradas como obras de arte originales (…) si están numeradas o firmadas o debidamente autorizadas de otra manera por el autor. Son incluidas especialmente:

a) Los grabados, estampas o litografías originales producidos en un número limitado de una o varias planchas.

b) Las ediciones de esculturas, dentro de un límite de doce ejemplares, que deben estar numerados (…).

c) Los tapices y obras de arte textil hechas a mano, sobre la base de modelos originales proporcionados por el artista, dentro del límite de 8 ejemplares.

d) Los cerámicas realizadas a mano por el artista y debidamente firmadas por él, dentro del límite de ocho ejemplares numerados (…).

---

vid. LUCAS, A., LUCAS, H. y LUCAS-SCHLOETTER, A.: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4.ª ed. París, LexisNexis, 2012, pp. 427 y 428.

117. *Vid.* KATZENBERGER, P., *Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 91.

118. En opinión de MINERO ALEJANDRE, en cambio, sí es realmente importante el número de ejemplares ejecutados para establecer la originalidad de los mismos: «*el número de ejemplares creados es una importante evaluación de la existencia o inexistencia del aura autoral. Cuanto más reducido sea dicho número, mayor será la probabilidad de equipararlo a estos efectos con la obra de ejemplar único. En este sentido, la numeración de cada uno de estos ejemplares y la firma a mano del autor funcionan como indicio del cumplimiento de esta exigencia*» (MINERO ALEJANDRE, G., *op. cit.*, p. 1.247).

119. Algún autor ha recogido doctrinalmente algunos de dichos usos. Por ejemplo, *vid.*, por todos, VAN STEEN, E.: «Obra de Arte em Série», *apud.* CHAVES, A.: «Obra plástica. Planteamiento. Su realidad actual», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1996, p. 241.

e) Las obras fotográficas firmadas, dentro del límite de treinta ejemplares, independientemente del formato.

f) Las creaciones plásticas sobre soportes audiovisuales (vídeo arte) dentro del límite de doce ejemplares.

La solución francesa, de un gran pragmatismo, a nuestro juicio no resuelve todas las situaciones que se pueden llegar a plantear con relación a los múltiples[120], por centrarse en demasía en la limitación numérica. Así las cosas, el Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Unión de Berna), formalizó, en el año 1985, un documento donde se propusieron –a partir de un estudio comparado de legislaciones y usos del sector de diferentes países donde se reconocía el *droit de suite*– una serie de criterios para resolver qué ejemplares múltiples de obras de artes plásticas debían ser considerados originales[121]. A pesar de haber transcurrido tres décadas desde la formulación de dicha propuesta, la consideramos, en esencia, totalmente vigente. En consecuencia, nos permitiremos hacerla nuestra, con la introducción de algún elemento propio, reivindicando el cumplimiento de las reglas que se expondrán a continuación –necesariamente, las dos primeras– para poder otorgar la condición de original a cualquier ejemplar múltiple sobre el que se presenten dudas:

i. Realización por el artista de la plancha, modelado o matriz análoga

Resultará condición esencial para establecer la originalidad de cierto ejemplar múltiple que el artista lleve a cabo la concepción de la obra ideal de la que aquél partirá, incluyendo los trabajos preparatorios para la posterior ejecución de los diferentes ejemplares, muy especialmente la disposición de la matriz, plancha o modelado que van a servir para la posterior realización de esculturas, grabados, etc. Así las cosas, el artista deberá ejecutar, con sus propias manos, el patrón del grabado sobre la plancha; o, en el caso de la escultura, en función de la técnica escogida, encargarse del modelado –en yeso o terracota– o de la maqueta a partir de la cual se realizará el molde necesario para la fundición[122].

120. Lucas (*op. cit.*, p. 427) tampoco considera una solución óptima la limitación de los ejemplares de las obras múltiples para determinar su originalidad.

121. *Vid.* Unión de Berna: *Examen de un estudio sobre los principios de orientación relativos al funcionamiento del derecho de participación (droit de suite),* Documento IGC (1971)/VI/14 del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, vigésimo cuarta reunión, París, 17-25 de junio de 1985, pp. 12-15 (Anexo).

122. En ciertas ocasiones, se ha planteado si deben ser considerados originales tanto los ejemplares de una estatua de bronce como el molde fabricado previamente para la creación de éstos. En nuestra opinión, el molde no puede tener la consideración de obra original, puesto que se trata de un mero medio para la ejecución de las reproducciones, del mismo modo que la plancha lo es en los grabados. Sin embargo, según precisa el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna (*Examen de un estudio..., cit.*, p. 10 [anexo]), «*cuando el artista realiza modelos en materia blanda (maqueta, proyecto, modelo en yeso) destinados ya sea a ser*

ii. Ejecución de ejemplares bajo el control del artista

No podemos darnos por satisfechos únicamente con que el *genio* del artista se manifieste en la concepción y preparación de la obra. Se deberá exigir, de modo imprescindible, su presencia en el momento de la ejecución –propiamente dicha– de los diferentes ejemplares. Somos conocedores de que una ejecución de esculturas o grabados se sirve de técnicas variadas que, en muchos casos, necesitan la participación de técnicos especializados o de determinada maquinaria. Pero este aporte humano o mecánico, inherente al proceso creativo seleccionado, debe ser neutral y sometido, en todo momento, a las instrucciones e indicaciones del artista. Los objetos resultantes de la ejecución deben resultar idóneos según el autor lo hubiera previamente concebido, sin que ningún elemento externo pueda condicionar sustancialmente el concepto de la obra.

Respecto a esta última circunstancia, la jurisprudencia francesa siempre tuvo claro que, para que se pudiera hablar de obra original múltiple, el autor no podía serlo sólo de la parte intelectual, sino que debía intervenir en la ejecución material. Así, la *Cour d'Appel de Paris*, ya en su Sentencia de 28 de enero de 1991, descartaba del ámbito de aplicación del *droit de suite* unas obras de arte aplicado en las que el autor sólo había concebido la obra, mientras que sus empleados habían dado lugar a su realización material sin su intervención.

iii. Firma del artista de los ejemplares

La firma del autor en cada uno de los ejemplares múltiples debe ser interpretada como una marca final de aprobación del artista, como una suerte de *sello de calidad* que indica que aquel ejemplar concreto se va a poner en circulación en el mercado comprometiendo la responsabilidad del artista, en garantía de su autoría. Es recomendable –si la técnica lo permite– que la firma se estampe o se realice posteriormente al tiraje, para cumplir plenamente con la función planteada[123]. Sin embargo, no consideramos que sea ésta una condición imprescindible.

iv. Limitación numérica de ejemplares

No podemos mostrar plena conformidad con que la limitación numérica sea un criterio necesario para determinar la originalidad de ejemplares múltiples. Ciertamente, resulta artificioso tomar en consideración la cantidad de copias eje-

endurecidos en fuego, sea a ser reproducidos en materias duras o a confeccionar moldes para la fundición de metal o de otras materias, esas maquetas, proyectos, modelos y yesos se considerarán igualmente como obras originales. Por el contrario, tal calidad no se reconoce a los moldes para fundiciones de escultura».

123. El hecho de que las obras se encuentren firmadas o incluyan dedicatorias puede resultar también importante a los efectos de atribuirles la autoría y determinar su valor de mercado (*vid.* Peñuelas i Reixach, L., *op. cit.*, p. 149).

cutadas si, en sentido contrario, el artista estimase que los ejemplares tirados, cualquiera que fuera su número, responden al criterio de calidad preestablecido. En nuestra opinión, la aplicación de esta medida no es indispensable para considerar un ejemplar múltiple como objeto del derecho de participación, puesto que lo esencial aquí no es si las copias son muchas o pocas[124], sino si éstas merecen la calificación de originales en función del modo en que fueron generadas.

No obstante, no podemos dar la espalda al hecho de que éste es un criterio que se ha manejado tanto legislativamente como en los usos profesionales de escultores, grabadores, fotógrafos o tapiceros, por poner algunos casos. La explicación que puede subyacer en esta circunstancia es que, de este modo, se impide la realización de tirajes adicionales de menor calidad y, adicionalmente, se evita la ejecución de copias mecánicas carentes de mérito y control por parte del autor. Por lo tanto, no es de extrañar que algunos países, como Francia[125] –según hemos visto– o los Estados Unidos<?>-aunque no con relación al *droit de suite* –, limitaran el número de ejemplares múltiples para que solamente éstos en bajo número pudieran tener consideración de obra de arte original a efectos de valor en el mercado, relegando este problema a una cuestión cuantitativa.

v. Autorregulación del mercado

La capacidad de autorregulación que pueda tener el mercado de arte no puede ser un criterio preestablecido, pero sí puede funcionar como un condicionante subsidiario, ya que, en ocasiones, va a ser el propio mercado el que se empeñe en conceder el reconocimiento de ejemplar valioso –aunque no podamos decir, por esto, *original*– a una copia resultante de una obra múltiple en la que, quizás, no concurrieran los elementos enunciados anteriormente[126]. En sentido contrario, este mismo mercado también puede llegar a despreciar ciertos ejemplares si éstos no alcanzan unos mínimos estándares de calidad[127], a sabiendas de que, normalmente,

124. *Sensu contrario*, Rams Albesa considera que la limitación de copias es fundamental, afirmando que deberían excluirse del derecho de participación *«todas aquellas producciones plásticas que son susceptibles de una producción en serie, tales como litografías, grabados, etc.; es decir, de cuantas admiten una reproducción mecánica, salvo que se parta de la garantía absoluta de su limitación, siendo ésta significativa, y con destrucción comprobada y fehacientemente consignada de las planchas o de su depósito en museo»* (Rams Albesa, J., *op. cit.*, pp. 444 y 445).

125. Colombet (*Propriété littéraire et artistique...*, *cit.*, p. 217) explica que hace tiempo que, en Francia, se llegó a un acuerdo entre artistas y *Comissaires Priseurs* por el cual se aceptaron los ejemplares múltiples solamente en bajo número.

126. Por ejemplo, ¿cómo discutir, en la actualidad, el carácter de obra de arte tutelada y valiosa de determinados cuadros de Mathias Goeritz, fabricados en serie y laminados de color dorado en talleres, por simple encargo del autor?

127. Para W. Duchemin, el propio mercado del arte es el que delimita en ocasiones la noción de originalidad, *«en la medida en que el público está dispuesto a pagar un precio más elevado por una obra múltiple calificada de original por el vendedor»* (Duchemin, W.: «La directive commu-

el nivel de valor de las obras múltiples será inversamente proporcional al número de ejemplares distribuidos, así como al grado de intervención del autor en éstos.

En cualquier caso, por lo que aquí nos ocupa, el problema será, en la práctica, de una importancia relativa, ya que pocos ejemplares múltiples superarán el umbral mínimo de aplicación del derecho de participación, establecido en nuestro país en 1.200 euros.

2.3.2. Clasificación de las obras incluidas en el artículo 1 de la Ley 3/2008

En la Directiva 2001/84/CE ya se enumeraron las *obras de arte originales* a las que se aplicaría el *droit de suite*, especificándolas mediante un listado detallado, mas no cerrado[128]. En principio, para el legislador comunitario, no tienen cabida ni los manuscritos ni las obras arquitectónicas[129]. Éstas porque se alejan sustancialmente del abanico de ejemplos propuesto, además de tratarse de un caso con la suficiente entidad como para haber sido incluidas por el legislador de haberlo deseado; aquéllos porque el considerando 19.º de la Directiva los excluye, a pesar de ser una categoría incluida en el artículo 14 ter del Convenio de Berna[130]. En cambio, sí se reconocieron expresamente las obras fotográficas[131]. Por otro lado, sorprende que la Propuesta previa a la aprobación de la Directiva recogía en la Exposición de Motivos la exclusión absoluta de las artes aplicadas, mientras que,

---

nautaire sur le droit de suite». *Revue Internationale du droit d'auteur*, n.º 191, Enero de 2002. Neuilly-sur-Seine, Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur, 2002, p. 53).

128. El tenor literal del artículo 2.1 de la Directiva 2001/84/CE es el siguiente: «*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por* "obras de arte originales" *las obras de arte gráficas o plásticas tales como los 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*».

129. Katzenberger destaca la dificultad para unificar una definición de obra de arte dentro de un ámbito no tan homogéneo, como es la Unión Europea. Por tanto, desde el punto de vista del derecho alemán sería discutible la inclusión como categoría artística de los manuscritos y, sin embargo, éstos habían sido objeto clásico de la protección del derecho de participación en algunos (pocos) de los países de la Unión, como Italia y Portugal (Katzenberger, P.: «Harmonisierung des Folgerechts in Europa», en *Gewerblicher Rechstsshutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, n.º 4, 1997. Weinheim, Verlag, 1997, pp. 313-314).

130. El considerando 19.º expresa que *«debe quedar claro que la armonización llevada a cabo por la presente Directiva no se aplica a los manuscritos originales de escritores y compositores»*. Por ello, resulta llamativo que la legislación polaca continúe regulando un derecho, compatible con el de participación, en el que los autores de manuscritos literarios o musicales originales participan con un 5% fijo en las transmisiones de esos objetos. El porcentaje guarda relación con el precio de reventa, mas no cuenta con un límite inferior o superior de aplicación. Así, el artículo 19.1 de la Ley de Derecho de Autor de Polonia, plenamente vigente, establece literalmente que *«el autor y sus herederos tendrán derecho a una remuneración por valor del 5% del precio de la venta profesional de manuscritos de obras literarias o musicales»*.

131. En opinión de Walter y von Lewinski, las obras fotográficas se incluyeron en el ámbito objetivo de la Directiva porque las fotografías se incluyen por su historial de reventas en el mercado secundario (*op. cit.*, p. 860).

con buen tino, en el texto definitivo no hizo falta incluir esta excepción, ya que habrá que atender a un criterio específico, caso por caso, para valorar la sujeción al derecho de cada obra[132].

Al trasponer la normativa comunitaria, la Ley 3/2008 establece una relación indicativa, esto es, sin que exista tampoco ánimo de fijar un *numerus clausus*[133], transcribiendo prácticamente de un modo literal el artículo 2 de la Directiva 2001/84/CE, pero añadiendo, en este caso, las *«piezas de vídeo arte»* a la lista –inclusión que trataremos de explicar en su oportuno apartado– junto a los consabidos cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal y fotografías.

Así las cosas, el artículo 1 de la Ley 3/2008 nos presenta una correlación de tipos de obras de diferentes naturalezas. Es por ello que, con la finalidad de lograr un mejor análisis de las mismas, hemos procedido a clasificarlas, cuando ha sido posible, según rasgos propios de afinidad. Agrupar y describir mínimamente estas categorías, asimismo, nos permitirá examinar sucintamente algunos supuestos de obras no ejemplificadas, pero que, sin embargo, deben tener plena cabida dentro del elenco planteado, por analogía con las enunciadas.

2.3.2.1. «Cuadros», «collages», «pinturas» y «dibujos»

Este primer grupo incluye obras tendencialmente de ejemplar único que se desenvuelven en un plano bidimensional[134] y en las que el autor, a partir de la realización de trazos y el empleo preferente de colores, plasma distintos tipos de formas en un lienzo, un papel, una madera o una pared, entre otras superficies, constituyendo una composición visual. De todos modos, no terminamos de entender el uso del legislador de la expresión *«cuadros»* como tipología individualizada respecto a las obras de *«pintura»*, salvo que quisiera oponer la obra pictórica plasmada en lienzos o tablas a aquella otra realizada en murales u otros soportes de gran formato[135].

En el caso de la pintura –sea en cuadros o murales–, Baylos Corroza considera que revisten una gran importancia los *elementos sensibles* que contiene la propia obra, ya que éstos nunca podrán ser sustituidos de un modo pleno[136]. En

132. *Vid.* Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «La Directiva...», *cit.*, p. 11.
133. Si la norma no tuviera la intención de dar cabida a otro tipo de obras asimilables sino las enunciadas, no se entendería que el precepto comenzara así: *«los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como...»*.
134. Por otra parte, es cierto que muchos autores experimentan con los materiales utilizados en sus obras pictóricas para conseguir efectos de relieve o, incluso, llegan a incorporar algún elemento –como formas moldeadas con yeso– que proporciona un verdadero aspecto tridimensional a la obra.
135. En todo caso, veremos que el uso de un lenguaje que da lugar a equívoco es una constante en la breve relación indicativa del artículo 1 de la Ley 3/2008.
136. Estos elementos conectarían directamente el objeto y el espectador, ya que, al tratarse de

opinión de este autor, ello no ocurriría ni siquiera con el dibujo, donde los medios expresivos *«se constituyen como puros elementos formales, cuyo sentido puede ser trasladado, por tanto, íntegramente a otra realidad natural»*[137]. No podemos compartir esta visión, porque desnaturaliza las obras de dibujo o ilustración en beneficio de una concepción extremadamente romántica de la pintura. Ciertamente, el dibujo, en ocasiones, supone la base de otras manifestaciones artísticas, lo que permitiría incluir el objeto resultante de la ejecución en una categoría más específica, como la de los bocetos o los proyectos[138]. Sin embargo, cuando el dibujo se plantee como una obra con sentido y finalidad propia, aunque fuera monocolor, no se observan motivos de peso para tratarlo de una manera distinta a la pintura en el sentido que se ha expuesto.

Por su parte, el *collage* se trata de una técnica artística que no se basa estrictamente en la realización de trazos, sino más bien en el ensamblaje de elementos provenientes de diferentes orígenes –fotografías, recortes de prensa escrita o revistas, tejidos, objetos de uso común, entre otros–[139]. Así, no encajaría estrictamente en el esquema desplegado para la presente categoría y, a pesar de ello, consideramos conveniente incluirla aquí, sea por su condición mixta –una parte de los materiales empleados puede ser la pintura– o bien porque el modo de presentar y exhibir una obra de *collage* es similar a la de un cuadro, siendo el resultado compositivo parecido al de éste.

En otro orden de cosas, a pesar de no ser un tipo de obra incluida en el artículo 1 de la Ley 3/2008, entendemos que, por analogía, el derecho de participación puede ser aplicado también al ejemplar único original de cómics, tebeos, viñetas o historietas gráficas –digamos, aquel inicial, siempre que haya sido realizado mediante intervención física del autor, a partir del que se realizarán las copias editadas–[140].

---

una obra irrepetible y única en su existencia, ésta sólo podrá ser apreciada, en puridad, mediante su contemplación física. Indica, como ejemplo, que «*el cuadro de las Meninas sólo puede decir que lo ha visto quien lo contempló directamente en el Museo del Prado de Madrid. Por el contrario, cualquier ejemplar del Quijote permite disfrutar de la misma obra*» (cfr. Baylos Corroza, H.: *Tratado de derecho industrial*, *cit.*, p. 552).

137. *Vid. ibídem,* p. 500, donde manifiesta que *«la intransferibilidad de las creaciones pictóricas no puede afirmarse, en cambio, de la obra dibujística»*.

138. Los bocetos suelen plantear también dudas acerca de su naturaleza. Se puede llegar a valorar si se tratan de auténticas obras plásticas en sí mismos, pero todo dependerá de la finalidad última que la comunidad artística quiera darle a ese objeto y, sobre todo, que se trate de bocetos plenamente individualizables e identificables. Es de esta misma opinión Katzenberger (*Das Folgerecht...*, *cit.*, p. 90). Asimismo, en cuanto a la determinación de la obra de esta tipología que admite tutela por derechos de autor, la cuestión está delimitada en España jurisprudencialmente, *vid.* STS (Sala de lo Civil) n.º 138/1998, de 20 de febrero (RJ 1998, 971).

139. Cfr. Ocampo, E.: *Diccionario de términos artísticos y arqueológicos.* Barcelona, Montesinos, 1988, p. 62. Esta autora añade que los artistas cubistas emplearon materiales alejados de la pintura tan diversos como hojalata, madera, alambre, etc.

140. No obstante, en este punto, no toda la doctrina se muestra de acuerdo: en palabras de

A nuestro modo de ver, no es adecuado interpretar la naturaleza *del original* de un cómic o unas viñetas como algo similar al manuscrito de una obra literaria. Si bien es cierto que coexisten los dos elementos –ilustración y texto–, la obra de arte original resultante de la ejecución del autor será apreciada por parte del destinatario, principalmente, por su vertiente figurativa, como una obra de artes plásticas autónoma[141].

2.3.2.2. «Grabados», «estampas» y «litografías»

Continuando con los tipos de obras relacionados expresamente por la Ley, proyectamos un segundo grupo conformado por los grabados, las estampas y las litografías, caracterizado por contener obras expresadas también en el plano bidimensional, pero tendencialmente múltiples, las cuales, por medio de la incisión en materias duras, imitan las luces y las sombras de los objetos visibles[142].

Por ende, todas son obras que presentan un alto grado de asimilación con la pintura o el dibujo, sobre todo en cuanto a apariencia y composición. Sin embargo, el elemento sustancial, en estos casos, es que su generación se realiza mediante un procedimiento de reproducción que permite al autor obtener copias similares –cuando no idénticas– del ejemplar ideal original de la obra que ha concebido.

El legislador utiliza, nuevamente, una terminología algo imprecisa, ya que los tres términos pueden considerarse elementos complementarios dentro de la definición de un mismo proceso creativo. Técnicamente, el grabado es el procedimiento por el que, mediante la presión ejercida sobre una plancha de metal o madera, se *estampa* una imagen en una superficie, normalmente de papel o textil.

No obstante, la verdad es que se usa de un modo cotidiano la expresión *grabado* para referirse al resultado, esto es, al ejemplar que se obtiene tras las ejecución; así que debe interpretarse que el precepto trata de recoger tres maneras signifi-

---

Rubí Puig, a pesar de ser habitual la reventa de originales de viñetas o *storyboards*, este tipo de obras quedarían excluidas del *droit de suite*, puesto que podrían equipararse a un manuscrito, en el sentido de ser realizados para su posterior producción seriada (*op. cit.*, p. 103). Defendiendo igualmente la exclusión, Rams Albesa (*op. cit.*, p 444) explica que «*los originales de viñetas de historietas gráficas que son objeto normalmente de edición, a mi juicio, deberían estar expresamente excluidas, por la misma razón por la que nuestro legislador no ha incluido los manuscritos literarios y musicales a los que también se refiere el artículo 14 ter de la Convención de Berna*».

141. De hecho, puede haber cómics en que no haya letras; también viñetas presentadas individualmente que consistan en un sólo dibujo. Por ende, la equiparación del ejemplar único original de este tipo de obras no debe realizarse con los manuscritos, sino directamente con las obras pictóricas o de dibujo. ¿No hay acaso cuadros que también muestran una serie de componentes que son concebidos por el espectador como una suerte de argumento o historia encerrada en los mismos?

142. *Vid.* Martínez, F.: *Introducción al conocimiento de las Bellas Artes. Diccionario de Pintura, Escultura, Arquitectura y Grabado*. Madrid, Real Academia Española, 1989, p. 207.

cativas y diferentes entre sí de crear obras múltiples. Entendemos que la primera de ellas –«*grabados*»–, más genérica, comprenderá los grabados realizados con técnicas como el aguafuerte, el aguatinta, la punta seca o la xilografía[143]. Por su lado, las «*estampas*» abarcarán la impresión de diseños en superficies más variadas, como telas, cueros, metales o papel especial, mediante el uso de planchas grabadas y entintadas sobre cualquiera de los materiales mencionados humedecidos. Para terminar, por «*litografía*» debe entenderse el resultado de emplear aquella técnica de grabado que no se basa en el uso de los huecos de la plancha, sino en la impresión de imágenes mediante la presión de una piedra calcárea mojada, recubierta de una leve película de goma, sobre el papel[144].

Para determinar la originalidad de los ejemplares múltiples de este tipo de obras, deberemos exigir que el proceso de generación de los mismos haya sido llevado a cabo por el autor, a partir de los criterios generales establecidos con anterioridad. Asimismo, también puede ser de ayuda atender a las reglas habituales en el sector expresadas por Van Steen para considerar un grabado –múltiple por excelencia– como obra plástica objeto del derecho: los artistas deben firmar los ejemplares, uno a uno, en lápiz, fuera de la grabación; las firmas tienen que limitar la numeración del tiraje –por ejemplo, 1/30 significará que es el primer ejemplar de 30–; si la firma está dentro del área grabada, por provenir de la plancha, significa que es una reproducción póstuma y que el artista no

143. Resumiendo, entre las técnicas de grabado con ácido destacan el *aguafuerte* y el *aguatinta*. La primera se basa en el uso de una plancha metálica cubierta por una fina capa de barniz protector, donde se dibuja con una punta metálica para la eliminación de aquél antes de producir la corrosión del metal mediante un baño de ácido. Por su parte, el *aguatinta* es un procedimiento de grabado que consiste en verter sobre la plancha una capa uniforme de resina con la forma deseada. La plancha se calienta para que la resina se funda y se adhiera. Posteriormente, se introduce en ácido, y éste penetra en las partes en las que la superficie no está protegida por la resina. La *punta seca*, en cambio, es una técnica de grabado directo. Consiste en dibujar directamente sobre la plancha metálica con una aguja de acero. La extremidad de la punta seca es más fina que la del buril y sin filo, de manera que raya el metal produciendo surcos que pueden ser profundos pero no muy anchos. Finalmente, la *xilografía* es una técnica de impresión con una plancha de madera, de las llamadas técnicas *en relieve*, donde se realizan incisiones con un buril, logrando la imagen deseada. A continuación se impregna con tinta la matriz y, presionándola contra un soporte, se obtiene la impresión, donde las superficies en relieve aparecerán en negro –o color escogido– en la hoja. Existen otras variedades de las técnicas expuestas, mas las comentadas son las más habituales. De todos modos, para una descripción sucinta de las principales técnicas de grabado, *vid.* Ocampo, Estela, *op. cit.*, p. 110; en cambio, para una explicación de las mismas en profundidad, así como un análisis de su evolución histórica, *vid.* Martínez, F., *op. cit.*, pp. 207 ss.

144. *Vid.* Blas, J., Ciruelos, A. y Barrena, C.: «Diccionario del arte gráfico», en *Diccionario del dibujo y de la estampa. Vocabulario y tesauro sobre las artes del dibujo, grabado, litografía y serigrafía.* Madrid, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Calcografía Nacional, 1996, p. 128.

quiso reconocerla en vida; finalmente, es necesaria la destrucción de la matriz tras la impresión[145].

2.3.2.3. «Escultura»

La obra escultórica se expresa a partir de la creación de volúmenes y la conformación de espacios, para la representación de figuras de cualquier clase, desarrollándose en el plano tridimensional[146]. Su realización parte de la acción de moldear, esculpir, tallar o ensamblar diferentes materiales, si bien la doctrina acierta a distinguir netamente entre dos clases de obras escultóricas[147]. De una parte, estaría la escultura concebida para ser única, esto es, aquella que ha sido creada sin el objetivo de su reproducción –piénsese en una escultura clásica esculpida en piedra–; de otra parte, se encontraría la escultura concebida para ser ejecutada en serie, como sucede con las estatuas de bronce, realizadas con un molde a partir del cual se obtienen los múltiples.

Con relación a este último grupo –el de las esculturas presentadas en varios ejemplares múltiples– debemos continuar considerando necesaria la intervención personal del autor, así como aplicar la lógica expuesta anteriormente para los múltiples, adaptada nuevamente a los usos del sector. En este caso, expone Van Steen que la escultura debe hacerla y reproducirla el propio artista o, por lo menos, contar con su asistencia durante la reproducción, con la correspondiente autenticación de su calidad. En general, el escultor suele crear el modelo en barro, yeso o madera y lo envía a personal técnico, por ejemplo, al fundidor, que lo copiará en bronce, si éste es el material elegido, mas siempre contando con la asistencia artística de aquél. Siguiendo a esta autora, observamos que es norma del sector considerar como ejemplares múltiples originales de una escultura aquellos que se cuenten

145. Cfr. Van Steen, E.: «Obra de Arte em Série», *apud.* Chaves, A., *op. cit.*, p. 241. Sorprende que esta autora descarte la litografía como obra intelectual, al decir que se trata simplemente de un proceso de impresión de dibujos trazados en una piedra calcárea, como si ello fuese muy diferente a los otros tipos de grabados. Estos usos nos pueden ayudar a situar la cuestión, pero el problema es que cada círculo artístico empleará los suyos. Como muestra, en la Francia de mitad del siglo XX, sociedades de autores, peritos-tasadores y comerciantes de estampas fijaron también unos criterios de originalidad del grabado para la aplicación del derecho de participación, adoptando criterios muy precisos –la mayoría complementarios a los expuestos–, que son los que se indican a continuación: las estampas originales del primer tiraje, compuestas y grabadas por la mano del artista eran las únicas consideradas como originales y el ejemplar tenía que estar firmado por el artista, numerado y limitado a un tiraje de 75 copias. Como curiosidad, cabe resaltar que el *droit de suite* solamente se aplicaba sobre la totalidad del precio cuando cumplía todos los requisitos indicados; en defecto de alguno, el derecho se limitaba a la mitad del precio (cfr. Unión de Berna. *Examen de un estudio..., cit.*, p. 11 [anexo]).

146. Bercovitz Álvarez (*Obra plástica..., cit.,* p. 39) opina que, con la categoría bidimensional y esta tridimensional, podrían considerarse las dos únicas hipótesis existentes en el mundo plástico, donde la arquitectura sería una escultura cualificada por su función.

147. *Vid.* Ortega Doménech, J.: *Obra plástica..., cit.*, p. 32. También, Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica..., cit.,* p. 40.

como máximo en nueve copias, donde, en principio, no se requiere numeración ni firma de las mismas para que se reconozca la autoría[148].

2.3.2.4. «Tapices», «cerámicas», «objetos de cristal»

La Ley enumera tres ejemplos de obras que pueden enmarcarse, perfectamente, en lo que doctrinalmente se conoce como arte aplicado, esto es, aquella creación artística que se aplica o incorpora a un objeto útil[149]. El rasgo diferenciador de esta categoría es que el diseño de este tipo de obras viene más o menos determinado por la función que cumple el objeto –por ejemplo, un tapiz como alfombra o un objeto de cristal como vaso–, lo que nos llevará a exigir un grado de creatividad superior que al resto de obras de artes plásticas, donde la originalidad requerida es mínima.

Con dicha inclusión, entendemos que definitivamente se revierte la situación respecto al antiguo artículo 24.1 TRLPI, vigente hasta la aprobación de la Ley 3/2008, el cual excluía expresamente del ámbito de aplicación del derecho de participación las obras de arte aplicadas[150].

Tradicionalmente, la doctrina española se sentía cómoda exceptuando del derecho de participación este tipo de obras, en general, por ser fabricadas en serie mediante procesos mecánicos y comercializadas por canales comunes; por ende, sin que en el objeto resultante quedara impregnada el aura del autor[151]. Otra de las causas aducidas doctrinalmente para justificar dicha exclusión era que, en muchas obras de arte aplicado, puede ser mayor el valor de los materiales empleados que el propio valor de la aportación del autor. Ello sería suficiente para descartar su condición de sujetas al derecho de participación, debido a un supuesto exceso en los costes de transacción y administración derivados de la imposibilidad de aplicar el porcentaje de participación sobre la totalidad del precio de transmisión, al no resultar justo que el valor de la obra responda en mayor medida al material utilizado que a la acción creadora[152]. En este sentido, Vicent López,

148. Cfr. Van Steen, E.: «Obra de Arte em Série», *apud.* Chaves, A., *op. cit.*, p. 241.
149. Casas Vallés, expone que, en general, entran en este apartado la artesanía y la decoración, el diseño aplicado a la industria, así como actividades centradas en el embellecimiento de objetos útiles, como la forja, cerámica, vidriería, tapicería, marquetería, orfebrería, entre otros («Comentario al artículo 24», 3.ª ed., *cit.*, p. 429).
150. El derogado artículo 24.1 TRLPI rezaba: *«los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas»*.
151. *Vid.* Bondía Román, F.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual.* Rodríguez Tapia, J., Bondía Román, F. Madrid: Civitas, 1997, p. 135.
152. *Vid.* Rocha, M.: «Derecho de participación (droit de suite): análise do artigo 24 do "Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)"», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 21. Madrid; Santiago de Compostela, Marcial Pons; Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 168.

argumenta que, de no ser así, resultaría necesaria la aplicación de una operación matemática especialmente compleja, por la cual se debería escindir el valor económico artístico del producto artesanal o industrial y aplicar el porcentaje de participación sólo sobre el mencionado valor[153].

Pese a la razonabilidad de esta tesis, en la misma se advierten algunas fisuras. ¿Por qué dicho criterio no debería aplicarse a todo tipo de obras de artes plásticas? Piénsese en un escultor que hiciera una estatua utilizando plata, o un cuadro que se hubiera pintado utilizando vino de una cosecha carísima. No por ello diríamos que se excluyen del ámbito de aplicación del derecho de participación. Tampoco se nos ocurriría calcular el crédito de participación en función del coste de los materiales, ya que podríamos llegar al absurdo de entrar a valorar, en el caso de un cuadro, incluso la calidad del soporte –no tiene el mismo precio un lienzo de lino que uno de algodón– o del tipo de pinturas utilizado –los óleos artesanales son más caros que los industriales–.

Por lo tanto, nos parece acertada la inclusión legal, de entrada, que se hace de las obras de arte aplicadas en el ámbito objetivo de derecho. Por supuesto, ello no quiere decir que todos los tapices[154], cerámicas y objetos de cristal –ni, en definitiva, cualquier objeto análogo de esta categoría– sean susceptibles de generar el crédito de participación por sus reventas.

Para establecer la dicotomía entre piezas con consideración de arte aplicado y meros objetos que incorporan elementos de embellecimiento, nos serviremos de dos criterios anteriormente comentados: la exigencia de una mayor originalidad en la creación, puesto que las obras de arte aplicado ya cuentan con una vía de protección legal, como diseños industriales[155], y el examen de la funcionalidad de la obra, ya que cuando la función de utilidad prevalezca a la función artística, somos partidarios de no aplicar el derecho de participación a la reventa de dichos objetos[156].

---

153. Al hilo de esta cuestión, Vicent López (*op. cit.,* p. 183) pone el ejemplo de una joya creada por un artista de reconocido prestigio, original y única, para preguntarse hasta qué punto se podría escindir el valor de la materia en el precio de venta de la obra. Así, opina que fruto de dicha dificultad, la opción de excluir las obras de arte aplicado del derecho de participación se presentaría como la solución más pragmática.
154. Bercovitz Álvarez (*Obra plástica..., cit.*, p. 41) plantea un problema en relación con los tapices. Éstos son obras de arte textil, generalmente presentados sobre paneles, tejidos a mano sobre un telar, en los que la tirada es controlada por el autor. Pero, ¿quién tendrá la categoría de autor? ¿El creador del cartón o el tejedor? Según este autor, podría llegar a considerarse una obra derivada porque *«el artista tejedor traslada al tejido una obra preexistente»*.
155. Éste es el criterio establecido por la STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) n.º 561/2012, de 27 de septiembre (RJ 2012, 9707) y por parte de la doctrina mercantilista (*vid. supra*, epígrafe 2.2.4).
156. Podemos exponer otro ejemplo más concreto para acabar de asentar los criterios mencionados. El diseñador Philippe Starck crea sillas muy apreciadas por el público, pero de ello no puede inferirse que sean obras de arte protegidas por derecho de autor y, a su vez, por el derecho de participación, porque su proceso de fabricación es más o menos

Adicionalmente, hay que establecer una nueva diferencia, esta vez entre las obras de arte aplicado y el denominado *arte encontrado*. Éste consiste en la elevación a categoría artística de objetos que normalmente no lo son, porque no es ésa su función originaria, pero que, por decisión del autor y sin que ni siquiera sea necesaria su modificación material –pero sí intelectual–, pasan a serlo. Sin entrar en valoraciones morales, en cualquier caso, el hecho de que la sociedad, en general, y la comunidad artística, en particular, acepten que un objeto cotidiano se transforme automáticamente en una obra de arte plástica porque así lo decidió un artista es, en principio, suficiente para que se le pueda aplicar el derecho de participación.

2.3.2.5. «Fotografías»

Fruto de la transposición de la Directiva 2001/84/CE, se incluyeron expresamente en el ámbito objetivo del derecho de participación las fotografías, denostadas en la anterior legislación española. Las regulaciones previas a la Ley 3/2008 *olvidaban* las obras fotográficas, seguramente, por la dificultad de separarlas de las meras fotografías[157]. Esto no ocurría en otros países; en comparación, Francia ya reconocía las fotografías como obras susceptibles de aplicación del *droit de suite* desde mucho tiempo atrás.

Sea como fuere, estamos, sin duda, ante una categoría que no puede calificarse estrictamente como *obra de artes plásticas*. Sin embargo, por razones del mercado del arte, a las obras fotográficas se les debe dar el mismo tratamiento que a las pinturas o las esculturas, especialmente con relación al *droit de suite* (¿se les puede reservar la categoría de *obras gráficas*, como parece desprenderse del primer artículo de la Ley 3/2008?). Negar esta cualidad a una verdadera obra

industrial y su comercialización se lleva a cabo por canales habituales de venta de muebles. Por el lado opuesto, las sillas de la obra «*Chair*», del escultor Allen Jones, son verdaderas obras por sí mismas. Las piezas que la componen –imitando figuras humanas– han sido realizadas bajo la supervisión directa del autor y claramente están destinadas a su contemplación y exhibición más que a su uso cotidiano, sin que nada tenga que ver en ello la presunta incomodidad de las mismas. Un criterio muy parecido para tales supuestos se recoge en la *U.S. Copyright Law. Vid.* Ginsburg, J.: «La protección de las obras de arte en los Estados Unidos», en *Derechos del Artista Plástico,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Al. Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 144 ss. Finalmente, para ayudarnos a discernir cuándo se manifiesta esa prevalencia, podemos apoyarnos en factores externos, como observar cuál es el destino que le otorgaría un destinatario medio al objeto o conocer el canal de venta del mismo.

157. Recuérdese que las meras fotografías sólo otorgan los derechos del artículo 128 TRLPI: *«quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción».*

fotográfica supondría, por nuestra parte, un alejamiento de la realidad artística moderna[158]. A pesar de esta asimilación pragmática, no todas las fotografías serán obras artísticas. Por esta razón, deberemos asentar, con más precisión, si cabe, qué tipo de fotografías, a nuestro juicio, generarán el derecho de participación en el caso de ser revendidas.

Primeramente, deben ser descartadas las meras fotografías, sin desconocer que éstas pueden ser subastadas por razones que exceden del aspecto artístico, como, por ejemplo, tratarse de imágenes inéditas o realizadas por afamados fotoperiodistas de guerra[159]. Sin embargo, en las mismas no se observaría la suficiente originalidad como para ser tan siquiera obras tuteladas por el derecho de autor. Por ende, el concepto de obra fotográfica que reclama esta materia debe manifestar un proceso creativo en la concepción y en la ejecución de la misma[160].

Así, presumiendo que una obra fotográfica fuera original, preferiríamos exigir en ésta una ejecución manual del autor, en detrimento de tratamientos y fijaciones digitales –aunque luego se procediese a su impresión gráfica–[161]. Pero la

158. Según opina Bright, la fotografía debe ser considerada arte, porque así lo demuestra su presencia en exposiciones contemporáneas de diferentes museos prestigiosos. El valor en el mercado de obras fotográficas también ha experimentado en los últimos años un auge irrefrenable (cfr. Bright, S.: *Fotografía hoy*. Donostia, Nerea, 2005, p. 8). Como prueba de esto último, se puede destacar una de las últimas subastas monotemáticas de obras fotográficas realizadas por la casa *Christie's*. En septiembre de 2013, se subastaron decenas de fotografías netamente artísticas con la modelo Kate Moss como protagonista, firmadas por varios de los mejores autores de este sector, habiéndose adjudicado la más cara –obra de Mario Sorrenti– por un valor de 41.600 euros (*vid. La Vanguardia*, 12 de enero de 2014, p. 11).

159. La sala *Soler y Llach* de Barcelona subastó diez fotografías de la Guerra Civil Española, tomadas por Agustí Centelles, por precios que oscilaron entre los 700 y los 3.000 euros (cfr. *La Vanguardia*, 16 de diciembre de 2009, p. 36). En este sentido, Pfennig alerta de que, incluso las positivas originales de fotografías de prensa han ingresado en el mercado de reventa y se están poniendo en circulación. A modo de ejemplo, destaca que en otoño de 2000, algunos archivos periodísticos de Alemania y los archivos del *New York Times* iniciaron actividades comerciales para vender sus fondos (Pfennig, G.: *El derecho de participación de los artistas en la reventa («droit de suite»)*. Documento IGC (1971)/XI/4, 9 de abril de 1997. París, Ediciones UNESCO, 1997, p. 41).

160. La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 214/2011, de 5 de abril (RJ 2011, 3146) establece que «*el reconocimiento como obra fotográfica exige una mínima altura creativa*». Dicha sentencia, a pesar de reconocer que la llamada suficiencia o altura creativa se trata de un concepto jurídicamente indeterminado, considera que «*la ponderación de la suficiencia creativa dependerá de las circunstancias de cada caso, pues son diversos los factores y aspectos que pueden incidir, correspondiendo su valoración en principio a los Tribunales que conocen en instancia, a cuyo efecto han de tomar en cuenta la pluralidad de elementos de convicción que hayan podido proporcionarles las partes –periciales, informes de expertos, revistas especializadas, exposiciones, certámenes, premios, etc.–, además de las máximas de experiencia comunes*».

161. En la fotografía no digital, existe un documento inicial llamado *cliché* que desempeña, en cierta manera, el papel de matriz, resultado combinado de la luz y las sustancias químicas que imprimen una imagen sobre una película. Con todo, el cliché únicamente es un posible soporte de la obra; no es razonable demandar que sólo sea considerado original el

actual tendencia legislativa se muestra claramente contraria a dicha premisa. A pesar de que la jurisprudencia francesa había estimado habitualmente que, para el juicio de originalidad, podía servir de pauta no el juicio estético, sino la forma en que hubiera sido ejecutada personalmente la fotografía, así como la importancia y el sello personal que presentasen los preparativos para realizarla, en 1985, se suprimió en la Ley francesa de Propiedad Intelectual todo requisito material para la protección de fotografías como obra de arte. Lo mismo hizo la homónima ley española, que tan sólo exige para la protección de obras fotográficas su originalidad[162].

En conclusión, so riesgo de que la cuestión no quede clara, no nos quedará más remedio que, ante la dificultad de determinar la obra fotográfica objeto de *droit de suite*, acudir al criterio de originalidad expuesto para el resto de obras de ejemplares múltiples. Otra vez, cabe hacer hincapié en la necesidad de una concepción y una ejecución creativa del autor –aun mínima–, pudiéndonos apoyar, aunque con cautela, en los usos del sector, como hacían las redacciones de los borradores de la Directiva 2001/84/CE[163], que abogaban por reforzar aspectos como la limitación del número de ejemplares múltiples de la fotografía o la exigencia de estampación de la firma del autor en cada uno de los mismos[164].

A pesar de todo lo expuesto, reconocemos que no será fácil privar del derecho de participación a un fotógrafo que ha conseguido que una de las copias de una fotografía suya se haya revendido en una transacción pública por más de 1.200 euros –umbral de aplicación en la Ley 3/2008 –, aunque no cumpliera el ejemplar con las condiciones reiteradas en este trabajo[165]. No obstante, somos conscientes de que no es éste un problema exclusivo de esta categoría.

2.3.2.6. «Piezas de vídeo arte»

Esta última categoría contenida en la relación indicativa fijada por la Ley es interesante por varios motivos. En primer lugar, porque fue introducida expresa-

primer ejemplar de una fotografía salido del laboratorio, cuando estamos ante una tipología de obra eminentemente múltiple (*vid.* Unión de Berna. *Examen de un estudio…*, *cit.*, p. 21 [anexo]).

162. *Vid.* Delgado Porras, A.: «Derechos de autor», 3.ª ed., *cit.*, p. 758.

163. En la propuesta modificada de Directiva que presentó la Comisión de la Unión Europea el 12 de marzo de 1998 se apelaba a la limitación de ejemplares en función de los usos del sector.

164. En la legislación de *copyright* de los Estados Unidos, a efectos de distribución en el mercado, se exige que la fotografía tenga propósito de exhibición y se limite a 200 ejemplares, firmados y numerados de manera consecutiva (cfr. 17 USC §101).

165. Sin embargo, el mercado entendido no adquiere cualquier fotografía; normalmente, exige que se trate de ejemplares bellos, realizados por el fotógrafo en persona en su laboratorio o bajo su dirección, fijados en papel de gran calidad, firmados por él y numerados de manera limitada (cfr. Unión de Berna. *Examen de un estudio sobre los principios de orientación relativos al funcionamiento del derecho de participación*, *cit.*, p. 21 [anexo]).

mente en el artículo 1 de la Ley 3/2008 sin que se hallara en el listado dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2001/84/CE, lo que denota la clara intención del legislador español de extender el concepto de obras de artes plásticas a esta nueva tipología[166].

En segundo lugar, porque el concepto *vídeo arte* debe ser interpretado con especial cuidado, para no dar cabida en la aplicación del derecho de participación a obras audiovisuales a partir de una interpretación excesivamente amplia del mismo –debiéndose delimitar respecto a las obras reguladas en el artículo 86 TRLPI–. En consecuencia, debemos excluir del ámbito objetivo de este derecho todas aquellas obras que son fijadas en un soporte digital de cualquier clase, ya que, en caso contrario, se despojaría a las obras de artes plásticas de su elemento esencial, como es su corporeidad.

El vídeo arte se define como el manejo de medios electrónicos, tanto de forma análoga como digital, que tiene como finalidad una forma artística[167]; se vale de soportes como pantallas y proyectores, mas sin abandonar, en ningún caso, la noción de creación y, en muchas ocasiones, de «*manipulación psicológica*» de quien contempla la obra[168]. En su esencia, se diferencia de obras audiovisuales como el vídeo clip o el vídeo documental al admitir nuevas formas de visualización por parte del espectador, al valerse de elementos materiales estéticos, así como de parámetros espacio-temporales e interactivos completamente distintos a los de aquéllos.

Es por esta razón que entendemos relevante la inclusión del término «piezas» en la definición, puesto que favorece la concepción de la categoría como una suerte de instalación material con cierto carácter escultórico, a la que incorporar uno o más monitores de vídeo donde visualizar las imágenes, así como otros aparatos que sirvan para la reproducción de sonidos grabados o generados en directo.

En conclusión, de acuerdo con Rubí Puig, sólo podrá incluirse en esta categoría la instalación física de la que forme parte el vídeo arte, en detrimento de la

166. A juicio de Delgado Porras («Derechos de autor», 3.ª ed., *cit.*, p. 836), no fue muy apropiado introducir en la ley española las piezas de vídeo arte sin tan siquiera justificar tal adición en la Exposición de Motivos; sobre todo cuando se trata de la transposición de una norma dictada con finalidad armonizadora.

167. El vídeo arte nació en los años 60 en los Estados Unidos, como una técnica artística consistente en la grabación de imágenes y su reproducción en monitores. Con el tiempo, se comenzó a dar cada vez más importancia a la disposición física de los elementos materiales –monitores, altavoces, entre otros–, adoptando características de otras tendencias artísticas, como las *performances* (*vid.* Felici, L.: *Encyclopédie de l'Art.* 3.ª ed. Milán, Garzanti, 2005, p. 211).

168. Para este tema, *vid.* Ortuño Mengual, P.: «La experiencia de los límites: una aproximación al término de vídeo arte», en *Creatividad y discursos hipermedia*, dir. Perales Blanco, V. Murcia, Editum, 2013, pp. 136 ss.

obra audiovisual subyacente, ya que ésta puede explotarse mediante la venta de copias en un formato digital[169].

2.3.3. Obras excluidas

2.3.3.1. Obras arquitectónicas

El legislador no menciona expresamente la exclusión de las obras arquitectónicas, pero no podemos considerar que se trate de una mera omisión por su parte en el listado de obras sujetas al derecho de participación. Se trata de un tipo de obra de suficiente entidad en el tráfico económico y en la vida artística como para que, de desearse su inclusión, haber aparecido en la relación indicativa del artículo 1 de la Ley 3/2008[170].

Para Baylos Corroza, la arquitectura *«consiste en la concepción, representada plásticamente o por otro medio, de una combinación de masas de orden tridimensional, constitutiva de un edificio al servicio de las necesidades de habitación del hombre»*[171]. Los edificios son, por definición, arte aplicado, pero a diferencia de otras obras de dicha categoría, no requieren del autor una ejecución personal de carácter material en su objeto. Y del mismo modo que en el resto de obras de artes plásticas, el autor no puede limitarse a idear o concebir la obra, sino que tiene que ejecutar aquello concebido –o intervenir en la ejecución–.

Sin embargo, en nuestra opinión, este extremo también sucede en este caso. Obviamente, el creador de una obra arquitectónica no participará de la construcción de la misma con sus propias manos, pero la ejecución estribará en la *«designación y representación, mediante el dibujo, la paleografía o un modelo, (maqueta) o cualquier otro medio análogo»*[172]. Otro tema será que, además, los materiales preparatorios de las obras arquitectónicas, como los proyectos, los planos o las maquetas, puedan devenir obras por sí mismas[173]. No se nos ocurre impedimento alguno para que

169. *Vid.* Rubí Puig, A., *op. cit.,* p. 102.

170. Asimismo, consideramos excluidas por el mismo motivo obras de ingeniería o paisajismo. Sin embargo, podría darse un tratamiento diferente a las maquetas, siempre y cuando se presentaran de forma individualizada y a modo de escultura muy particular, supuesto compatible con la definición que de las mismas hace Chaves (*op. cit.*, p. 246): *«esbozo de una obra de arquitectura, en tamaño pequeño, tridimensional, antiguamente moldeado en barro o cera, actualmente en espuma de poliestireno, madera y similares»*.

171. *Vid.* Baylos Corroza, H.: *Tratado de derecho industrial, cit.*, p. 556.

172. *Vid. ibídem*, p. 556.

173. No es una cuestión discutida que tales materiales preparatorios de obras de arquitectura o ingeniería (proyectos, planos, maquetas y diseños) puedan ser protegidos por derechos de autor. De hecho, es común también su aceptación en los ordenamientos de nuestro entorno (*vid.* Cuerva de Cañas, J. y Castellví Laukamp, L.: «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 36, septiembre-diciembre 2010. Madrid, Ed. Bercal, 2010, p. 26).

las mismas no pudieran ser objeto del derecho de participación, donde podemos encontrar claros puntos de conexión con la categoría escultórica.

De todos modos, que no haya una ejecución material personal del autor no puede ser el argumento principal para descartar la posibilidad de aplicar el derecho de participación en la reventa de una obra arquitectónica, puesto que, en atención al artículo 1 de la Ley 3/2008, los ejemplares de obras de artes plásticas objeto del derecho que hayan sido *«realizadas por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras originales»*[174]. Un edificio, sin duda, se realiza bajo la *autoridad* del arquitecto.

Entonces, ¿por qué excluir del ámbito objetivo del derecho las obras arquitectónicas y, en cambio, aceptar las obras escultóricas de grandes dimensiones, que utilizan procesos de ejecución totalmente asimilables a los de la construcción[175]?

A la hora de dar respuesta a dicha pregunta, la doctrina parece ponerse de acuerdo[176]: la lógica de las transmisiones de las obras arquitectónicas es particular y no obedece a las reglas del mercado del arte, sino a las del mercado inmobiliario. Además, la aportación del arquitecto, en comparación con el valor del terreno y de la construcción resultará ínfima. Aceptando la posición mayoritaria, añadiríamos como otro argumento de peso, para la exceptuación de la categoría, el sentido finalista de un edificio. La principal función del mismo nunca será la exhibición o la contemplación, sino el albergue de personas, animales o cosas[177].

---

174. Baylos Corroza explica que, en este tipo de obras, caben dos especies de multiplicación. Una es la reproducción de los planos, dibujos, etc.; la otra, y la más típica, la construcción del edificio representado (*Tratado de derecho industrial, cit.*, p. 556).

175. En el Museo Guggenheim de Bilbao encontramos una contraposición paradigmática. El propio edificio, diseñado por Frank Gehry, está concebido con un claro ánimo de exhibición. El arquitecto canadiense no sólo supervisó la construcción (ejecución) del mismo, sino que cuidó hasta el último detalle, hasta el punto de hacer modificar la posición de alguna plancha de la fachada porque no conseguía el efecto de reflejo que había concebido inicialmente. Por otra parte, dentro de este Museo se puede visitar –en exposición permanente, en la sala Fish, de 3.000 m²– el gigantesco conjunto escultórico de acero patinable *«La materia del tiempo»*, de Richard Serra. Las numerosas planchas que conforman las siete esculturas tienen hasta 4 metros de altura y 17 metros de longitud, y fueron laminadas en caliente y mecanizadas en frío en dos talleres de Alemania, fabricantes habituales del artista. Salvando alguna diferencia, las similitudes entre ambos procesos de concepción y ejecución son notorias y, sin embargo, la primera obra se encontraría excluida del ámbito objetivo del derecho de participación y la segunda, incluida. Información obtenida en: *http://www.guggenheim-bilbao.es* (última visita: 12 de julio de 2017).

176. La mayoría de autores consideran fundamental para su exclusión que el precio de las obras arquitectónicas normalmente esté determinado por aspectos externos a los artísticos, como los urbanísticos o los inmobiliarios. En este sentido, *vid.* Katzenberger, P. «Folgerecht», en *Urheberrecht: Kommentar,* coord. Schricker, G, y Loewenheim, U. Múnich, Beck, 2010, p. 385; Bercovitz Álvarez, G., *Obra plástica..., cit.,* p. 367; Rubí Puig, A., *op. cit.,* p. 104; así como Bondía Román («Comentario al artículo 24», *cit.,* p. 135), quien basa esta exclusión en *«razones de operatividad, de sentido común e incluso de orden público»*.

177. Tal y como indican Cuerva y Castellví, la obra arquitectónica presenta la funcionalidad como una de sus peculiaridades, puesto que son obras destinadas a satisfacer las necesida-

Estos aspectos son más que suficiente para apartar las obras de arquitectura del derecho de participación.

Para terminar, se presenta duda sobre la aplicación de este derecho en aquellos supuestos en que la obra ornamental prevalezca sobre la obra aplicada[178], pero hay que concluir que todas aquellas obras incluidas dentro de un edificio, como pudieran ser mosaicos, tallas o esculturas, si se enajenan conjuntamente con tal edificio, no pueden generar el derecho de participación. Por otra parte, no hay que olvidar que en este tipo de operaciones económicas no participa un profesional del mercado del arte, por lo que, de todos modos, el derecho de participación nunca podrá generarse al faltar este elemento imprescindible.

2.3.3.2. Manuscritos

Los manuscritos originales, a pesar de encontrarse en el artículo 14 ter CB y en otras legislaciones europeas previas a la armonización, no se contemplaron finalmente en la Directiva 2001/84/CE y, en consecuencia, tampoco en la Ley española.

De nuevo, entre nosotros, la doctrina aplaudió esta exclusión, al considerar que los manuscritos literarios y musicales son meros medios de expresión –carentes de cualquier valor intrínseco– y no obras plásticas en sí mismos[179]. No obstante, nos parece precipitado descartar cualquier tipo de manuscrito de la dimensión objetiva del derecho de participación. En este sentido, Casas Vallés reduce dicha posibilidad solamente a casos extremos, como el de un caligrama[180]. Sin embargo, en algunos otros supuestos, un manuscrito podría cumplir con el criterio de originalidad desde el sentido plástico de la expresión. No sería tan raro que una obra de este tipo estuviera destinada a su exhibición, y no por anécdota

---

des de sus propietarios, *«ya sea como residencia, en otros casos como lugar de trabajo, producción o fabricación, o incluso la satisfacción de intereses generales. Éste último sería el caso de hospitales, museos, edificios de universidades, bibliotecas, edificios de la administración y un largo etcétera»* (*op. cit.*, p. 36).

178. En sentido contrario, la SAP Barcelona (sección 15.ª) n.º 147/2006, de 28 de marzo (AC 2006, 1723), consideró la Sagrada Familia de Gaudí una obra colectiva, donde el valor de su ornamentación tendrá incluso mayor incidencia artística sobre la misma que el estrictamente arquitectónico.

179. Para Serrano Gómez (*op. cit.*, p. 81), el manuscrito *«se trata de una mera reunión de caracteres de escritura que por sí mismo no reúne los requisitos mínimos de protección ni posee un valor intrínseco. Supone un medio instrumental de plasmación de la obra intelectual, pero no por ello puede recibir el calificativo de obra plástica»*. En la misma línea, Casas Vallés («Comentario al artículo 24», 3.ª ed., *cit.*, p. 427) mantiene que el *«manuscrito no es un amanuense de sí mismo. El lienzo o la escultura son la obra»*. Finalmente, Rocha (*op. cit.*, p. 164) puntualiza que en los manuscritos *«no existe un vínculo indisoluble entre creación y el soporte de expresión, como ocurre, por ejemplo con la pintura sobre un lienzo»*. En sentido contrario, un sector doctrinal menor ha venido defendiendo su inclusión en el ámbito de aplicación del derecho (*vid.* Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24», 2.ª ed., *cit.*, p. 493 y nota 131).

180. *Vid.* Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24», 3.ª ed., *cit.*, p. 427.

o pura idolatría de los espectadores hacia el creador[181], sino porque el objeto reuniera elementos gráficos destacables que le acercaran a una obra de dibujo[182].

Igualmente, habrá que tener en cuenta el caso de las obras mixtas; por ejemplo, manuscritos donde pudieran existir ilustraciones originales. Así, nos encontraríamos ante una obra –en régimen de coautoría o no– de naturaleza inescindible, en la que una aportación, considerada individualmente, daría lugar al derecho de participación y, en cambio, las demás no. La solución más justa, aunque no muy práctica, sería separar en partes teóricas la obra y calcular el valor económico de la ejecución plástica, para saber si, por sí sola, alcanzaría el umbral mínimo de aplicación. En dicho caso, debería aplicarse el porcentaje de participación sobre la misma[183].

3. SINGULARIDAD DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS DE ARTES PLÁSTICAS

Sentado el carácter singular de las obras de artes plásticas y una vez analizadas las características de éstas, debemos examinar las posibilidades de explotación que un autor ostenta sobre las mismas, para valorar si tales posibilidades se hallan condicionadas, de algún modo, por las mencionadas particularidades.

El primer aspecto a destacar, en este sentido, es que la reproducción del original nunca podrá reflejar el contenido expresado en los ejemplares ejecutados directamente por el creador, por lo que el elemento de la unicidad es fundamental para que la obra plástica conserve su valor económico, ya que éste no reside en la multiplicación y venta de copias, sino en el acceso al soporte único que contiene dicha obra.

El artista plástico, condenado habitualmente a la enajenación del ejemplar único –un acto de distribución por venta con agotamiento de este derecho– como modo normal de explotar la obra, no puede aprovechar plenamente el elenco de facultades tradicionales que la ley prevé en beneficio de los autores, hecho que

181. *Vid. ibídem*, p. 427. Este autor insiste, con relación a los manuscritos, en que *«desde el punto de vista del derecho de autor, no hay más razones para dar una participación al artista (literato, músico…) o a sus herederos de las que podría haber para dársela cuando revende su estilográfica o su piano»*.

182. Por ejemplo, porque el autor hubiera empleado una caligrafía especialmente artística, o porque hubiera plasmado la obra literaria en un soporte típico de la obra pictórica (así, un poema escrito con pinturas al óleo en un lienzo).

183. Katzenberger (*Das Folgerecht…, cit.,* p. 108) considera que, efectivamente, mediante peritaje experto habría que establecer cuál es el valor de ambas obras y calcular su porcentaje de representatividad en la obra colectiva. No obstante, si el valor literario fuera muy inferior se podría hablar de accesión en favor de la obra plástica. El mismo esquema utilizó Desbois (*Le droit d'auteur…, cit.,* p. 398) cuando hay una parte de la obra inescindible que pertenece al dominio público.

le impedirá obtener un rendimiento económico mediante otra explotación que no sea ésta.

Sin embargo, ¿en qué se traduce, en la práctica, que los actos de explotación estén mermados para el creador plástico? La cuestión aconseja un análisis individualizado para cada uno de los derechos de explotación, tomando como referencia la actual configuración de tales derechos en la legislación española, cuyo artículo 17 TRLPI establece que *«corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley»*.

En consecuencia, cabrá ahondar en los impedimentos que hallará el autor de obras de artes plásticas cuando trate de hacer valer los derechos de reproducción (artículo 18 TRLPI), distribución (artículo 19 TRLPI) y comunicación pública (artículo 20 TRLPI); y será necesario valorar ciertas cuestiones relativas a los derechos de transformación (artículo 21 TRLPI) y de colección (artículo 22 TRLPI) con relación a la explotación de este tipo de obras. Las dificultades, además, pueden ir encadenándose. Por ejemplo, si el autor no puede realizar copias de su obra plástica que mantengan la esencia de la misma, no puede ejercer plenamente el derecho de reproducción. En consecuencia, al verse abocado a enajenar el original no conseguirá, asimismo, beneficiarse del derecho de distribución, al agotarse el mismo con esa primera transmisión. Por otra parte, su derecho de exposición pública presuntamente habrá sido cedido al adquirente con la compraventa. Y, para finalizar, cuando se produzca una reventa de esa obra, el autor no podrá ejercitar el derecho de colección al no poder acceder físicamente a la obra.

3.1. LAS REPRODUCCIONES IMPROPIAS DEL EJEMPLAR ORIGINAL

El derecho de reproducción, en su definición legal del artículo 18 TRLPI, es el derecho a fijar directa o indirectamente, de modo provisional o permanente, por cualquier medio y de cualquier forma[184], la totalidad o parte de la obra para comunicarla o conseguir copias de la misma, la mayoría de las veces de manera instrumental con respecto a los derechos de comunicación[185] y, especialmente, distribución.

184. El derecho de reproducción tradicional, en el que eminentemente las copias debían realizarse en soportes corpóreos no puede ser actualmente tratado de ese modo, debiéndose aceptar nuevas formas de explotación, sobre todos desde la aprobación 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. Concretamente, el artículo 2 de la misma dispone que *«los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma»*.

185. A juicio de Garrote Fernández-Díez, el proceso de desmaterialización que ha sufrido

Los avances tecnológicos y el uso de medios digitales e Internet para la creación y reproducción de obras artísticas han diluido la exigencia de corporeidad de las mismas y la plasmación de sus copias. El derecho de reproducción, a efectos prácticos, ya no se rige por el modelo Gutenberg –esto es, ajustándose a obras susceptibles de explotación mediante la reproducción de múltiples ejemplares físicos–, sino que la copia se traslada a los nuevos procesos de tratamiento digital de las obras, ya sea con soportes o ejemplares electrónicos – *off line* – o con medios directamente telemáticos – *on line* –[186]. De este modo, el uso de las copias digitales de las obras y las nuevas prestaciones telemáticas necesitan la realización de múltiples reproducciones temporales o técnicas por parte de los equipos de transmisión y recepción de datos[187].

Sin ánimo de mostrarnos ajenos a ese contexto cambiante, por suerte o por desgracia, la manera de crear y comercializar la obra de los artistas plásticos, sigue siendo prácticamente la misma desde hace siglos. El mercado todavía apenas les ofrece otra opción real de obtener ingresos económicos que no sea poner a disposición del público el original. A pesar de todo, habrá quien defienda que, igualmente, estos creadores podrían producir múltiples copias de su obra, incluso con eficientes medios digitales, para explotarlas económicamente. Pero en estos supuestos no habría una reproducción estricta de la obra de arte original, sino más bien una reproducción impropia que implicaría una gran merma de valor de la misma[188]; de hecho, tan sólo cuando los mecanismos de reproducción de la obra requirieran la acción directa del autor –acaso mediante grabados o moldes

---

el derecho de reproducción hace que se difuminen las barreras que claramente lo separaban de la comunicación pública, convirtiéndolo en un concepto que también funciona a través de ella, al permitir técnicamente el uso ulterior de la obra y su percepción por los sentidos del usuario (Garrote Fernández-Díez, I.: *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/* CE, 2.ª ed. Granada, Comares, 2003, p. 347).

186. Carbajo Cascón apunta que *hoy* los múltiples ejemplares se materializan, normalmente, en soportes que incorporan copias digitales; sin embargo, cuando se dan reproducciones digitales intangibles, duraderas o provisionales, por ejemplo en Internet, resulta más acertado hablar de *reproducción* y no de *copia* (Carbajo Cascón, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*. Madrid, Colex, 2002, pp. 87 y 88). Añade Garrote Fernández-Díez (*El derecho de autor en Internet*, *cit.*, p. 57) que, en un medio como Internet, la reproducción no es sólo «*un producto de la Red, sino el* modus operandi *de la misma*».

187. Para un mayor desarrollo acerca de la diferencia entre reproducciones temporales y técnicas, *vid.* Garrote Fernández-Díez, I.: «Las reproducciones provisionales del art. 31.1 TRLPI», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 41-43; Ribera Blanes, B.: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid, Dykinson, 2002, p. 93; o Carbajo Cascón, F., *op. cit.*, p. 93.

188. Para Erdozain López (Erdozain López, J.: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 124) el hecho de que la Directiva 2001/29/CE se refiera tanto a los usos directos como indirectos del derecho de reproducción, *«permite deducir la intención de los redactores de la Directiva de sujetar todo tipo de actos/procedimientos técnicos a través de los cuales se reproduzca o se permita reproducir la materia protegida»*.

de esculturas–, se deberían considerar, entonces, como una nueva obra única, original y singular, diferenciada del resto de su serie.

Desde un punto de vista más clásico, pero no por ello menos riguroso, Baylos Corroza puntualiza que, cuando hablamos de una obra plástica, ésta no puede ser, en realidad, reproducida, sino tan sólo imitada. Por tanto, cualquier modo de obtener presuntos ejemplares de una pintura o una escultura, será artificial e impropio. Este autor sólo ve tres posibilidades para conseguir la mal llamada reproducción de la obra plástica: la realización de fotografías del ejemplar único, la copia intentando lograr una imitación fidedigna y el plagio. Obviamente, ante ninguna de ellas podríamos hablar de una estricta reproducción de la obra única[189].

Sin embargo, habida cuenta de que la mayor parte de las legislaciones y la doctrina aceptan esta reproducción impropia como reproducción en sentido jurídico, tendrá cabida la explotación de la representación visual de la obra plástica en cualquier tipo de soporte –por ejemplo, con la reproducción fotográfica de un cuadro–, pudiéndose aducir que algunas obras plásticas incluso han conseguido ser explotadas comercialmente mediante reproducciones mecánicas[190], al haberse incorporado una imagen de las mismas en postales, camisetas, publicidad o catálogos[191]. Sin embargo, siendo realistas, ello únicamente ocurre con las obras célebres, por lo que la principal fuente de ingresos del artista plástico común seguirá siendo la venta de su propia obra original, sin poder lucrarse de estas opciones comerciales[192].

189. *Vid.* Baylos Corroza, H.: *Tratado de derecho industrial*, *cit.*, p. 553. Igualmente, Rivero Hernández se cuestiona si puede hablarse en puridad de reproducción de obras plásticas por el hecho de realizar una fotografía de la *Pietà* de Miguel Ángel o de un cuadro de El Greco. Ciertamente, tales fotografías permitirían su percepción visual pero no proporcionarían la misma homogeneidad física y representativa del original, único. Así, aunque mantiene sus reservas acerca de que ello pueda considerarse reproducción de una obra plástica en sentido estricto, admite que existe casi unanimidad en cuanto a considerar los supuestos indicados como reproducción a los efectos de explotación patrimonial (Rivero Hernández, F.: «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007, pp. 296 y 297).

190. Rubí Puig parece no aceptar la desigualdad de los artistas plásticos respecto a otros autores que sí pueden explotar plenamente el derecho de reproducción, aduciendo que las características del mercado demuestran la posibilidad de explotar la obra plástica a través de obras derivadas mediante licencias o en las tiendas de los museos, que están colmadas de reproducciones de obras de arte y *merchandising* vario (*op. cit.*, p. 84). Aun aceptando esta puntualización, no creemos que se pueda negar la evidente disminución de valor de la copia respecto al original.

191. Delgado Porras («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 37) sostiene que la débil capacidad de explotación económica del artista común –en oposición al famoso– a partir de copias, no excluye que sean ilícitas todas aquellas utilizaciones de las obras que, sin autorización del titular del derecho de reproducción, terceros realizan en folletos, libros, websites, catálogos, postales o espacios publicitarios, entre otros medios.

192. *Vid.* Lipszyc, D.: *Derecho de autor...*, *cit.*, pp. 212 y 213.

A la vista de lo expuesto, que el creador plástico tenga que convivir con un derecho de reproducción enormemente limitado, sin duda, afectará a sus otras facultades de explotación, muy especialmente al derecho de distribución.

3.2. EL AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

El derecho de distribución se define en el artículo 19.1 TRLPI como «*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*». A pesar de estar estrechamente relacionado con el derecho de reproducción –sobre todo cuando se lleve a cabo a partir de la distribución de copias de la obra–, se trata de un derecho totalmente diferenciado, en tanto que un autor, por ejemplo, podría autorizar reproducciones de su obra para permitir su comunicación pública o, por el contrario, autorizar, en un ámbito geográfico, la distribución de copias anteriormente reproducidas. Este derecho confiere al autor la facultad de consentir y controlar la puesta a disposición del público de los ejemplares de la obra, con el claro objetivo de ser normalmente retribuido, reservándose la imposición de las condiciones y términos en que ésta será comercializada.

A priori, por sus diversas posibilidades, se considera como uno de los derechos de explotación que otorga mayores opciones al creador plástico para obtener rendimientos económicos de su obra. Sin embargo, al realizar un examen exegético del derecho y, sobre todo, al tratar de buscar, a efectos prácticos, una posibilidad de explotación real por su parte, se advierten, de nuevo, grandes limitaciones.

El derecho de distribución permite al autor hacer llegar al público *el original* o las copias de la obra en un soporte tangible, físico, que pueda ser aprehendido por el público. Esta segunda opción –mediante copias– sólo será posible limitadamente para determinados tipos de obras múltiples seriadas, como es el caso de los grabados, pero no servirá para el resto de obras de artes plásticas –la enorme mayoría–, donde, como se ha visto, esta posibilidad se ve coartada por las limitaciones que encuentra el artista plástico para ejercer el derecho de reproducción, al tan sólo poder *poner a disposición del público* el soporte del original.

A continuación, la norma dispone el modo en que el autor podrá distribuir su obra, que deberá realizarse *«mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma»*[193]. Nuevamente reiteramos que, sin embargo, la experiencia determina que casi el único modo que tiene al alcance el artista plástico para obtener una retri-

193. Delgado Porras («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 40), advierte que la expresión *«cualquier forma»* no debe restringirse a figuras como la permuta o la donación, sino que debe abarcar también *«cualquier otra forma de circulación de los ejemplares individualizada (además de por el título adquisitivo de su propiedad o posesión) por el destino de uso (privado o doméstico, ejecución pública, radiodifusión, cable-distribución, etc.)»*.

bución por su obra será mediante la venta. Y aquí es donde surgen las mayores limitaciones del derecho de distribución.

Por una parte, a tenor del artículo 19.2 TRLPI, la enajenación de la obra original y su consecuente introducción en el tráfico jurídico[194] por parte del autor o de alguien por él autorizado, comportará el agotamiento del derecho[195]. Así, una vez el autor transmita su obra en el mercado primario, verá como se extingue su *ius prohibendi* y el control para los actos de transmisión de dicha obra realizados con posterioridad, aun conservando sus restantes facultades patrimoniales y morales[196]. Este agotamiento garantizará al adquirente la posibilidad de transmitir el soporte que contiene la obra mediante venta nuevamente[197], aunque no le será

194. Bercovitz Álvarez (*Obra plástica..., cit.,* p. 282) se cuestiona si se puede afirmar que la obra plástica, hasta el momento de ser introducida en el tráfico jurídico, se trata de *res extra commercium*. Según su razonamiento, si la obra hubiera llegado ilícitamente a manos de un adquirente de buena fe, el artículo 139.4 TRLPI no permitiría, en ese caso, al autor exigir la devolución de los ejemplares adquiridos para uso privado. En su opinión, debe interpretarse que, una vez se ha notificado por parte del autor al adquirente la situación de ilicitud, éste no podrá ejercer derechos sobre la propiedad de dicha obra, porque entrarían en conflicto con la exclusividad del ejercicio del derecho de distribución por parte del autor. Con todo, hasta el momento de la notificación, la obra podría haber sido introducida en el mercado sin que el autor hubiera ejercido su derecho de distribución y, en consecuencia, éste no se habría agotado, por lo que no puede considerarse *res extra commercium*.

195. Rivero Hernández («Comentario al artículo 18», 3.ª ed, *cit.*, pp. 319-320) reivindica que el concepto de agotamiento o extinción del derecho de distribución fue creado por la doctrina alemana y consagrado por su introducción en el artículo 4 de la Directiva 2001/29/CE. En el preámbulo de la Ley 23/2006, de 7 de julio, 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, que sirvió para introducir la Directiva mencionada en el ordenamiento español –aunque el agotamiento del derecho de distribución se hallaba en nuestra legislación desde 1987–, se justifica el agotamiento por el interés en la libertad de la circulación de los productos y los intercambios culturales en el ámbito europeo, apuntando que se debe buscar el equilibrio entre la facultad del autor de controlar los usos y difusión de su obra y el interés de la sociedad en esta libre circulación, que además coincide en el interés del adquirente de la obra plástica como propietario incondicionado. Por otro lado, como afirma Carbajo Cascón (*op. cit.*, p. 146), tras la Directiva 2001/29/CE, hay que interpretar que *«el agotamiento sólo se aplica única y exclusivamente a las obras o prestaciones incorporadas a soportes materiales o ejemplares* off line».

196. En el considerando 28.º de la Directiva 2001/29/CE se especifica que, técnicamente, aquello que se agota no es propiamente el derecho de distribución, sino que, tras *«la primera venta en la Comunidad del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en la Comunidad»*.

197. Este principio del agotamiento del derecho de distribución, según Marco Molina, se remonta a una construcción del jurista alemán Kohler, quien extrapoló esta máxima a partir de principios rectores del derecho de patentes, trasladando al terreno de la propiedad intelectual una regla según la cual el derecho exclusivo del titular de la patente no subsiste en los objetos individuales o cosas materiales construidos en ejecución de la misma, una vez han sido éstos introducidos en el tráfico con su consentimiento. Según esta autora, aplicando este agotamiento en materia de derechos de autor, se evita que, en

otorgado ningún derecho –ninguno le habrá sido cedido *per se*– sobre el *corpus mysticum* de la obra; sino que sólo tendrá derechos sobre el soporte físico –*corpus mechanicum*–, con las limitaciones para ambas partes dispuestas por ley[198].

De todos modos, el artículo 19.2 TRLPI establece dicho agotamiento sometido a un límite territorial:

Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.

En consecuencia, solamente cuando la obra se haya transmitido, a título oneroso o gratuito y con el consentimiento del titular, en el mercado primario en el ámbito de la Unión Europea –en realidad, del Espacio Económico Europeo, conformado por los Estados miembros más Islandia, Noruega y Liechtenstein–, el adquirente, ahora propietario del bien material, podrá disponer de ella según lo previsto para posteriores ventas. En sentido contrario, no existirá tal agotamiento en caso de venta de la obra por parte del titular del derecho o de alguien con su consentimiento si esta primera transmisión se hubiera realizado fuera del ámbito de la Unión Europea[199]. Por lo tanto, el titular del derecho de distribución podrá

virtud del derecho de distribución, se constituya un monopolio a favor del autor u otro titular, debiéndose hallar un equilibrio entre el legítimo interés de dicho sujeto a intervenir la difusión de su obra y el, igualmente protegible, interés del tráfico en la no limitación de la circulación de bienes (Marco Molina, J.: *La propiedad intelectual en la legislación española.* Madrid, M. Pons, 1995, pp. 253-255).

198. Queda, pues, extinguido o consumido el derecho del titular de la propiedad intelectual respecto al concreto *ejemplar*, pero no respecto a la *obra* o creación intelectual a él incorporada (cfr. *ibídem*, p. 257). Acerca de dichas limitaciones, el artículo 56 TRLPI establece lo siguiente sobre la transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales: *«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»*. Esta norma, sin embargo se ve matizada por el segundo apartado del precepto, que se ocupa de los adquirentes del *corpus mechanicum* de obras de arte plásticas. Reza: *«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»*. *Vid. infra* el tratamiento de esta cuestión, con relación a la comunicación pública.

199. Por lo tanto, no se admite el agotamiento del derecho de distribución en el ámbito internacional. Así lo interpretaron también los tribunales españoles. *Vid.* SAP Barcelona (sección 15.ª) de 20 de enero de 2003 (AC 2003, 1909), que apoyándose en jurisprudencia europea, en relación con una importación de fonogramas, estimó la inexistencia de agotamiento cuando la primera venta se ha realizado fuera del ámbito comunitario y, en consecuencia, el titular del derecho de distribución puede comercializar sus productos fuera del EEE, e impedir las importaciones paralelas de sus productos lícitamente vendidos en terceros países. En la misma línea, *vid.* STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) n.º 852/2001, de 28 de septiembre (RJ 2001, 8718).

también ejercerlo para impedir las importaciones no autorizadas provenientes de un tercer Estado distinto a los del Espacio Económico Europeo, evitando las llamadas *importaciones paralelas*[200], esto es, aquellas que se llevan a cabo intencionadamente por el importador sin el consentimiento del titular del derecho en el territorio comunitario, ilícito contemplado en el artículo 270 del Código Penal[201].

Adicionalmente, nos encontramos con otra limitación del derecho de distribución, esta vez de carácter claramente material. Debido a que el creador plástico, cuando enajena una obra, trasmite el soporte físico donde ésta ha quedado fijada, le resultará de una dificultad extrema poder ejercer un eventual *ius prohibendi* del derecho de distribución, aun sin estar éste agotado, puesto que ha perdido absolutamente el control sobre el objeto. A modo de ejemplo, imagínese lo complejo que puede llegar a ser para un autor europeo averiguar si una obra que vendió en Estados Unidos, vuelve a ser revendida, mediante contrato privado, por parte del inicial comprador a un nuevo adquirente en un país del Espacio Económico Europeo.

En cualquier caso, pudiera argumentarse que el artista plástico todavía tiene, por lo menos, dos posibilidades más para distribuir su obra, como son el alquiler y el préstamo[202]. Efectivamente, todo aquello que no sean ventas o transmisiones

200. Sobre las importaciones paralelas, llama la atención la postura jurisprudencial de otros países. En los Estados Unidos, la *Supreme Court* de los Estados Unidos, en el caso *Kirtsaeng, DBA Bluechristine99 v. John Wiley* & *Sons, INC. 568 U.S._ (2013),* dictaminó que los titulares de los derechos de autor no pueden impedir la reventa dentro del país de aquellos ejemplares importados desde el exterior, argumentando que el derecho de distribución se agota con la primera transmisión, independientemente del lugar donde se hubiese dado. En el supuesto de hecho, un estudiante tailandés, Kirtsaeng Supap, de la Universidad del Sur de California, importaba, mediante envíos de su familia, manuales de matemáticas desde su país para revenderlos por eBay en los Estados Unidos. John Wiley & Sons, parte demandante, interpretó que la regla conocida como «*first sale doctrine*», según la cual el titular del *copyright* no tiene un derecho de control sobre la circulación posterior de las copias que ha vendido o dispuesto de otra forma, derivada de la §109 de la *US Copyright Act*, implicaba el agotamiento del derecho de distribución sólo para aquellas primeras ventas realizadas en los Estados Unidos, pero la Corte Suprema, sorprendentemente, ha dictaminado la legalización de las importaciones paralelas. El agotamiento mundial del derecho de distribución en los Estados Unidos no sólo debe aplicarse a los ejemplares reproducidos, sino también a las obras de arte originales. De hecho, ya era ésta una solicitud planteada por diferentes sectores culturales. Por ejemplo, la Asociación de Directores de Museos de Arte y otros representantes de este ámbito, concluyeron, de manera unilateral, que era necesario que una obra de arte realizada en el extranjero e importada a los Estados Unidos pudiera ser distribuida y exhibida públicamente por los museos en este país sin el consentimiento del autor, siempre y cuando éste hubiera autorizado la primera transmisión en el extranjero (cfr. U.S. SUPREME COURT. Informe n.º 11-697, de 9 de julio de 2012, p. 23).

201. *Vid.* Erdozain López, J.: «Los derechos de explotación», en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 73. También, Rivero Hernández, F.: «Comentario al artículo 19», 3.ª ed., *cit.*, p. 318.

202. El artículo 19.3 TRLPI dispone que «se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para *su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico*

de propiedad no producirá, en ningún caso, el agotamiento del derecho, con lo que el ordenamiento español –y europeo, armonizado– abraza parcialmente la *teoría del destino*[203], por la cual el autor conserva el control de la utilización de los ejemplares después de haberlos distribuido en determinadas modalidades. A pesar de ello, la realidad del mercado deja en residuales los supuestos en que el autor distribuye una obra plástica mediante su alquiler o su préstamo.

3.3. LA PRESUNCIÓN DE CESIÓN DEL DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA Y SU NORMAL EJERCICIO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

El artículo 20.1 TRLPI establece que se entenderá por comunicación pública aquellos actos por los que *«una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas»*. Según la concepción clásica del derecho de comunicación pública, la explotación se sucede de manera simultánea, tanto temporal como espacialmente, entre el público y el titular del derecho u organizador del acto. Sin embargo, el desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación y canales de transmisión propiciaron que se aceptara también que público y acto no confluyeran espacio-temporalmente –por ejemplo, como suce-

---

o comercial directo o indirecto», mientras que el apartado 4.º del mismo artículo establece que *«se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público»*. En el caso del préstamo, además, ni siquiera se entenderá que existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. La redacción del artículo 19.4 TRLPI muestra un derecho restringido de distribuir la obra mediante préstamo, ya que la legislación española no se acogió al artículo 5.1 de la *Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual*, que prevé lo siguiente: *«los Estados miembros podrán establecer excepciones al derecho exclusivo a que se refiere el artículo 1 en lo referente a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración por esos préstamos. Los Estados miembros podrán determinar libremente esta remuneración teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural»*. Según Delgado Porras («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 44), en el ámbito de la Directiva, las personas físicas o jurídicas que realizan préstamos de colecciones de arte y que no reúnen la característica de *«establecimiento accesible al público»* no podrán acogerse a las ventajas que dispone la misma y que se traducen en *«hurtar esos préstamos de la aplicación del correspondiente derecho exclusivo y, en determinados casos, incluso del derecho de remuneración equitativa previsto en el artículo 5 de la Directiva e inexistente en la Ley de Propiedad Intelectual»*.

203. *Vid.* Rivero Hernández, F.: «Comentario al artículo 19», 3.ª ed., *cit.,* pp. 317 y 318. También, Bercovitz Álvarez (*Obra plástica..., cit.*, p. 286). Resulta aclaratoria la STS (Sala 1.ª) n.º 1155/2001, de 12 de diciembre (RJ 2001, 9801), donde se expresa que el agotamiento del derecho de distribución a partir de la primera venta opera respecto de las reventas sucesivas de un modo que no alcanza a ninguna otra facultad: *«no extingue totalmente el control del titular del derecho de distribución (derechos económicos), porque la adquisición de la cosa material no supone la adquisición de todos los derechos de explotación, y aunque no cabe negar a los adquirentes (...) diversas facultades dispositivas, carecen sin embargo de la de llevar a cabo la actividad comercial de alquiler (...), sin consentimiento del productor»*.

de con el arte electrónico al que se puede acceder bajo pago de contenidos[204] o, simplemente, cuando se trata de una representación teatral emitida por *web-cam*–. En cualquier caso, para que exista el derecho de comunicación pública debe haber una pluralidad de público que disfrute del acto, no pudiéndose aplicar en un ámbito privado o doméstico.

De esta manera, *a priori*, éste podría ser un derecho muy adecuado para la explotación de una obra de artes plásticas, puesto que el principal objetivo del autor normalmente será permitir la visualización de su obra por el público. De hecho, la mayoría de los actos de comunicación pública enumerados en el artículo 20.2 TRLPI –básicamente los englobados entre los apartados c) a i)– resultan aplicables a la explotación de este tipo de obras, puesto que es factible su comunicación mediante emisiones vía satélite o su transmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo; así como la puesta a disposición del público de la obra por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de un modo que permita su contemplación en el momento y lugar que desee el espectador.

No obstante, las opciones expuestas serían residuales y no parecen darse con frecuencia en el caso que nos ocupa[205], si bien es cierto que cada vez más museos y gale-rías utilizan Internet para mostrar sus catálogos al público con digitalizaciones de gran calidad. Sin embargo, la Ley parece reservar un apartado ideado a medida para la comunicación de obras de artes plásticas: el artículo 20.2.h) TRLPI expresa que será un acto de comunicación pública *«la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones»,* reconociendo al titular el derecho de exposición la posibilidad de mostrar las obras *al público* mediante la observación y contemplación de manera directa del ejemplar original.

En todo caso, hay que examinar dos limitaciones a este derecho para el artista plástico, una de carácter legal y otra material.

3.3.1. La transmisión *ex lege* del derecho de exposición pública

La limitación legal se halla en el artículo 56.2 TRLPI, según el cual cuando el autor vende su obra de artes plásticas o fotográfica a cualquier tercero, este adqui-

204. Debido a la necesidad de incorporar al derecho español la Directiva 2001/29/CE, se aprobó la Ley 23/2006, modificativa del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Entre los cambios más significativos, se introdujo un nuevo apartado –el i)– al artículo 20.2 TRLPI, por el cual se considera también un acto de comunicación pública *«la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija»*.

205. Ortega Doménech (*Obra plástica..., cit.,* p. 265) describe una realidad del mercado del arte, y es que difícilmente alguien está dispuesto a comprar una obra sin haber visionado en su conjunto el original. Por lo tanto, podría llegar a funcionar residualmente una comunicación pública de la obra a distancia mediante cualquier medio técnico pero, sin duda, la exposición debe ser considerada *«la forma de explotación más importante para el autor»*.

rente –nuevo propietario– 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»*[206]. Existe, por lo tanto, una presunción *iuris tantum* –ya que, en todo caso, el autor podría demostrar que se ha reservado contractualmente esta facultad– de transmisión del derecho de exposición pública al enajenar el soporte físico de la obra[207]. Adicionalmente, entendemos que aplicando una fórmula similar a la del artículo 44 de la UrhG alemana, el autor podría llegar a oponerse a la exposición de su obra por parte del propietario, mediante la aplicación de las medidas cautelares contenidas en el artículo 141 TRLPI –especialmente adecuada sería la suspensión de la actividad de exposición–, cuando se realizara en condiciones que perjudicaran su reputación como artista[208].

Es necesario, además, precisar que el único derecho que se transmite *ex lege* al propietario que adquiere el ejemplar plástico es el de exposición pública (artículo 20.2.h), excluyéndose todas las demás formas de comunicación pública[209] y, aunque huelga decirlo, otros derechos de explotación, como el derecho de reproducción o el de distribución[210].

En cualquier caso, debería producirse aquí un negocio sinalagmático, con supuestas prestaciones equilibradas entre comprador y vendedor; pero lo cierto es

206. Aunque incómodo con esta situación, Marín López apunta que el propietario al que se refiere el precepto puede ser el adquirente directo del autor, pero también cualquier *«subadquirente posterior»*, siendo indiferente si la adquisición fue a titulo oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, o si se produjo en contra de la voluntad del autor, como en una ejecución forzosa judicial o extrajudicial (Marín López, J.: «La contratación de obra por encargo y la compraventa de obras plásticas», en Delgado Porras, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales.* Madrid, Trama, 2006, p. 214).

207. En opinión de Delgado Porras («Los derechos exclusivos...», *cit.*, p. 57), con relación a la irretroactividad de dicha cesión, defiende que *«en tanto norma privativa de derechos preexistentes, también entiendo que no es aplicable a las obras cuyos autores hayan fallecido antes del 7 de diciembre de 1987, ya que sus respectivos derechohabientes (salvo enajenación del derecho por su* de cuius *o por ellos mismos después de la muerte de éste) venían gozando desde el óbito de su causante de un derecho de exposición pública de esas obras no afectado por presunción de clase alguna, derecho que quedó vigente por todo tiempo de protección de la obra en virtud de las disposiciones transitorias»*.

208. *Vid.* Hualde Sánchez, J.: «Comentario al artículo 56», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007, p. 891.

209. Marín López («La contratación de obra...», *cit.*, p. 219) matiza la cuestión con el siguiente ejemplo: *«dicho en otras palabras (el titular del derecho de exposición pública) puede colgar en una pared y hacer con ella (la obra) –aisladamente o en conjunto con otras– una exposición, pero no puede introducirla en la red de Internet y exponerla públicamente de este modo»*.

210. *Vid. ibídem*, pp. 219-221. Así, por ejemplo, el propietario particular no podría reproducir la obra en un catálogo, porque de ser así, estaría vulnerando el derecho de reproducción. No ocurre así en cierto derecho comparado, como apunta Ribera Blanes (*op. cit.*, p. 76): el legislador francés permite, dentro del artículo L 122-5 del *Code de Propriété Intellectuelle*, *«las reproducciones, íntegras o parciales, de obras de arte gráficas o plásticas que estén destinadas a figurar en el catálogo judicial efectuado en Francia para los ejemplares puestos a disposición del público antes de la venta, con el simple propósito de describir las obras de arte que se ponen a la venta»*.

que el legislador estableció una verdadera excepción al derecho de explotación y a la previsión del artículo 56.1 TRLPI –donde se dispone que el adquirente de la obra no tiene ningún derecho de explotación sobre ésta–, deseando expresamente que la facultad de exposición pública se transfiriera al patrimonio del adquirente –sea por las complejidades físicas que implica su ejercicio por parte del autor cuando ya no es propietario del *corpus mechanicum* o sea por el interés general en lograr una mayor difusión de las obras–[211]. Pero, a cambio, no compensa al autor por la pérdida de dicha facultad exclusiva.

Así, la transmisión de la facultad patrimonial de exposición pública al adquirente no sólo no requerirá una autorización del autor para su ejercicio, sino que tampoco generará a favor de éste una remuneración que tome en consideración los beneficios obtenidos en las exposiciones realizadas por aquél –cuestión más controvertida, si cabe, cuando el nuevo propietario no es un particular–. No obstante, es cierto que, con arreglo al artículo 46 TRLPI y a la libertad contractual del artículo 1.255 Cciv, el autor podría llegar a pactar con el adquirente la percepción de una remuneración a tanto alzado por la exhibición de obras por parte de galerías o museos con carácter comercial[212]. Aun así, una buena parte de la doctrina ha considerado insuficiente dicha solución, y aboga por el establecimiento de *lege ferenda* de un derecho de remuneración como mecanismo compensatorio ante esta cesión del derecho de exposición[213].

---

211. La entidad de gestión colectiva que representa a los artistas plásticos, VEGAP, elaboró en el año 1993 el denominado «*Manifiesto de Zaragoza*», donde se fijaron catorce reivindicaciones que se hicieron llegar al Gobierno para intentar la modificación de la Ley. La séptima de ellas rezaba: *«la exhi-bición de una obra de arte es un acto comunicativo del creador. Es un derecho intemporal e independiente de la propiedad. El autor debe tener siempre el derecho a decidir de qué forma se exhiben sus obras»* (cfr. *ABC*, 1 de diciembre 1993, p. 53). Esta petición no tuvo éxito, principalmente porque en derecho comparado esta opción no encuentra acompañamiento, puesto que las legislaciones de propiedad intelectual de Alemania, Portugal y Suiza ceden el derecho de exposición al propietario que adquiere la obra, mientras Francia e Italia, que no tienen la cuestión regulada, aplican esta misma solución jurisprudencialmente (cfr. Hualde Sánchez, J., *op. cit.,* p. 887).
212. *Vid.* Ortega Doménech, J.: *Obra plástica..., cit.*, p. 271.
213. Vicent López considera interesante la posibilidad de incluir un derecho remuneratorio a los artistas plásticos y fotográficos por la exposición pública de sus obras cuando se ha cedido el derecho. En sus palabras, *«el autor decidiría si se reserva el derecho o si, por el contrario, permite que opere el mecanismo de la cesión legal, garantizando que el autor participe de los beneficios económicos de exposición de la obra»*. Incluso opina que la remuneración debería incluirse cuando la exposición es gratuita (museo público) ya que el autor no tiene por qué financiar la promoción cultural (*op. cit.,* pp. 139 y 140). Por su parte, Marín López explica que la configuración de un derecho de remuneración para que los autores participaran de los posibles elevados beneficios que se obtuvieran de sus obras cuando son expuestas al público por terceros *«fue recomendado en 1981 por el Consejo Internacional de Autores de Artes gráficas, Plásticas y Fotógrafos (CIAGP), dependiente del CISAC»*. No obstante, reconoce que ninguna legislación vigente que conozca lo ha implementado, aunque *«el Proyecto de Ley del Autor y Autora y de los Derechos Conexos, presentado en Venezuela en febrero de 2005, dispone en su artículo 54 que la enajenación del objeto material en el que está incorporada la obra, no produce a favor del adquirente, la cesión de los derechos de comercialización correspondientes al autor y la*

3.3.2. La exposición privada en el ámbito doméstico

La limitación material apuntada obedece al difícil cumplimiento del principal presupuesto de la comunicación pública, en general, y de la exposición pública, en particular, cuando se exhibe una obra de arte plástica. La Ley exige que una *pluralidad de personas* tenga acceso a la misma *de manera pública*, puesto que el artículo 20.1.2.º párrafo TRLPI fija que *«no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico»*.

Por ende, el ámbito doméstico no puede considerarse de libre acceso y es precisamente en ese ámbito donde se exponen la inmensa mayoría de las obras plásticas[214]. Mostrar la obra a diversas personas con quien se mantienen relaciones familiares o de amistad, en ningún caso puede ser concebido como una exposición pública[215]. En consecuencia, el acto –habitual– por el que se exhiben las obras de los artistas plásticos se vería excluido de la sujeción legal del derecho de

---

autora, aunque salvo pacto en contrario, el contrato de enajenación del objeto material que contiene una obra de arte, confiere al adquirente el derecho de exponer públicamente la obra (…). En otros ordenamientos vigentes se prohíbe al adquirente la exposición con fines de lucro (art. 31 de la ley chilena 17336, se 1970), lo que de raíz impide la obtención de ganancias por el propietario a costa de la obra» («La contratación de obra...», p. 223). Asimismo, Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24», 2.ª ed., *cit.*, p. 481, añade que el canon de exhibición fue propuesto en diversas enmiendas al tramitarse la Ley de Propiedad Intelectual en 1987. También Hualde Sánchez (*op. cit.*, p. 887) defiende que tendría mucho sentido que el autor cobrara una remuneración *ex lege* cuando el adquirente es un museo, entidad u organismo, así como comerciantes que exhiben las obras para su venta.

214. Si bien, como indica Ayllón Santiago (*op. cit.*, p. 153), es costumbre de personas adineradas o herederos de artistas acondicionar espacios privados para exponer públicamente las obras. Esta práctica devendrá comunicación pública cuando, en locales que inicialmente no tenían consideración de museos, posteriormente, cuando la exposición de las obras se convertía en permanente y la gestión resultaba gravosa para el particular, se les ha acabado otorgando tal carácter.

215. Se puede acotar la expresión *ámbito estrictamente doméstico* desde un punto de vista jurisprudencial según lo expresado en la SAP Vizcaya (Sección 3.ª) n.º 855/2001, de 26 de septiembre (JUR 2002, 4130): *«el sentido correcto es el que se refiere a una reunión de personas que se frecuentan habitualmente, basándose para ello, en la etimología del término doméstico que alude a la casa y al círculo familiar y al adverbio estrictamente, que impide una interpretación amplia, (…), tal expresión sólo puede acotarse por oposición a lo público»*. A pesar de todo, en ocasiones, resultará complejo dirimir si el ámbito es estrictamente doméstico o tiene cierto carácter público, como apunta Erdozain López («Los derechos de explotación», *cit.*, p. 81). Por ejemplo, la jurisprudencia española, acogiéndose a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableció que el acto por el que se pone una obra a disposición de los huéspedes de las habitaciones de los hoteles constituirá un acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, debido a que las personas que, acumuladamente, se alojarán en las habitaciones serán consideradas un público determinado al que se dirigirá la creación. Por su parte, Casas Vallés también aboga por restringir al máximo los supuestos de comunicación «privada», descartando, por ejemplo, obras escultóricas que se ubican en espacios abiertos accesibles al público, como plazas o templos e incluso aquellos lugares que no puede acceder cualquier persona, como una empresa, sucursal bancaria o restaurante, que no deberán considerarse estrictamente un ámbito doméstico («El derecho de participación...», *cit.*, p. 96).

comunicación pública, porque normalmente se tratará de exhibiciones particulares que se quedarán en la intimidad de los hogares privados.

3.4. LAS RÉPLICAS REALIZADAS POR EL PROPIO AUTOR (DERECHO DE TRANSFORMACIÓN)

Aunque no parece que el ejercicio del derecho de transformación (artículo 21 TRLPI) suponga una dificultad añadida para el artista plástico respecto a otros autores, sí merece la pena detenerse brevemente en los problemas que podrían surgir por la realización de réplicas, por parte del propio autor, de obras de artes plásticas que han sido o vayan a ser enajenadas; puesto que, recuérdese, con arreglo al precepto citado, la transformación de la obra consiste en la traducción, adaptación o realización de *«cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente»*.

La réplica ejecutada por el propio autor de una de sus obras estaría a medio camino entre el ejercicio del derecho de reproducción y el de transformación con relación a ésta[216]. Y, aunque estos dos derechos corresponden en exclusiva al autor –no se transmiten en base al artículo 56 TRLPI–, deberá tener en cuenta que sus réplicas no pueden ocasionar perjuicios al propietario adquirente del original. En tales supuestos, lo recomendable es que las partes aborden en el contrato de compraventa la eventual réplica de la obra por parte del creador y acuerden lo oportuno sobre ella –por ejemplo, una indemnización al propietario por posibles perjuicios ocasionados–, para evitar que el adquirente se oponga *a posteriori* a su producción e introducción en el mercado, alegando daños y perjuicios –sin olvidar, por otra parte, que ciertos pactos, sobre todo aquellos que afectan al derecho de transformación, podrían chocar con la libertad de creación del autor–. En todo caso, la efectividad del derecho del creador plástico para llevar a cabo la réplica, salvo que estuviera contemplado en el contrato de compraventa, debe condicionarse a la indemnidad del propietario, en aplicación del artículo 1.258 Cciv[217].

---

216. *Vid.* Rivero Hernández, F.: «Reproducción de obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», en *Derechos del Artista Plástico,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. Pamplona: Aranzadi, 1996, pp. 178 y 179.

217. Bondía Román opina que, cuando el creador plástico realiza una réplica de la obra después de haberla vendido, puede implicar un perjuicio para el adquirente, suponiendo que éste hubiese realizado la adquisición a modo de inversión, ya que las réplicas del original supondrán una devaluación de éste en el mercado. Por tanto, cree que no sería descabellado considerar la posible resolución del contrato de compraventa, a instancias del adquirente por evicción parcial o vicios jurídicos ocultos de la cosa comprada, *«a salvo también de la concurrencia en el contrato de compraventa de un error (¿también de Derecho?) cualificado como causa invalidante del negocio, siempre que la réplica se hubiese realizado antes de la compraventa y el comprador no tuviese noticia de su existencia»*. Por supuesto, si el autor utilizara las réplicas para actuar en el mercado, también cabría emprender acciones derivadas de la competencia desleal (Bondía Román, F.: «La compraventa de una obra...», *cit.*, p. 221).

3.5. DIFICULTAD DE ACCESO AL EJEMPLAR ÚNICO PARA EJERCER EL DERECHO DE COLECCIÓN

El derecho de colección otorga al autor la facultad de publicar sus obras, completas o seleccionadas, de la manera en que estime oportuna y sin obligación de indemnizar a terceros a los que hubiera cedido derechos de explotación previamente. La propia redacción del artículo 22 TRLPI, regulador del derecho de colección, que dispone que «*la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa*», parece reservar este derecho a autores de obras literarias, musicales, audiovisuales o similares y excluir a los creadores plásticos. El motivo que puede llevar a presumir esto es la utilización por parte del legislador del verbo *publicar* para referirse al acto por el cual el autor podría poner a disposición del público la colección de sus obras. Y, a tenor del artículo 4 TRLPI, debe definirse como publicación *«la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma»*.

Por lo tanto, los autores de obras de artes plásticas, al no poder *publicar* sus obras en sentido estricto, por ser éstas habitualmente de ejemplar único y con destino singular, no encajarían en la descripción expuesta. No obstante, esta interpretación ha sido, con buen criterio, rechazada por la doctrina[218], partidaria de atribuir el derecho de colección a cualquier tipo de autor, sea cual sea la tipología de obra objeto de su creación.

En cualquier caso, el reconocimiento del derecho de colección para el creador plástico[219] no asegura *de facto* el pleno ejercicio del mismo por su parte, debido a las restricciones que justamente la Ley de Propiedad Intelectual impone a la configuración conjunta de los derechos del autor de obras plásticas. Imagínese

218. En este sentido, Esteve Pardo destaca que el derecho de colección resulta *«de singular importancia para los autores de pinturas y esculturas que han cedido los derechos sobre sus obras a museos o a instituciones»* y desean, en un momento dado, exponer juntas sus obras o publicar, por ejemplo, *«un libro monográfico de toda su obra»* (Esteve Pardo, A.: «El abuso de Derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales», en Delgado Porras, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales.* Madrid, Trama, 2006, p. 266).

219. No se trata de una simple cuestión terminológica que el artículo 22 TRLPI especifique que es el *autor* quien tiene reconocido este derecho. Una interpretación literal excluiría a los herederos, lo que puede ir en contra del sistema de derechos patrimoniales, donde, en realidad, la Ley engloba a este derecho. Es por ello que Rivero Hernández («Comentario al artículo 22», *cit.*, p. 402) aboga por aplicar, por analogía, el artículo 15 TRLPI, relativo a los supuestos de legitimación *mortis causa* de los derechos morales, para que, fallecido el autor pueda ejercitar el derecho de colección la persona *«a quien él se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad, o en su defecto, sus herederos»*. Debido a la defensa, por parte de este autor, de la naturaleza mixta de este derecho, esta opción le parece más satisfactoria que aplicar directamente los artículos 42 y siguientes TRLPI, relativos a la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación.

una situación en la que un pintor o un escultor, en un momento avanzado de su carrera, decidiese realizar una exposición retrospectiva, incluyendo, por supuesto, sus obras de juventud. Ésta sería, posiblemente, una gran manera de explotar el derecho de colección para un autor de obras plásticas.

Para poder llevar a cabo dicho cometido, el autor, en primer lugar, se enfrentaría –otra vez– a lo dispuesto en el artículo 56.2 TRLPI, precepto que presume la cesión del derecho de exposición pública de la obra al adquirente del soporte material de la misma. Obviamente, un único ejemplar de una obra no puede ser expuesto dos veces al mismo tiempo, debiéndose buscar soluciones para conciliar el derecho de colección del autor y el derecho de exposición pública del adquirente. Con todo, todavía se encontraría con otro escollo, puesto que tendría que tener en cuenta la limitación, establecida en el artículo 14.7 TRLPI, al derecho de acceso al ejemplar único de la obra, según la cual este derecho moral no permitirá exigir *«el desplazamiento de la obra»*, por lo que el acceso debe hacerse *«en el lugar y la forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor»*[220].

En esta tesitura, resulta plausible pensar que estamos ante un derecho al que normalmente el autor renuncia en el momento de ceder otros derechos de explotación[221]. En cambio, Rivero Hernández, se muestra contrario a esta realidad[222], defendiendo la irrenunciabilidad del derecho de colección, aduciendo que el artículo 22 sólo puede tener trascendencia jurídica si se interpreta de este modo, puesto que, en caso contrario, pasaría a ser una mera presunción *iuris tantum*, según la cual se presumiría que el autor podría publicar sus obras en colección, salvo pacto en contrario en el contrato de edición o cesión de sus obras. Por consiguiente, lo considera un derecho excepcional, con una naturaleza mixta, entre patrimonial y moral, y que tiene un difícil encaje en el sistema de derechos de explotación, ya que quebranta la regla general en el tráfico jurídico, según la cual la cesión de los derechos otorga al cesionario la exclusividad en su edición. En todo caso, a pesar de reconocer la lógica de este razonamiento y de su acomodo derivado de una interpretación restrictiva del artículo 22 TRLPI, no puede ser

220. Como indica Espín Cánovas, en el contrato de compraventa el titular puede convenir al enajenar la obra original que ésta pueda ser desplazada a su estudio, o a otro sitio que considere, como un museo o edificio público adecuado. Lógicamente, deberá cubrir los gastos derivados del desplazamiento (Espín Cánovas, D.: *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid, Civitas, 1991, p. 118). Sin embargo, debido a la posición débil del autor al realizar el acto o contrato de compraventa, resultará complicado que logre incluir una cláusula con este contenido, máxime cuando la omisión de la cuestión impide legalmente este desplazamiento.

221. *Vid.* Esteve Pardo, A., *op. cit.*, p. 266, quien alerta de que en los contratos de edición se suele hacer renunciar expresamente al autor al derecho de colección, debido al temor por parte del editor a que éste, tras haber visto publicadas una o varias obras suyas de manera independiente, las edite en una editorial de la competencia, en formato de *obras completas*, y esto le suponga al editor un perjuicio a su explotación

222. Cfr. Rivero Hernández, F.: «Comentario al artículo 22», *cit.*, pp. 396 y 401.

aquí compartido, al demostrar la doctrina jurisprudencial la efectiva renunciabilidad del derecho de colección[223].

En definitiva, las exposiciones retrospectivas de todas las obras de un pintor o un escultor quedarán sujetas al consentimiento de los adquirentes de sus obras. Por ende, habida cuenta de las dificultades materiales, resulta lógico llegar a la conclusión de que el ejercicio (disminuido) del derecho de colección por parte del artista plástico quedará relegado a la publicación de fotografías u otros medios de reproducción similares de la totalidad de sus obras en un libro monográfico o un catálogo, con la incorporación de las imágenes a múltiples ejemplares[224]. Siempre será más sencillo para el autor poder exigir el derecho de acceso al ejemplar raro o único de una obra suya que se encuentre en posesión de tercero para realizar fotografías que incluir una cláusula en el contrato de compraventa reservándose el derecho de que la obra sea desplazada donde decida, en el momento en que lo decida.

4. EL «DROIT DE SUITE» COMO CORRECCIÓN DEL EJERCICIO MERMADO DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

La discriminación de los derechos del autor de obras de artes plásticas por razón del objeto en el sistema de los derechos de explotación ha sido demostrada. Por lo tanto, el siguiente paso será buscar los adecuados mecanismos legales dirigidos a remediar este déficit, con la finalidad de reequilibrar la situación patrimonial del autor plástico y paliar el ejercicio imperfecto de sus derechos de explotación[225].

223. La STS (Sala 1.ª) de 24 de junio de 1965, referencia en esta cuestión, estableció que el derecho de colección era renunciable; mas dicha renuncia debía ser expresa. En esa ocasión, la Editorial Planeta, bajo el título *Obras Selectas,* publicó seis obras de Gregorio Marañón. La Editorial Espasa-Calpe la demandó, debido a que este autor le había cedido previamente los derechos de edición. El Tribunal Supremo entendió que a la demandada no se le había transmitido el derecho de colección expresamente, *«máxime tratándose de una colección escogida de determinadas obras, cuyos derechos de edición ya pertenecían a otra editorial»* y sentenció que *«la enajenación a otro de ese derecho de colección tiene que hacerse expresamente, es decir con palabras o demostraciones claras, ya sea completa o escogida»,* por lo que la Editorial Espasa-Calpe se mantuvo como cesionaria de las obras individuales del autor y la Editorial Planeta no pudo publicar la compilación de obras objeto de litigio.

224. A esta conclusión llega Esteve Pardo (*op. cit.,* p. 268) añadiendo que forzar la renuncia del derecho de colección por parte de un adquirente de una obra de arte plástica carece de sentido y está injustificado si su objetivo es únicamente exponerla ante el público.

225. Desde una lógica economicista, se ha criticado el poco impacto del *droit de suite* en las percepciones de los autores. Sin embargo, ésta es una crítica que se podría hacer de tantos otros derechos de autor. Además, hoy, ni el *droit de suite* beneficia a tan pocos artistas plásticos ni se trata de un derecho menor para éstos. A pesar de que las cantidades liquidadas en concepto de *droit de suite* no sean muy altas, no se pueden menospreciar. Así, compartimos las palabras de Ricketson y Barrister, para quienes, «*al respecto, es fácil quitar relevancia a los pagos individuales por ser pequeños, pero cabe recordar que los artistas son pobremente remunerados en general y el RRR puede proveer ingresos útiles suplementarios para com-*

En este sentido, es lógico deducir que el hecho de que el antiguo artículo 24 TRLPI hubiera sido establecido en la Ley en una sección diferente («otros derechos») a la dedicada a los derechos de explotación es un indicio de su complementariedad. Con ello, el legislador habría querido cerrar un sistema de derechos patrimoniales de autor dirigidos a obtener un rendimiento económico de la explotación de la obra, ya fuera mediante actos propios o, en el caso del *droit de suite*, por la realización de un acto concreto –la reventa de la obra– que ha quedado excluida del ámbito de su explotación y, por tanto, de su control.

Por lo tanto, podemos explicar su reconocimiento como derecho de remuneración para paliar la merma que sufren los derechos exclusivos de explotación los autores de obras de artes plásticas. Sin embargo, resulta imposible justificar una conexión general del derecho de participación con todos los derechos exclusivos que resultan debilitados, tal y como se ha expuesto hasta el momento. Aun así, en la práctica, si el *droit de suite* no existiera, la propiedad intelectual sobre la obra plástica quedaría prácticamente vacía de facultades patrimoniales[226].

Así las cosas, resultará todavía más necesario identificar qué derecho de explotación del autor de obras de artes plásticas es aquel cuya extinción o limitación genera, de una manera directa y sistemática, la existencia de este derecho dentro del ámbito del derecho de autor.

4.1. FALTA DE CONEXIÓN CON LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA, TRANSFORMACIÓN Y COLECCIÓN

La presunción de cesión del derecho de exposición pública podría llegar a justificar la creación de un nuevo derecho de remuneración –añadido al derecho de participación– encaminado a compensar al autor por la exhibición de sus obras fuera de su control. Éste vendría a remediar las situaciones de desequilibrio económico planteadas, lógicamente, siempre y cuando el autor no se hubiera reservado para sí, en el acto de enajenación, la facultad de exposición pública, tal y

prar materiales, alquiler, y similares» (cfr. Ricketson, S. y Barrister, V.: *Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists*, 2015, p. 20. En: *http://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications-PDF-files/Resale-Right-Academic-Study* (última visita: 12 de julio de 2017).

226. De todos modos, cierto sector dogmático se apoya tímidamente en un planteamiento donde el *droit de suite* actuaría como una suerte de compensación a todas las facultades limitadas del derecho exclusivo. Se mantienen afines a esta línea de argumentación, aunque sin demasiada contundencia, Vicent López (*op. cit.*, p. 172), al expresar que el derecho de participación da respuesta a *«diferentes problemas ligados a la explotación patrimonial de este tipo de obras por el autor con posterioridad a su enajenación»* y Vallés Rodríguez (*op. cit.,* p. 449), expresando que *«se concibe como un sistema de extender los derechos de explotación del autor de una obra plástica más allá del limitado ámbito de la primera transmisión»*. Asimismo, Serrano Gómez (*op. cit.*, p. 61) se muestra favorable, así en general, a reconocer el derecho como compensación al hecho de que sean terceras personas quienes obtienen beneficios patrimoniales de las sucesivas reventas de sus obras.

como le permite el artículo 56.2 TRLPI. Siguiendo con este hilo, el propietario y cesionario del derecho debería liquidar, por cada exhibición de la pieza en exposición pública, una remuneración equitativa al autor, que cubriera parte del lucro cesante de éste con lo que hubiera podido cobrar con su ejercicio. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, cuando un museo o ente público adquiere una obra, ésta prácticamente está amortizada para el autor, puesto que en extraña ocasión va a ser revendida, impidiéndole participar del *droit de suite* y de cualquier otro potencial acto con trascendencia económica –como, por ejemplo, cobrar o participar del precio de entrada a los visitantes de la exposición–.

Aunque nos mostremos de acuerdo con esta demanda de *lege ferenda*, ésta no tendría una gran aplicación práctica según se ha visto más arriba, ya que la mayor parte de las exhibiciones de las obras de artes plásticas se dan en el círculo *doméstico*. En consecuencia, estas utilizaciones quedan fuera del ámbito de aplicación de la exposición pública (acto de comunicación pública) y, por ende, el ficticio derecho de remuneración no podría entrar prácticamente nunca en acción.

Ante esta nueva situación, se podría llegar a pensar que el *droit de suite* compensa al creador plástico por la continua exhibición privada de las obras que ha transmitido. Así, en dicho escenario, ambos derechos de remuneración convivirían en el mismo sistema de derechos de autor: el *droit de suite* entraría en juego cuando hubiera exhibición privada, mientras el hipotético –y actualmente inexistente– derecho de remuneración equitativa por cesión *ex* artículo 56.2 TRLPI, cuando hubiera exposición pública.

En la doctrina española, Casas Vallés considera interesante relacionar el derecho de participación con el de comunicación pública[227], al considerar que la reventa es un acto por el cual la obra llega a un nuevo círculo de usuarios, de forma que el *«evento compensable es la exhibición privada»*. De hecho, cuando un autor vende su obra en el mercado primario, existe la posibilidad de que el adquirente la revenda y se lucre con una eventual plusvalía. También al propietario del *corpus mechanicum* normalmente se le cede el derecho de exposición pública y, a su vez, obtiene una suerte de *derecho* a exhibir de manera privada la obra. Pero este último concepto no estaría incluido en el precio pactado.

227. *Vid.* Casas Vallés, R.: «Comentario al artículo 24», 2.ª ed., *cit.,* pp. 481 y 482. Con mayor desarrollo, en «El derecho de participación», *cit.,* pp. 95-101, apoyándose en J. Duchemin (*op. cit.*, p. 28). Bercovitz Álvarez también defiende esta posibilidad como fundamento del *droit de suite*: «El fundamento puede venir (...) de la comunicación o exhibición privada de la obra, en un círculo distinto, teniendo en cuenta el particular valor de la contemplación del "original" (similar a la percepción de música en directo frente a percepción grabada)» (Bercovitz Álvarez, G.: «El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada», en *Manual de propiedad intelectual*, 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 125). Finalmente, también apunta esta posibilidad Lipszyc (*Derecho de autor..., cit.,* p. 213), al afirmar que el *droit de suite* es equivalente a los beneficios que los autores de obras musicales reciben por cada comunicación de éstas a un público nuevo.

La fundamentación de este planteamiento parte del hecho de que las sucesivas transmisiones de la obra provocan que ésta se traslade cada vez a un nuevo grupo de espectadores, con lo que el nuevo adquirente gozará de un derecho de exhibición privada, ya que podrá mostrarla en su propio ámbito particular. Como ese derecho al disfrute de la obra mediante su exhibición privada no sería consustancial a la compraventa, habría que compensar al autor por su ejercicio. Esta compensación se traduciría en una liquidación diferida, por parte del propietario al artista, calculada –por qué no– sobre un porcentaje del precio de la siguiente reventa, ya que nada tendría que ver con una eventual plusvalía en el momento de la enajenación futura. En otras palabras, *«la reventa no es más que una ocasión para compensar»*, ya que las remuneraciones en lugar de liquidarse puntualmente con cada utilización –esto es, con cada exhibición doméstica– se satisfarían, acumuladas, de manera aplazada[228].

A pesar de resultar una propuesta interesante por su originalidad, a nuestro juicio adolece de cierta inconsistencia y, a su vez, deja demasiados cabos sueltos según la configuración actual del *droit de suite*. En primer lugar, se debe rechazar de plano que la exhibición privada implique de algún modo una explotación de la obra, por lo que carecería de sentido exigir una remuneración equitativa. Ni siquiera el hecho de que la mayoría de artistas nunca puedan llegar a ver sus obras exhibidas públicamente y que el ámbito doméstico sea su hábitat natural justifica elevar a la categoría de facultad de explotación una mera exhibición doméstica –o una sucesión de éstas–. Adicionalmente, entendemos que, tanto si se cede o no el derecho de exposición pública, la facultad del propietario de *colgar la obra en su casa* es inherente a la naturaleza del contrato de compraventa, ya que el nuevo adquirente debe poder disfrutar pacíficamente del bien.

Por otro lado, para poder dotar de una mayor coherencia a esta teoría habría que realizar modificaciones esenciales del *droit de suite*, como eliminar la distinción entre ventas públicas y privadas, ya que el derecho debería operar en todas las ocasiones en que hubiera –o pudiera haber– una exposición privada, siendo irrelevante la modalidad de compraventa.

Descartada la justificación del *droit de suite* como compensación a la exhibición privada, asimismo debemos rechazar cualquier relación entre éste y el derecho de comunicación pública. No resultaría coherente que el artículo 56.2 TRLPI permita pactar la cesión del derecho de exposición pública –principal acto para el creador plástico dentro del derecho de comunicación pública– y, en cambio el *droit de suite* sea irrenunciable por ley. Otro tema es si el actual contenido del artículo 56 TRLPI es adecuado o bien debería plantearse una revisión completa del mismo que contemplara la cesión obligatoria del derecho de exposición pública con la transmisión de la obra y la creación de un derecho de remuneración

228. *Vid.* Casas Vallés, R.: «El derecho de participación», *cit.,* p. 97.

equitativa para compensar al autor por este tipo de exhibiciones de sus obras, principalmente cuando se cobra entrada para su contemplación[229].

Finalmente, sin encontrar ningún punto de conexión entre el derecho de transformación y el *droit de suite*, valga gran parte de lo expuesto hasta aquí para descartar también un supuesto vínculo del mismo con el derecho de colección. Tiene una complicada argumentación justificar el derecho de participación por las trabas materiales que se encuentra el autor plástico para ejercer el derecho de colección ya que, al fin y al cabo, dichos impedimentos son de carácter material y no una limitación de la ley o una extinción legal del derecho.

4.2. COMPLEMENTO AL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN POR SU AGOTAMIENTO TRAS LA PRIMERA VENTA

En un paradigma donde el creador plástico debe convivir con un derecho de reproducción cuyo ejercicio está menoscabado, por el hecho de que las únicas reproducciones de un ejemplar único que éste podría llegar a introducir en el mercado –y tan sólo si se tratara de una obra célebre– serían aquellas denominadas impropias. La enajenación del original será su principal (único) modo de comercializar su obra. En lenguaje de derecho de autor, tal enajenación tendrá la calificación de una distribución del ejemplar original mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, lo que conlleva, con arreglo al artículo 19.2 TRLPI, el agotamiento del derecho de distribución para las sucesivas ventas del mismo soporte físico que se realicen en el ámbito de la Unión Europea[230].

229. Además de lo expresado anteriormente con la necesidad de legislar un nuevo derecho de remuneración para compensar la cesión del derecho de exposición pública, el artículo 56 TRLPI es un precepto polémico también por otros aspectos. A juicio de Delgado Porras («Los derechos exclusivos...», *cit.*, pp. 59-64, es *«deseable y de* lege ferenda *una sustitución* (del artículo 56.2 TRLPI) *por otra disposición más equilibrada»;* mostrándose muy crítico con el contenido del precepto, especialmente con la expresión *«el propietario (...) tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada»*. Se pregunta si ello quiere decir que, con la enajenación, se ha transmitido también el derecho moral de divulgación, aun siendo irrenunciable e intransmisible. Además, cuán difícil es que un autor transmita una obra no divulgada a tercero; tan difícil que, en su opinión, no merece la atención del legislador. Sin embargo, Marín López («La contratación de obra...», *cit.*, p. 223), en este punto no está de acuerdo. Para este autor, el acto de enajenación no comporta la divulgación de la obra, porque el artículo 14.7 TRLPI reconoce al autor el derecho de acceder al ejemplar, precisamente, para divulgarlo. La interpretación más correcta, según su opinión, es que el autor que vende la obra no divulgada presta anticipadamente su consentimiento para que el comprador pueda, si así lo desea, divulgarla.

230. Adicionalmente, agotado o no el derecho de distribución, normalmente tras la primera venta el autor pierde cualquier tipo de control material sobre su obra, así que difícilmente podrá reclamar ningún derecho de propiedad intelectual sobre la misma si no fuera por la existencia de un derecho como el *droit de suite*, donde las entidades de gestión pueden obtener información de las reventas públicas –seguramente, ni aunque pusieran importantes medios, difícilmente podrían impedir las posteriores reventas privadas del ejemplar–. Doll, tratando la *first-sale doctrine* –agotamiento del derecho de distribución en la

De este modo, el *droit de suite*, figura destinada a extender los derechos patrimoniales de la obra plástica más allá de la primera transmisión, operará como un derecho de remuneración complementario al derecho exclusivo de distribución, cuya conexión entre ambos se hallará en el agotamiento o extinción de éste con relación a las reventas sucesivas de la obra plástica[231].

En conclusión, la justificación del *droit de suite* y su función dentro del sistema de derechos patrimoniales de propiedad intelectual no es otra que operar como una corrección[232] a la merma de ingresos del autor de obras plásticas por causa del explicado agotamiento.

Pese a tratarse ésta de una postura con gran aceptación dogmática[233], existen también voces detractoras que contradicen esta explicación que merecen ser expuestas, así como, en la medida de lo posible, rebatidas:

i) Una de las principales críticas que se realizan a esta teoría y, en el fondo, al fundamento último de la misma –la discriminación patrimonial del artista plástico respecto a otros autores– es que el *droit de suite* no puede reequilibrar una reducción de ingresos por el agotamiento del derecho de distribución porque, con la transmisión del original plástico se da un fenómeno de *concentración o capitalización del valor*, consecuencia de su unicidad o exclusividad. Según Bercovitz Álvarez[234], es discutible que el goce o explotación patrimonial por parte del ar-

common law– y el principio de libre transmisibilidad de bienes muebles, reconoce que estas prerrogativas pueden acabar siendo insignificantes, ya que lo normal es que el artista plástico pierda la pista de su obra tras la venta en el mercado primario (Doll, E.: «The Equity for Visual Artists Act of 2011 (EVAA): Crafting an Effective Resale Royalty Scheme for the United States through Comparative Meditation», en *Indiana International and Comparative Law Review*. Vol. 24:2. Indianapolis, Indiana School of Law, 2014, p. 488).

231. A esta conclusión llega, asimismo, parte de la doctrina. Dietz destaca que no es otra que ésta la justificación que debe darse al *droit de suite*, puesto que se manifiesta como un derecho jurídico-autoral como caso de aplicación de un limitado derecho de distribución (cfr. Dietz, A., *op. cit.*, p. 104). Asimismo, *vid.* Gutiérrez Vicén, J.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Rodríguez Tapia, J. Cizur Menor, Aranzadi, 2007, y, en la misma línea, *vid.* Walter, M. y Von Lewinski, S., *op. cit.,* p. 837.

232. Se evita utilizar el término compensación, que sí es usado por la doctrina, para definir la relación del *droit de suite* con el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta, tratando de huir del concepto indemnizatorio que aquél implica. Así las cosas, aquí se prefiere interpretar como un complemento corrector o reparador que el propio sistema de derechos patrimoniales configura para reforzar el derecho exclusivo del autor.

233. En este sentido, *vid.* Gutiérrez Vicén, J.: «Comentario al artículo 24», *cit.,* p. 195; Vicente Domingo, E., *op. cit.*, p. 76; Delgado Porras, A.: «Gestión colectiva de los derechos de autor», en *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia.* Barcelona: Grupo Español de la AIPPI, 1992, p. 209; Erdozain López, J.: *Derechos de autor…,* cit., p. 88; o Bondía Román, F.: «Derecho de participación», en *Diccionario Jurídico de la Cultura* [en línea]. Disponible en: *http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-de-participacion* (última visita: 12 de julio de 2017).

234. Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica…, cit.,* p. 358.

tista plástico sea menor que el de otros autores; *«es simplemente distinto: donde 100 lectores pagan 1/100 cada uno, el artista obtiene rentas similares de un solo comprador»*. En definitiva, la venta de un cuadro de un artista plástico podría reportar unos beneficios económicos equivalentes a las regalías obtenidas por un escritor, de similar nivel artístico a aquél, por una novela[235]. Sin embargo, este análisis crítico obvia una importante cuestión: las obras de ciertos autores –por seguir con el ejemplo, los novelistas– pueden generar percepciones económicas no sólo con la primera edición del libro –donde cada lector paga, efectivamente, una porción del valor que ha acordado con el editor más el margen comercial de éste–, sino que lo pueden hacer, efectivamente, durante toda la vida del autor más setenta años tras su fallecimiento, con la venta de miles de ejemplares.

ii) Basándonos en otras legislaciones de derecho comparado, se podría no compartir el carácter corrector, defendido aquí, que supone que el *droit de suite*, como derecho de remuneración, complementa el agotamiento del derecho de distribución[236]. En verdad, muchos ordenamientos –por ejemplo, los de la tradición del *copyright* – aceptan y aplican estrictamente los derechos de explotación, como el de reproducción o el de distribución –con agotamiento del mismo, incluso, tras la primera venta– y, en cambio, no han introducido en ellas el *droit de suite*. Ello podría poner en entredicho la conexión propuesta; pero hay que tener en cuenta que, precisamente por hablar de una configuración cuya raíz se encuentra en el propio sistema de propiedad intelectual, las conclusiones realizadas aquí no son extrapolables a otros sistemas, especialmente a las legislaciones del *copyright*, y, en cambio, sí pueden ser totalmente vigentes y aplicables para el ámbito no sólo español, sino comunitario europeo.

iii) Minero Alejandre señala que «*el derecho a la participación en el precio alcanzado con esa distribución no supone, en sí, una facultad de distribución, esto es, una potestad de controlar –de autorizar y/o prohibir– la distribución, en su modalidad de venta*»[237]. No obstante, bajo nuestro punto de vista, sí cabe considerar que el *droit de suite* tiene como presupuesto un acto de distribución y que, efectivamente sobre la primera cesión, el autor tiene pleno control sobre el destino de la obra.

iv) Finalmente, se podría aducir que, como el agotamiento del derecho de distribución sólo afecta al ámbito geográfico europeo, aquellas obras enajenadas en el mercado primario fuera del mismo –por ejemplo, un artista plástico español que vende una pieza a una galería japonesa– y que, posteriormente, fueran reintroducidas en el mercado europeo, siempre a expensas de la voluntad del titular del derecho, no serían importaciones paralelas. Técnicamente, esas reventas

235. Un ejemplo muy similar al expuesto se empleó por la U.S. COPYRIGHT OFFICE en su Informe de 2013 para valorar la inclusión del *droit de suite* en los Estados Unidos (cfr. U.S. COPYRIGHT OFFICE: *Resale royalties: an updated analysis*, 2013, *cit.*, p. 10).

236. *Vid.* Katzenberger, P.: «Harmonisierung des Folgerechts in Europa», *cit.*, p. 309.

237. Cfr. Minero Alejandre, G., *op. cit.*, p. 1.240.

estarían gravadas por el *droit de suite* y, en cambio, el agotamiento del derecho de distribución no se habría dado hasta ese preciso momento simultáneo –recuérdese que, en teoría, éste sólo se produce *tras* la primera venta–. En cualquier caso, no parece que tampoco esta cuestión sea un impedimento para la justificación del *droit de suite* como derecho de remuneración complementario al agotamiento del derecho de distribución, ya que todo aquello que quede *extra-muros* de la legislación europea, porque ésta así lo regule expresamente como excepción o bien porque no entre en su ámbito de aplicación, no podrá ajustarse estrictamente al esquema planteado. En todo caso, en este último supuesto, se debería hacer una interpretación integradora, basada en un agotamiento del derecho de distribución simultáneo a la generación del crédito de participación, justamente por la reintroducción de la obra en el mercado europeo.

5. CONCLUSIONES

El origen humanista del *droit de suite* caló en su desarrollo positivo hasta el punto de concebirse, por algunos, como un derecho a caballo entre la personalidad del autor y su obra, lo que llevó a la doctrina a buscar diferentes fundamentaciones jurídicas. Sin embargo, debido a su contenido exclusivamente económico, el *droit de suite* es un derecho de naturaleza patrimonial y se ha configurado doctrinalmente en nuestra Ley de Propiedad Intelectual como un derecho de remuneración. A pesar de ello, es un derecho de remuneración *sui generis:* su generación no obedece ni a la presunción de cesión de derechos de explotación de un autor a un tercero ni tampoco al reconocimiento de un límite legal en la aplicación de éstos, como ocurre con el resto de los derechos de esta categoría. Se trata de un supuesto único, que nace de un hecho que corresponde a la voluntad de un tercero –el revendedor de la obra–. Aun así, negamos una naturaleza compensatoria para el derecho de participación, ya que el acto de reventa no supone por sí mismo un daño para el autor, ni de carácter patrimonial ni moral. Por otra parte, tampoco el autor tendría derecho a ser indemnizado con motivo de que el adquirente de su obra no la volviera a enajenar en el futuro, ya que no podríamos establecer una hipotética reparación para la pérdida de eventuales ganancias por parte del autor, al no poder ser probada.

En consecuencia, asentada su naturaleza como derecho de remuneración, debemos descartar cualquier fundamentación sobre el *droit de suite* que exceda de ese marco o sea incompatible con el mismo. Según nuestra opinión, la justificación del *droit de suite* debe buscarse en su relación con los derechos exclusivos de explotación. Y dicha relación se asienta en la complementariedad, ya que el derecho de participación viene a completar las mermadas posibilidades de explotación patrimonial que experimentan los autores de obras de artes plásticas.

La necesidad de completitud es debida a que los creadores plásticos sufren un déficit en la explotación de sus obras por la especial naturaleza de las mismas. Las

obras a las que se aplica el *droit de suite* son singulares; se trata de creaciones cuyo valor económico reside en los ejemplares originales que, además, deben haber sido materializados por el propio autor en un soporte físico, lo que provoca que los modos de explotarlas también sean extraordinariamente limitados. Ante esas restricciones, los artistas plásticos no pueden aprovechar plenamente los derechos de explotación tradicionales (reproducción, distribución o comunicación pública), hecho que los posiciona en una situación de inferioridad respecto a otro tipo de autores, como los músicos o los escritores.

En el ámbito objetivo del *droit de suite* tienen cabida únicamente las obras de arte originales que en el presente trabajo hemos denominado obras de artes plásticas, por su asimilación con la categoría clásica de las Bellas Artes. Así las cosas, para que se genere el *droit de suite* debe tener lugar la reventa de una obra cuyo proceso de creación se caracterice por los siguientes hechos: primero, que la concepción y la ejecución de la obra hayan sido realizadas por el autor en unidad de acto, debido a la «*estrinsecazione*» –exteriorización de la obra– y, segundo, que la materialización de la obra dé como resultado su fijación en un soporte físico (*corpus mechanicum*).

Asimismo, nos hemos detenido en la discusión acerca de la inclusión de las obras múltiples en el ámbito de aplicación del derecho, al entrar en aparente contradicción con el concepto de *opus unicum* que caracteriza a las obras de artes plásticas. En este aspecto, hemos resuelto que lo más adecuado es considerar cada ejemplar de la obra plástica múltiple como una obra única en sí misma. Y ello sólo se puede justificar por el hecho de que el autor haya intervenido en la realización de la obra de una manera suficiente, esto es, de un modo en que su personalidad pueda haber quedado plasmada en cada uno de estos ejemplares (grabados, esculturas de bronce, etc.). Por ende, creemos necesario el cumplimiento de dos condiciones específicas en este sentido, como son la fabricación o diseño de la plancha, molde o matriz por parte del autor y su intervención directa en la ejecución de los ejemplares múltiples.

De todos modos, el ámbito objetivo de aplicación del derecho también se ve delimitado por las circunstancias en las que se produce la reventa, esto es, la necesidad de superación de cierto umbral de precio para su activación y la preceptiva intervención de un profesional del mercado del arte en la operación.

Según lo expuesto hasta aquí, el *droit de suite* realiza una función correctora y se presenta como un complemento económico para los autores de obras de artes plásticas. La realidad acredita que este complemento económico cada vez ofrece un mayor rendimiento para el autor, como demuestran las cifras de las entidades europeas de gestión colectiva de derechos de artistas plásticos. En los últimos años, el *droit de suite* ha superado en cuanto a recaudación colectiva a los derechos de reproducción, en países como Francia, Italia o Gran Bretaña (extremo que

se puede comprobar consultando las memorias económicas de ADAGP, SIAE y DACS).

Sin embargo, tal función correctora no puede predicarse respecto de cada uno de los derechos patrimoniales de estos autores, ni de todos sus derechos patrimoniales en su conjunto. Así las cosas, observamos grandes anomalías en el ejercicio por parte del artista plástico de los derechos de reproducción y distribución. En el primer caso, y dado que la obra de artes plásticas es básicamente un *opus unicum*, las reproducciones que se puedan realizar de ésta serán impropias. Nunca llegarán a tener el mismo valor económico aquellos ejemplares ejecutados por el autor que las reproducciones de los mismos llevadas a cabo por otros procedimientos, como puede ser el fotográfico. La situación empeora en el caso del derecho de distribución, por causa del artículo 19.2 TRLPI, que establece el agotamiento de este derecho en el ámbito de la Unión Europea, tras la primera venta del soporte donde la obra haya quedado fijada. En consecuencia, si su autor se ve abocado a enajenar el original porque el mercado no le admite otra posibilidad de comercialización de su obra, una vez vendido dicho original en cualquiera de los países de la Unión Europea, verá cómo se agota su derecho de distribución con relación a esa obra dentro del mercado único comunitario; por lo que en este sentido vería prácticamente finalizadas sus posibilidades de obtener otros ingresos, de no existir el derecho de participación.

En esta tesitura, la facultad de exigir una remuneración por las sucesivas reventas públicas de sus obras refuerza las facultades patrimoniales del artista plástico. Aun así, debemos insistir en que, desde el punto de vista jurídico, el derecho de participación no actúa como una *compensación* al agotamiento del derecho de distribución. Simplemente, se concibe como un incremento de las posibilidades que la ley otorga al creador plástico para que pueda obtener mejor rendimiento económico de su obra, en este caso, participando de los beneficios de las reventas que se van sucediendo más allá de esa primera cesión.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Acha, J.: *Expresión y apreciación artística: artes plásticas*. Trillas, México D.F., 1993.

Algardi, Z.: *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padua, CEDAM, 1978.

Álvarez Álvarez, J.: «El mercado del arte y el coleccionismo», en *Estudios jurídicos sobre el Patrimonio Cultural de España*. Madrid; Barcelona, Marcial Pons, 2004.

Are, M.: *L'oggetto del diritto di autore*. Milán, Giuffrè, 1963.

Ascarelli, T.: *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3.ª ed. Milán, Giuffrè, 1960.

Ayllón Santiago H.: *El derecho de comunicación pública directa*. Madrid, Reus, 2011.

Baylos Corroza, H.: *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2.ª ed. Madrid, Civitas, 1993.

Bercovitz Álvarez, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid, Tecnos, 1997.

– «El derecho de participación y el derecho de compensación por copia privada», en *Manual de propiedad intelectual*, 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007.

– «La obra», en *Manual de propiedad intelectual*, 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Blas, J., Ciruelos, A, y Barrena, C.: «Diccionario del arte gráfico», en *Diccionario del dibujo y de la estampa. Vocabulario y tesauro sobre las artes del dibujo, grabado, litografía y serigrafía*. Madrid, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Calcografía Nacional, 1996.

Bondía Román, F.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Rodríguez Tapia, J. y Bondía Román, F. Madrid, Civitas, 1997.

– «La compraventa de una obra de arte», en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor* Mariano Alonso Pérez, Tomo I, coord. Llamas Pombo, E. Madrid, La Ley, 2006.

– «Derecho de participación», en *Diccionario Jurídico de la Cultura*. En: *http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-de-participacion*.

Bright, S.: *Fotografía hoy*. Donostia, Nerea, 2005.

Carbajo Cascón, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*. Madrid, Colex, 2002.

Carosone, O.: *L'opera dell'ingegno per comissione*. Milán, Giuffrè, 1970.

Casas Vallés, R.: «El derecho de participación de los artistas plásticos (Droit de Suite) en la LPI», en *Derechos del Artista Plástico,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. Pamplona, Aranzadi, 1996.

– «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2.ª ed. Madrid, Tecnos, 1997.

– *La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos: Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original*. Madrid, Marcial Pons, 2001.

– «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007.

Chaves, A.: «Obra plástica. Planteamiento. Su realidad actual», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1996.

Colombet, C.: *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9.ª ed. París, Dalloz, 1999.

Cuerva de Cañas, J. y Castellví Laukamp, L.: «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 36, septiembre-diciembre 2010. Madrid, Ed. Bercal, 2010.

De Couto Gálvez, R. *et al.*: *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*. Madrid, Trama Editorial, 2005.

De Pierredon-Fawcett, L.: *The droit de suite in literary and artistic property: a comparative law study*. New York, Center for Law and the Arts, Columbia University School of Law, 1991.

De Sanctis, V.: *La protezione delle opere dell'ingegno,* 2.ª ed. Milán, Giuffrè, 2004.

Delgado Porras, A.: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid, Cuadernos Civitas, 1988.

– «Gestión colectiva de los derechos de autor», en *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 1992.

– «Los derechos exclusivos en el ámbito de la creación visual», en Delgado Porras, A.; Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid, Trama, 2006.

– «Derechos de autor», en Baylos Corroza, H. *et al. Tratado de Derecho Industrial*, 3.ª ed. Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

Desbois, H.: *Le droit d'auteur en France*, 3.ª ed. París, Dalloz, 1978.

Dietz, A.: *El derecho de autor en España y Portugal*. Madrid, Ministerio de Cultura, 1992.

Doll, E.: «The Equity for Visual Artists Act of 2011 (EVAA): Crafting an Effective Resale Royalty Scheme for the United States through Comparative Meditation», en *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 24:2. Indianapolis, Indiana School of Law, 2014.

Draguet, M.: *Chronologie de l'art du XXe siècle*, 9.ª ed. París, Flammanion, 2003.

Dreier, T. y Hugenholtz, P.: *Concise European Copyright Law*. Alphen ann de Rijn, Kluwer Law International, 2006.

Duchemin, J.: *Le droit de suite des auteurs*. París, Recueil Sirey, 1948.

Duchemin, W.: «La directive communautaire sur le droit de suite», en *Revue Internationale du droit d'auteur*, n.º 191, Enero de 2002. Neuilly-sur-Seine, Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur, 2002.

Erdozain López, J.: *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*. Madrid, Tecnos, 2002.

– «Los derechos de explotación», en *Manual de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 6.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Espín Cánovas, D.: *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*. Madrid, Civitas, 1991.

Esteve Pardo, A.: «El abuso de Derecho, el fraude de ley y la contratación de derechos de autor de los creadores visuales», en Delgado Porras, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid, Trama, 2006.

Felici, L.: *Encyclopédie de l'Art*, 3.ª ed. Milán, Garzanti, 2005.

Frey, B.: *La economía del arte*. Barcelona, Servicio de estudios de La Caixa, 2000.

Garrote Fernández-Díez, I.: *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/* CE, 2.ª ed. Granada, Comares, 2003.

– «Las reproducciones provisionales del art. 31.1 TRLPI», en *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Gimeno Olcina, L.: «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 2012. En torno a la acumulación de derecho de autor y diseño industrial», en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual*. Barcelona, AIPPI, 2015.

Ginsburg, J.: «La protección de las obras de arte en los Estados Unidos», en *Derechos del Artista Plástico,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. Pamplona, Aranzadi, 1996.

Goldstein, P. y Hugenholtz, P.: *International copyright: principles, law and practice*. Nueva York, Oxford University Press, 2010.

Gombrich, E.: *La Historia del Arte*. Barcelona, Círculo de Lectores, 1997.

Gouyette, C. «La Galería Táctil del Museo del Louvre», en *Revista Agenda Cultural de la Universidad de Antioquia*, n.º 152, marzo de 2009. Medellín, Universidad de Antioquia, 2009.

Grampp, W.: *Arte, inversión y mecenazgo. Un análisis económico del mercado del arte*. Barcelona, Ariel, 1991.

Greco P. y Vercellone P.: *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Turín, UTET, 1974.

Gutiérrez Vicén, J.: «Comentario al artículo 24», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. Rodríguez Tapia, J. Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

– «Comentario al artículo 24», en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2.ª ed., dir. Rodríguez Tapia, J. Cizur Menor, Thomson Civitas, 2009.

Hauser, A.: *Història social de l'art i de la literatura*. Barcelona, Ed. 62, 1966.

-S*ociología del Arte*, Vol. II. Madrid, Guadarrama, 1975.

Hauser, R.: *The French Droit de Suite: The Problems of Protection for the Unprivileged Artists Under the Copyright Law*. Copyright Law Symposium Number Eleven. Nueva York, ASCAP, 1962.

Hualde Sánchez, J.: «Comentario al artículo 56», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007.

Katzenberger, P.: *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht*. Múnich, Beck, 1970.

– «Harmonisierung des Folgerechts in Europa». *Gewerblicher Rechstsshutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, n.º 4, 1997. Weinheim, Verlag, 1997.

– «Folgerecht». *Urheberrecht: Kommentar*, coord. Schricker, Gerhard; Loewenheim, Ulrich. Múnich, Beck, 2010.

Knobler, N.: *El diálogo visual. Introducción a la apreciación del arte*. Madrid: Aguilar, 1970.

Lipszyc, D.: «Droit de suite. Enfoque de derecho comparado», en *Estudios sobre derecho industrial. Homenaje a Hermenegildo Baylos. Colección de trabajos sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia*. Barcelona, Grupo Español de la AIPPI, 1992.

– *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Ediciones Unesco Cerlalc Zavalia, 1993.

Lucas, A., Lucas, H. y Lucas-Schloetter, A.: *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4.ª ed. París, LexisNexis, 2012.

Marco Molina, J.: *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid, M. Pons, 1995.

Marín López, J.: «La contratación de obra por encargo y la compraventa de obras plásticas», en Delgado Porras, A., Bercovitz Rodríguez-Cano, A. *et al. Protección y límites del derecho de autor de los creadores visuales*. Madrid, Trama, 2006.

Martín Salamanca, S.: *Remuneración del autor y comunicación pública*. Madrid, Reus, 2004.

Martínez, F.: *Introducción al conocimiento de las Bellas Artes. Diccionario de Pintura, Escultura, Arquitectura y Grabado*. Madrid, Real Academia Española, 1989.

Mayorga Ruano, J.: *Revolución conservadora y conservación revolucionaria. Política y memoria en Walter Benjamin*. Rubí, Anthropos, 2003.

Merryman, J., Elsen, A. y Urice, S.: *Law, Ethics and the Visual Art*, 5.ª ed. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007.

Minero Alejandre, G.: «Comentario al artículo 14 ter», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Madrid, Tecnos, 2013.

Moyles, D. y Lashnits N.: «*Intellectual Property*», en *Golden Gate University Law Review,* vol. XI. San Francisco, Digital Commons, 1981.

Muñoz Arroyo, J.: «El arte en tus manos: actividades de exploración táctil en la exposición Obras maestras del patrimonio de la Universidad de Granada», en *Revista Integración*, n.º 50, Abril 2007. Madrid, Once, 2007.

Ocampo, E.: *Diccionario de términos artísticos y arqueológicos*. Barcelona, Montesinos, 1988.

Ortega Domènech, J.: *Obra plástica y derechos de autor*. Madrid, Reus, 2000.

– «El resurgimiento europeo del *droit de suite* o derecho de participación en la reventa de obra plástica», en *Anuario de propiedad intelectual 2001*, dir. Rogel Vide, C. Madrid, Reus, 2002.

– A*rquitectura y derecho de autor*. Madrid, Ed. Reus, 2005.

Ortuño Mengual, P.: «La experiencia de los límites: una aproximación al término de vídeo arte», en *Creatividad y discursos hipermedia*, dir. Perales Blanco, V. Murcia, Editum, 2013.

Otero Lastres, J.: «El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 19, enero-abril 2005. Madrid, Ed. Bercal, 2011.

– «Obras de arte aplicado a la industria, diseños industriales y derechos de autor», en Morral Soldevilla, R., Boet Serra, E. *et al. Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial*. Cizur Menor, Civitas, 2011.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: «Comentario a los artículos 428 y 429 C.c.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* vol. V, t. 2, dir. Albaladejo García, M. Madrid, Edersa, 1985.

Peñuelas i Reixach, L.: *Valor de mercado y obras de arte: análisis fiscal e interdisciplinario*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

Pfennig, G.: *El derecho de participación de los artistas en la reventa («droit de suite»)*. Documento IGC (1971)/XI/4, 9 de abril de 1997. París, Ediciones UNESCO, 1997.

Pijoan, J.: *Historia del Arte*, vol. IV. Barcelona, Salvat, 1970.

Pownall, R.: *TEFAF Art Market Report 2017*. Maastrich, The European Fine Art Foundation, 2017.

Rams Albesa, J.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. 4-A, t. 5, dir. Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. Madrid, Edersa, 1994.

Read, H.: *Educación por el arte*, 3.ª ed. Barcelona, Paidós, 1982.

Ribera Blanes, B.: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Madrid, Dykinson, 2002.

Ricketson, S. y Barrister, V.: *Proposed international treaty on droit de suite/resale royalty right for visual artists*, 2015. En: *http://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications-PDF-files/Resale-Right-Academic-Study*.

Rivero Hernández, F.: «Reproducción de obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas», en *Derechos del Artista Plástico,* coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Al. Pamplona, Aranzadi, 1996.

– «Comentario al artículo 18»; «Comentario al artículo 19»; «Comentario al artículo 22», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. 3.ª ed. Madrid, Tecnos, 2007.

Rocha, M.: «Derecho de participación (droit de suite): análise do artigo 24 do "Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)"», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (ADI), 21, 2000. Madrid; Santiago de Compostela, Marcial Pons; Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

Rogel Vide, C. y Serrano Gómez, E.: *Manual de derecho de autor*. Madrid, Reus, 2008.

Rubí Puig, A.: «Incentivos, costes de transacción y rent-seeking», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 38, mayo-agosto 2011. Madrid, Ed. Bercal, 2011.

Sánchez Aristi, R.: «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, enero-abril 2000. Madrid, Ed. Bercal, 2000.

Serrano Gómez, E.: *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*. Madrid, Dykinson, 2000.

Strowel, A.: *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences: étude de droit comparé*. Bruselas, Bruylant, 1993.

Suárez, A. y Vidal, M.: «Cambios y transformaciones del arte en el siglo XX», en *Historia Universal del Arte,* vol. IX, coord. Milicua Illaramendi, J. Barcelona, Planeta, 1987.

Tatarkiewicz, W.: *Historia de la estética II. La estética medieval*. Madrid, Akal, 1989.

Uaipit: *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. En: *http://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf*.

Unión de Berna: *Examen de un estudio sobre los principios de orientación relativos al funcionamiento del derecho de participación (droit de suite),* Documento IGC (1971)/VI/14 del Comité Ejecutivo de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, vigésimo cuarta reunión, París, 17-25 de junio de 1985.

U.s. Copyright Office: *Resale royalties: an updated analysis*. Washington, U.S. Government Printing, 2013.

Valero Muñoz, A.: *Principios de color y holopintura*. Alicante, Club Universitario, 2013.

Vallés Rodríguez, M.: «Comentario al artículo 24», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Madrid, Tecnos, 1989.

Vettese, A.: *Invertir en arte: producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*. Madrid, Pirámide, 2002.

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

Vicente Domingo, E.: *El Droit de Suite de los artistas plásticos*. Madrid, Reus, 2007.

Walter, M. y Von Lewinski, S.: *European Copyright Law: A Commentary*. Nueva York, Oxford University Press, 2010.

Wolff, J.: *La producción social del arte*. Madrid, Istmo, 1997.

Apuntes sobre la pintura como obra de arte plástico y su originalidad en el Derecho de Autor español y peruano

JAVIER ANDRÉ MURILLO CHÁVEZ

Profesor TPA del Área de Derecho Mercantil. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO Y EL ARTE. 2. DEL ARTE Y LAS PINTURAS. 3. ¿QUÉ ESTABLECEN EL DERECHO DE AUTOR ESPAÑOL Y PERUANO SOBRE LAS PINTURAS?. 4. LA DUALIDAD EN LA ORIGINALIDAD EN EL CASO DE LAS OBRAS PLÁSTICAS PICTÓRICAS. 5. ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN OCURRIR EN EL MUNDO DEL ARTE: LA DIFERENCIA ENTRE LAS PINTURAS ORIGINALES Y LAS IDEAS, LA REPRODUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LAS PINTURAS Y EL PLAGIO. 5.1. *Diferencia entre idea y obra original como forma de expresión.* 5.2. *¿Reproducción o transformación de pinturas? El tiempo de las aplicaciones móviles y la impresión en tres dimensiones (3D).* 5.3. *Notas sobre el plagio en las pinturas.* 6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES. 7. REFERENCIAS. 7.1. *Bibliografía.* 7.2. *Fuente de las pinturas citadas.* 7.3. *Noticias.* 7.4. *Películas.* 7.5. *Pinturas y otras obras plásticas.*

ABREVIATURAS

DDASI	Directiva 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
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española
RCDA	Decisión 351 de la Comunidad Andina, de 17 de diciembre de 1997, Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos
LDA	Decreto Legislativo N.º 822, de 23 de abril de 1996, modificada por la Ley N.º 30276, de 02 de diciembre de 2014, Ley de Derecho de Autor peruana
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TJCA	Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO Y EL ARTE

La materia específica que se estudiará en estas líneas consiste en algunos aspectos jurídicos de las pinturas y su originalidad como obras de arte plástico en el régimen de Derecho de Autor o Propiedad Intelectual, como se denomina en España. La importancia de este estudio está en la diversidad de creaciones que pueden ser incluidas en el concepto de «obras de arte plástico» y su conexión con la originalidad, concepto clave para la protección por el régimen de Derecho de Autor; así, tomando como base ejemplos de pinturas –y algunas obras semejantes– observaremos que existen diferencias interesantes en su tratamiento jurídico, así como entre la originalidad de cuadros de «bellas artes» (v.g. un cuadro de Botticelli) o la de creaciones de uso más utilitario (v.g. el logotipo de Antena 3).

En el presente artículo analizaremos la doctrina y jurisprudencia de España y Perú sobre el Derecho de Autor y las obras pictóricas. En este sentido, la riqueza del estudio comparado nos permitirá observar de una mejor manera la materia examinada; especialmente, cuando en el caso peruano se cuenta con un organismo administrativo especializado en la tutela de la Propiedad Intelectual –en sentido amplio– y en el caso español, con sentencias provenientes de los órganos jurisdiccionales autonómicos y nacionales.

De igual manera, tomaremos muchos ejemplos, casi todos provenientes de pinturas y/o dibujos que ya se encuentran en dominio público, y otros utilizados en virtud del límite de cita con fines de investigación. Usaremos los cuadros de diferentes estilos o escuelas de siglos pasados, entre las cuales destacará la escuela cusqueña en el Perú y las corrientes pictóricas europeas, principalmente en España, Italia y Francia. Esto nos permitirá mostrar gráficamente conceptos habituales en pintura, tales como «concepción» o «ejecución», que deben ser extrapolados y colocados en los materiales jurídicos, ya sea por el legislador, el funcionario público o el Juez. Al observar la producción de artistas ubicados en distintos puntos del mundo (dos continentes separados o distintos Estados), pero conexos por su historia al estar ubicados en el mismo espacio temporal, tenemos una potente herramienta para graficar los conceptos teóricos.

En un primer punto, analizaremos muy brevemente algunos apuntes sobre el Arte y cuáles son las particularidades propias de las pinturas. Luego, procederemos a ver qué señalan las normativas y la jurisprudencia en Europa, particularmente en España, y en la Comunidad Andina[1], específicamente en Perú, acerca de las obras plásticas (concepto jurídico donde se incluyen las pinturas) y la origi-

1. Es importante señalar que, al menos, las normativas de Propiedad Intelectual e Industrial en la Comunidad Andina –conformada por Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia– son aplicables directa, preferente e inmediatamente por los organismos estatales de estos países. Novak, Fabián: «La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico», en AA.VV. (Coordinador: Novak, Fabián y Hidalgo, Óscar): «Derecho Comunitario Andino». Lima: PUCP, 2003, pp. 68-79.

nalidad. Posteriormente, nos adentraremos en el desarrollo específico de la originalidad en las pinturas. Igualmente, intentaremos establecer parámetros o guías de distinción entre las ideas y las formas de expresión, tratar el tema del plagio a los derechos de autor sobre las pinturas, así como la dicotomía entre transformación y reproducción. Finalmente, presentaremos conclusiones y reflexiones sobre lo desarrollado en el presente trabajo.

2. DEL ARTE Y LAS PINTURAS

Una famosa escultura ubicada en la vía pública, la estructura externa de un gran edificio del centro financiero de la ciudad, una clásica pintura colgada en la pared de casa, un llamativo puente que comunica la ciudad con los barrios del borde exterior, una preciosa danza ejecutada en un espectáculo público, una formidable película proyectada en el cine local, entre muchos otros, son ejemplos del Arte. Creemos que lo que tienen en común todas estas creaciones es el significado que ha pensado el autor para un indeterminado público a través del tiempo, pues una de las características del Arte es –precisamente– la trascendencia. Las obras de arte son las creaciones que conforman esa categoría tan amplia denominada Arte.

Nos parece pertinente la definición de **Arte** que brinda Tatarkiewicz, quien señala que «*el Arte es una actividad humana consciente capaz de reproducir cosas, construir formas, o expresar una experiencia, si el producto de esta reproducción, construcción, o expresión puede deleitar, emocionar o producir un choque*»[2]. Esta definición de Arte claramente agrupa la pintura, la escultura, la poesía, la arquitectura, las representaciones escénicas, las interpretaciones musicales, la cinematografía, entre otras.

Creemos que el Arte es una forma de expresión, una transmisión del pensamiento del artista a los múltiples apreciadores de su obra. Así, señala Read,

> «*hay que considerar al arte como el modo más perfecto de expresión que ha logrado la humanidad. Como tal se ha propagado desde los mismos albores de la Civilización. En todas las edades, el hombre ha creado cosas para su uso, y ha desempeñado miles de ocupaciones necesarias para la lucha por la existencia. (…) el arte es un modo de expresión, un lenguaje que puede hacer uso de tales cosas útiles, del mismo modo que el lenguaje mismo hace uso de la tinta, del papel y de las máquinas de imprenta, para transmitir un significado (…). En todas sus actividades esenciales, el arte intenta decirnos algo: algo del Universo, del hombre, del artista mismo. El arte es una forma de conocimiento, y el mundo del arte es un sistema de conocimiento tan precioso para el hombre como el mundo de la filosofía o de la ciencia*»[3].

De esta forma, las creaciones artísticas, como forma de expresión, deben

2. Tatarkiewicz, Wladislaw: «Historia de seis ideas: arte, belleza, forma, creatividad, mímesis, experiencia, estética» (*Dzieje szeicin pojec).* 6.º Edición. Traducción de Francisco Rodríguez Martín. Madrid, Tecnos, 1987, p. 67.
3. Read, Herbert: «Arte y Sociedad» (*Art and Society*). Traducción de Manuel Carbonell. Barcelona: Península, 1977, pp. 20-21.

exteriorizarse para ser relevantes; es decir, para ser apreciadas por un público determinado, pensemos en aquellos que pagan su entrada para escuchar una representación teatral, o indeterminado, imaginando a todo aquel que observa una estatua en la portada de un determinado edificio. Es igualmente importante observar que las expresiones artísticas pueden ser materiales, como un cuadro o el diseño de un edificio, o inmateriales, como una danza o una canción. De esta forma, tendremos una obra de arte desde el Концерт для скрипки с оркестром ре мажор, соч. *35* (Concierto para violín en Re Mayor –D Major–, Op. 35) de Piotr Ilich Tchaikovski hasta *Il David* de Miguel Ángel:

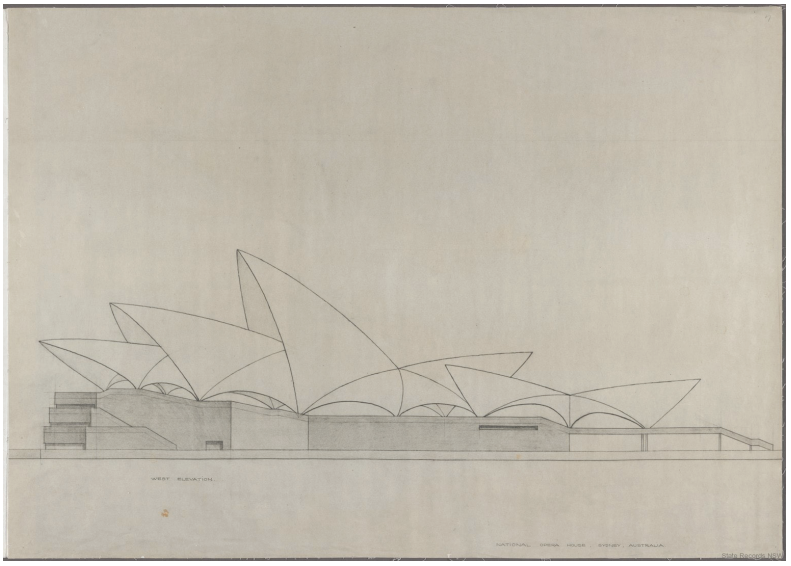


Miguel Angel, «*Il David*»

Sobre la obra: Escultura en mármol blanco. 5,17 m. de altura. Ubicación: *Galleria dell'Academia.* Florencia (Italia).

Fuente: Fotografía realizada por el autor. Junio 2016.

Pasando por la interpretación teatral de *Die Zauberflöte* (La Flauta Mágica) de Wolfgang Amadeus Mozart y la *Sidney Opera House* diseñado por Jørn Utzon:



Jørn Utzon, «*West Elevation of National Opera House-Sydney Australia*»

Fuente: NEW SOUTH WALES GOVERNMENT: «Sydney Opera House-Drawings: Archive NRS 12825-Competition drawings submitted by Jørn Utzon to the Opera House Committee» [*en línea*]. En: NEW SOUTH WALES GOVERNMENT: State Records (WEB). Consulta: 23 de octubre de 2016. Nueva Gales del Sur: Archivo Gubernamental de Nueva Gales del Sur, 1957. *https://gallery.records.nsw.gov.au/index.php/galleries/sydney-opera-house/sydney-opera-house-drawings/.*

De esta forma, como jurista, me interesa recalcar la importancia de concebir las creaciones artísticas como formas de expresión; creándose incluso en las Constituciones reconocimiento expreso sobre un derecho del ciudadano a la libre creación artística [artículo 20.1.b) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y artículo 2.8 de la Constitución Peruana de 1993]; es decir, el constituyente le reconoce al ser humano la libertad de creación, estimación previa al otorgamiento de derechos sobre sus obras, lo cual como sabemos conlleva –hasta ahora– cierto debate sobre el fundamento constitucional de la Propiedad Intelectual o Derecho de Autor[4].

4. Debemos tener cuidado, no estamos sugiriendo que esta sea la base constitucional de la Propiedad Intelectual, que –como es sabido– es una cuestión que se ha discutido entre el artículo 20.1.b) (creación artística), 33 (propiedad) e, incluso, el 38 (libertad de empresa) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Sobre este último fundamento, ver: Pizarro, Eugenio, «La Disciplina Constitucional de la Propiedad Intelectual». Valencia: Tirant, 2012. Estas disposiciones son totalmente equivalentes al artículo 2.8 (creación artística), 2.16, 70 (propiedad) y 59 (libertad de empresa). La finalidad de esta afirmación es simplemente recalcar que el Arte es importante, tan importante que el Constituyente le reconoce un derecho al ser humano a crear y/o expresarse artísticamente.

Otro punto a recalcar jurídicamente sobre el Arte –en general– es la libertad que va más allá de cualquier tipo de contenido. Una persona puede crear obras de arte de cualquier tipo y sobre cualquier tema, salvo que se le imponga un límite justificado en otro valor constitucional: v.g. la apología al terrorismo o el enaltecimiento al terrorismo[5], o los delitos contra el honor[6]. Inclusive, en el caso de estas restricciones, la sanción que prevé el ordenamiento español o peruano es *ex – post* y nunca *ex – ante*; de igual forma, en la ponderación la libertad de expresión –pues creemos que la libertad de creación artística es una especificación de este valor constitucional– tiende a tener más peso sobre otros, pero no de manera absoluta o casi absoluta, como ocurre en las Cortes norteamericanas[7]. Esto permite que tengamos caricaturas (dibujos) u obras de arte críticas (pinturas) totalmente legales y permitidas.

Por citar un par de ejemplos: primero, tenemos la caricatura del 27 de julio de 2012 de Carlín (seudónimo) de Carlos Tovar Samanez, caricaturista peruano de realidad social, quien retrató al ex-presidente de Venezuela Hugo Chávez en una situación de ridículo extremo en su afán de añoranza de Simón Bolívar, al haber develado unos días antes el rostro digitalizado de este independentista, combinando esta noticia con la salida de Venezuela del fuero de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos[8]:

5. Artículo 578 del Código Penal Español CP/1995 y artículo 316 del Código Penal Peruano.
6. Artículos 205 y ss. del Código Penal Español CP/1995 y artículos 130 y ss. del Código Penal Peruano.
7. Marciani, Betzabé: «El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes». Lima, Palestra, 2004.
8. ORGANIZACIÓN AUTÓNOMA SIN FINES DE LUCRO «TV-NOVOSTI»: «Hugo Chávez presenta la versión en 3D del rostro de Simón Bolívar» [*en línea*]. En: ORGANIZACIÓN AUTÓNOMA SIN FINES DE LUCRO «TV-NOVOSTI»: RT en Español (WEB). Moscú: Tv Novosti, 25 de julio de 2012. Consulta: 24 de octubre de 2016. *https://actualidad.rt.com/actualidad/view/49929-Hugo-Chavez-presenta-versi%C3%B3n-en-3D-del-rostro-de-Sim%C3%B3n-Bol%C3%ADvar.*



«*Carlincatura del 27 de julio de 2012*»

Fuente: TOVAR, Carlos: «Carlincatura» [*en línea*]. En: DIARIO LA REPÚBLICA: Portal de noticias (WEB). Lima: Diario La República, 27 de julio de 2012. Consulta: 24 de octubre de 2016. *http://larepublica.pe/carlincaturas/carlincaturas-27-07-2012-2012-07-27.*

Por su parte, el ejemplo más claro en España sobre pintura crítica lo trae Pablo Ruiz Picasso, quien retrató en su cuadro «Guernica» en 1937 una crítica única contra la guerra y todas sus consecuencias:



Pablo Picasso, «*Guernica*»

Sobre la obra: 1937. Óleo sobre lienzo. 349,3 x 776,6 cm. Ubicación: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Madrid (España).
Fuente: MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFIA: «Guernica» [*en línea*]. En: MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFIA: Portal de la Colección (WEB). Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2016. Consulta: 24 de octubre de 2016. *http://www.museoreinasofia.es/coleccion/obra/guernica.*

Paloma Esteban, quien reseña oficialmente el cuadro ubicado en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, ha señalado lo siguiente:

> *«el motivo que impulsó a Pablo Picasso a realizar la escena representada en esta gran pintura fue la noticia de los bombardeos efectuados por la aviación alemana sobre la villa vasca que da nombre a la obra, conocidos por el artista a través de las dramáticas fotografías publicadas, entre otros diarios, por el periódico francés L'Humanité. A pesar de ello, tanto los bocetos como el cuadro no contienen ninguna alusión a sucesos concretos, sino que, por el contrario, constituyen un alegato genérico contra la barbarie y el terror de la guerra»*[9]

Como podemos ver, la obra de arte crítica y la caricatura son muestras de que, en la mayoría de las ocasiones, prima el derecho a la libre creación artística –como especial y particular faceta de la libertad de expresión– frente a otros derechos o valores constitucionales; lo cual se materializa a través de una institución denominada «parodia» regulada tanto en la norma peruana como en la española[10].

Ahora bien, dentro de lo que se considera Arte, tenemos la **pinturas**; es decir, tomando las palabras de Baylos, «*(…) aquellas en que actúan como medios expresivos los trazos o los colores impresos, bidimensionalmente en una superficie. Comprenden el dibujo, la pintura, el grabado, en sus diferentes manifestaciones y modalidades*»[11]. Esta forma de Arte existe desde tiempos prehistóricos, pues se ha descubierto que los primeros hombres han realizado algunas siluetas dentro de cavernas, ni que decir –además– de todo el resto de expresiones pictóricas que encontramos a lo largo de la historia de la humanidad: las grandes civilizaciones antiguas como Grecia, Egipto y Roma tenían ya demostraciones de pinturas, con los materiales propios de la época.

Jurídicamente, podemos señalar que incluso se preocuparon de reglar este tipo de situaciones, mostrando la importancia de las expresiones artísticas. En efecto, la civilización romana –antecedente histórico de la tradición jurídica romano germánica que inspira el Derecho en España y Perú– tenía clara la regla de que una obra de arte era mucho más importante que una ridícula tabla, lienzo, piedra o pared cualquiera; así, se señalaba *si quis in aliena tabula pinxerit, tabulam picturae cedere* (si alguno ha pintado en tabla de otro, la tabla cede a la pintura). Así se recogió en el Título I del Libro I de las Institutas de Justiniano, gran codificación que resumía las reglas de aquel tiempo y espacio.

9. Esteban, Paloma: «Reseña del cuadro "Guernica"» [*en línea*]. En: MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFIA: Portal de la Colección (WEB). Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2016. Consulta: 24 de octubre de 2016. *http://www.museoreinasofia.es/coleccion/obra/guernica.*
10. Artículo 49 de la LDA y artículo 39 del TRLPI.
11. Baylos, Hermenegildo: «Tratado de Derecho Industrial». 3.º Edición. Madrid, Civitas, 2009, p. 243. Así mismo: cf. Bercovitz, Germán: «Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor». Madrid: Tecnos, 1997.

Posteriormente, se produce un exponente crecimiento de las expresiones artísticas consistentes en pinturas en la Edad Media y siglos posteriores, trayendo consigo la más prolija producción de la humanidad, con el Renacimiento, el Barroco, el Rococó y, posteriormente, el Neoclasicismo. Dando –en la actualidad– paso a corrientes como el Modernismo, el Realismo, el Impresionismo o el Cubismo. Aunque hasta ahora sólo hemos hablado de lo conocido como «Bellas Artes», no debe dejarse de lado que ciertos dibujos –también incluidos dentro del concepto de «Pintura»– no entran en esta evolución y son utilizados, principalmente desde fines del siglo XIX e inicios del siglo XX para fines más utilitarios, v.g. los diseño de objetos o los logotipos; que son denominadas «obras plásticas aplicadas». Igualmente, existe un grupo de pinturas que tampoco entran en esa versión de la historia y se categorizan en lo denominado como «obras menores»; es decir, *«aquellas obras que están instaladas en la línea divisora que distingue entre aquello que se protege por derecho de autor y aquello que vive al margen de protección, configurándose como creaciones protegidas por gozar del mínimo de originalidad exigible»*[12].

De esta forma, la diferencia entre las obras plásticas aplicadas y obras de bellas artes tendrá gran relevancia cuando miremos el concepto de «originalidad», cuya concepción es muy particular en lo que se refiere a las distintas formas de obras plásticas en general. Igualmente, es importante señalar que el hecho que se trate de bocetos y ensayos no resta su importancia para el Derecho[13]. Todo lo señalado hasta aquí, nos permite afirmar la existencia –incluso dentro del concepto de pintura– de una gama de opciones de expresiones artísticas hechas bidimensionalmente en base a formas y colores, en base a determinadas características del autor:

12. AA.VV. (Coordinador: Wandtke, Artur-Axel): «*Urheberrecht*». Berlín: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2009, p. 48. Rn. 8. Citado por Ruiperez, Clara: «Arte, obras y derechos de autor. Reflexiones en torno al arte y a su eventual protección por derechos de autor con especial referencia a las obras plásticas». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 507.
13. Como indica Ortega, «*(…) los bocetos y ensayos deben ser protegidos, como se hace en la actualidad por la propiedad intelectual, como obras independientes de cualquier otra. Aun tratándose de un medio de elaboración de una obra plástica, se puede observar diferencias que defienden dicha protección. Entre ellas (…): las diferencias de color, composición, trazado, formas, volúmenes; (…)*». Ortega, Jorge: «Obra Plástica y Derecho de Autor». Madrid, Reus-Aisge, 2000, p. 55.

- **Pinturas de bellas artes.** Aquellas expresiones artísticas bidimensionales en base a formas y colores cuyo autor es un artista que impregna su personalidad de manera tan fuerte que es reconocido fácilmente al apreciar la obra, ya sea por su gran talento o su larga trayectoria; usualmente, estos artistas están enmarcados –como prototipos– dentro un determinado estilo, corriente o escuela artística.

  Por ejemplo, quien podría negar la categoría de pintura de bellas artes a los siguientes dos cuadros:



Leonardo Da Vinci, «*La Gioconda*»

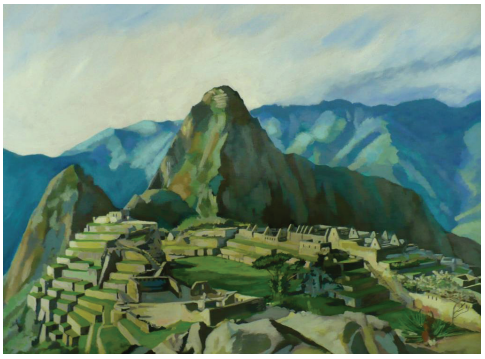


Diego Velázquez, «*Las Meninas*»

Sobre las obras:
Izquierda: Entre 1503-1519. Óleo sobre tabla de álamo. 77 x 53 cm. Ubicación: Museo de Louvre. Paris (Francia).
Derecha: 1656. Óleo sobre lienzo, 318 x 276 cm. Ubicación: Museo del Prado. Madrid (España)
Fuentes:
Izquierda: Scailliérez, Cécile: «Mona Lisa-Portrait of Lisa Gherardini, wife of Francesco del Giocondo» [*en línea*]. En: MUSÉE DU LOUVRE: Department of Paintings: Italian Paintings (WEB). Paris, S/F. Consulta: 24 de octubre de 2016.
http://www.louvre.fr/en/oeuvre-notices/mona-lisa-portrait-lisa-gherardini-wife-francesco-del-giocondo.
Derecha: CALVO, Francisco: «Las Meninas o la familia de Felipe IV» [en línea]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 24 de octubre de 2016.
https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/las-meninas/9fdc7800-9ade-48b0- ab8b-edee94e-a877f.

- **Meras pinturas o pinturas comunes.** Aquellas expresiones artísticas bidimensionales en base a formas y colores cuyo autor no impregna su personalidad de manera que pueda determinarse quién la ha realizado al apreciar la obra; es decir, aquellos dibujos realizados comúnmente o rutinariamente, por cualquier persona con aún una trayectoria en el mundo del arte muy pequeña y poco conocida, así como aquellos pintores efímeros.

  Como ejemplo de estas, podemos encontrar a pintores que retratan de manera común cierto determinado contenido [v.g. la antigua ciudadela Inca Machu Picchu, ubicada en Cusco (Perú), calificada como Maravilla del Mundo], pero cada uno de una manera particular:



Jose Manuel Cusipaucar Vilca,
«*Machupicchu*»



Christian Seebauer,
«*Machu Picchu en verde pintura al óleo*»

Sobre las obras:
Izquierda: 2009. Acrílico sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: colección privada.
Derecha: 2010. Óleo sobre lienzo. 70 x 50 cm. Ubicación: en posesión del autor (en venta).
Fuentes:
Izquierda: CUSIPAUCAR, José Manuel: «Machupicchu» [*en línea*]. En: ARTELISTA WORLDWIDE S.L.–Portal Artelista (WEB). Barcelona, 2009. Consulta: 24 de octubre de 2016. *http://images.artelista.com/artelista/obras/big/7/2/8/3753304821285618.jpg.*
Derecha: SEEBAUER, Christian: «Paisajes místicos: Óleos con motivos de Machu Picchu» [*en línea*]. 2010. En: SEEBAUER, Christian: Portal Seebauers World (WEB). Darmstadt, S/F. Consulta: 24 de octubre de 2016.
http://www.seebauers-world.com/wallpaper/machupicchugreen.jpg.

- **Dibujos aplicados a la industria.** Aquellas expresiones artísticas bidimensionales en base a formas y colores en las cuales la identificación del autor queda relegada debido a la función que cumplen en el mercado; es decir, que no importa si el autor es reconocido o tiene trayectoria, sino que se le requerirá únicamente para la elaboración técnica de un –por ejemplo– logotipo o diseño estético de producto:



SABORES PERU S.A. (titular en 1991), «*Inca Kola y diseño*»



NUTMARK, LDA (titular en 2007), «*Cola Cao y diseño*»

Fuentes:
Izquierda: Marca registrada en la Dirección de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Certificado N.º 36670.
Derecha: Marca registrada en la Oficina Española de Marcas y Patentes. Certificado N.º M2770113.

Primero, es importante señalar que estas no son categorías totalmente puntuales y cerradas; pragmáticamente, es una clasificación que hacemos en base al criterio de la personalidad y la facilidad de determinación del autor únicamente para poder explicar el requisito jurídico de «originalidad» en diversos supuestos, como veremos luego. En realidad, pueden existir obras que se encuentren entre las meras pinturas o una pintura de bellas artes; o que una mera pintura sea revalorada como pintura de bellas artes posteriormente. Probablemente, como ejemplo, casi todos los pintores famosos o reconocidos habrán pasado por un tiempo en que sus obras fueron meras pinturas. De igual forma, una mera pintura o una pintura de bellas artes puede ser utilizada posteriormente como dibujo aplicado a la industria de manera alterada o inalterada; también existe algún movimiento artístico (v.g. *pop art*) que convierte dibujos aplicados a la industria en pinturas de bellas artes.

Y, segundo, cabe recalcar que esta división no es propia del Derecho, ya que jurídicamente está prohibido observar diferencia para la protección en base a la forma de expresión, el esfuerzo, el tamaño, el estilo, la fama del autor, el mérito, el destino o la finalidad[14]. Como adelantamos, la diferenciación que hemos hecho sólo será relevante al momento de observar cómo se configura el requisito y filtro de protección de las obras plásticas expresadas como pin-

14. Coincide cf. Ruiperez, Clara: «Arte, obras...». Ob. Cit., pp. 481-535.

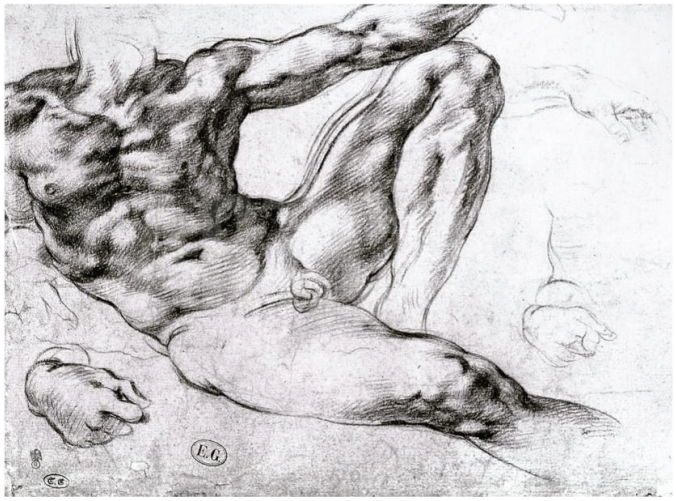
turas. Sin embargo, todas estas obras (las de bellas artes, las meras pinturas y los dibujos aplicados a la industria) pueden ser protegidas si cuentan con originalidad o puede negársele si no cuentan con ella; lo importante es que nunca se denegará la protección por el régimen de Derecho de Autor –por citar ejemplos– debido a que la pintura no cuenta con reconocimiento estético por parte del gremio de artistas, o debido a que la crítica profesional ha repudiado la pintura, o debido a que los dibujos serán reproducidos industrialmente en miles de empaques de algún producto. El funcionario administrativo o el Juez que determina la protección de determinada obra de arte no es crítico de arte ni examinador industrial.

Para terminar, debemos hacer una breve mención a las partes que se encuentran en una pintura. Según Borrás, desde el punto de vista técnico del Arte, los elementos son la materia pictórica, la línea, el modelado, la perspectiva, el color, la luz y la composición[15]; de igual manera, Ortega resalta, ya desde el punto de vista jurídico, la materia, el color y la forma[16].

Por un lado, la **materia pictórica** es un elemento fundamental. Así, la materia de una pintura «*(…) estará constituida por un soporte sobre el que se pinta (lienzo sobre bastidor, tabla, papel, muro, etc.) y los pigmentos coloreados que los pintores aplican sobre el soporte según unas determinadas técnicas*»[17]. Este elemento es tan importante que no sólo se trata del soporte material en el cual se encontrará plasmada la obra artística, sino que también tendrá efecto sobre la impronta de la personalidad que el autor le brinda a la pintura, así como diversas otras características como el tamaño, la conservación e, incluso, su estética[18]. Jurídicamente, también –como veremos– la pintura llega a ser un punto bastante gris en la clásica separación entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*.

Igualmente, entre los elementos que posee el artista a su disposición está uno de los más básicos: la **línea**. Este elemento delimita los objetos que se buscan representar. Los encierra fijando la apariencia que tendrán en el soporte, delimitando los contornos[19]. En efecto, la base gráfica de una pintura puede reflejarse, incluso sólo con líneas:

15. Cf. Borras, Gonzalo: «Pintura». En: Borras, Gonzalo; Esteban, Juan y Alvaro, Isabel: Introducción General al Arte. Madrid, ISTMO, 1996, pp. 195-277.
16. Cf. Ortega, Jorge. Ob. Cit.
17. Borras, Gonzalo. Ob. Cit., p. 199.
18. Cf. Ortega, Jorge. Loc. Cit.
19. Cf. Borras, Gonzalo. Ob. Cit., pp. 195-277.



Miguel Ángel, «*Estudio para la creación de Adán*»

Sobre la obra: 1475-1564. Bocetos del autor. Lápiz en papel. S/D. Reproducción de original. Fragmento del fresco «**la creación de Adán**» ubicado en el techo de la Capilla Sixtina (Vaticano).
Fuente: *ART.COM* INC.: «Estudio para la creación de Adán» [*en línea*]. En: *ART.COM* INC.: Portal de venta (WEB). California: *Art.com* Inc., S/F. Consulta: 25 de octubre de 2016. *http://www.art.com/products/p11721233-sa-i1346738/michelangelo-buonarrot-study-for-the-creation-of-adam.htm.*

Por su parte, el pintor también cuenta con el **color** para crear; de las tantas combinaciones que otorgan los tres colores básicos (rojo, amarillo y azul) y sus combinaciones (verde, violeta y naranja), se basa para poder imitar el aspecto realista o imaginativo que tiene el artista pensado para su forma de expresión. El color, desde el punto de vista jurídico también sobresale, ya que «*el color da vida a determinadas obras plásticas, como un cuadro o una escultura policromada, convirtiéndose en parte esencial de las mismas, pues sirven para reflejar junto con aquel una representación de las emociones del propio autor*»[20]. Estos dos elementos referidos han representado históricamente una dialéctica en las escuelas pictóricas, ya que se suele señalar que se suele señalar que la línea es el elemento intelectual y el color es el elemento sensorial[21].

Por su parte, el **modelado**, junto con el color, permite lograr los efectos en tres dimensiones que se observan en las pinturas que, por definición, son bidimensionales. Como sabemos, las pinturas –por más bidimensionales que son– nos expresan la idea de situaciones en tres dimensiones. Este elemento creativo, junto

20. Ortega, Jorge. Ob. Cit., p. 47.
21. Cf. Borras, Gonzalo. Loc. Cit.

con la combinación de colores, determinan los efectos de luz y de perspectiva que apreciamos en las grandes obras de arte, así como en las obras de arte «menores».

La **luz** en un cuadro, como hemos señalado, viene determinada por el modelado y el uso del color en una pintura. El artista puede generar diversos tipos de efecto luminoso en su obra, tales como luz física, natural, diurna o crepuscular; así como luz artificial procedente de velas, candelas, lámparas u otras (luz artificial, en la modernidad)[22]. De igual forma, la **perspectiva** es un elemento muy importante ya que «*en pintura, la representación ilusoria y ficticia del espacio se consigue mediante la perspectiva*»[23]; es un elemento que transforma un plano cuadro en una ventana que nos permite ver un espacio concreto, que el artista piensa y representa en el soporte. El uso de la luz y la perspectiva, a través del modelado y el color, brindan sensaciones, percepciones y transmiten hasta significados distintos. Por citar un ejemplo, nuestra opinión personal es que el cuadro de la izquierda «*Le 28 Juillet: La Liberté guidant le peuple*» de Eugène Delacroix, usa la luz oscura y tonalidades oscuras de color debido al escenario de plena guerra por el cielo cubierto de humo, es decir se refleja un mensaje de esperanza en pleno campo de batalla, donde la muerte –como consecuencia– se observa en carne y hueso; mientras que en el cuadro de la derecha «*La Muerte de Pablo Escobar*» de Fernando Botero, se brinda la percepción del artista al usar colores claros enfocando el mismo tema que el cuadro anterior pero en diferente contexto (la muerte de un criminal), pero dándole tonalidades claras y usando colores claros para reflejar –quizás– esperanza para el pueblo de Colombia tras la muerte de uno de los narcos más poderosos que han existido a nivel mundial, cuyos actos atemorizaron este pueblo durante años:

22. Cf. Ibídem.
23. Ídem., p. 205.



Eugène Delacroix, «*Le 28 Juillet: La Liberté guidant le peuple*»



Fernando Botero, «*La Muerte de Pablo Escobar*»

Sobre las obras:
Izquierda: 1830. Óleo sobre lienzo. 260cm × 325cm. Ubicación: Museo de Louvre. Paris (Francia).
Derecha: 1999. Óleo sobre tela. 58 x 38 cm. Ubicación: Museo de Antioquia. Medellin (Colombia).
Fuentes:
Izquierda: Bouabdellah, Malika: «July 28: Liberty Leading the People» [*en línea*]. En: MUSÉE DU LOUVRE: Department of Paintings: French Paintings (WEB). Paris, S/F. Consulta: 25 de octubre de 2016.
http://www.louvre.fr/en/oeuvre-notices/july-28-liberty-leading-people.
Derecha: Trujillo, Julián: «Drug trafficking as a Cultural Event: Pablo Escobar and Fernando Botero» [*en línea*]. En: CONCORDIA UNIVERSITY: Portal Ampersand Lab (&) (WEB). Montreal, 03 de octubre de 2013. Consulta: 25 de octubre de 2016.
http://www.amplab.ca/2013/10/03/drug-trafficking-cultural-event-pablo-escobar-fernando-botero/.

Adicionalmente, tenemos la **composición**, consistente en «*(...) la ordenación organizada de todos los medios plásticos que componen la obra pictórica*»[24]. Es decir, se trata del escenario –realista o fantástico– que nos propone el artista a través de la mezcla de color, luz y formas, plasmada en el soporte físico elegido, impregnándolo de la impronta de su personalidad o, en otras palabras, exponiendo su visión particular individualizada de una determinada idea. Concepto diferente de **concepción**, que es la idea que el autor tiene pensada y se pondrá a ejecutar materialmente para que –finalmente– termine expresada en un determinado soporte, donde observaremos la particular composición de la pintura, elegida por el autor.

24. Ídem., p. 230.

Finalmente, cabe mencionar, aunque no es propiamente un elemento, a la **ejecución**. En este caso, nos estamos refiriendo al proceso creativo o creador del artista; es decir, a la elección de la composición en su mente y a su exteriorización final. Nos recuerda Borrás que «*el pintor (el artista, en general) nunca tiene "a priori" una visión clara del resultado final de su obra, lo cual no quiere decir que el proceso creador sea inconsciente, sino que siempre hay una incertidumbre durante la ejecución que no se disipa hasta el momento final*»[25]. De esta forma, la ejecución consiste en una serie de actos que lleva a cabo el artista para ir de la concepción que tiene en su mente a la composición en el soporte elegido, utilizando determinados elementos pictóricos específicos.

Habiendo revisado los conceptos básicos de Arte y Pintura, podemos pasar a ver el tema netamente jurídico; es decir, cómo y qué se protege por el régimen de Derecho de Autor tanto en España como en el Perú. Así, nos toca profundizar en los conceptos de obra y originalidad, en los ordenamientos jurídicos español y peruano.

3. ¿QUÉ ESTABLECEN EL DERECHO DE AUTOR ESPAÑOL Y PERUANO SOBRE LAS PINTURAS?

La disciplina que protege las creaciones artísticas, en su concepción inmaterial, es el Derecho de Autor[26]. Este régimen de protección jurídica está contenido principalmente en el ordenamiento jurídico español por la combinación del marco de armonización que brinda la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, –Directiva 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– (en adelante, DDASI)[27] y su legislación nacional compuesta por el Real Decreto Legislativo N.º 1/1996, de 12 de abril, modificado por la Ley N.º 21/2014, de 04 de noviembre, –Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual– (en adelante, TRLPI); y, por su parte, en el ordenamiento jurídico peruano por la Decisión 351 de la Comunidad Andina, de 17 de diciembre de 1997, –Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos– (en adelante, RCDA) y la norma nacional establecida en el Decreto Legislativo N.º 822, de 23 de abril de

25. Ídem., p. 234.
26. Es importante señalar que la Propiedad Intelectual conlleva la necesidad de separar el soporte material donde está la obra (*corpus mechanicum*) y la obra propiamente dicha (*corpus mysticum*). El Derecho de Autor, a pesar de tener algunas disposiciones sobre el soporte de las obras, trata principalmente sobre ésta última –en su calidad de propiedad inmaterial–; de esta manera, son aplicables al soporte –como propiedad material– las reglas de Derechos Reales, en forma estática, y el Derecho de los Contratos, de manera dinámica.
27. Existen otras Directivas aplicables al régimen de Derecho de Autor; sin embargo, la DDASI es la más importante en materia general.

1996, modificada por la Ley N.º 30276, de 02 de diciembre de 2014, –Ley de Derecho de Autor– (en adelante, LDA).

Ambas normativas cuentan con diversas disposiciones a favor de la protección de las creaciones artísticas. En efecto, tanto la LDA como el TRLPI reconocen un derecho al autor por su creación, el cual se bifurca o fragmenta en diversas facultades que terminan siendo reconocidos autónomamente como «derechos» por la norma. Así, el TRLPI señala en su artículo 1 que «*la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*», teniendo aclarado por el artículo 2 que «*la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*». De igual manera, el artículo 18 de la LDA establece que «*el autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley*».

Entonces, para el reconocimiento efectivo de una potencial situación tutelable por el régimen del Derecho de Autor bastarán una persona natural (Art. 5.1 TRLPI y Art. 2.1 LDA) y una creación intelectual. El término preciso que utilizan las legislaciones a nivel mundial es el de «**obra**», el cual viene por influencia del Tratado más importante en esta materia proveniente del 09 de septiembre de 1886: el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que han suscrito tanto España –en el año 1887– como el Perú –en el año 1988–. Ahora bien, el TRLPI no señala expresamente una definición de obra, sino que la deja implícita dentro del artículo 10 que señala que el objeto de la propiedad intelectual son «*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»;* mientras que el RCDA y la LDA sí nos proporcionan una definición expresa: el RCDA en su artículo 3 señala que es obra «*toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma»;* y la LDA, en su artículo 2.17, establece como obra «*toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse*». De esta forma, tenemos claros ciertos requisitos que determinan la protección de una obra por el régimen del Derecho de Autor: primero, (i) la creación objeto de protección debe ser creada por una persona humana, descartándose así los casos de animales, robots, la naturaleza, plantas u otras entidades divinas o sobrenaturales[28] que supuestamente generan algunas crea-

28. Esto ha llegado a ser establecido por la Oficina de Derecho de Autor de Estados Unidos en la tercera edición de su Compendio de Prácticas. Así, el apartado 313.2 señala «*La Oficina no registrará obras producidas por la naturaleza, animales o plantas. Igualmente, la Oficina no puede registrar obras supuestamente creadas por entidades divinas o sobrenaturales, a pesar de que la Oficina pueda registrar obras que en la solicitud o en el depósito de la obra misma indiquen que están*

ciones artísticas; segundo, (ii) la creación debe ser original, característica y parámetro principal para la protección por el Derecho de Autor[29]; finalmente, (iii) la creación debe potencialmente reproducirse o divulgarse en cualquier forma existente o futura, es decir debe poder plasmarse mínimamente en un soporte.

Sobre el primer punto, cabe mencionar que las creaciones que realicen animales quedan totalmente fuera del régimen de protección por Derecho de Autor. Un caso interesante para nuestro objeto de estudio particular es el de las pinturas del caballo Metro Meteor[30], las cuales son pintadas por el propio animal y son subastadas en Internet para fines de recaudación altruista. Así, tenemos por ejemplo los cuadros «*Black Sands*» y «*Homer's Garden*» pintados por este prodigioso caballo:

inspiradas por un espíritu divino». Traducción libre de: «*The Office will not register works produced by nature, animals, or plants. Likewise, the Office cannot register a work purportedly created by divine or supernatural beings, although the Office may register a work where the application or the deposit copy(ies) state that the work was inspired by a divine spirit*». U.S. COPYRIGHT OFFICE: «Compendium of U.S. Copyright Office Practices § 101» [*en línea*]. 3.º Edición. En: U.S. COPYRIGHT OFFICE: Portal Institucional (WEB). Consulta: 01 de octubre de 2016. Washington, U.S. Copyright Office, 2014, p. 22.
http://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf.
Creemos que estas aclaraciones se produjeron luego de coyunturales casos: primero, tal como ha resuelto el Juez Orrick en los Estados Unidos, «*(…) works created by animals are not entitled to copyright protection*». Caso Naruto contra David John Slater. Orden de desestimación. Corte de Distrito de California (Caso 15-cv-04324-WHO). Caso originado por la disputa sobre el Copyright sobre la fotografía *selfie* que se tomó el mono Naruto y que viene siendo aprovechada por Wikipedia; y, segundo, el de la controversia de autoría del libro «*A Course in Miracles*» de Helen Schucman, al señalar que era un libro con derechos de autor a favor de Jesucristo, lo cual fue desvirtuado por el Alto Tribunal Regional de Frankfurt en Alemania (Caso 11 U 62/13). Cf. Oltermann, Philip: «The gospel according to... Helen Schucman, not Jesus Christ» [*en línea*]. En: The Guardian: Portal del diario (WEB). Berlín, 15 de mayo de 2014. Consulta: 01 de octubre de 2016.
https://www.theguardian.com/world/2014/may/15/helen-shucman-course-of-miracles-germany-jesus-christ.

29. La originalidad es el filtro que determina que creaciones son protegidas por el régimen de Derecho de Autor y cuáles no. Es una disposición dentro de la «familia» de criterios de protección, junto a la «distintividad» utilizada para el régimen de los Signos Distintivos y la «novedad» que se usa en el régimen de las Innovaciones.
30. Fernández Funes, Francisco: «Este caballo pinta mejor que tú» [*online*]. En: CNN en Español: Portal (WEB). New York, 12 de abril de 2013. Consulta: 19 de septiembre de 2016.
http://cnnespanol.cnn.com/2013/04/12/este-caballo-pinta-mucho-mejor-que-tu/.



Metro (horse), «*Black Sands*»



Metro (horse), «*Homer's Garden*»

Sobre las creaciones:
Izquierda: 2014. Acrílico sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: colección privada del vendedor. Gettysburg (EE.UU.)
Derecha: 2014. Acrílico sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: colección privada del vendedor. Gettysburg (EE.UU.)
Fuente:
Krajewski, Ron: «Paintings» [*en línea*]. En: Krajewski, Ron: Metro, the painting racehorse (WEB). Gettysburg: Ron Krajewski, 2014. Consulta: 19 de septiembre de 2016.
http://www.paintedbymetro.com/paintings.html.

Como podemos observar, al margen de que los cuadros poseen un detalle claramente único y configuren una singular composición, estas pinturas –a la luz de los ordenamientos jurídicos de España, Perú y Estados Unidos– no serán protegidas por el Derecho de Autor en tanto un animal no es un sujeto de derecho, como sí lo es una persona humana, sino que se le califica como un objeto de derecho protegido[31]; de esta forma, no puede ser titular de derecho, ni de sus respectivas facultades. Sin embargo, queda la duda sobre si se debe considerar al ser humano que lo ha instruido y le brinda el material usado para pintar estos cuadros como el autor, asumiendo que el caballo es un mero instrumento o medio para crear una obra de su propia autoría.

Algo igualmente complicado es aquel caso que versa sobre los robots y la respectiva inteligencia artificial, ya que se ha avanzado muchísimo en esta materia tecnológica. Desde el punto de vista jurídico, al igual que los animales, la vía de reconocimiento de derechos a los robots no es posible debido a que no son sujeto de derecho al no considerárseles personas humanas, por más aspecto humanoide que tengan, y no pueden tener derechos. Sin embargo, con el paso del tiempo

31. Espinoza, Juan: «Derecho de las Personas». 6.º Edición. Lima: Grijley, 2012, p. 8.

y el avance de la ciencia encontramos supuestos que deberían traer reflexión. ¿Qué hacer con «*El próximo Rembrandt*»? En este caso, un grupo de trabajo conformado por historiadores, artistas e ingenieros del ING, Microsoft, la Universidad Técnica de Delft, el museo Mauritshuis y el museo Rembrandthuis utilizaron una computadora y una impresora en tres dimensiones (3D) para introducir todos los datos posibles del pintor de Países Bajos Rembrandt, incluyendo 150 gigabytes de información y análisis de 346 pinturas; luego de lo cual, la máquina arrojó la composición del cuadro (un retrato) por estadística; igualmente, produjo, sin instrucciones precisas, cómo serían los rasgos faciales de un nuevo cuadro basado en toda la obra previa del pintor; y, finalmente, imprimió en tres dimensiones (3D) el resultado, tomando en cuenta la altura en tercera dimensión que produce la pintura en un lienzo. Así, este proceso arrojó como resultado un cuadro nunca antes visto, pero con los trazos, composición, rasgos y perspectiva iguales a las que usaba este artista:



ING & Microsoft, «*The Next Rembrandt*»

Sobre esta creación: 2016. Impresión en tres dimensiones (3D). 70 x 55 cm. Ubicación: colección privada de los realizadores. Ámsterdam (Países Bajos).
Fuente: ING & Microsoft: «The Next Rembrandt» [*en línea*]. En: ING & Microsoft: Portal del Proyecto «The Next Rembrandt» (WEB). Ámsterdam, abril de 2016. Consulta: 19 de septiembre de 2016.
https://www.nextrembrandt.com/.

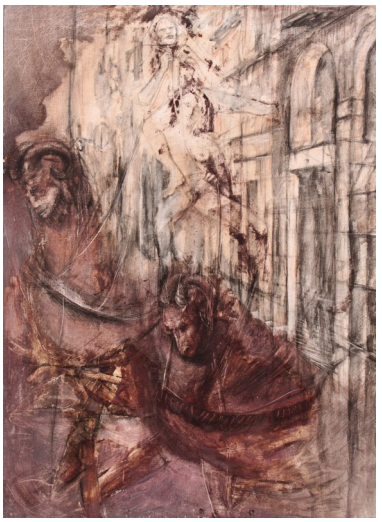
En este caso, ¿aún podríamos señalar que se trata de un objeto que carece de actividad intelectual? Creemos que, en efecto, aún se requiere la actividad de un ser humano; únicamente, cuando las máquinas actúen independientes de toda decisión humana con una verdadera «inteligencia artificial» –por ejemplo, eligiendo ellas autónomamente qué obras estudiar o qué datos recopilar– podremos entrar al debate sobre si se les puede nombrar sujetos de derecho o no[32]. Sin embargo, actualmente –lo cual incluye el caso referido–, la máquina no puede prescindir de las decisiones tomadas por los seres humanos programadores y quienes introdujeron la información específica y los datos para que esta máquina pinte este cuadro. Con mucho sentido, podemos afirmar que la máquina es –también en este caso– un simple instrumento a través del cual estas personas están creando[33]. ¿Cuánto más demorará la creación de inteligencia artificial totalmente autónoma, con aplicación práctica de las reglas de robótica que nos relata Isaac Asimov[34], en llegar a nuestra sociedad? No lo sabemos, pero con distintas circunstancias en la *fattispecie*, podría cambiar la evaluación jurídica.

En el presente artículo, sólo cabe hacer una mención general sobre el tercer punto necesario para la protección de creaciones, debido a que el estudio sobre los soportes puede abarcar un trabajo entero y extenso. Cuando se señala que la creación debe potencialmente reproducirse o divulgarse en cualquier forma existente o futura, se utiliza una clara fórmula abierta para brindar la posibilidad infinita de ampliar la gama de soportes o medios con los cuales realizar obras de arte, literarias o científicas. En este sentido, yendo acorde al tema de la presente monografía, debemos afirmar que se protegerá cualquier pintura realizada en cualquier soporte y con cualquier tipo de medios o instrumentos; por ejemplo, tenemos unas pinturas realizadas con vino por Nora López Millán:

32. Situación que se ve ejemplificada en la película de ficción «*Bicentennial Man*», protagonizada por Robin Williams, quien es el robot Andrew quien lucha frente a un ficticio Congreso Mundial para que se le reconozca como humano. Cf. COLUMBIA PICTURES: «*Bicentennial Man*» [*videograbación*]. California: Columbia Pictures, 1999. Esta referencia nos demuestra cómo otras disciplinas artísticas ayudan al Derecho a reflexionar sobre supuestos que podrían ser realidad en algún momento del tiempo con el avance de la Ciencia. En este caso, se trata del Cine como potente herramienta de muestra y ejemplo para el Derecho.
33. Ahora bien, concordamos con Otero cuando señala que «*(...) no puede haber protección por la propiedad intelectual para los objetos resultantes de la puesta en funcionamiento de la máquina, porque en esos objetos no ha habido la más mínima intervención del intelecto humano. Las cosas son distintas si, aunque intervenga la máquina en los procesos de concepción ideal de la obra y de su ejecución, se produce también el concurso del intelecto del autor, ya sea en la concepción de la obra, ya sea en su ejecución, ya en ambas cosas a la vez*». Otero, José: «*La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías*». En: AA.VV. (Coordinador: Garcia-Perez, Rafael): Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a. A Coruña: Universidade da Coruña, 2008, p. 101.
34. Cf. Asimov, Isaac: «*I, Robot*». Nueva York, Gnome Press, 1950.



Nora López, «*Second Barcelona Bacchanal*»



Nora López, «*First Barcelona Bacchanal*»

Sobre estas obras:
Izquierda: 2013. Vino Malbec en lienzo. 60 x 120 cm. Ubicación: colección privada del autor.
Derecha: 2013. Vino Penedés D.O. en lienzo. 60 x 80 cm. Ubicación: colección privada del autor.
Fuente: Lopez, Nora: «Ilustraciones» [*en línea*]. En: Lopez, Nora: La Casa de la Espiral (Blog). Barcelona, Nora López, 2013. Consulta: 22 de octubre de 2016.
http://www.casaespiral.com/es/nora-lopez-millan/.

De igual forma, tenemos unos lindos y espectaculares cuadros pictóricos y florales de Horiuchi, un señor que hace pinturas japonesas utilizando Microsoft Excel. Tal como el lector se puede imaginar, este artista realiza sus cuadros pintando cada una de las celdas del conocido programa de hojas de cálculo:



Tatsuo Horiuchi, «*Cherry Blossoms at Jogo Castle*»

Sobre la obra: 2006. Figuras en Microsoft Excel. Una hoja de cálculo.
Fuente: Johnny Strategy (seudónimo): «Tatsuo Horiuchi. The 73-year old Excel spreadsheet artist» [*en línea*]. En: Johnny Strategy: Spoon & Tamago (Blog). Brooklyn, 28 de mayo de 2013. Consulta: 22 de octubre de 2016.
http://www.spoon-tamago.com/2013/05/28/tatsuo-horiuchi-excel-spreadsheet-artist/.

Entonces, como se puede observar, el medio o instrumento puede abarcar hasta lo más impensable; es obvio que en tiempos antiguos no se pensaba siquiera que podría hacerse una pintura con *software* en máquinas como las que tenemos actualmente, o que se podrían imprimir cuadros diseñados hasta en tres dimensiones (3D). Es claro que la fórmula «*en cualquier forma existente o futura*» refleja el deseo del legislador de ampliar el ámbito de aplicación de la norma hasta el infinito o –al menos– que en este punto no recaiga el parámetro seleccionador de qué se protege y qué no con el régimen de Derecho de Autor.

Finalmente, el segundo punto, es la **originalidad**. Para comenzar a entrar a la materia del presente trabajo, visto de una manera general, el concepto de originalidad plantea una difícil armonización. En efecto, el Convenio de Berna –marco general de derechos mínimos reconocidos en materia de Derecho de Autor– no habla de «originalidad», dejando a las normativas supranacionales y nacionales regularlas y a los tribunales, desarrollarlas.

Por un lado, en España, la DDASI no hace referencia a la «originalidad»; mientras que el TRLPI sí lo menciona al señalar en su artículo 10.1 que «*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (…)*». A nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha señalado que la originalidad se debe verificar cuestionándonos si la creación analizada es «*(…) la creación intelectual propia del autor*» en el fundamento 48 del Asunto C-5/08 (Caso INFOPAQ) de 16 de julio (TJCE 2009, 228). Por su parte, la tendencia de los Tribunales españoles es la progresiva conversión del clásico parámetro subjetivo a uno objetivo. Por citar dos casos concretos, primero, tenemos la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, de fecha 07 de febrero de 2011 (AC 2011, 381), donde señala que

> «*la clave podría estar en la altura creativa, como postura intermedia entre la interpretación subjetiva, que pone el acento en la personalidad del autor y la objetiva, que remarca el aspecto de la novedad. La inspiración puede devenir en creación original, pero no si no alcanza un grado de altura creativa. (…) En definitiva, la exigencia de originalidad requiere un mínimo nivel de singularidad y novedad, de altura creativa suficiente. (…) Así, la originalidad concurre cuando (…) la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce*».

De igual forma, el Tribunal Supremo en su Sentencia N.º 214/2011, de 05 de abril, (RJ 2011, 3146) reconoce que la teoría que se debe utilizar para medir el parámetro de originalidad es aquella que exige una suficiente altura creativa.

Criterio que ha sido replicado por otras instancias, como la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.º) en su Sentencia N.º 300/2013, de 28 de octubre, (JUR 2014, 10009) en la cual señala que para que una obra sea original «*(…) es preciso que se pueda apreciar una mínima altura creativa*».

Por otro lado, en Perú, tanto el RCDA –en su artículo 3– como la LDA –en su artículo 2.17– que obra será aquella «original». Jurisprudencialmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA), a nivel comunitario, ha emitido la Interpretación Prejudicial N.º 181-IP-2015 donde indica que la originalidad es el requisito existencial de la obra, en el sentido «individualidad»; la cual ha sido desarrollada en el mismo documento, citando la Interpretación Prejudicial N.º 121-IP-2013, que señala:

> «*Para que la obra esté dotada de originalidad es que se pueda diferenciar claramente de obras de terceros, lo que lleva implícito que no sea copia o reproducción de otras en cabeza de terceros. Esto es posible, ya que el autor le ha impreso elementos propios de su espíritu. Aunque haya dos obras parecidas, se podrían considerar las originales si: 1) una no es una reproducción de la otra, y 2) tienen elementos que logran diferenciarlas o individualizarlas claramente*».

En este sentido, pese a que pareciera que el TJCA sigue el mismo criterio de los Tribunales españoles, luego señala que la «individualidad» es posible porque «*(…) el autor le ha impreso elementos propios de su espíritu (…)*». Igualmente, la Sala especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) cuenta con una vieja resolución que estableció que el parámetro que establece la LDA es la originalidad subjetiva; se trata del precedente de observancia obligatoria de la Resolución N.º 286-1998 /TPI-INDECOPI, el cual señala como originalidad de la obra «*la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad*».

Este criterio viene siendo utilizado hasta la actualidad. Como muestra de lo señalado, observamos que esta Sala del Tribunal del INDECOPI en su reciente Resolución N.º 1857-2016 /TPI-INDECOPI ha vuelto a citar el precedente y señala: «*(…) la originalidad de la obra reside en la expresión –o forma representativa– creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. (…) El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor*».

Como podemos observar, existe gran discrepancia entre lo que establecen los tribunales con respecto a la originalidad. Esto se debe a que como ningún Tratado Internacional o norma nacional define este concepto –ni siquiera la LDA que contiene una serie de definiciones bastante extensa en su artículo 2– no existe consenso sobre su interpretación. Debido a lo señalado, se da amplio margen de discrecionalidad a los Tribunales para establecer el sentido de este concepto en

su jurisprudencia; yendo desde las teorías subjetivas hasta aquellas que conciben a la originalidad como algo tremendamente objetivo, aunque debemos admitir que existen también algunas opciones intermedias.

En efecto, existen al menos tres posiciones prototipo sobre la originalidad en los sistemas de tradición romano-germánica[35]: primero, (i) la teoría de la originalidad como novedad, que a su vez se divide en (i.1) novedad objetiva y (i.2) novedad subjetiva; y (ii) la teoría de la originalidad como personalidad del autor o teoría subjetiva.

La primera vertiente de la teoría de la originalidad como novedad implica considerar la originalidad que requiere una obra para obtener protección como novedad objetiva; es decir, sólo proteger la creación nunca antes vista:

> *«(…) la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra creación preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador (…) en los casos de conflicto (…) si se parte de un planteamiento objetivo habrá que insistir (y probar) que lo creado es distinto de la o las obras preexistentes. Pero en ambos casos la novedad (originalidad objetiva) o su contrario, la similitud tendrán una enorme importancia; prácticamente decisiva para negar la existencia de originalidad cuando esa similitud sea mayor, decisiva cuando sea absoluta»*[36].

Por su parte, la segunda vertiente de la teoría de la originalidad como novedad indica que se debe considerar la originalidad que requiere una obra para obtener protección como novedad subjetiva, al considerar que «*(…) no constituiría pues una infracción del derecho de autor una obra igual a otra ya existente realizada por otro autor, siempre que este segundo autor no hubiese utilizado para nada, ni consciente ni inconscientemente, el modelo constituido por la obra preexistente*»[37].

Finalmente, la teoría de la originalidad subjetiva establece que la originalidad debe ser considerada como una manera de plasmación de la personalidad del autor en la forma de expresión resultante de la creación. Así, será original la obra que posea individualidad; es decir, aquella que conlleve la impronta de la personalidad del autor, «*(…) que tenga algo individual y propio de su autor*»[38]

35. Cf. Antequera Parilli, Ricardo: «Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines». Madrid, REUS, 2007.
36. Bercovitz, Rodrigo: «La Obra como creación original» (epígrafe). En: AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): Manual de Propiedad Intelectual. 6.º Edición. Valencia: Tirant, 2016, pp. 53-54.
37. AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual». 3.º Edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 161. Citado por: Maraví, Alfredo: «Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de Autor» [*en línea*]. En: Departamento Académico de Derecho PUCP: Portal Institucional (WEB). Cuaderno de Trabajo N.º 16. Consulta: 22 de octubre de 2016. Lima: CICAJ-PUCP, 2010, p. 19. *http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct16_breves_apuntes.pdf.*
38. Lipszyc, Delia: «Derecho de Autor y Derechos Conexos». Buenos Aires: UNESCO-CERLALC-Zavalia, 1993, p. 65.

Sin embargo, como hemos señalado, existen algunas otras teorías intermedias o particulares que se desarrollan sobre estas que ya hemos descrito, por ejemplo:

- Tenemos la teoría alemana de la altura creativa (*Gestaltungshöhe*), según la cual «*no se protegen las creaciones que constituyen parte del patrimonio cultural común de la sociedad (…). Ese mínimo en la originalidad será más o menos elevado según las diversas categorías de obra, puesto que depende del mayor o menor grado de libertad con el que cuenten los autores en cada una de aquellas*»[39]. La cual parece estar más próxima a la teoría de la originalidad objetiva, al observar el requisito de la altura creativa.
- Igualmente, encontramos una teoría de la originalidad que la concibe como novedad matizada o relativizada; según esta, *«la obra del espíritu está protegida por la ley en tanto que ella sea original; que una obra debe ser tenida por original cuando ella representa un contenido de novedad, pero no de novedad absoluta, atento a que toda creación artística implica la utilización de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común, y que, en tales condiciones, basta que el artista haya sabido organizar esos elementos de una manera nueva, imprimiéndoles el sello característico de su personalidad»*[40].

  Esta teoría se aproxima más a la novedad, claramente, incluso más que la anteriormente reseñada. Existe –incluso– una explicación muy gráfica de esta teoría en una escena de la película «*Flash of Genius*» (2008) donde el inventor Robert Kearns (protagonizado por Greg Kinnear) defiende que él ha utilizado elementos preexistentes para inventar algo totalmente nuevo, frente al testimonio de un profesional que dijo que su invento no era novedoso porque Kearns sólo reordeno piezas que ya existían[41].
- Finalmente, tenemos la teoría ecléctica que mezcla las prototípicas subjetiva y objetiva. Así, «*dadas las fallas que existen en considerar a la originalidad como novedad (por excesiva restricción) o como reflejo de la personalidad (por excesiva amplitud), se ha propuesto una alternativa intermedia, de acuerdo a la cual se protegen las creaciones que tienen la impronta de la personalidad del autor pero que, además, no son una copia de otras obras*»[42].

Igualmente, es importante mencionar que en algunos países de tradición anglosajona se maneja o manejaba un criterio distinto a los antes vistos, denominado «*skill and labour*» (habilidad y mano de obra) o «*sweet of the brow*» (sudor de la frente). Así, por citar ejemplos de estos criterios, tenemos:

Primero, la Corte Federal Australiana en el caso Interlego A.G. y Lego Australia PTY LTD contra Croner Trading PTY LTD (39 FCR 348), de 1992, señaló que

39. Bercovitz, Rodrigo. Ob. Cit., p. 54.
40. Antequera Parilli, Ricardo. Ob. Cit., p. 56.
41. Cf. UNIVERSAL PICTURES: «*Flash of Genius*» [*videograbación*]. California: Universal Pictures, 2008.
42. Maraví, Alfredo. Ob. Cit., pp. 21-22.

«*mientras que el autor de lo que se afirma que es una obra de arte original debe haber gastado una cantidad significativa de su habilidad y la mano de obra, la "originalidad" no significa novedad o singularidad y no requiere altura inventiva en el sentido del Derecho de Patentes*»[43]; esta decisión cita, a su vez, una antigua Sentencia de la *High Court* de Australia, el caso Sands & McDougall PTY LTD contra Robinson (23 CLR 49) de 1917, en la cual se determina que la aplicación de información junto con esfuerzo intelectual en el ejercicio de juzgamiento y discriminación («*skill and labour*») genera originalidad.

De igual forma, en Reino Unido, el Juez que resolvió el caso University of London Press LTD contra University Tutorial Press LTD (2 Ch 601), de 1916, indicó que «*la originalidad que se requiere refiere a la expresión del pensamiento. Pero la Ley no exige que la expresión deba estar en una forma original o novedosa, sino que la obra no debe ser copiada de otra obra que se origine del autor*»[44]. Teoría del «*skilled and labour*» usada luego por la *House of Lords* en el caso Ladbroke Football LTD contra William Hill Football Ltd (1 WLR 273), de 1964, y por otro Juez en Independent Television Publications LTD v. Time Out LTD (FSR 64), de 1984.

Finalmente, cabe mencionar que el caso de Estados Unidos es distinto. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso Feist Publications, INC. contra Rural Telephone Service Co. (499 U.S. 340) de 1991, explicó –como señala en su sumario– que la teoría del «*sweet of the brow*» (sudor en la frente) ya no es aplicable:

> «*los tribunales inferiores que adoptaron un test "sudor de la frente" o "recolección industrial" –que extienden la protección de los derechos de autor de una compilación más allá de la selección y disposición de los datos mismos– mal interpretando la Ley de 1909 y evitaron el axioma fundamental de la Ley de Propiedad Intelectual que señala que nadie tiene derechos de autor sobre hechos o ideas*»[45].

De esta forma, la Corte se aleja de esta doctrina y adopta una nueva señalando que «*original, como el término que se utiliza en el Derecho de Autor, sólo significa que la obra se haya creado de forma independiente por el autor (al contrario de la copiada de otras obras), y que posea al menos un grado mínimo de creatividad*»[46]. Esta doctrina de la obra independiente y el mínimo grado de creatividad viene siendo aplicada

43. Traducción libre de: «*Whilst the author of what is claimed to be an original artistic work must have expended a significant amount of his skill and labour, "originality" does not mean novelty or uniqueness and does not require inventiveness in the sense of patent law*».
44. Traducción libre de: «*The originality which is required relates to the expression of the thought. But the Act does not require that the expression must be in an original or novel form, but that the work must not be copied from another work –that it should originate from the author*».
45. Traducción libre de: «*Lower courts that adopted a "sweet of the brow" or "industrial collection" test –which extend a compilation's copyright protection beyond selection and arrangement to the facts themselves– misconstrued the 1909 Act and eschewed the foundamental axiom of copyright law that no one may copyright facts or ideas*».
46. Traducción libre de: «*original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity*».

hasta la actualidad, por citar un ejemplo, ha sido aplicada por la Corte Distrital de California en el caso Kenneth M. Stern contra DOES, y otros [CV 09-01986 DMG (PLAx)], de 2011.

Es importante mencionar que tanto el TRLPI como la LDA expresamente señalan que se pueden proteger las **obras plásticas**. El TRLPI señala en su artículo 10.1.e) que pueden ser obras protegidas «*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*»[47]; de igual forma, la LDA señala en su artículo 5.f) que pueden ser obras protegidas «*las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías*»[48].

Adicionalmente, el artículo 2.28 de la LDA señala que la obra plástica es «*aquella cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, los bocetos, dibujos, grabados y litografías (…)*». La jurisprudencia peruana también concuerda, teniendo como ejemplo la Resolución N.º 1158-2006 / TPI-INDECOPI. Por su parte, en España es la jurisprudencia quien nos brinda la definición: la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.º) en la Sentencia N.º 490/2005, de 7 de junio, (JUR 2006, 31301) señala que las obras plásticas son «*(…) aquellas que se manifiestan a través de la forma y del color, dando forma y color a materias preexistentes, y que se caracterizan por hacerse perceptibles por medio de la materia en la que queda impresa su forma*».

Otro punto relevante a recordar –porque ya lo adelantamos en el punto sobre Arte y Pintura– es que el Derecho de Autor tiene como regla que el Juez o funcionario administrativo, quien evalúa la protección por dicho régimen, debe considerar ciertas características como irrelevantes al momento de evaluar; estas son: la forma de expresión, el esfuerzo, el tamaño, el estilo, la fama del autor, el mérito, el destino o la finalidad[49].

El RCDA reconoce este mandato en su artículo 1 que «*las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino*»[50]. Al igual que lo hace la LDA señala en el artículo 3 que «*la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad*».

En la jurisprudencia peruana, tomamos como ejemplo la Resolución N.º 0618-2010 /TPI-INDECOPI en donde se señala expresamente que «*para proteger o no*

47. Subrayado propio.
48. Subrayado propio.
49. Ruiperez, Clara: «Las obras del espíritu y su originalidad». Madrid, REUS-AISGE-ASEDA, 2012, p. 137.
50. Subrayado propio.

una obra por Derechos de Autor, es necesario determinar qué grado de creatividad personal ha sido expresado por el autor. En estos casos, tampoco se analizarán las características estéticas o calidades artísticas de la obra, sino si la obra tiene el sello de creación individual»[51].

A nivel español, esto se ha reconocido únicamente en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo en la Sentencia N.º 561/2012, de 27 de septiembre, (RJ 2012, 9707) ha señalado que no importa el destino, ni la intención del creador, ni el mérito, para la protección por Propiedad Intelectual:

> «(...) *el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dispone que "[s]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: […] 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", prescindiendo de la intención del creador y del destino de la obra, y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las "obras de arte aplicadas" de las "obras de arte simple" u "obras de arte puro" (…)*»[52].

Ahora bien, es posible encontrar algún pronunciamiento que malinterpreta lo señalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada; la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.º) señala en su Sentencia N.º 525/2011, de 13 de diciembre, (AC 2012, 23) equivocadamente, en nuestra opinión, que:

> *«(…) como señala el TS, en la sentencia primeramente citada, la creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual; y se refiere, también, a la tradicional dificultad en la determinación del carácter original de la obra, que obliga a formular juicios de valor sobre el mérito o calidad de la misma, significando que la ponderación de esa suficiencia creativa dependerá de cada caso, correspondiendo la misma a los Tribunales, a cuyo efecto han de tener en cuenta los elementos de convicción proporcionados por las partes (periciales, informes de expertos, revistas especializadas…) y las máximas de experiencia comunes (…)*»[53].

Felizmente, este es un caso aislado y la línea jurisprudencial ha sido clara acerca de la irrelevancia del mérito y destino de la obra al momento de examinar su protección; así, lo observamos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.º) N.º 48/2006, de 20 abril, (JUR 2006, 262381) que indica claramente y de manera general que «*(…) conviene destacar que el derecho de autor viene a proteger la obra, prescindiendo de la belleza, del valor y del mérito de la misma*»; y, de igual forma, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.º) N.º 215/2013, de 03 de mayo, (JUR 2013, 206951) estableció que «*(…) una cosa es la originalidad y otra el mérito de la obra, circunstancia irrelevante y casi siempre cambiante*».

Por su parte, a nivel europeo no existe ninguna disposición general, salvo el

51. Igual razonamiento se sigue en la Resolución N.º 0645-2010 /TPI-INDECOPI y en la Resolución N.º 1352-2015 /TPI-INDECOPI, demostrándose que el parámetro sigue usándose hasta la actualidad.
52. Subrayado propio.
53. Subrayado propio.

considerando 17 de la Directiva N.º 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993[54], en el cual se señala –sólo sobre las obras fotográficas– que «*una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad*», lo cual ha sido recogido por diversa jurisprudencia en España[55].

Finalmente, y no menos importante, es pertinente recordar la diferencia que existe entre soporte y obra. Como se sabe, el objeto de protección por parte del régimen de Derecho de Autor no es el soporte en el cual se plasma una obra original, sino la obra original misma con independencia del soporte[56]. Esto está mencionado expresamente en el artículo 6 del RCDA que señala que los derechos de autor «*(…) son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra*»[57], por su parte la LDA también lo señala en el artículo 3 que los derechos de autor «*(…) son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra* (…)»[58], así como en su artículo 19 indica que «*la enajenación del soporte material que contiene la obra, no implica ninguna cesión de derechos en favor del adquirente, salvo estipulación contractual expresa o disposición legal en contrario*»[59].

Por su parte, el artículo 3.1 del TRLPI señala que «*los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual*»[60]; de igual manera, el artículo 56.1 señala que «*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*»[61].

54. Finalmente codificada en la Directiva N.º 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.
55. Ver: Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.º) N.º 236/2006, de 19 junio (AC 2006, 1759); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 6 de Madrid, de 31 marzo de 2014 (AC 2014, 541); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid N.º 80/2005, de 27 septiembre (AC 2005, 1234); Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra), de 31 julio de 2012 (AC 2013, 551); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.º) N.º 22/2008, de 28 enero (AC 2008, 1103); Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.º) N.º 201/2014, de 17 septiembre (JUR 2015, 101934); Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.º) N.º 17/2008, de 24 enero (JUR 2008, 138689); entre otras.
56. Como señala Da Costa, «*A pintura para efeitos de protecção é considerada independentemente do suporte*». Cf. Da Costa, Marília: «O direito da arte. A conservação e restauração da pintura na perspectiva do Sistema Jurídico Português». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 352. Concuerda: Cf. Vicent, Cristina: «*Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*». Valencia: Revista General de Derecho, 1999.
57. Subrayado propio.
58. Subrayado propio.
59. Subrayado propio.
60. Subrayado propio.
61. Subrayado propio.

Esto es muy importante en el caso de obras plásticas porque la existencia del ejemplar único o raro (comúnmente llamado «original» en el sentido de ejecutado por el propio autor) genera confusión –más que en cualquier otra obra– sobre la separación entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*. Así, Sánchez señala esta particularidad que tienen las obras plásticas:

> «*si bien el binomio separabilidad/interrelación entre los planos material e inmaterial es una constante general en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, las implicaciones que de él derivan hallan su manifestación más clara en el sector de las obras plásticas, al alcanzar en ellas el hermanamiento entre la obra y su soporte con mayor intensidad que en ninguna otra área, hasta el punto de que es frecuente afirmar que la destrucción del soporte original de una de estas obras equivale a la destrucción de la obra misma*»[62].

El Tribunal Supremo ha mostrado esta confusión en dos sentencias: primero, en su Sentencia del 26 de octubre de 1992, (RJ 1992, 8286) al señalar que con la obra objeto de protección ya no se encuentra en posteriores ejemplares o reproducciones; y, segundo, en la Sentencia N.º 138/1998, del 20 de febrero, (RJ 1998, 971) en la cual señala que la destrucción del soporte en un material (yeso) implica que un soporte en otro material (bronce) no contiene la obra tal cual[63]. Pese a esto, otras instancias sí efectúan la diferencia: por citar un ejemplo, tenemos lo enunciado por el Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid en la Sentencia N.º 140/2014, de 14 de julio, (AC 2016, 757):

> «*en las obras artísticas, a los efectos del Derecho de Autor, se diferencia entre la obra (la escultura, la pintura, el dibujo) y el soporte donde se incorpora para manifestarse (el lienzo, la madera, el papel...).*
>
> *Así, doctrinalmente suele distinguirse entre corpus mysticum que es la obra intelectual e inmaterial creada y el corpus mechanicum que es el soporte material en el que está expresada la obra, dígase el cuadro, la talla...*
>
> *Esta diferenciación es muy importante, pues los derechos que se generan para el autor y para el propietario del soporte, así como su tratamiento legal son diferentes (...)*».

Igualmente, lo dicho por la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.º) en la Sentencia N.º 255/2008, de 30 de julio, (AC 2009, 822) que indica:

> «*La distinción entre la obra, objeto del derecho de autor, y el soporte material (corpus mecanicum) de la misma se reafirma en el art. 56.1 LPI: "El adquirente de la propiedad del*

62. Sanchez, Rafael: «La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 28. También ver: cf. Bercovitz, Germán: «Obra plástica...». Loc. Cit.

63. En este sentido, Cámara señala «*en el caso de autos se opera una modificación en la obra al cambiar el material originariamente elegido por el autor (yeso por bronce); lo que sin duda produce una sensación estética diferente a cualquier perceptor de la obra. (...) la obra no ha sido destruida (lo que desaparece es el corpus mechanicum originario, no el corpus mysticum) (...)*». Camara, Pilar: «La lesión de los derechos patrimoniales y morales del autor de una obra plástica tras su fallecimiento. (Comentario a la Sentencia de la Sala 1.º del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998)». En: Revista Pe.i. N.º 1. Enero-Abril. Madrid: Bercal, 1999, p. 118.

soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última". Esa distinción resulta más fácil de entender en unos casos que en otros, en consonancia con la naturaleza de la obra. No obstante, la misma es válida en todos los casos, incluso en aquellos supuestos en que el soporte original de la obra tenga un valor único o especial. Ese es el caso, por ejemplo, de las obras plásticas (pintura, escultura)».

Queda claro que, incluso en las pinturas y otras obras plásticas, existe diferencia entre soporte y obra. Lo que genera esta confusión es la existencia del ejemplar único o raro, comúnmente llamado «el original»; es decir, «*(…) una obra de arte que hace el artista mismo, que surge de su inventiva, y que se caracteriza por su unicidad y novedad*»[64], pues recordemos que existe siempre esa afirmación doctrinal que señala, en nuestra opinión, incorrectamente en tiempos actuales que «*la obra plástica no puede elaborarse de nuevo sin la certeza de que aquello que se crea no es la misma obra anterior, sino otra parecida*»[65]. Nosotros creemos que –actualmente– sí se puede elaborar una pintura nuevamente, tal cual la concibió y ejecutó el autor con la impresión en tres dimensiones (3D), ya que con un potente escáner especial para este tipo de máquinas de reproducción incluso se toma la medida de la altura generada por la pintura que hizo el autor, reflejando hasta el modo de pintar[66].

Lo que sí es imposible recuperar es el valor único que tiene la obra plástica originariamente ejecutada por el artista, aquello que se señala protege la «Tesis del Aura». En palabras de Benjamin, «*lo que se marchita de la obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica es su aura. Es un proceso sintomático; su importancia apunta más allá del ámbito del arte. La técnica de reproducción, se puede formular en general, separa a lo reproducido del ámbito de la tradición. Al multiplicar sus reproducciones, pone, en lugar de su aparición única, su aparición masiva*»[67].

Hasta este punto, hemos descrito la configuración y algunas características del régimen general de protección por Derecho de Autor tanto en la Comunidad Andina y el Perú, así como en la Unión Europea y España; principalmente, el debate en torno a la originalidad y los aspectos irrelevantes al analizar la protección de una obra. De igual manera, algunos de los temas particulares en torno a las obras plásticas y las pinturas; tales como la cuestión de la «Tesis del Aura», además de la separación entre el soporte y la obra. Ahora nos toca revisar la particular

64. Casabó, Ángeles: «El delito de plagio en la obra artística: análisis jurídico-histórico». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 579.
65. Ortega, Jorge. Ob. Cit., p. 46.
66. Precisamente, Ortega señala que la objeción a la destrucción del «aura» es este aspecto; así señala «(...) al reproducir una obra plástica, la copia que se obtiene no coincide exactamente con el original, debido a que, por ejemplo, los trazos no son exactamente los mismos (a pesar de la imperceptibilidad de este detalle para el ojo humano), ni la cantidad de pintura empleada (si hablamos de un cuadro), ni el tiempo empleado para llevar a cabo su realización, etc.» (subrayado propio). Ídem., p. 78.
67. Benjamin, Walter: «La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica» (*Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*). Traducción de Andrés Weikert. México D.F.: Itaca, 2003, p. 44.

conceptualización y forma práctica de aplicar la «originalidad» en las obras plásticas, en especial la pintura.

4. LA DUALIDAD EN LA ORIGINALIDAD EN EL CASO DE LAS OBRAS PLÁSTICAS PICTÓRICAS

Una concepción muy interesante de la **originalidad de las obras plásticas**, en general, es que ésta reside en uno de dos puntos concretos o en ambos[68]: (i) la concepción plástica y/o (ii) la ejecución plástica. Por un lado, la **concepción plástica** es la idea que el autor tiene pensada ejecutar y se pondrá a realizar para que luego de ejecutarse personalmente termine expresada en un determinado soporte, donde observaremos la particular composición de la pintura, especialmente elegida por el autor; de otro lado, para completar esta regla, la **ejecución plástica** es la realización material de una serie de actos que lleva a cabo el artista[69] para plasmar la concepción que tiene en su mente creando una determinada composición, utilizando determinados elementos pictóricos específicos, en el soporte elegido.

Como dice Bercovitz,

> «*la originalidad puede encontrarse en la concepción plástica misma o también en la ejecución concreta. Para ciertas obras, la individualidad esencial reside en la concepción plástica, porque la ejecución concreta no pretende alcanzar una calidad artística, sino más bien ser instrumento de fijación de la concepción plástica. La protección de la concepción misma adquiere entonces una importancia fundamental: en la creación de un logotipo, de un personaje de cómic o de dibujos animados, las sucesivas ejecuciones concretas no tendrán un valor muy distinto entre sí. También es el caso de concepciones plásticas fijadas antes de ser ejecutadas en su forma final, y en las que la ejecución no necesita ser personal: dibujos arquitectónicos, ciertos dibujos para tapices, proyectos de jardinería, escenografías plásticas... O también el de los bocetos que son un simple instrumento para una ejecución posterior y más perfecta. Por el*

68. Expresamente en: Cf. AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): «Manual...». Ob. Cit. También: cf. Bercovitz, Germán: «Obra plástica...». Loc. Cit.; y cf. Ortega, Jorge. Ob. Cit. Así mismo, Otero, José. Ob. Cit., pp. 73-102. Igualmente: Peñuelas, Lluis: «Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación». En: AA.VV. (Coordinador: Peñuelas, Lluis): Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Barcelona: Polígrafa, 2013, pp. 13-57.

69. Incluso, indica Peñuelas, pensando en supuestos de obras que requieran apoyo en la ejecución, que lo importante es que el autor dirija, controle y decida el proceso de ejecución hasta el final: «*no consideramos necesario que el artista esté presente y controle personalmente todas las fases y momentos del proceso de ejecución o creación material de la obra, pero sí que dirija, controle y decida sobre el conjunto del mismo y lo haga hasta su finalización, de forma que le permita personalmente plasmar o expresar materialmente lo que ha concebido intelectualmente o asegurarse de que otros lo hagan a su total aquiescencia. Por ello, si el artista no ha podido controlar el proceso de ejecución o creación material hasta el resultado final, negamos que se le pueda atribuir la autoría de la obra*». Peñuelas, Lluis: «Casos Problemáticos de Autoría y Originalidad de las Obras de Arte». En: AA.VV. (Coordinador: Peñuelas, Lluis): Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Barcelona: Polígrafa, 2013, p. 64.

contrario, en las obras de arte tradicionales como la pintura y la escultura, los temas se repiten bastante. Normalmente será la ejecución plástica la que sea original. En la pintura (…) la técnica y la sensibilidad del artista en la ejecución de la obra son decisivas para su originalidad y para su valoración general. La ejecución plástica puede protegerse incluso si la concepción plástica pertenece al patrimonio intelectual común»[70].

Es importante observar que «*resulta evidente la distinción tanto en la concepción como en la ejecución entre la obra plástica y las demás obras que pertenecen al mundo de la propiedad intelectual*»[71]. En este sentido, nos parece muy interesante el planteamiento que señala –para justificar esta importancia– que la «ejecución» en el TRLPI se tiene sobrentendida en lo que señala su artículo 5.1 («*se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*»); lo cual no pasaba en el viejo Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, específicamente en el artículo 2, donde se menciona que «*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*»[72]. En este precepto, se señala expresamente el «ejecutar» como parte del proceso creativo de una obra artística protegida. De esta forma, señala Peñuelas que según la Disposición transitoria séptima del TRLPI continúan en vigor las disposiciones del viejo reglamento en tanto no se opongan a lo señalado en el TRLPI, siendo el desarrollo planteado en este artículo 2 una de las normas que continuaría en vigor[73].

Por su parte, debemos señalar que el equivalente al artículo 5.1. del TRLPI en el Ordenamiento de Perú es el artículo 2.1. de la LDA, que en este caso reforzaría el planteamiento antes referido porque utiliza la frase «*(…) que realiza la creación intelectual*», lo cual reafirma que el autor no es quien sólo efectúa un acto concreto («*que crea*»), sino que habla de una serie de actos, un proceso («*que realiza la creación*»).

Ahora bien, la principal hipótesis del presente trabajo es que esta concepción sirve muchísimo para distinguir la originalidad en cualquier tipo de obra plástica pictórica, ya sea una pintura de bellas artes, una mera pintura o pintura común, o una pintura menor o dibujo aplicado a la industria. Tomando unos cuantos ejemplos, podremos explicar esto de mejor manera:

70. Bercovitz, Germán: «Obra plástica...». Ob. Cit., pp. 124-125.
71. Ortega, Jorge. Ob. Cit., p. 77.
72. Subrayado propio.
73. Cf. Peñuelas, Lluis: «Autoría...». Ob. Cit., pp. 13-57.

Tipo de pintura o dibujo		Concepción plástica	Ejecución plástica:
Mera pintura o pintura común		No	
Pinturas de bellas artes		Sí	Sí
Dibujos aplicados a la industria		Sí	No

Sobre las obras:
Primera imagen: 2015. Acuarela en cartulina. 55×46 cm. Ubicación: colección privada.
Segunda imagen: 1889. Óleo sobre lienzo. 126,5 x 162 cm. Ubicación: Museo de Arte KODE. Bergen (Noruega).
Tercera imagen: Obra de arte aplicada, derivada de la obra original: Miró, Joaquín y Royo, Josep – «Tapiz La Caixa». 1980. Tapiz. 200 × 500 cm. Ubicación: Sede central de Caixa d'estalvis i Pensions de Barcelona. Barcelona (España).
Fuentes: cuadro de elaboración propia, con los elementos citados de:
Primera imagen: De Luis, Rubén: «Acuarela de la Plaza Mayor de Madrid» [en línea]. En: De Luis, Rubén: Oleos y Acuarelas: arte en Internet desde siempre (WEB). Madrid: Rubén de Luis, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://www.rubendeluis.com.es/acuarelas/acuarela-de-la-plaza-mayor-de-madrid/
Segunda imagen: KODE ART MUSEUMS OF BERGEN: «Edvard Munch» *[en línea]*. En: KODE ART MUSEUMS OF BERGEN: Portal institucional (WEB). Bergen: KODE Art Museums of Bergen, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://kodebergen.no/en/article/bergen-munch-collection
Tercera imagen: Marca registrada en la Oficina Española de Marcas y Patentes. Certificado N.º M2987070.

Como se puede observar, (i) en las meras pinturas o pinturas comunes, la concepción plástica del artista no brinda originalidad a la figura; como vimos en los ejemplos del presente trabajo, la concepción plástica está fijada en un lugar específico: la Plaza Mayor de Madrid o la fortaleza de Machu Picchu, cuya proyección en la realidad viene determinada por la formación real que existe del lugar. Sucede lo mismo cuando se toma elementos abstractos de la imaginación (v.g. un unicornio o el espacio exterior) o se hace una pintura de alguna materia existente en la realidad (v.g. un edificio en concreto o una laguna).

Estos elementos fantásticos o la materia existente en la realidad son las ideas, las cuales una vez plasmadas en el soporte vienen a ser originales, si la ejecución alcanza el grado exigido por los tribunales; precisamente, no son originales en tanto los elementos o materia existente son altamente conocidos y no hay nada nuevo, sino que las pinturas que toman este tipo de concepción son originales porque demuestran una determinada forma de realización del cuadro que es única e individualizada por parte de su autor. Es decir, podremos tener diez mil cuadros de la Plaza de Cibeles en Madrid, pintados por diez mil artistas diferentes, y tener diez mil cuadros originales. Esto porque la ejecución plástica determina la originalidad.

Por su parte, (ii) en los dibujos aplicados a la industria, la ejecución pierde importancia. ¿Por qué? Pues porque la industria requiere reproducción masiva o difusión máxima. Pensemos en una marca comercial o en un diseño industrial (áreas donde se suele utilizar una obra aplicada); por un lado, el logotipo, un tipo de marca, es un signo distintivo gráfico susceptible de usarse en productos o

servicios, es decir que será colocado en etiquetas y publicidad de manera masiva; por el otro, un diseño industrial es la apariencia creativa que tiene un determinado elemento en el mercado, el cual será ontológicamente replicado en tanto número de productos exista.

Como podrá intuirse, el uso masivo o de difusión máxima que conlleva este tipo de obras (pensar que el logotipo de Nike o de Adidas está colocado en millones de zapatillas, o que la forma particular de un Audi se observa en cada modelo exhibido o vendido) hace que el autor cree la obra con facilidad de reproducción, es decir con una ejecución fácil de replicar. Sin embargo, estas obras de arte aplicado son originales debido a la concepción plástica; es decir, la composición final que finalmente se plasma en el soporte, la manera específica de colocación de formas y colores que ha realizado su autor.

Ahora, también es importante mencionar que los dibujos aplicados a la industria tienen, a su lado aunque de manera mucho más reducida, ciertas obras de bellas artes que se tienen aplicadas a la industria, pero cuyo autor ha facilitado medios a los titulares de los derechos de propiedad industrial (ya sea de marca o de diseño industrial) para que la reproducción sea más fácil, relativizando la importancia de la ejecución. Citamos dos casos concretos: el logotipo de un aceite de oliva que enfrentó en procedimiento administrativo a autor con titular, terminando con una decisión salomónica por parte de la Autoridad peruana; y el caso de «El Sol de España» de Miró, que quiso ser utilizado por un tercero en España.

En el primer caso[74], como se indica en la Resolución N.º 1774-2012 /TPI-INDECOPI, el Señor Antonio Moncayo interpone una denuncia por infracción a sus Derechos de Autor sobre el diseño artístico de la figura de una rama con cuatro hojas y tres olivos, cuya autoría provendría desde el año 1992 cuando él la creó para realizar el registro de una marca denominada «Tres olivos» en la Oficina Española de Marcas y Patentes, y que ha sido registrada como obra artística en el Perú ante el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos recién en el año 2010:





Fuente de las imágenes: Resolución N.º 1774-2012 /TPI-INDECOPI.

74. Ver: Murillo Chávez, Javier: «Conviviendo con el enemigo: Sobre los conflictos entre el Derecho de Autor y el Derecho de la Propiedad Industrial», en Actualidad Jurídica. Número 231-Febrero 2013, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 321-336

Igualmente, el Señor Moncayo tiene registrada en el Perú una marca denominada «La Andaluza» cuyo logotipo incluye su obra, desde el 2008:



Fuente: Resolución N.º 1774-2012 /TPI-INDECOPI. Certificado N.º 137179.

La denuncia es interpuesta porque una tercera empresa, Olivos del Sur S.A.C. registró la marca «OLIVOS DEL SUR y logotipo» (Certificado N.º 81651) en el año 2001 (9 años después de la creación del diseño del Señor Moncayo), con el siguiente diseño:



Fuente: Resolución N.º 1774-2012 /TPI-INDECOPI.

Tal como se puede observar, este signo distintivo está compuesto por una particular y singular forma de una rama y fruto de olivo, que no necesariamente no tiene singularidad en la ejecución; lo que pasó es que el Señor Moncayo facilitó –en algún momento– los medios para la reproducción de su obra para ser usada en la industria. En este caso, el INDECOPI –por problemas de plazos de una potencial acción de nulidad y de una evidente paradoja entre derechos válidos de Propiedad Intelectual e Industrial de un mismo objeto en cabeza de diferentes titulares generada por la Autoridad misma– resolvió señalando:

> *«(i) Las partes en el presente procedimiento cuentan con derechos reconocidos y protegidos por la Ley. Por lo tanto, mientras ambos derechos se mantengan válidos y vigentes pueden*

coexistir en el mercado, debiendo los administrados hacer uso de los mismos dentro del ámbito estricto de su protección y evitando colisionar con el derecho del otro

(ii) En este sentido, la denunciada obtendrá protección sobre su marca en la medida que la use conforme se encuentre registrada, esto es, la denominación OLIVOS DEL SUR y el logotipo respectivo que incluye la figura de un racimo de olivos (no sólo de la figura de racimo de olivos) y respecto a los productos para los cuales se ha registrado (aceites, de la clase 29 de la nomenclatura oficial). Por su parte, el Derecho de Autor del denunciante, derivado de su obra artística, deberá protegerse en cualquier ámbito de uso; no obstante, si decide incursionar en el ámbito de la producción y/o comercialización de aceites deberá necesariamente hacer uso de elementos distintivos adicionales a su obra artística, los mismos que impidan que, en su conjunto, generen confusión en el consumidor respecto a la marca de la denunciada.

(iii) Como consecuencia de lo anterior, Olivos del Sur S.A.C. debe tolerar que Antonio Moncayo Cortes explote su obra artística en el ámbito de los aceites (clase 29 de la Nomenclatura Oficial) en la medida que el uso de dicha obra no configure un riesgo de confusión en el consumidor. Al respecto, cabe agregar que, conforme se desprende del Informe de Antecedentes, la marca OLIVOS DEL SUR y logotipo viene coexistiendo con la marca LA ANDALUZA y logotipo (Certificado N.º 137179), la cual fue registrada por la empresa de Antonio Moncayo Cortes (Aceites España Perú S.A.C.), para distinguir aceite de oliva, de la clase 20 de la Nomenclatura Oficial».

De igual manera, encontramos el caso de la denuncia por infracción a los derechos de autor de la expresión artística de Joan Miró; en concreto, el «Sol de España», creado en 1983:



Fuente: INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA): «Marca Turística España» [en línea]. En: INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA): Turespaña (WEB). Madrid: INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA), S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://www.tourspain.es/es-es/marketing/MarcaTuristicaEspana/Paginas/default.aspx.

En este caso, se trata de una denuncia penal interpuesta por los herederos de Miró contra Juan Costa S. S. y Albert C. T., creativos de la empresa Centro de

Investigación y Aplicación para la Comunicación, SA, quien vendió el siguiente logotipo a la empresa Viva Air, Vuelos Internacionales de Vacaciones, SA:



Fuente: Miller, John: «Viva Air» [*en línea*]. En: Miller, John: Photo Enrichments (WEB). Tampa: Photo Enrichments, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016. *http://www.photoenrichments.com/GALLERIES/AVIATION-IMAGES/AIRLINERS/Viva-Air/i-rTfgT47/A.*

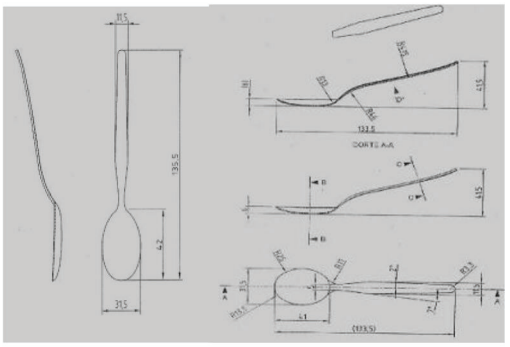
En este caso, la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.º) en su Sentencia N.º 79/1998, de 31 de marzo, (ARP 1998, 2449) determinó que se debía condenar a estos coautores por el delito de defraudación en los derechos de autor, así como declarar responsabilidad civil subsidiaria por parte de la empresa Centro de Investigación y Aplicación para la Comunicación, SA. En esta decisión judicial, se señala lo siguiente:

> *«(…) es preciso afirmar sin reservas que la sustancial coincidencia en los conceptos, las formas, junto con la primariedad y combinación de los colores, son fiel reflejo de que el cuestionado logotipo ha tenido por fundamento expresivo, en su conjunto, la obra de Joan M.*
>
> *Por ello* ***resulta definitivamente descartable que estemos en presencia de una imitación palmaria, es decir la provocada por reproducción siquiera parcializada, fragmentaria o incompleta, pero imitativamente fidedigna, es decir reproductiva o por copia;*** *como asimismo parece irrefutable que no estamos ante una mera falta de originalidad, o simple ausencia de estilo propio por parte de quienes confeccionaron el cuestionado logotipo; de forma que el nudo gordiano de la controversia resulta consecuentemente reducido* ***al ámbito de una apropiación de la expresión artística de Joan M., en base a cuya reelaboración ha surgido una creación para nada auténticamente espontánea, sino una recreación, materialmente encajable en la transformación parcial de la obra previa con más un resultado también parcialmente novedoso ajeno a la producción previa de Joan M., respecto de cuyo resultado parcialmente novedoso debe dilucidarse si contiene o aportación creativa propia y diferente de la obra antecedente de Joan M., o si por el contrario la aportación es despreciable.*** *En tal sentido puede verse que la identidad entre el logotipo controvertido y el "Sol de España" es no tanto esencial como auténticamente absoluta, dado que sólo la diferente disposición de algunos de sus elementos componentes autoriza a considerar distorsionada la total identidad; y ello tanto por los símbolos o elementos escogidos, como por sus formas estrictamente consideradas, su combinación, su disposición y los colores usados para animarlos expresivamente; de forma que aquella aportación propia de los recreadores (ahora acusados) resulta difuminada, degradada y desvanecida hasta ser embebida por el resultado de conjunto, que lejos de emerger como vaga, alejada o siquiera discretamente sugeridor del estilo mironiano o de la misma idea*

> *preexistente en la obra de M., viene a conformar una indiscutible reproducción cuyo vehículo de expresión sólo accidentalmente ha sido distorsionado en evitación de un resultado fielmente reproductivo».*

Como se puede observar, una pintura –sin ser un dibujo únicamente– puede ser utilizada en la industria de manera perfectamente válida. A nivel de originalidad, lo que se observa es que el autor ha brindado al titular o potencial titular de derechos de propiedad industrial los medios necesarios para la facilidad de reproducción masiva o difusión máxima. Para terminar, es importante mencionar que la evaluación de la originalidad en este tipo de obras es mucho más severo, como ejemplo ponemos dos casos de creaciones aplicadas a la industria cuyas solicitudes de registro como obra fueron denegadas en Perú por parte del INDECOPI: Resolución N.º 1158-2006 /TPI-INDECOPI («Casa & Ideas y logotipo») y Resolución N.º 2418-2009 /TPI-INDECOPI («Cucharita de Té 510»):





Fuentes:
Izquierda: Resolución N.º 1158-2006 /TPI-INDECOPI
Derecha: Resolución N.º 2418-2009 /TPI-INDECOPI

Finalmente, (iii) en las pinturas de bellas artes, es claro que la originalidad se encuentra –por lo general– tanto en la concepción como en la ejecución. Decimos «por lo general» pues como se verá cuando veamos la diferencia entre idea y forma de expresión, existen algunos casos en que la pintura de bellas artes se basa en una concepción común (v.g. la idea del bautismo de Jesús), como sucede en el caso de las meras pinturas o pintura común; sin embargo, es usual que los artistas que generan obras de bellas artes dirijan incluso la concepción plástica, tendiendo a lograr una composición del cuadro a su gusto a través de dirección del encuadre de los objetos de la realidad y no una simple reproducción (en sentido coloquial) de lo que se observa tal cual en la realidad.

Sólo por citar un ejemplo de ambos casos; traemos aquí dos cuadros:



Gustav Klimt, «*Adele Bloch-Bauer I*»



Jacques-Louis David, «*Le premier consul franchissant les Alpes au col du Grand Saint Bernard*»

Sobre las obras:
Izquierda: 1907. Óleo, plata y oro sobre lienzo. 140 x 140 cm. Ubicación: Galería Neue Museo para arte alemán y austriaco. New York (EE.UU.).
Derecha: 1801. Óleo sobre lienzo, 260 x 221 cm. Ubicación: Palacio de Malmaison. Rueil-Malmaison (Francia).
Fuentes:
Izquierda: NEUE GALERIE NEW YORK: «Collection/Austrian Fine Arts» [*en línea*]. En: NEUE GALERIE NEW YORK: Portal Institucional (WEB). New York, Neue Galerie New York, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://neuegalerie.org/collection/Austrian/Fine%20Arts?page=1#223.
Derecha: MUSÉE NATIONAL DES CHÂTEAUX DE MALMAISON & BOIS-PRÉAU: «Le premier consul franchissant les Alpes au col du Grand-Saint-Bernard» [*en línea*]. En: MINISTÈRE DE LA CULTURA: Musée national des châteaux de Malmaison & Bois Préau (WEB). Paris, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://musees-nationaux-malmaison.fr/chateau-malmaison/objet/c-le-premier-consul-franchissant-les-alpes-au-col-du-grand-saint-bernard.

Por un lado, tenemos aproximada certeza de que el retrato a «*Adele Bloch-Bauer I*» que pintó Klimt fue realizado mediante modelado clásico de la persona a ser retratada; asumimos esto debido a que se trató de una obra por encargo del esposo de la retratada[75]. En este sentido, la obra de bellas artes que pinto Gustav Klimt tenía originalidad en la concepción como en la ejecución, puesto que él mismo generó la realidad que observaba al momento de realizar el cuadro y, efectiva-

75. Así mismo, lo deja entrever la película «*Woman in Gold*» (2015) donde se muestra como un *flash back* de cómo se pintó el retrato de Adele Bloch-Bauer I. Esta película muestra la lucha de Maria Altmann, heredera designada por el esposo de Adele, para recuperar el cuadro que por el nazismo terminó en Austria. Cf. ORIGIN PICTURES y BBC FILMS: «*Woman in Gold*» [*videograbación*]. Londres: Origin Pictures-BBC Films, 2015.

mente, el mismo realizó cada trazo de esa pintura, siendo suya la ejecución. Por otro lado, en el cuadro de Napoleón Bonaparte, se observa una situación idílica del conquistador francés en pleno campo de batalla; si bien la representación de Jacques-Louis David es bastante original, otros artistas podrían pintar en idéntica situación a Napoleón encima de un caballo. Creemos que en el segundo cuadro, tenemos más una originalidad en la ejecución plástica que en la concepción plástica.

Finalmente, cabe mencionar que, según el análisis realizado, cada tipo de obra contiene la originalidad marcada en uno de los dos aspectos o en ambos; lo cual influirá en la importancia del primer soporte material:

> «*hay determinadas obras cuyo valor tiende a estar en la concepción (claramente los logotipos, los personajes de cómic, los planos de un edificio, o frecuentemente el arte aplicado a la industria), en las que la contemplación del original tiene menor relevancia; otras cuyo valor tiende a estar en la calidad de la ejecución personal (retratos, paisajes, y en general, obras de arte puro), y en las que adquiere mayor importancia la contemplación del original (porque se identifica con la ejecución en sí misma)*»[76].

Si bien es muy importante el cuadro original, envuelto por esta «aura» de la que hablaba Benjamin[77], en el caso de las pinturas de bellas artes y, quizás, hasta en las meras pinturas o simples pinturas; no lo será así en los dibujos (y pinturas, como vimos) de arte aplicado en las cuales el dibujo o pintura ejecutado por el artista o autor, no es más que una de las tantas reproducciones para las cuales estaba destinada dicha obra.

Finalmente, ahora nos corresponde diferenciar las pinturas originales de algunas de las situaciones que pueden existir en la realidad del mundo del arte: la diferencia de las pinturas originales con las ideas, la gran duda entre reproducción y transformación en las pinturas y brindar algunos apuntes sobre el plagio de pinturas.

5. ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN OCURRIR EN EL MUNDO DEL ARTE: LA DIFERENCIA ENTRE LAS PINTURAS ORIGINALES Y LAS IDEAS, LA REPRODUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LAS PINTURAS Y EL PLAGIO

Además del factor filtro de protección, consistente en la originalidad, debemos analizar algunos otros aspectos que conlleva la existencia de una nueva creación pictórica (diferencia de las ideas) o situaciones que observamos cuando ya estamos ante una obra plástica protegida (el plagio y la dicotomía entre reproducción y transformación).

76. Bercovitz, Germán: «Las obras plásticas y fotográficas» (epígrafe). En: AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): «Manual...». Ob. Cit., p. 66.
77. Cf. Benjamin, Walter. Ob. Cit.

5.1. DIFERENCIA ENTRE IDEA Y OBRA ORIGINAL COMO FORMA DE EXPRESIÓN

Cuando nos encontramos con una creación realizada por un artista, tenemos potencialmente una forma de expresión susceptible de ser protegida. En este marco, cuando un pintor crea una determinada pintura, aparte de observar la originalidad, debemos observar que lo creado no constituya una simple idea, ya que las ideas son excluidas de la protección por el régimen de Derecho de Autor expresamente[78].

Tanto el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS) como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) mencionan expresamente la exclusión de las ideas: el primero, en su artículo 9.2, señala «*la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas*» y el segundo, en su artículo 2, expresa lo mismo de manera idéntica. De igual manera, en Perú, el RCDA en su artículo 7 señala «*queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, (…)*»; al igual que la LDA señala en su artículo 9.a) «*no son objeto de protección por el derecho de autor: las ideas contenidas en las obras literarias o artísticas, (…)*».

En España, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.º) en su Sentencia N.º 182/2009, de 02 de julio, (AC 2009, 1914) ha señalado con claridad que

> «*la idea que está en la mente, esto es, la no expresada, ni tiene aptitud para ser protegida por la propiedad intelectual ni necesita de tal protección, ni puede circular libremente. Cuando se plasman de un modo estructurado, sea por escrito o por otro medio de expresión, las ideas que inspiran o se plasman en dicha expresión no pasan a ser objeto protegido por la propiedad intelectual, puesto que lo que constituirá tal objeto protegido será la forma original de la expresión, no la idea ni los datos recogidos en el texto escrito, por más novedosos que estos puedan ser*».

Esta sentencia se basa en el razonamiento hecho por el Tribunal Supremo en su Sentencia N.º 1125/2003, de 26 de noviembre, (RJ 2003, 8098) donde señala que «*no importa la idea, ni si los datos históricos reflejados eran conocidos, o novedosos; lo relevante es la forma original de la expresión –exposición escrita–*». Esto porque el TRLPI no señala expresamente esta exclusión, salvo en el artículo 96.4 donde señala que no estarán protegidas las ideas en las que se basan los programas de ordenador o *software*.

Pasando a materia, tras haber analizado que la originalidad en las pinturas –y otras obras plásticas, en general– está integrada por dos conceptos: concepción y ejecución; creemos que es posible descartar la catalogación como «ideas», a todo lo que se materializa desde el momento en que un autor comienza a ejecutar. Es

78. Cf. Lipszyc, Delia. Ob. Cit.

decir, que las ideas en el tema de obras plásticas sólo pueden ser concebidas mientras permanezcan en la mente del autor; porque, ahí donde el autor comience a plasmar esto siquiera como un simple boceto, ya le estará otorgando una mínima creatividad y singularidad, con concepción determinada, al elegir una composición específica (las formas que elija, lápiz y papel) y estará ejecutando.

En nuestra opinión, las ideas no se plasman en soporte material; por esto es que Ortega señala que el Convenio de Berna hace mención a la exclusión de las ideas en el artículo 2.2[79]; sin embargo, creemos que esta disposición no es un correcto antecedente ya que hace mención a la diferencia soporte-obra, más que a la exclusión de las ideas. Volviendo al punto, en este sentido, afirmamos que en realidad la Autoridad nacional –ya sea el INDECOPI en Perú o un Juzgado particular en España– sólo rechazará una solicitud de reconocimiento de originalidad a una obra pictórica plasmada cuando sea tan genérica y común que –de protegerse– su ámbito de *ius excludendi* ponga en riesgo la misma finalidad indirecta que tiene la propiedad intelectual; es decir, la finalidad de creación de más cantidad de obras aumentando así el acervo cultural. Debemos recordar lo que señala Posner acerca de esta paradoja del creador y el *copyright*, cuando señala que

> *«aunque es natural suponer que el alcance (incluida la duración) de los derechos de propiedad intelectual representa la obtención de un equilibrio entre los intereses de los creadores y los intereses de los usuarios de la propiedad intelectual, los creadores mismos podrían beneficiarse de la limitación de tales derechos. La mayoría de los poemas, las novelas, las obras de teatro, las composiciones musicales, las películas y otras obras creativas (incluidos los inventos) aprovechan en gran medida las obras creativas anteriores (tomando detalles de las tramas, personajes, metáforas, progresiones de acordes, ángulos fotográficos, etc. de obras precedentes). Entre mayor sea el alcance de la protección del copyright de las obras precedentes, mayor será el costo de crear obras subsecuentes. Por tanto, mientras que un incremento del alcance de la protección del copyright incrementará los ingresos esperados del autor por la venta o el licenciamiento de sus propios copyrights, también aumentará el costo de crear las obras que registre»*[80].

Sin embargo, no podemos decir que ese dibujo sea una idea; solo podremos decir que se trata de una creación sin originalidad suficiente. Así, cada vez que INDECOPI o un Juzgado reconozca protección por Propiedad Intelectual a favor del autor de una obra que en su concepción es común y en su ejecución no haya singularidad, se crean posibles y potenciales barreras a la creación de nuevas obras sobre dicha concepción. Pensemos un ejemplo, si uno tiene la idea «dragón» podrá crear tanto un boceto que tenga al menos un mínimo de originalidad en la ejecución, pero también podrá crear una obra de bellas artes:

79. Cf. Ortega, Jorge. Ob. Cit.
80. Posner, Richard: «El Análisis Económico del Derecho». Traducción de Eduardo L. Suárez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 46-47.



Alex Spillane, «*Dragon*»



William Blake, «*The Great Red Dragon and the Woman Clothed with the Sun*»

Sobre las obras:
Izquierda: 2006. Lápiz sobre papel. Sin datos sobre las dimensiones. Ubicación: en posesión del autor.
Derecha: Entre 1803-1805. Acuarela. Sin datos sobre el soporte. 54,6 x 43,2 cm. Ubicación: Museo de Brooklyn. Nueva York (EE.UU.).
Fuentes:
Izquierda: SACREDBLACKBLOOD (seudónimo): «Dragon» [*en línea*]. En: DEVIANTART: Portal Institucional (WEB). S/L: DeviantArt, 2006. Consulta: 28 de octubre de 2016.
http://www.deviantart.com/art/dragon-35383072.
Derecha: BROOKLYN MUSEUM: «The Great Red Dragon and the Woman Clothed with the Sun (Rev. 12: 1-4)» [*en línea*]. En: BROOKLYN MUSEUM: Collection of European Art (WEB). New York, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.
https://www.brooklynmuseum.org/opencollection/objects/4368.

Creemos que así como «dragón» (pensamiento abstracto) es una idea, de la cual se puede generar una obra sin originalidad o con muy poca originalidad (debido a que la ejecución tiende a ser singular de todas maneras) así como una obra de bellas artes, los motivos u objetos –ficticios o reales– que pueda ocurrírsele al artista autor son también ideas, mientras no sean exteriorizadas. Como señala la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.º) en su Sentencia N.º 8/2009, de 27 de enero, los motivos u objetos dibujados carecen de protección porque son meras ideas no expresadas:

> *«motivos u objetos, (…) no resultan susceptibles de protección a través de la propiedad intelectual, sin que el hecho de se integren o formen parte de la obra de cualquier autor, excluya el*

derecho que cualquier otro tiene de emplearlos también en sus propias obras. No se trata, en ese sentido, de un objeto original (por inexistente con anterioridad), creación propia, que pudiera resultar incorporado a una obra de cualquier clase. Sin embargo, ello no empece, como debiera ser evidente, para que el modo en que dichos motivos u objetos se incorporan a una determinada obra susceptible de protección en materia de propiedad intelectual, –cual lo son, sin duda, los dibujos–, añada a dichos objetos o motivos una sustantividad propia, una forma de ser o aparecer, fruto de la sensibilidad artística de su autor que es lo que, en realidad (y no el motivo u objeto mismo) resulta susceptible de ser protegido, en cuanto es propio de quien así lo crea. Fácilmente puede ser comprendido que, por acudir a un ejemplo pacífico y de conocimiento prácticamente universal, la representación que Leonardo hiciera de la "Ultima Cena", de haber estado protegida por la propiedad intelectual, no impediría a otros autores representar esa misma escena, utilizar el mismo motivo en sus obras, pero sí copiar o emplear la ideación que de aquélla efectuara el artista, por cuanto, en tal caso, el motivo de la segunda obra no sería tanto la "Ultima Cena" misma como la visión o perspectiva artística que de ella se aporta en la primera obra».

En este sentido, «*es posible hacer dos obras diferentes que compartan un único motivo, no siendo legítimo repetir en la obra posterior caracteres originales de la primera*»[81], pero sí el motivo o tema que inspira el cuadro. Para ilustrar esto, nos servirán mucho los temas de la iglesia católica cristiana en siglos pasados; así, debido a la época de estas pinturas, encontraremos cuadros sobre una misma escena histórica o bíblica: v.g. la huida (y el retorno) a Egipto, la asunción y coronación de la virgen, el bautismo de Jesús, la crucifixión del hijo de Dios, entre otros. Como veremos, al estudiar cuadros sobre una misma referencia no protegida –como hemos visto– es que se puede contrastar las obras originales y ver efectivamente en qué se diferencia la idea de la forma de expresión, permitiéndonos entender dónde reside la originalidad y dónde no. Veamos algunos ejemplos:

La huida (y el regreso) de Egipto



José Moreno, «*La Huida a Egipto*»



El Greco, «*Retorno de Egipto*»

81. Ruiperez, Clara: «Las obras del espíritu...». Ob. Cit., p. 139.



Diego Quispe Tito, «*Retorno de Egipto*»



Francisco de Zurbarán, «*Retorno a Egipto*»

Sobre las obras:
Izquierda arriba: Hacia 1670. Óleo sobre lienzo, 209 x 250 cm. Ubicación: Museo del Prado. Madrid (España).
Derecha arriba: Hacia 1570. Óleo sobre tabla de madera de pino, 15,9 x 21,6 cm. Ubicación: Museo del Prado. Madrid (España).
Izquierda abajo: Hacia 1680. Óleo sobre lienzo, 85.5 cm x 109.5 cm. Ubicación: Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú. Lima (Perú).
Derecha abajo: 1598-1664. Óleo sobre lienzo, 192,1 x 247,9 cm. Ubicación: Museo de Arte de Seattle. Washington (EE.UU.)
Fuentes:
Izquierda arriba: MUSEO DEL PRADO: «(Moreno) La huida a Egipto» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-huida-a–egipto/d68e40a8-bb9b-425f-bf8b-bcaee0c7144e.
Derecha arriba: MUSEO DEL PRADO: «(El Greco) La huida a Egipto» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-huida-a–egipto/79475a35-d66d-47f6-b344-e4d1d9bfbdcf?searchid=de42a185-d812-cc26-04f0-a7d4278437c4.
Izquierda abajo: MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: «Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú inaugura sala dedicada a la pintura virreinal peruana» [en línea]. En: MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: Portal Institucional (WEB). Lima: Ministerio de Cultura de Perú, 2015.
http://www.cultura.gob.pe/es/comunicacion/noticia/museo-nacional-de-arqueologia-antropologia-e–historia-del-peru-inaugura-sala.
Derecha abajo: SEATTLE ART MUSEUM: «European Masters: The Treasures of Seattle» [*en línea*]. En: SEATTLE ART MUSEUM: Portal Institucional (WEB). Washington: Seattle Art Museum, 2013. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://www.seattleartmuseum.org/europeanmasters.

En este caso, observamos que la idea oscila entre la huida y el regreso de Egipto por parte de la familia de Jesús (José y María); podemos observar que los autores han plasmado la misma escena de la Biblia[82]:

- Mateo 2, 13-15: «*Después de la partida de los magos, el Ángel del Señor se apareció en sueños a José y le dijo: "Levántate, toma al niño y a su madre, huye a Egipto y permanece allí hasta que yo te avise, porque Herodes va a buscar al niño para matarlo". José se levantó, tomó de noche al niño y a su madre, y se fue a Egipto. Allí permaneció hasta la muerte de Herodes, para que se cumpliera lo que el Señor había anunciado por medio del Profeta: "Desde Egipto llamé a mi hijo"*».
- Mateo 2, 19-23: «*Cuando murió Herodes, el Ángel del Señor se apareció en sueños a José, que estaba en Egipto, y le dijo: "Levántate, toma al niño y a su madre, y regresa a la tierra de Israel, porque han muerto los que atentaban contra la vida del niño". José se levantó, tomó al niño y a su madre, y entró en la tierra de Israel. Pero al saber que Arquelao reinaba en Judea, en lugar de su padre Herodes, tuvo miedo de ir allí y, advertido en sueños, se retiró a la región de Galilea, donde se estableció en una ciudad llamada Nazaret. Así se cumplió lo que había sido anunciado por los profetas: "Será llamado Nazareno"*».

En este caso, en ningún caso se mencionó la presencia de una mula o burro en la escena, pero los tres autores españoles (El Greco, Zurbarán y Moreno), lo incluyeron; por su parte, Quispe Tito en el Perú no lo incluye, creemos pues este animal es uno de los que se importaron de Europa con la conquista y no era utilizado primigeniamente antes de la conquista de «Nueva España» en el Siglo XVI. Diego Quispe Tito es uno de los fundadores de la Escuela Cusqueña de Pintura y sabemos que utiliza muchos motivos combinando la cultura Europea y la cultura oriunda y originaria del Perú. Por su parte, Moreno es el único que incluye al Ángel en su representación. Como podemos ver, esta comparación nos muestra que la idea o motivo, que está representada en el texto bíblico, puede ser común, pero todas las expresiones son distintas e imprimen diversas cualidades de los autores.

82. SANTA SEDE VATICANO: «Sagrada Escritura» [*en línea*]. En: SANTA SEDE VATICANO: Archivo (WEB). Vaticano, Santa Sede Vaticano, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016. *http://www.vatican.va/archive/bible/index_sp.htm.*

La asunción y coronación de la Virgen



Bernardo Bitti, «*Coronación de la virgen*»



Diego Rodríguez de Silva y Velásquez, «*La Coronación de la Virgen*»

Sobre las obras:
Izquierda: 1598. Óleo sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: Iglesia de San Pedro. Lima (Perú).
Derecha: 1635-1636. Óleo sobre lienzo, 178,5 x 134,5 cm. Ubicación: Museo Del Prado. Madrid (España).
Fuentes:
Izquierda: Solorzano, Mónica: «La Coronación de la Virgen por la Santísima Trinidad de Bernardo Bitti en el arte peruano virreinal» [*en línea*]. En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ: Repositorio Digital de Tesis (WEB). Tesis correspondiente al grado de Magister en Historia. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1590/SOLORZANO_GONZALES_MONICA_CORONACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
Derecha: MUSEO DEL PRADO: «La Coronación de la Virgen» [en línea]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-coronacion-de-la-virgen/5f39f2cc-0197-4522-aecf-1d8e3b2e4ae7.

Al igual que en el caso anterior, encontramos en la biblia un pasaje del Apocalipsis que nos brinda esta escena (Apocalipsis 12, 1): «*Y apareció en el cielo un gran signo: una Mujer revestida del sol, con la luna bajo sus pies y una corona de doce estrellas en su cabeza*». En este caso, observamos que los cuadros parecen asemejarse más; sin embargo, observamos que la referencia bíblica al motivo del cuadro es más escueta. Por un lado, Bernardo Bitti es un artista con influencia europea más profunda que Quispe Tito porque es italiano de nacimiento; sin embargo, es notoria la mayor cantidad de ángeles que vemos en la pintura de la izquierda, tal como sucede en muchísimos cuadros de la Escuela Cusqueña desarrollada en Perú.

Última cena



Marcos Zapata, «*La Última Cena*»



Luis Tristán, «*La Última Cena*»

Sobre las obras:
Izquierda: 1748-1764. Óleo sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: Catedral del Cusco. Cusco (Perú).
Derecha: Hacia 1620. Óleo sobre lienzo. 107 x 164 cm. Ubicación: Museo Del Prado. Madrid (España).
Fuentes:
Izquierda: LAVARELLO, Gabriela: «Dos pintores indígenas del Perú Arte Sacro del siglo XVIII» [*en línea*]. En: *SLIDEPLAYER.ES* INC.: Portal de descarga de presentaciones (WEB). Cusco: Gabriela Lavarello, 2012. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://slideplayer.es/slide/31898/.
Derecha: MUSEO DEL PRADO: «La última cena» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-ultima-cena/a909175f-0a60-4142-94d8-408401f876e9.

Otra escena bíblica bastante repetida y que muestra la diferencia entre una idea y un cuadro expresado es la «Última cena»; encontramos el pasaje referente a este episodio en el Evangelio de San Lucas; específicamente, Lucas 22, 14-23:

> *«Llegada la hora, Jesús se sentó a la mesa con los Apóstoles y les dijo: "He deseado ardientemente comer esta Pascua con ustedes antes de mi Pasión, porque les aseguro que ya no la comeré más hasta que llegue a su pleno cumplimiento en el Reino de Dios". Y tomando una copa, dio gracias y dijo: "Tomen y compártanla entre ustedes. Porque les aseguro que desde ahora no beberé más del fruto de la vid hasta que llegue el Reino de Dios". Luego tomó el pan, dio gracias, lo partió y lo dio a sus discípulos, diciendo: "Esto es mi Cuerpo, que se entrega por ustedes. Hagan esto en memoria mía". Después de la cena hizo lo mismo con la copa, diciendo: "Esta copa es la Nueva Alianza sellada con mi Sangre, que se derrama por ustedes. La mano del traidor está sobre la mesa, junto a mí. Porque el Hijo del hombre va por el camino que le ha sido señalado, pero ¡ay de aquel que lo va a entregar!". Entonces comenzaron a preguntarse unos a otros quién de ellos sería el que iba a hacer eso».*

Nuevamente, las diferencias entre los cuadros de Zapata y Tristán salen a relucir, aunque también existen algunas identidades muy curiosas. Comenzando por las diferencias, en el cuadro del autor peruano de Escuela Cuzqueña, encontramos en

el centro de la mesa un animal servido en el plato principal, distinto a la pierna de ternero o borrego que hay en el cuadro de Tristán. Se trata de un Cuy, animal comestible típico de la zona andina del Perú; este rasgo es uno de los que mejor refleja cómo la singularidad y la impronta de la personalidad se observa en la concepción de la obra plástica. Sería impensable que un autor español –o europeo en general– coloque ese detalle en el cuadro. Por su parte, Tristán incluye un can en el cuadro. Uno de los puntos comunes es la diferenciación de Judas (el traidor) en el cuadro de ambos pintores; ambos lo colocan en primer plano. Sin embargo, por un lado, el cuadro de Tristán muestra a Judas con un bolso de dinero casi sobre la mesa; por su parte, Zapata lo muestra con la cara hinchada y roja con el bolso de dinero bajo la mesa, oculto. Con esto, queda claro que la idea es «la última cena» y las expresiones concretas demuestran su diferencia tanto en concepción como en ejecución.

El Juicio Final



Diego Quispe Tito, «*Juicio Final*»



Francisco Pacheco, «*El Juicio Final*»

Sobre las obras:

Arriba: 1675. Lienzo, 5.82 m. x 2.80 m. Ubicación: Convento de San Francisco del Cusco. Cusco (Perú).

Abajo: 1614. Óleo sobre lienzo, 3,38 m. x 2,35 m. Ubicación: Museo Goya. Castres (Francia).

Fuentes:

Arriba: MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: «Juicio Final» [*en línea*]. En: MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: ARCHI. Archivo Digital de Arte Peruano (WEB). Lima: Ministerio de Cultura de Perú, Museo de Arte de Lima (MALI), S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.
http://archi.pe/public/index.php/foto/index/8024.

Abajo: MUSÉE GOYA (MUSÉE D'ART HISPANIQUE): «La última cena» [*en línea*]. En: MUSÉE GOYA (MUSÉE D'ART HISPANIQUE): Colección de Pinturas Hispánicas (WEB). Castres: Musée Goya (Musée D'Art Hispanique, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.
http://www.musees-midi-pyrenees.fr/musees/musee-goya-musee-d–art-hispanique/collections/peinture-hispanique/francisco-pacheco/le-jugement-dernier/.

Finalmente, también tenemos el típico motivo del juicio final. Ubicado en la biblia en el Evangelio de San Mateo, específicamente Mateo 25, 31-46:

> *«Cuando el Hijo del hombre venga en su gloria rodeado de todos los ángeles, se sentará en su trono glorioso. Todas las naciones serán reunidas en su presencia, y él separará a unos de otros, como el pastor separa las ovejas de los cabritos, y pondrá a aquellas a su derecha y a estos a su izquierda. Entonces el Rey dirá a los que tenga a su derecha: "Vengan, benditos de mi Padre, y reciban en herencia el Reino que les fue preparado desde el comienzo del mundo, porque tuve hambre, y ustedes me dieron de comer; tuve sed, y me dieron de beber; estaba de paso, y me alojaron; desnudo, y me vistieron; enfermo, y me visitaron; preso, y me vinieron a ver". Los justos le responderán: "Señor, ¿cuándo te vimos hambriento, y te dimos de comer; sediento, y te dimos de beber? ¿Cuándo te vimos de paso, y te alojamos; desnudo, y te vestimos? ¿Cuándo te vimos enfermo o preso, y fuimos a verte?". Y el Rey les responderá: "Les aseguro que cada vez que lo hicieron con el más pequeño de mis hermanos, lo hicieron conmigo". Luego dirá a los de su izquierda: "Aléjense de mí, malditos; vayan al fuego eterno que fue preparado para el demonio y sus ángeles, porque tuve hambre, y ustedes no me dieron de comer; tuve sed, y no me dieron de beber; estaba de paso, y no me alojaron; desnudo, y no me vistieron; enfermo y preso, y no me visitaron". Estos, a su vez, le preguntarán: "Señor, ¿cuándo te vimos hambriento o sediento, de paso o desnudo, enfermo o preso, y no te hemos socorrido?". Y él les responderá: "Les aseguro que cada vez que no lo hicieron con el más pequeño de mis hermanos, tampoco lo hicieron conmigo". Estos irán al castigo eterno, y los justos a la Vida eterna».*

De esta idea, católica cristiana, se han realizado diversas y variadas obras de arte. De esta idea, se ha generado todo un imaginario social de demonios, ángeles, pecado, sufrimiento, salvación, entre otros. Este ejemplo sirve muchísimo para reflejar la diferencia entre idea y forma de expresión en obras pictóricas; como se lee de la Biblia, no existe mención a serpientes comiendo cuerpo de almas en pecado, como se puede observar en el cuadro de Diego Quispe Tito, cuyos rastros son bastante más sombríos y tenebrosos que la versión de Pacheco. Esta es quizás una de las ideas que más variables tiene en el arte expresado en pintura.

Como podemos ver, los elementos conceptuales y de ejecución son altamente distintos y, por lo tanto, cada uno de estos cuadros será original.

5.2. ¿REPRODUCCIÓN O TRANSFORMACIÓN DE PINTURAS? EL TIEMPO DE LAS APLICACIONES MÓVILES Y LA IMPRESIÓN EN TRES DIMENSIONES (3D)

Un caso muy interesante se nos presenta –en contraste con la idea de la casi imposibilidad de imitación o reproducción manual[83]– cuando encontramos medios tecnológicos por los cuales se puede reproducir pinturas de manera idéntica o cuando se puede transformar obras previas en pinturas.

Comencemos por analizar el segundo supuesto. Existe –en la actualidad– *software* al alcance de la mano de cualquier persona que tiene una tienda de aplicaciones en el teléfono móvil para cambiar el aspecto de una fotografía o dibujo en formato digital al de una pintura hecha con lápiz, lápices, oleo u otros, digitalmente; por citar un ejemplo, tenemos la aplicación «Sketch Me!» de XnView. Este aplicativo móvil permite realizar estos cambios[84] de manera sencilla, tan sólo regulando el brillo y el contraste:





Fotografía original: «*Puerta de Alcalá*»

83. Como dice Ortega, «*(...) no existen dos obras plásticas completamente iguales (p.e., en un cuadro las mismas pinceladas realizadas por el mismo autor, basándose en el mismo objeto, son diferentes)*». Ortega, Jorge. Ob. Cit., p. 240. De igual forma, Ruipérez, indica que son «*clásicas creaciones artísticas bidimensionales que son, por principio únicas, siendo prácticamente imposible que un mismo autor dibuje dos veces lo mismo de forma absolutamente idéntica*». Ruiperez, Clara: «Las obras del espíritu...». Ob. Cit., p. 136. También: Cf. VICENT, Cristina. Loc. Cit. En nuestra opinión, lo señalado es cuestionable en la actualidad, en virtud a la posibilidad que nos brinda la impresión en tres dimensiones (3D).
84. Nótese que nos cuidamos de usar el término «reproducir» o «transformar», porque es discutible si lo que se hace es reproducir una fotografía en otro formato (en el sentido del artículo 18 del TRLPI y el artículo 32 de la LDA) o transformar una obra originaria en otra derivada (en el sentido del artículo 21 del TRLPI y el artículo 36 de la LDA).



Fuente: Fotografía realizada por el autor, al igual que las variaciones con la aplicación «Sketch Me!». octubre 2016. Ubicación: *Plaza de la Independencia*. Madrid (España).

En este caso, ¿Estamos ante una reproducción o transformación? Por un lado, el **derecho de reproducción** consiste en autorizar o prohibir «*(...) cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual*», como indica el artículo 32 de la LDA; o «*(...) la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*», como señala el artículo 18 del TRLPI.

Por otro lado, el **derecho de transformación** es el que permite «*(...) hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra, inclusive el doblaje y el subtitulado*», como indica el artículo 36 de la LDA, o autorizar o prohibir sobre la obra «*(...) su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*», como indica el artículo 21 del TRLPI.

Para Mariscal, en criterio que compartimos, lo trascedente para analizar si nos encontramos en un caso u otro es la originalidad: «*(...) para que haya transformación será necesario que se aporte un quantum de originalidad mínimo que nos permita hablar de una obra nueva, distinta, pero también que se reproduzcan ciertos elementos necesarios de la obra preexistente de forma que exista una conexión reconocible entre la nueva obra y la originaria*»[85].

85. Mariscal, Patricia: «Derecho de Transformación y obra derivada». Valencia: Tirant, 2013, p. 64.

En este sentido, en la transformación de una obra siempre tendremos una nueva obra, mas no en la reproducción en que tendremos la misma obra solo fijada nuevamente.

Creemos que existe un intermedio en lo que puede sucederle a la obra y es lo que se produce cuando una obra es modificada, ya sea haciendo uso del derecho moral de modificación o autorizando una modificación por parte de tercero. En este caso, se ejerce el **derecho moral de modificación**, establecido en los artículos 14.5 del TRLPI en España y 26 de la LDA en Perú; es decir, cuando un autor realiza una modificación a su propio cuadro, cuando el autor consiente la modificación que realiza un tercero de su propio cuadro o cuando el autor encarga expresamente la modificación a un tercero, existirá modificación de la obra.

En el caso de las fotografías convertidas en pinturas usando el aplicativo móvil, nos encontramos –en nuestra opinión– frente a un supuesto de reproducción en diferente formato de la obra preexistente. Esto en virtud de que no existe ningún aporte original a las variaciones realizadas a través del *software*, más que apretar un simple botón o pantalla. Debido a lo señalado, no es posible hablar de transformación y la obra seguirá siendo la misma; si profundizamos más, podemos ver el ejemplo en términos de concepción y ejecución. La concepción en ambos casos es la misma, ósea no existe originalidad en este aspecto; de igual forma, la ejecución es prácticamente automáticamente generada por un *software* –que como vimos en el caso de «*El último Rembrandt*»– sólo es un mero instrumento al servicio del hombre.

Vayamos al primer supuesto, que tiene que ver precisamente con el caso de «*El último Rembrandt*», antes relatado: la impresión en tres dimensiones (3D). ¿Qué se genera cuando se imprime una Pintura en tres dimensiones (3D)? En nuestra opinión, si la impresión no genera ningún cambio en la obra, nos encontraremos ante una reproducción perfecta ya que incluye incluso los detalles de composición; sin embargo, si la impresión añade cambios podrá ser una obra con modificaciones, pero no lo suficientemente original para configurar una obra derivada, descartándose así el supuesto de transformación.

En este punto, cabe señalar que coincidimos con Bercovitz cuando señala que la exclusiva del derecho de reproducción se extiende también a las reproducciones imperfectas y vulgares[86]. Así, cualquier impresión en tres dimensiones (3D) que se realice de un cuadro o, incluso, una impresión bidimensional en papel o cartulina, así como los intentos de copiar la pintura por parte de un artista plástico, serán reproducción; siempre y cuando, no exista un grado de originalidad que lo convierta en transformación.

A lo largo del presente artículo, hemos señalado que la idea de la imposibilidad de reproducción de pinturas ha quedado desfasada; en efecto, creemos que

86. Cf. Bercovitz, Germán: «Obra plástica...». Loc. Cit.

la impresión en tres dimensiones (3D) ha permitido traspasar el último obstáculo que hacía falta obtener en una copia: el relieve causado por la composición específica que le daba el artista al momento de ejecutar. Veamos el caso de Prixel, un proyecto de reproducción idéntica de pinturas:



Fuente: PRIXEL: «Home» [*en línea*]. En: PRIXEL: Portal Institucional (WEB). New York, Prixel, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.
https://www.prixel.ru/share/images/thumb/8/8c/8c8/8c82ba623b351f1fb65c29bf73944b62.644.391%26cr(0,1.64705882352 94,100%25,100%25,50%25,50%25)%26sz(644,391,0).jpg.

Este proyecto consiste en una fábrica de copias de pinturas famosas para su posterior distribución y venta, lo especial es la tecnología que utilizan:

> «*Prixel es una tecnología de reproducción de pintura usando la innovadora tecnología de la impresión 3D. Se le da la oportunidad de hacer una copia exacta de cualquier imagen, manteniendo todos los elementos de volumen hasta las pinceladas más pequeñas. Para hacer eso, creamos un modelo 3D de la superficie de la pintura, que luego se imprime con tintas de fotopolímero sobre lienzo natural. Por lo tanto, la tecnología reproduce con precisión las pinceladas originales y transmite una técnica de pintura única de la artista.*
>
> ***Nuestra tecnología permite a todo el mundo obtener la información sobre la superficie de la pintura, por ejemplo, directamente de la pared en el museo, y la coloca en la plataforma web Prixel. Imagínese, usted puede comprar réplicas finas de la pintura de Van Gogh del Museo de Arte Contemporáneo de Nueva York a un precio razonable***»[87].

87. Traducción libre de: «*Prixel is a technology of painting reproduction using innovative 3D printing technology. It gives you the opportunity to make an exact copy of any picture, preserving all volume elements to the smallest brushstrokes. To do that, we create a 3D model of the surface of the painting, which is then printed with photopolymer inks on natural canvas. Thus, technology accurately reproduces the original brushstrokes and transmits a unique painting technique of the artist.*
Our technology allows to everybody get the information about surface of painting, for example directly from wall at museum, and place it at the Prixel web platform. Imagine, you can buy fine replica of painting by Van Gogh from Museum of Contemporary Art in NY at a reasonable price».

Esta empresa se dedica a la reproducción –sin lugar a dudas– de cuadros famosos; queda la duda si cuentan con las autorizaciones o no para hacer dichas reproducciones[88] ya que casi cualquier límite existente –creemos incluso el *fair use* norteamericano– es inaplicable debido a que realizan reproducciones para su posterior distribución a través de venta del cuadro físico por Internet; es decir, con fin comercial, de lucro u oneroso. En todo caso, el ejemplo nos sirve para demostrar que, en la actualidad, sin lugar a dudas se puede afirmar que es posible copiar la composición específica que realizó un artista a la perfección, con la única salvedad que el material pictórico no es el mismo.

Para finalizar, debemos señalar que la fotografía de una pintura tampoco es transformación, sino es una reproducción. Nótese que lo único que se realiza por parte del fotógrafo es la toma de la concepción previamente existente y sólo se varía en la ejecución que en lugar de ser manual será mediante un instrumento (máquina fotográfica); sin embargo, esta ejecución no brinda ninguna originalidad como para estar ante una obra derivada. Ahora, existen dos casos en los cuales sí estaremos ante una obra derivada y, por consiguiente, frente a una transformación: (i) cuando la obra fotográfica añada elementos originales, variará la concepción; y (ii) cuando se recree una pintura con el instrumento fotográfico, variará la ejecución, la concepción y el formato de la obra.

Encontramos un ejemplo del primer supuesto en la fotografía «*Christmas at the Other Side, Boston*» de Nan Goldin, quien añade elementos al tomar la fotografía de un cuadro preexistente, cambiando la concepción original de la pintura:



Nan Goldin, «*Christmas at the Other Side, Boston*»

PRIXEL: «About» [*en línea*]. En: PRIXEL: Portal Institucional (WEB). New York, Prixel, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.
http://prixel.ru/en/prixel.

88. Quizás algunas ya pasaron a dominio público, así estarían libres para ser reproducidas.

Sobre la obra: 1972. Fotografía en gelatina de plata. 32.1 x 48.5 cm. Ubicación: Galería Nacional de Arte de los Estados Unidos. Washington (EE.UU.)
Fuente: NATIONAL ART GALLERY: «Christmas at The Other Side, Boston» [*en línea*]. En: NATIONAL ART GALLERY: Collection (WEB). Washington, National Art Gallery, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.
http://www.nga.gov/content/ngaweb/Collection/art-object-page.139400.html.

Como se puede apreciar, el añadido de elementos (persona con una cerilla o fosforo) que ha concebido el fotógrafo y no el autor de la pintura inicial genera un cambio en la originalidad y, por lo tanto, aunque la ejecución sea mecánica, nos encontramos ante una obra derivada de la transformación del cuadro originario, siempre que se alcance la originalidad que requiere la fotografía, sino será una mera fotografía.

Por otro lado, el segundo supuesto es mucho más creativo, pero implica adicionalmente un cambio de formato (de pintura a fotografía); sin embargo, será una obra derivada porque se conserva parte de la concepción del cuadro, aunque se cambie la ejecución; se trata del Proyecto Remake, que lanzó la empresa Booooooom Design Inc. en septiembre de 2011, la idea del concurso es tomar cuadros famosos y rehacerlos como fotografía:

¿En este caso es transformación? La respuesta es afirmativa, en estos casos tendremos obras fotográficas derivadas de las pinturas originarias; la concepción no cambia, salvo por la composición que tiene un cambio expreso en la materia pictórica –tanto en el material utilizado como en los elementos–. Así, se hacen copias de las pinturas en torno a parte de su composición, generando una copia de la concepción; sin embargo, la ejecución es claramente distinta. Queda claro que «*aunque a veces muy distinta del original, la copia fotográfica establece un nexo causal directo que encuentra su origen indiscutiblemente en la primera creación*»[89].



Annibale Carraci, «*Il Mangiafagioli*»



Mark Bass, «*The Beaneter*» (remake)

89. Cf. Bercovitz, Germán: «Obra plástica...». Loc. Cit.



Jan Vermeer, «*Briefleserin am offenen Fenster*»



Wanda Martin, «*Girl reading a letter by an open window*» (remake)

Sobre las obras:

Izquierda arriba: Entre 1580-1590. Óleo sobre lienzo, 57 x 68 cm. Ubicación: Galería Colonna. Roma (Italia).

Izquierda abajo: 1657. Óleo sobre lienzo, 83 x 64,5 cm. Ubicación: Galería de Pinturas de los Maestros Antiguos del Palacio Zwinger. Dresde (Alemania).

Derecha arriba: 2011. Fotografía.

Derecha abajo: 2011. Fotografía.

Fuente:

HAMADA, Jeff: «Remake / Submissions» [*en línea*]. En: BOOOOOOOM DESIGN: Blog BOOOOOOOM (WEB). Vancouver: Seattle Art Museum, 04 de octubre de 2011. Consulta: 29 de octubre de 2016.

http://www.booooooom.com/2011/10/04/remake-submissions/.

http://www.booooooom.com/2011/10/04/remake-submission-part-iii/.

5.3. NOTAS SOBRE EL PLAGIO EN LAS PINTURAS

Así mismo, por la importancia de la concepción y la ejecución en el concepto de originalidad, creemos que las infracciones como el plagio (reproducción con o sin transformación o modificación, más atribución falsa de paternidad) son más difíciles de conceptualizar en los casos de obras plásticas. Comencemos por señalar qué es plagio, de manera general. Como ha señalado el Tribunal

Supremo en su Sentencia N.º 12/1995, de 28 de enero, (RJ 1995, 387) el plagio se refiere a lo esencial[90]:

> «***Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.***
>
> ***Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarles de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectivo ajeno.*** *No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo lo cual* ***el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales***».

En la jurisprudencia peruana, se hace una clara distinción entre dos tipos de plagio: el plagio servil y el plagio inteligente. La Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI ha explicado en su Resolución N.º 142-2008 /CDA-INDECOPI, el famoso caso Bryce Echenique, que el **plagio servil** «*es presentar como de su propia autoría una obra ajena, a la que se le ha copiado y cambiado solamente el título y nombre del autor, sin alterar su contenido*»[91]; mientras que el **plagio inteligente** «*consiste en pretender hacer aparecer como una nueva obra la obra plagiada mediante ligeras variaciones*». Este razonamiento sigue siendo aplicado hasta la actualidad, pues lo vemos replicado en las Resoluciones N.º 494-2016 /CDA-INDECOPI y 495-2016/CDA-INDECOPI, el reciente y mediático caso César Acuña Peralta. De igual forma, este mismo Órgano en la Resolución N.º 199-1999 /ODA-INDECOPI señaló lo siguiente citando a Lipszyc:

> *«El plagio es el apoderamiento ideal de todos o de alguno de los elementos originales contenidos en la obra del autor; presentándolos como propios.* ***La infracción al derecho moral del autor plagiado se verifica siempre en su derecho de paternidad,*** *pues el plagiario lo sustituye por la propia. En la mayoría de los casos se lesiona también el derecho de respeto y a la integridad de la obra, pues lo corriente es que el plagiario trate de disfrazar el plagio. La lesión a los derechos patrimoniales derivan (sic) de la transformación no autorizada de la obra y de su utilización (reproducción-comunicación pública).*
>
> *La doctrina distingue entre el plagio burdo o servil (el menos frecuente) en que la apropia-*

90. Jurisprudencia seguida y replicada en las Sentencias del Tribunal Supremo N.º 886/1997, del 17 de octubre, (RJ 1997, 7468) y N.º 237/1999, de 23 de marzo (RJ 1999, 2005). Debemos señalar que en el INDECOPI en Perú usa también esta resolución del Tribunal Supremo Español, tal como se observa en la Resolución N.º 142-2008 /CDA-INDECOPI, del famoso caso Bryce Echenique.

91. Citando a Fernández, Horacio: «Protección Jurídica del Software». Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 47-48.

ción de la obra ajena es total o casi total, y el plagio "inteligente" en el cual el plagiario trata de disimular el plagio o se apodera de algunos de los elementos sustanciales y originales. Esta última es la forma en que habitualmente se presenta el plagio, razón por la cual se considera debe apreciarse por las semejanzas y no por las diferencias que presentan las obras implicadas»[92].

Más específico, respecto a pinturas, los parámetros a observar en el presuntos casos de plagio de una obra pictórica son descritos por Ruipérez, quien señala que: «*para llevar a cabo el análisis en relación con la similitud entre las obras pictóricas en conflicto, el tribunal centra la atención, como elementos característicos y originales de la obra, en aspectos como el encuadre, la perspectiva, las zonas sombreadas y las dimensiones del objeto representado*»[93]. De igual forma, existen tres casos en los cuales no nos encontraríamos en plagio, según Ortega[94]: primero, cuando la obra solamente se ha inspirado en una obra anterior; segundo, cuando la obra de distintos autores refleja la misma realidad o ficción (lo que vimos cuando diferenciamos entre idea y forma de expresión); y, finalmente, la repetición de elementos de una obra, sin pretender calcar la anterior, sino tomarla como mera inspiración.

Reflexionemos en qué casos podría darse el plagio servil en obras pictóricas. Por lógica, en todos los casos: en las meras pinturas o pinturas comunes, porque no es muy diferenciada la ejecución e impronta de estos autores; así como entre artistas de obras de bellas artes de épocas contemporáneas, mas no en todos los casos, ya que debido al gran reconocimiento que tienen casi todas las pinturas de bellas artes, es difícil dejar pasar desapercibida una falsa atribución de paternidad; y, finalmente, también en los dibujos de arte aplicado, donde incluso se observarán conflictos entre autores y titulares de derechos de propiedad industrial, o entre titulares propios titulares de derechos de propiedad industrial, pero usando la obra como fundamento[95].

Algo que podría suceder es que uno u otro autor se atribuyan la autoría de

92. Lipszyc, Delia. Ob. Cit., p. 567.
93. Ruiperez, Clara: «Las obras del espíritu...». Ob. Cit., p. 139.
94. Cf. Ortega, Jorge. Ob. Cit.
95. Ponemos de ejemplo, ya que excede el presente trabajo, el conflicto por el logotipo de Jaguar en Perú en relación a productos de clase 25: prendas de vestir, calzado y sombrerería. Lo señalado en la Resolución N.º 119-2005 /CSD-INDECOPI de primera instancia (ahora confirmada por el Tribunal), nos muestra este caso: «*Se advierte que de lo señalado por la Dirección de Derecho de Autor en su Informe N.º 129-2014 /DDA, así como del acta de audiencia de exhibición y de los demás medios probatorios que obran en el expediente; queda acreditado el derecho de autor de la accionante sobre la obra constituida por el diseño de un jaguar en posición de salto.*
En ese sentido, habiéndose determinado que la marca registrada a favor de CALZADOS JAGUAR S.A.C. afecta el derecho de autor existente a favor de JAGUAR CARS LIMITED, de conformidad con lo establecido en el Informe N.º 129-2014 /DDA; esta Comisión concluye que el registro de la marca de producto JAGUAR y logotipo, conforme al modelo adjunto (certificado N.º 180594) se encuentra incurso en el supuesto de nulidad establecido en el artículo 172 de la Decisión 486, al haberse otorgado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 136 inciso f) de la Decisión 486, toda vez que afecta el derecho de autor existente a favor de un tercero; por lo que corresponde declarar fundada la presente acción de nulidad».

una determinada pintura, con la excepción de los casos muy notorios de pinturas de bellas artes que son totalmente reconocidos, incluso para un gran número de personas. Si bien no encontramos rastro de denuncia o reclamo, el parecido de algunas de las obras de Millet y Van Gogh permite observar este tipo de situaciones:



Jean-François Millet, «*Le semeur*»



Vicent Van Gogh, «*De zaaier*»

Sobre las obras:
Izquierda: 1850. Óleo sobre lienzo. 101.6 x 82.6 cm. Ubicación: Museo de Finas Artes de Boston. Boston (EE.UU.).
Derecha: 1881. Lápiz, tinta y acuarela en papel. 48.1 x 36.7 cm. Ubicación: Museo Van Gogh. Amsterdam (Países Bajos).
Fuentes:
Izquierda: MUSEUM OF FINE ARTS OF BOSTON: «The Sower» [*en línea*]. En: MUSEUM OF FINE ARTS OF BOSTON: Collection Tour: French Paintings (WEB). Boston: Museum of Fine Arts of Boston, S/F. Consulta: 29 de octubre de 2016.
http://www.mfa.org/collections/object/the-sower-31601.

Derecha: VAN GOGH MUSEUM: «De zaaier (naar Millet)» [*en línea*]. En: VAN GOGH MUSEUM: Collectie (WEB). Ámsterdam, S/F. Consulta: 29 de octubre de 2016.
https://www.vangoghmuseum.nl/en/collection/d0443V1962.

¿Esto podría ser catalogado como plagio servil si Millet (pues murió 3 años luego de realizada la obra de Van Gogh) o sus herederos le reclamaran a Van Gogh? Creemos que no, ya que existen incluso en este supuesto modificaciones tanto en la concepción como en la ejecución. Por un lado, el material pictórico no es el mismo, ni el soporte; está de más decir que la ejecución es totalmente diferente. Si acaso se hubiese producido un reclamo hubiera sido como un plagio inteligente, más no como uno servil. Ahora, queda por determinar si estamos ante una transformación (artículo 36 de la LDA y 21 del TRLPI) o una reproducción (artículo 18 del TRLPI y

32 de la LDA) con modificaciones (artículo 14.5 del TRLPI y 26 de la LDA); tomemos en cuenta que no existen cambios en la perspectiva, ni en el modelado, pero sí hay cambios en el color y en el material. En nuestra opinión, aquí existe una obra derivada, por lo que existiría transformación. La originalidad ha cambiado suficientemente para determinar que se trata de una obra distinta.

Analicemos otro caso. ¿Existirá posible plagio servil en el caso de las pinturas que expuso Bob Dylan y fueron criticadas públicamente el 2011 por plagio? En este caso, supuestamente se crearon pinturas tomando como base fotografías previamente realizadas por terceros:



Fuente: DIARIO ABC: «El Bob Dylan pintor... ¿plagio, copia o inspiración?» [*en línea*]. En: DIARIO ABC: Portal de Noticias *ABC.es* (WEB). Madrid, Diario ABC, S.L., 29 de septiembre de 2011. Consulta: 28 de octubre de 2016.
http://www.abc.es/20110929/cultura-musica/abci-dylan-copia-plagio-201109291857.html.

En este caso, se acusó a Bob Dylan de plagiar fotografías de Henri Cartier-Bresson, Dmitri Kessel y Léon Busy. Ante lo cual, la galería Gagosian de New York salió a declarar que «*Si bien la composición de algunas de las* ***pinturas de Bob Dylan están basadas en una variedad de fuentes,*** *incluidos archivos e imágenes históricas, la vitalidad y frescura viene de los colores y texturas que se encuentran en las escenas diarias que observó durante sus viajes*»[96]. Como podemos observar, la semejanza de composición es bastante obvia; sin embargo, la concepción (que incluye el material y el soporte) y la ejecución son distintas. Este tampoco podría ser caso de plagio servil, la presencia una ejecución particular es la que hace que debamos hablar de obra derivada necesariamente con infracción del derecho patrimonial de transformación (artículo 36 de la LDA y 21 del TRLPI) y no el de reproducción (artículo 18 del TRLPI y 32 de la LDA), siempre que no se haya solicitado la autorización. Así, si es que Dylan se estaría atribuyendo falsa paternidad de estos cuadros, no se trataría de un plagio servil, sino de uno inteligente, al ser necesario introducir cambios o transformación.

Entonces, ¿Cuándo hay plagio servil en obras como pinturas? Creemos que estos casos son más frecuentes en aquellas obras cuya ejecución pierde importancia: las obras menores o de arte aplicado. Si uno lo piensa, es más fácil y corriente –incluso– que ocurran casos de marcas o diseños copiados entre empresas, ya que incluso estas obras son sometidas a principios de registro obligatorio con relación a clasificaciones específicas (v.g. la Clasificación Internacional de Niza); de esta forma, veremos como un logotipo o un personaje animado será usando en varias clases distintas, incluso con intentos de apropiación por terceros. En este sentido, creemos que cada caso de (i) nulidad de registro de marca o (ii) de declaración fundada de oposición o (iii) denegación de oficio de marca, todos por infracción a los derechos de autor preexistentes serán casos de plagio servil, ya que el tercero que intenta registrar o que registró inválidamente se ha atribuido derechos de autor (como reproducción y paternidad) sin tenerlos. Aunque no negamos que a veces, también ciertos solicitantes o inválidos titulares de derechos de propiedad industrial infrinjan el derecho de modificación del autor, para tratar de pasar desapercibidos, generando casos de plagio inteligente.

¿Y los casos de falsificadores? Debemos señalar que no se trata de casos de plagio. El objetivo de un falsificador nunca será adueñarse de la paternidad de la obra, ya que se obtiene muchísimo dinero –gracias a la «Tesis del Aura» que existe en las obras de arte plásticas– cuando se vende un cuadro como si fuera el ejemplar único o raro ejecutado por el propio autor. Por poner un ejemplo, está Han Van Meegeren, famoso falsificador que logró engañar incluso a expertos

96. DIARIO EL MUNDO: «¿Plagió Dylan sus pinturas?» [*en línea*]. En: DIARIO EL MUNDO: Portal de Noticias El Mundo (WEB). Madrid, Unidad Editorial Información General S.L.U., 29 de septiembre de 2011. Consulta: 28 de octubre de 2016. *http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/29/cultura/1317283681.html.*

nazis en tiempos de la Segunda Guerra Mundial. Este personaje llegó a afirmar «*¡He probado al mundo que un plagio puede ser tan bello como el original!*» y se le llegó a realizar una prueba de talento en la cárcel[97]. En efecto, una falsificación es una reproducción (artículo 18 del TRLPI y 32 de la LDA), la cual puede ser idéntica, imperfecta o –incluso– vulgar, pero no será plagio porque no hay falsa atribución de paternidad. Esto, sin contar los delitos que puedan sumar su realizador y los vendedores de la misma; así como las sanciones de responsabilidad civil que se generen.

Finalmente, ¿En qué supuesto estaríamos si tomamos una impresora en tres dimensiones (3D) e imprimimos una pintura previamente existente para venderla como si la hubiéramos hecho nosotros? Al margen de que el «aura» no existe porque es una obra realizada por medio de una máquina y que claramente un perito podría determinar que no se trata de ejecución manual con material pictórico regular, sí estaríamos haciendo una reproducción idéntica (artículo 18 del TRLPI y 32 de la LDA) y falseando la paternidad sobre la obra. Este sí sería un caso de plagio servil, ya que lo único distinto será el material pictórico que en un caso será óleo, acuarela, lápiz, tinta, etc.; mientras que en la impresión resultante en tres dimensiones (3D) será un material sintético utilizado por este tipo de máquinas.

6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Al haber estudiado diversos puntos en el presente trabajo, es importante presentar algunas conclusiones sobre lo tratado; en este sentido, podemos concluir lo siguiente:

- El Arte es una forma de expresión, una transmisión del pensamiento del artista a los múltiples apreciadores de su obra, a través del tiempo que esté conservada la obra plasmada en algún soporte (sea el lienzo mismo o una fotografía del lienzo original, entre muchas otras).
- El Arte es la libertad que va más allá de cualquier tipo de contenido; así, una persona puede crear obras de arte de cualquier tipo y sobre cualquier tema, salvo que se le imponga un límite justificado en otro valor constitucional.
- La diferencia entre las obras plásticas aplicadas y las obras de bellas artes tendrá gran relevancia cuando se analice la aplicación del concepto de «originalidad», cuya concepción es muy particular en el caso de este tipo de obras.

97. Viana, Israel: «Van Meegeren: "¡He probado al mundo que un plagio puede ser tan bello como el original!"» [*en línea*]. En: DIARIO ABC: Portal de Noticias *ABC.es* (WEB). Madrid, Diario ABC, S.L., 18 de octubre de 2013. Consulta: 29 de octubre de 2016. *http://www.abc.es/20110615/archivo/abci-meegeren-falsificador-goering-vermeer-201106131626.html.*

- La disciplina que protege las creaciones artísticas, en su concepción inmaterial, es el Derecho de Autor; denominada propiedad intelectual en España.
- Las creaciones que realicen animales quedan totalmente fuera del régimen de protección por Derecho de Autor, debido a que no pueden crear usando el intelecto y no son reconocidos como sujetos de derecho a los cuales imputar derechos de ningún tipo, incluidos los derechos derivados de la creación de una obra original.
- La vía de reconocimiento de derechos de autor a los robots no es posible debido a que no son sujeto de derecho y a que no pueden crear sin intervención humana; sin embargo, si llegado el momento tecnológico se crea una inteligencia artificial capaz de crear autónomamente de la intervención humana, habrá que repensar esta afirmación en torno a los derechos de autor. Aunque siempre queda la imposibilidad porque no son sujetos de derecho.
- El régimen de protección por Derecho de Autor, utiliza una clara fórmula abierta en torno a los medios y soportes para brindar la posibilidad infinita de ampliar la gama de soportes o medios con los cuales realizar obras de arte, incluso supuestos futuros.
- Existe gran discrepancia entre lo que establecen los tribunales con respecto a la originalidad debido a que como ningún Tratado Internacional o norma nacional define este concepto; de esta forma, tendremos concepciones de «originalidad» distintas tanto entre las diferentes tradiciones jurídicas, como internamente en cada una de ellas.
- Queda claro que existe diferencia entre soporte (*corpus mechanicum*) y obra (*corpus mysticum*), incluso en las pinturas y otras obras plásticas, donde existe confusión por la existencia del ejemplar único o raro –comúnmente llamado «el original»– ya que este posee un valor especial por ser la obra plástica originariamente ejecutada por el artista, lo denominado «Tesis del Aura».
- La especial originalidad de las obras plásticas, en general, reside en uno de dos puntos concretos o en ambos: (i) la concepción plástica y/o (ii) la ejecución plástica.
- Los elementos fantásticos o la materia existente de la realidad dentro de la cabeza del artista son las ideas, las cuales una vez plasmadas en el soporte vienen a ser formas de expresión originales, si la concepción o su ejecución alcanza el grado de creatividad e individualización exigido por los tribunales.
- En los dibujos aplicados a la industria, la ejecución pierde importancia como parte de la originalidad, debido a que la industria requiere reproducción masiva o difusión máxima de la obra aplicada a ésta.

- Existen junto a los dibujos aplicados a la industria, aunque de manera mucho más reducida, ciertas obras de bellas artes aplicadas a la industria, pero cuyo autor ha facilitado medios a los titulares de los derechos de propiedad industrial para su fácil ejecución y reproducción masiva.
- En las pinturas de bellas artes es claro que la originalidad se encuentra –por lo general– tanto en la concepción como en la ejecución; sin embargo, existen algunos casos en que la pintura de bellas artes se basa en una concepción común, siendo muy especial la ejecución plástica.
- Si bien es muy importante el cuadro original, envuelto por el «aura» del ejemplar ejecutado por el autor; esto solo ocurre en el caso de las pinturas de bellas artes y, quizás, hasta en las meras pinturas o simples pinturas. Sin embargo, no será importante así en los dibujos (y pinturas, como vimos) de arte aplicado.
- Creemos que las ideas no se plasman en soporte material, porque cuando se ejecutan se vuelven expresiones propias de un determinado autor; no podemos decir que un dibujo ejecutado sea una idea; solo podremos decir, cuando no alcance los parámetros exigidos por el funcionario o Juez, que se trata de una creación sin originalidad suficiente.
- Queda claro que es posible realizar dos pinturas diferentes que compartan un único motivo o tema, lo único que no es legítimo será repetir en la obra posterior caracteres originales de la primera, pero no el tema o motivo que inspira ambas. Esto ha sido ilustrado a través de ejemplos de cuadros motivados por pasajes de la Biblia, temas de la Iglesia católica cristiana en siglos pasados.
- En el caso de las fotografías convertidas en pinturas usando algún aplicativo móvil, nos encontramos –en nuestra opinión– frente a un supuesto de reproducción en diferente formato de la obra preexistente.
- En los casos de impresión en tres dimensiones (3D), si la impresión no genera ningún cambio en la obra, nos encontraremos ante una reproducción perfecta ya que incluye incluso los detalles de composición; sin embargo, si la impresión añade cambios podrá ser una obra con modificaciones, pero no lo suficientemente original para configurar una obra derivada, descartándose así el supuesto de transformación.
- Cualquier impresión en tres dimensiones (3D) que se realice de un cuadro o, incluso, una impresión bidimensional en papel o cartulina, así como los intentos de copiar la pintura por parte de un artista plástico, serán reproducción; siempre y cuando, no exista un grado de originalidad que lo convierta en transformación.
- La fotografía de una pintura tampoco es transformación, sino es una reproducción; sin embargo, existen dos casos en los cuales sí estaremos ante una obra derivada y, por consiguiente, frente a una transformación: (i)

cuando la obra fotográfica añada elementos originales, variará la concepción; y (ii) cuando se recree una pintura con el instrumento fotográfico, variará la ejecución, la concepción y el formato de la obra.

- Las infracciones como el plagio (reproducción con o sin transformación o modificación, más atribución falsa de paternidad) son más difíciles de conceptualizar en los casos de obras plásticas.
- Por lógica, en todos los casos (obras de bellas artes, meras pinturas, dibujos aplicados a la industria) podría darse el plagio servil en obras pictóricas. Sin embargo, no es así debido a la diferencia en la «originalidad» de cada caso.
- El plagio servil es más frecuente en aquellas obras cuya ejecución pierde importancia; es decir, en las obras menores o de arte aplicado. De esta forma, creemos que cada caso de (i) nulidad de registro de marca o (ii) de declaración fundada de oposición o (iii) denegación de oficio de marca, todos por infracción a los derechos de autor preexistentes, serán casos de plagio servil.
- Los casos de falsificadores de obras de arte no son casos de plagio. Recordemos que el objetivo de un falsificador nunca será adueñarse de la paternidad de la obra, ya que se obtiene muchísimo dinero –gracias a la «Tesis del Aura» que existe en las obras de arte plásticas– cuando se vende un cuadro como si fuera el ejemplar único o raro ejecutado por el propio autor.
- Si tomamos una impresora en tres dimensiones (3D) e imprimimos una pintura previamente existente para venderla como si la hubiéramos hecho nosotros, sí estaríamos haciendo una reproducción idéntica y falseando la paternidad sobre la obra; es decir, un caso de plagio servil.

7. REFERENCIAS

7.1. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (Coordinador: Wandtke, Artur-Axel): «*Urheberrecht*». Berlín: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, 2009.

AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual». 3.º Edición. Madrid: Tecnos, 2007.

AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): «Manual de Propiedad Intelectual». 6.º Edición. Valencia: Tirant, 2016.

Antequera Parilli, Ricardo: «Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines». Madrid, REUS, 2007.

Asimov, Isaac: «*I, Robot*». Nueva York, Gnome Press, 1950.

Baylos, Hermenegildo: «Tratado de Derecho Industrial». 3.º Edición. Madrid, Civitas, 2009.

Benjamin, Walter: «La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica» (*Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*). Traducción de Andrés Weikert. México D.F.: Itaca, 2003.

Bercovitz, Germán: «Las obras plásticas y fotográficas» (epígrafe). En: AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): Manual de Propiedad Intelectual. 6.º Edición. Valencia: Tirant, 2016, pp. 64-68.

– «Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor». Madrid: Tecnos, 1997.

Bercovitz, Rodrigo: «La Obra como creación original» (epígrafe). En: AA.VV. (Coordinador: Bercovitz, Rodrigo): Manual de Propiedad Intelectual. 6.º Edición. Valencia: Tirant, 2016, pp. 52-58.

Borras, Gonzalo: «Pintura». En: Borras, Gonzalo; Esteban, Juan y Alvaro, Isabel: Introducción General al Arte. Madrid, ISTMO, 1996, pp. 195-277.

Cámara, Pilar: «La lesión de los derechos patrimoniales y morales del autor de una obra plástica tras su fallecimiento. (Comentario a la Sentencia de la Sala 1.º del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998)». En: Revista Pe.i. N.º 1. Enero-Abril. Madrid: Bercal, 1999, p. 118.

Casabó, Ángeles: «El delito de plagio en la obra artística: análisis jurídico-histórico». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 537-588.

Da Costa, Marília: «O direito da arte. A conservação e restauração da pintura na perspectiva do Sistema Jurídico Português». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 337-409.

Espinoza, Juan: «Derecho de las Personas». 6.º Edición. Lima: Grijley, 2012.

Fernández, Horacio: «Protección Jurídica del Software». Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

Lipszyc, Delia: «Derecho de Autor y Derechos Conexos». Buenos Aires: UNESCO-CERLALC-Zavalia, 1993.

Maraví, Alfredo: «Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de Autor» [*en línea*]. En: Departamento Académico de Derecho PUCP: Portal Institucional (WEB). Cuaderno de Trabajo N.º 16. Consulta: 22 de octubre de 2016. Lima: CICAJ-PUCP, 2010.

http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/05/ct16_breves_apuntes.pdf.

Marciani, Betzabé: «El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes». Lima, Palestra, 2004.

Mariscal, Patricia: «Derecho de Transformación y obra derivada». Valencia: Tirant, 2013.

Murillo Chávez, Javier: «Conviviendo con el enemigo: Sobre los conflictos entre el Derecho de Autor y el Derecho de la Propiedad Industrial» en Actualidad Jurídica. Número 231-Febrero 2013, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 321-336

Novak, Fabián: «La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico» en AA.VV. (Coordinador: Novak, Fabián y Hidalgo, Óscar): «Derecho Comunitario Andino». Lima: PUCP, 2003, pp. 57-100.

Oltermann, Philip: «The gospel according to... Helen Schucman, not Jesus Christ» [*en línea*]. En: The Guardian: Portal del diario (WEB). Berlín, 15 de mayo de 2014. Consulta: 01 de Octubre de 2016.

https://www.theguardian.com/world/2014/may/15/helen-shucman-course-of-miracles-germany-jesus-christ.

Ortega, Jorge: «Obra Plástica y Derecho de Autor». Madrid, REUS-AISGE, 2000.

Otero, José: «*La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías*». En: AA. VV. (Coordinador: Garcia-Perez, Rafael): Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a. A Coruña: Universidade da Coruña, 2008, pp. 73-102.

Peñuelas, Lluis: «Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación». En: AA.VV. (Coordinador: Peñuelas, Lluis): Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Barcelona: Polígrafa, 2013, pp. 13-57.

– «Casos Problemáticos de Autoría y Originalidad de las Obras de Arte». En: AA. VV. (Coordinador: Peñuelas, Lluis): Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte. Barcelona: Polígrafa, 2013, pp. 59-99.

Pizarro, Eugenio: «La Disciplina Constitucional de la Propiedad Intelectual». Valencia: Tirant, 2012

Posner, Richard: «El Análisis Económico del Derecho». Traducción de Eduardo L. Suárez. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

Read, Herbert: «Arte y Sociedad» (*Art and Society*). Traducción de Manuel Carbonell. Barcelona: Península, 1977.

Ruiperez, Clara: «Arte, obras y derechos de autor. Reflexiones en torno al arte y a su eventual protección por derechos de autor con especial referencia a las obras plásticas». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 481-535.

– «Las obras del espíritu y su originalidad». Madrid, REUS-AISGE-ASEDA, 2012.

Sanchez, Rafael: «La propiedad trenzada. El juego de lo material y lo inmaterial en las obras de arte». En: AA.VV.: Derecho y Arte. Anuario Iberoamericano 2015. Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 23-109

SANTA SEDE VATICANO: «Sagrada Escritura» [*en línea*]. En: SANTA SEDE VATICANO: Archivo (WEB). Vaticano, Santa Sede Vaticano, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.

http://www.vatican.va/archive/bible/index_sp.htm.

Tatarkiewicz, Wladislaw: «Historia de seis ideas: arte, belleza, forma, creatividad, mímesis, experiencia, estética» (*Dzieje szeicin pojec).* 6.º Edición. Traducción de Francisco Rodríguez Martín. Madrid, Tecnos, 1987.

U.S. COPYRIGHT OFFICE: «Compendium of U.S. Copyright Office Practices § 101» [*en línea*]. 3.º Edición. En: U.S. COPYRIGHT OFFICE: Portal Institucional (WEB). Consulta: 01 de octubre de 2016. Washington, U.S. Copyright Office, 2014.

http://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf.

Vicent, Cristina: «*Derechos de autor sobre la obra plástica enajenada*». Valencia: Revista General de Derecho, 1999.

7.2. Fuente de las pinturas citadas

ART.COM INC.: «Estudio para la creación de Adán» [*en línea*]. En: *ART.COM* INC.: Portal de venta (WEB). California: *Art.com* Inc., S/F. Consulta: 25 de octubre de 2016.

http://www.art.com/products/p11721233-sa-i1346738/michelangelo-buonarrot-study-for-the-creation-of-adam.htm.

BROOKLYN MUSEUM: «The Great Red Dragon and the Woman Clothed with the Sun (Rev. 12: 1-4)» [*en línea*]. En: BROOKLYN MUSEUM: Collection of European Art (WEB). New York, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.

https://www.brooklynmuseum.org/opencollection/objects/4368.

Bouabdellah, Malika: «July 28: Liberty Leading the People» [*en línea*]. En: MUSÉE DU LOUVRE: Department of Paintings: French Paintings (WEB). Paris, S/F. Consulta: 25 de octubre de 2016.

http://www.louvre.fr/en/oeuvre-notices/july-28-liberty-leading-people.

Calvo, Francisco: «Las Meninas o la familia de Felipe IV» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 24 de octubre de 2016.

https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/las-meninas/9fdc7800-9ade-48b0-ab8b-edee94ea877f.

Cusipaucar, José Manuel: «Machupicchu» [*en línea*]. En: ARTELISTA WORLDWIDE S.L.: Portal Artelista (WEB). Barcelona, 2009. Consulta: 24 de octubre de 2016.

http://images.artelista.com/artelista/obras/big/7/2/8/3753304821285618.jpg.

Esteban, Paloma: «Reseña del cuadro "Guernica"» [*en línea*]. En: MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFIA: Portal de la Colección (WEB). Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2016. Consulta: 24 de octubre de 2016.

http://www.museoreinasofia.es/coleccion/obra/guernica.

Hamada, Jeff: «Remake / Submissions» [*en línea*]. En: BOOOOOOOM DESIGN: Blog BOOOOOOOM (WEB). Vancouver: Seattle Art Museum, 04 de octubre de 2011. Consulta: 29 de octubre de 2016.

http://www.booooooom.com/2011/10/04/remake-submissions/.

http://www.booooooom.com/2011/10/04/remake-submission-part-iii/.

ING & Microsoft: «The Next Rembrandt» [*en línea*]. En: ING & Microsoft: Portal del Proyecto «The Next Rembrandt» (WEB). Ámsterdam, abril de 2016. Consulta: 19 de septiembre de 2016.

https://www.nextrembrandt.com/.

INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA): «Marca Turística España» [*en línea*]. En: INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA): Turespaña (WEB). Madrid: INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA), S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://www.tourspain.es/es-es/marketing/MarcaTuristicaEspana/Paginas/default.aspx.

JOHNNY STRATEGY (pseudónimo): «Tatsuo Horiuchi. The 73-year old Excel spreadsheet artist» [*en línea*]. En: JOHNNY STRATEGY: Spoon & Tamago (Blog). Brooklyn, 28 de mayo de 2013. Consulta: 22 de octubre de 2016.

http://www.spoon-tamago.com/2013/05/28/tatsuo-horiuchi-excel-spreadsheet-artist/.

Krajewski, Ron: «Paintings» [*en línea*]. En: Krajewski, Ron: Metro, the painting racehorse (WEB). Gettysburg: Ron Krajewski, 2014. Consulta: 19 de septiembre de 2016.

http://www.paintedbymetro.com/paintings.html.

Lavarello, Gabriela: «Dos pintores indígenas del Perú Arte Sacro del siglo XVI-

II» [*en línea*]. En: *SLIDEPLAYER.ES* INC.: Portal de descarga de presentaciones (WEB). Cusco: Gabriela Lavarello, 2012. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://slideplayer.es/slide/31898/.

Lopez, Nora: «Ilustraciones» [*en línea*]. En: Lopez, Nora: La Casa de la Espiral (Blog). Barcelona, Nora López, 2013. Consulta: 22 de octubre de 2016.

http://www.casaespiral.com/es/nora-lopez-millan/.

Miller, John: «Viva Air» [*en línea*]. En: Miller, John: Photo Enrichments (WEB). Tampa: Photo Enrichments, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://www.photoenrichments.com/GALLERIES/AVIATION-IMAGES/AIRLINERS/Viva-Air/i-rTfgT47/A.

MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: «Juicio Final» [*en línea*]. En: MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: ARCHI. Archivo Digital de Arte Peruano (WEB). Lima: Ministerio de Cultura de Perú, Museo de Arte de Lima (MALI), S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.

http://archi.pe/public/index.php/foto/index/8024.

MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: «Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú inaugura sala dedicada a la pintura virreinal peruana» [*en línea*]. En: MINISTERIO DE CULTURA DE PERÚ: Portal Institucional (WEB). Lima: Ministerio de Cultura de Perú, 2015.

http://www.cultura.gob.pe/es/comunicacion/noticia/museo-nacional-de-arqueologia-antropologia-e–historia-del-peru-inaugura-sala.

MUSÉE GOYA (MUSÉE D'ART HISPANIQUE): «La última cena» [*en línea*]. En: MUSÉE GOYA (MUSÉE D'ART HISPANIQUE): Colección de Pinturas Hispánicas (WEB). Castres: Musée Goya (Musée D'Art Hispanique, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://www.musees-midi-pyrenees.fr/musees/musee-goya-musee-d–art-hispanique/collections/peinture-hispanique/francisco-pacheco/le-jugement-dernier/.

MUSÉE NATIONAL DES CHÂTEAUX DE MALMAISON & BOIS-PRÉAU: «Le premier consul franchissant les alpes au col du grand-saint-bernard» [*en línea*]. En: MINISTÈRE DE LA CULTURA: Musée national des châteaux de malmaison & bois-préau (WEB). Paris, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://musees-nationaux-malmaison.fr/chateau-malmaison/objet/c-le-premier-consul-franchissant-les-alpes-au-col-du-grand-saint-bernard.

MUSEO DEL PRADO: «La Coronación de la Virgen» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-coronacion-de-la-virgen/5f39f2cc-0197-4522-aecf-1d8e3b2e4ae7.

MUSEO DEL PRADO: «(El Greco) La huida a Egipto» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-huida-a–egipto/79475a35-d66d-47f6-b344-e4d1d9bfbdcf?searchid=de42a185-d812-cc26-04f0-a7d4278437c4.

MUSEO DEL PRADO: «(Moreno) La huida a Egipto» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-huida-a–egipto/d68e40a8-bb9b-425f-bf8b-bcaee0c7144e.

MUSEO DEL PRADO: «La última cena» [*en línea*]. En: MUSEO DEL PRADO: Colección (WEB). Madrid, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

https://www.museodelprado.es/coleccion/obra-de-arte/la-ultima-cena/a909175f-0a60-4142-94d8-408401f876e9.

MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFIA: «Guernica» [*en línea*]. En: MUSEO NACIONAL CENTRO DE ARTE REINA SOFIA: Portal de la Colección (WEB). Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2016. Consulta: 24 de octubre de 2016.

http://www.museoreinasofia.es/coleccion/obra/guernica.

NATIONAL ART GALLERY: «Christmas at The Other Side, Boston» [*en línea*]. En: NATIONAL ART GALLERY: Collection (WEB). Washington, National Art Gallery, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.

http://www.nga.gov/content/ngaweb/Collection/art-object-page.139400.html.

NEUE GALERIE NEW YORK: «Collection/Austrian Fine Arts» [*en línea*]. En: NEUE GALERIE NEW YORK: Portal Institucional (WEB). New York, Neue Galerie New York, S/F. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://neuegalerie.org/collection/Austrian/Fine%20Arts?page=1#223.

NEW SOUTH WALES GOVERNMENT: «Sydney Opera House-Drawings: Archive NRS 12825-Competition drawings submitted by Jørn Utzon to the Opera House Committee» [*en línea*]. En: NEW SOUTH WALES GOVERNMENT: State Records (WEB). Consulta: 23 de octubre de 2016. Nueva Gales del Sur: Archivo Gubernamental de Nueva Gales del Sur, 1957.

https://gallery.records.nsw.gov.au/index.php/galleries/sydney-opera-house/sydney-opera-house-drawings/.

PRIXEL: «Home» [*en línea*]. En: PRIXEL: Portal Institucional (WEB). New York, Prixel, S/F. Consulta: 28 de octubre de 2016.

https://www.prixel.ru/share/images/thumb/8/8c/8c8/8c82ba623b351f1fb65c29bf73944b62.644.391%26cr(0,1.6470588235294,100%25,100%25,50%25,50%25)%26sz(644,391,0).jpg.

SACREDBLACKBLOOD (seudónimo): «Dragon» [*en línea*]. En: DEVIANTART: Portal Institucional (WEB). S/L: DeviantArt, 2006. Consulta: 28 de octubre de 2016.

http://www.deviantart.com/art/dragon-35383072.

Scailliérez, Cécile: «Mona Lisa-Portrait of Lisa Gherardini, wife of Francesco del Giocondo» [*en línea*]. En: MUSÉE DU LOUVRE: Departament of Paintings: Italian Paintings (WEB). Paris, S/F. Consulta: 24 de octubre de 2016.

http://www.louvre.fr/en/oeuvre-notices/mona-lisa-portrait-lisa-gherardini-wife-francesco-del-giocondo.

SEATTLE ART MUSEUM: «European Masters: The Treasures of Seattle» [*en línea*]. En: SEATTLE ART MUSEUM: Portal Institucional (WEB). Washington: Seattle Art Museum, 2013. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://www.seattleartmuseum.org/europeanmasters.

Seebauer, Christian: «Paisajes místicos: Óleos con motivos de Machu Picchu» [*en línea*]. 2010. En: Seebauer, Christian: Portal Seebauers World (WEB). Darmstadt, S/F. Consulta: 24 de octubre de 2016.

http://www.seebauers-world.com/machu-picchu_es.php.

Solorzano, Mónica: «La Coronación de la Virgen por la Santísima Trinidad de Bernardo Bitti en el arte peruano virreinal» [*en línea*]. En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ: Repositorio Digital de Tesis (WEB). Tesis correspondiente al grado de Magister en Historia. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. Consulta: 27 de octubre de 2016.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1590/SOLORZANO_GONZALES_MONICA_CORONACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Tovar, Carlos: «Carlincatura» [*en línea*]. En: DIARIO LA REPÚBLICA: Portal de noticias (WEB). Lima: Diario La República, 27 de julio de 2012. Consulta: 24 de octubre de 2016.

http://larepublica.pe/carlincaturas/carlincaturas-27-07-2012-2012-07-27.

Trujillo, Julián: «Drug trafficking as a Cultural Event: Pablo Escobar and Fernando Botero» [*en línea*]. En: CONCORDIA UNIVERSITY: Portal Ampersand Lab (&) (WEB). Montreal, 03 de octubre de 2013. Consulta: 25 de octubre de 2016.

http://www.amplab.ca/2013/10/03/drug-trafficking-cultural-event-pablo-escobar-fernando-botero/.

VAN GOGH MUSEUM: «De zaaier (naar Millet)» [*en línea*]. En: VAN GOGH MUSEUM: Collectie (WEB). Ámsterdam, S/F. Consulta: 29 de octubre de 2016.

https://www.vangoghmuseum.nl/en/collection/d0443V1962.

7.3. Noticias

DIARIO ABC: «El Bob Dylan pintor... ¿plagio, copia o inspiración?» [*en línea*]. En: DIARIO ABC: Portal de Noticias *ABC.es* (WEB). Madrid, Diario ABC, S.L., 29 de septiembre de 2011. Consulta: 28 de octubre de 2016.

http://www.abc.es/20110929/cultura-musica/abci-dylan-copia-plagio-201109291857.html.

DIARIO EL MUNDO: «¿Plagió Dylan sus pinturas?» [*en línea*]. En: DIARIO EL MUNDO: Portal de Noticias El Mundo (WEB). Madrid, Unidad Editorial Información General S.L.U., 29 de septiembre de 2011. Consulta: 28 de octubre de 2016.

http://www.elmundo.es/elmundo/2011/09/29/cultura/1317283681.html.

Fernández Funes, Francisco: «Este caballo pinta mejor que tú» [*online*]. En: CNN en Español: Portal (WEB). New York, 12 de abril de 2013. Consulta: 19 de septiembre de 2016.

http://cnnespanol.cnn.com/2013/04/12/este-caballo-pinta-mucho-mejor-que-tu/.

ORGANIZACIÓN AUTÓNOMA SIN FINES DE LUCRO «TV-NOVOSTI»: «Hugo Chávez presenta la versión en 3D del rostro de Simón Bolívar» [*en línea*]. En: ORGANIZACIÓN AUTÓNOMA SIN FINES DE LUCRO «TV-NOVOSTI»: RT en Español (WEB). Moscú: Tv Novosti, 25 de julio de 2012. Consulta: 24 de octubre de 2016.

https://actualidad.rt.com/actualidad/view/49929-Hugo-Chavez-presenta-versi%C3%B3n-en-3D-del-rostro-de-Sim%C3%B3n-Bol%C3%ADvar.

Viana, Israel: «Van Meegeren: "¡He probado al mundo que un plagio puede ser tan bello como el original!"» [*en línea*]. En: DIARIO ABC: Portal de Noticias *ABC.es* (WEB). Madrid, Diario ABC, S.L., 18 de octubre de 2013. Consulta: 29 de octubre de 2016.

http://www.abc.es/20110615/archivo/abci-meegeren-falsificador-goering-vermeer-201106131626.html.

7.4. Películas

COLUMBIA PICTURES: «*Bicentennial Man*» [*videograbación*]. California: Columbia Pictures, 1999.

ORIGIN PICTURES y BBC FILMS: «*Woman in Gold*» [*videograbación*]. Londres: Origin Pictures-BBC Films, 2015.

UNIVERSAL PICTURES: «*Flash of Genius*» [*videograbación*]. California: Universal Pictures, 2008.

7.5. Pinturas y otras obras plásticas

Alex Spillane, «*Dragon*». 2006. Lápiz sobre papel. Sin datos sobre las dimensiones. Ubicación: en posesión del autor.

Annibale Carraci, «*Il Mangiafagioli*». Entre 1580-1590. Óleo sobre lienzo, 57 x 68 cm. Ubicación: Galería Colonna. Roma (Italia).

Bernardo Bitti, «*Coronación de la virgen*». 1598. Óleo sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: Iglesia de San Pedro. Lima (Perú).

Carlos Tovar, «*Carlincatura del 27 de julio de 2012*». Diario La República, 27 de julio de 2012.

Christian Seebauer, «*Machu Picchu en verde pintura al óleo*». 2010. Óleo sobre lienzo. 70 x 50 cm. Ubicación: en posesión del autor (en venta).

Diego Quispe Tito, «*Juicio Final*». 1675. Lienzo, 5.82 m. x 2.80 m. Ubicación: Convento de San Francisco del Cusco. Cusco (Perú).

– «*Retorno de Egipto*». Hacia 1680. Óleo sobre lienzo, 85.5 cm x 109.5 cm. Ubicación: Museo Nacional de Arqueología, Antropología e Historia del Perú. Lima (Perú).

Diego Rodríguez de Silva y Velásquez, «*La Coronación de la Virgen*». 1635-1636. Óleo sobre lienzo, 178,5 x 134,5 cm. Ubicación: Museo Del Prado. Madrid (España).

Diego Velásquez, «*Las Meninas*». 1656. Óleo sobre lienzo, 318 x 276 cm. Ubicación: Museo del Prado. Madrid (España)

Edvard Munch, «*Inger på stranden, Sommernatt*». 1889. Óleo sobre lienzo. 126,5 x 162 cm. Ubicación: Museo de Arte KODE. Bergen (Noruega).

El Greco, «*Retorno de Egipto*». Hacia 1570. Óleo sobre tabla de madera de pino, 15,9 x 21,6 cm. Ubicación: Museo del Prado. Madrid (España).

Eugène Delacroix, «*Le 28 Juillet: La Liberté guidant le peuple*». 1830. Óleo sobre lienzo. 260cm × 325cm. Ubicación: Museo de Louvre. Paris (Francia).

Fernando Botero, «*La Muerte de Pablo Escobar*». 1999. Óleo sobre tela. 58 x 38 cm. Ubicación: Museo de Antioquia. Medellin (Colombia).

Francisco de Zurbarán, «*Retorno a Egipto*». 1598-1664. Óleo sobre lienzo, 192,1 x 247,9 cm. Ubicación: Museo de Arte de Seattle. Washington (EE.UU.)

Francisco Pacheco, «*El Juicio Final*». 1614. Óleo sobre lienzo, 3,38 m. x 2,35 m. Ubicación: Museo Goya. Castres (Francia).

Gustav Klimt, «*Adele Bloch-Bauer I*». 1907. Óleo, plata y oro sobre lienzo. 140 x 140 cm. Ubicación: Galería Neue Museo para arte alemán y austriaco. New York (EE.UU.).

ING & Microsoft, «*The Next Rembrandt*». 2016. Impresión en tres dimensiones (3D). 70 x 55 cm. Ubicación: colección privada de los realizadores. Ámsterdam (Países Bajos).

Jacques-Louis David, «*Le premier consul franchissant les alpes au col du grand-saint-bernard*». 1801. Óleo sobre lienzo, 260 x 221 cm. Ubicación: Palacio de Malmaison. Rueil-Malmaison (Francia).

Jan Vermeer, «*Briefleserin am offenen Fenster*». 1657. Óleo sobre lienzo, 83 x 64,5 cm. Ubicación: Galería de Pinturas de los Maestros Antiguos del Palacio Zwinger. Dresde (Alemania).

Jean-François Millet, «*Le semeur*». 1850. Óleo sobre lienzo. 101.6 x 82.6 cm. Ubicación: Museo de Finas Artes de Boston. Boston (EE.UU.).

Jørn Utzon, «*West Elevation of National Opera House-Sydney Australia*». Planos originales en Archivo Gubernamental de Nueva Gales del Sur. Nueva Gales del Sur (Australia).

Jose Manuel Cusipaucar Vilca, «*Machupicchu*». 2009. Acrílico sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: colección privada.

José Moreno, «*La Huida a Egipto*». Hacia 1670. Óleo sobre lienzo, 209 x 250 cm. Ubicación: Museo del Prado. Madrid (España).

Leonardo Da Vinci, «*La Gioconda*». Entre 1503-1519. Óleo sobre tabla de álamo. 77 x 53 cm. Ubicación: Museo de Louvre. Paris (Francia).

Luis Tristán, «*La Última Cena*». Hacia 1620. Óleo sobre lienzo. 107 x 164 cm. Ubicación: Museo Del Prado. Madrid (España).

Marcos Zapata, «*La Última Cena*». 1748-1764. Óleo sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: Catedral del Cusco. Cusco (Perú).

Mark Bass, «*The Beaneter*» (remake). 2011. Fotografía.

Metro (horse), «*Black Sands*». 2014. Acrílico sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: colección privada del vendedor. Gettysburg (EE.UU.)

Metro (horse), «*Homer's Garden*». 2014. Acrílico sobre lienzo. Sin datos sobre dimensiones. Ubicación: colección privada del vendedor. Gettysburg (EE.UU.)

Miguel Ángel, «*Estudio para la creación de Adán*». 1475-1564. Bocetos del autor. Lá-

piz en papel. S/D. Reproducción de original. Fragmento del fresco «*la creación de Adán*» ubicado en el techo de la Capilla Sixtina (Vaticano).

Miguel Ángel, «*Il David*». Escultura en Mármol Blanco. 5,17 m. de altura. Ubicación: *Galleria dell'Academia*. Florencia (Italia).

Joaquín Miró y Josep Royo, «Tapiz La Caixa». 1980. Tapiz. 200 × 500 cm. Ubicación: Sede central de Caixa d'estalvis i Pensions de Barcelona. Barcelona (España).

Nan Goldin, «*Christmas at the Other Side, Boston*». 1972. Fotografía en gelatina de plata. 32.1 x 48.5 cm. Ubicación: Galería Nacional de Arte de los Estados Unidos. Washington (EE.UU.)

Nora López, «*First Barcelona Bacchanal*». 2013. Vino Penedés D.O. en lienzo. 60 x 80 cm. Ubicación: colección privada del autor.

– «*Second Barcelona Bacchanal*». 2013. Vino Malbec en lienzo. 60 x 120 cm. Ubicación: colección privada del autor.

Pablo Picasso, «*Guernica*». 1937. Óleo sobre lienzo. 349,3 x 776,6 cm. Ubicación: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Madrid (España).

Rubén de Luis, «*Plaza Mayor*». 2015. Acuarela en cartulina. 55×46 cm. Ubicación: colección privada.

Tatsuo Horiuchi, «*Cherry Blossoms at Jogo Castle*». 2006. Figuras en Microsoft Excel. Una hoja de cálculo.

Vicent Van Gogh, «*De zaaier*». 1881. Lápiz, tinta y acuarela en papel. 48.1 x 36.7 cm. Ubicación: Museo Van Gogh. Ámsterdam (Países Bajos).

Wanda Martin, «*Girl reading a letter by an open window*» (remake). 2011. Fotografía.

William Blake, «*The Great Red Dragon and the Woman Clothed with the Sun*». Entre 1803-1805. Acuarela. Sin datos sobre el soporte. 54,6 x 43,2 cm. Ubicación: Museo de Brooklyn. Nueva York (EE.UU.).

A proteção internacional de bens culturais em conflitos armados: limites e extensões*

ALICE LOPES FABRIS

Doutoranda em Direito na Ecole Normale Supérieure à Cachan/Paris-Saclay, ligada ao Institut du Sciences sociales du Politique - Isp, bolsista da Capes - Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

SUMARIO: ABREVIATURAS. 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE HISTÓRIA DA PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITOS ARMADOS. 2.1. *O surgimento da noção de proteção do patrimônio histórico e cultural.* 2.2. *A proteção de bens culturais pelos instrumentos internacionais.* 2.3. *A necessidade de um tratado para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados.* 2.4. *A Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado e seus protocolos.* 3. O OBJETO DA PROTEÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO. 3.1. *Bem Cultural ou Patrimônio Histórico e Cultural?.* 3.1.1. Análise dos conceitos nos ordenamentos internos. 3.2. *Análise dos trabalhos preparatórios à Convenção.* 3.3. *Os bens protegidos pela Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado.* 4. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO. 4.1. *A aplicação da Convenção durante conflitos armados internacionais.* 4.2. *A aplicação da Convenção durante uma ocupação.* 4.3. *A aplicação da Convenção durante conflitos armados não-internacionais.* 5. OS LIMITES DA PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS NA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO. 5.1. *O conceito de necessidade militar.* 5.1.1. A Convenção de Haia de 1954 e seus protocolos. 5.1.2. Os conceitos aplicados no Tribunais Penais Internacionais. 6. O CASO DO CHIPRE. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. ANEXO 1: MAPA DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO E SEUS PROTOCOLOS.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Monografia apresentada em 2015 como trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela UFMG. Agradeço a orientação do Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba na elaboração deste trabalho.

ABREVIATURAS

AGNU	Assembleia Geral das Nações Unidas
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CEUA	Corte dos Estados Unidos da América
CICV	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CSNU	Conselho de Segurança das Nações Unidas
IPHAN	Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
ONU	Organização das Nações Unidas
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

1. INTRODUÇÃO

Em 2014, a Convenção de Haia de 1954 para a proteção de patrimônio cultural em conflito armado fez 60 anos. Assinada por 126 países a presente data[1], ela

1. Albânia (1960), África do Sul (2003), Alemanha (1967), Angola (2012), Antiga República Iugoslava da Macedônia (1997), Arábia Saudita (1971), Argentina (1989), Armênia (1993), Austrália (1984), Áustria (1964), Azerbaijão (1993), Bahrein (2008), Bangladesh (2006), Barbados (2002), Bélgica (1960), Benin (2012), Bielorrússia (1957), Bolívia (2004), Bósnia e Herzegovina (1993), Botswana (2002), Brasil (1958), Bulgária (1956), Burkina Faso (1969), Camarões (1961), Camboja (1962), Canadá (1998), Catar (1973), Cazaquistão (1997), Chade (2008), Chile (2008), China (2000), Chipre (1964), Colômbia (1998), Costa do Marfim (1980), Costa Rica (1998), Croácia (1992), Cuba (1957), Dinamarca (2003), Egito (1955), El Salvador (2001), Equador (1956), Eritrea (2004), Eslováquia (1993), Eslovênia (1992), Espanha (1960), Estados Unidos da América (2009), Estônia (1995), Federação Russa (1957), Finlândia (1994), França (1957), Gabão (1961), Gana 1960), Geórgia (1992), Grécia (1981), Guatemala (1985), Guiana Equatorial (2003), Guiana (1960), Holanda (1958), Honduras (2002), Hungria (1956), Iêmen (1970), Índia (1958), Indonésia (1967), Iraque (1967), Israel (1957), Itália (1958), Japão (2007), Jordânia (1957), Kuwait (1969), Letônia (2003), Líbano (1960), Líbia (1957), Liechtenstein (1960), Lituânia (1998), Luxemburgo (1961), Madagascar (1961), Malásia (1960), Mali (1961), Marrocos (1968), México (1956), Mônaco (1957), Mongólia (1964), Montenegro (2007), Myanmar (1956), Nicarágua (1959), Níger (1976), Nigéria (1961), Noruega (1961), Nova Zelândia (2008), Omã (1977), Palestina (2012), Panamá (1962), Paquistão (1959), Paraguai (2004), Peru (1989), Polônia (1956), Portugal (2000), Quirguistão (1995), República Árabe da Síria (1958), República Checa (1993), República da Maurícia (2006), República da Moldova (1999), República Democrática do Congo (1961), República Dominicana (1960), República Islâmica do Irã (1959), Romênia (1958), Ruanda (2000), São Marino (1956), Seicheles (2003), Senegal (1987), Servia (2001), Siri Lanka (2004), Sudão (1970), Suécia (1985), Suíça (1962), Tailândia (1958), Tajiquistão (1958), Tanzânia (1971), Tunísia (1981), Turquia (1965), Ucrânia (1957),

ainda constitui o instrumento mais importante na matéria[2].

A preocupação com a proteção de locais sagrados ou aqueles que representem a cultura de um povo é presente desde a Antiguidade. Na Índia Antiga, «lugares religiosos, casas de pessoas que não estavam participando da guerra ou a propriedade que não estavam sob o domínio das forças armadas não poderiam ser atacadas ou destruídas, de acordo com o costume reconhecido e os textos espirituais»[3]. O Alcorão também proíbe confrontos em locais sagrados[4]. O historiador grego Polybus expressou sua preocupação com a destruição de patrimônio cultural durante as guerras gregas do século II a.C[5]. Santo Agostinho, por sua vez, no contexto das Cruzadas, época na qual grandes monumentos foram destruídos[6], notamos a «Paz e Trégua de Deus», na qual locais sagrados e seus arredores estavam protegidos da guerra[7]. O Imperador Federico I promulgou em 1158 um ato que proibia o ato de pilhagem[8]. O Imperador japonês Godaigo, em 1339, proibiu seu exército de incendiar altares e templos[9].

Uruguai (1999), Uzbequistão (1996), Vaticano (1958), Venezuela (2005) e Zimbábue (1998). Dados retirados do site oficial da UNESCO, no dia 16 de agosto de 2014, às 17h43. Ver anexo I, para Mapa dos países signatários da Convenção e de seus Protocolos.

2. Coissard, Pascale: *La protection du patrimoine culturel en cas de conflit armé: enjeux et limites du cadre international*, Lyon, Université de Lyon, 2007; Scovazzi, Tullio: «La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux» *in* Nafziger, James e Scovazzi, Tullio: *The Cultural Heritage of Mankind*. Haia, The Hague Academy of International Law: Brill Online, 2014, p. 21; Nahlik, S-E. «Protection des biens cultures» *in* UNESCO: *Les dimensions internationales du droit humanitaire,* Paris, Ed. Institut Henry Dunant, 1986, p. 237-245.
3. Penna, L. R. «Written and Customary Provisions Relating to the Conduct of Hostilities and Treatment of Victims of Armed Conflicts in Ancient India», *International Review of the Red Cross,* n. 271, Genebra,1989, pp. 333-47, p. 339.
4. Quranic Arabic Corpus. Disponível em: *http://corpus.quran.com/translation.jsp?chapter=2&verse=191*
   Capítulo 2, versículo 191: «And slay them wherever ye find them, and drive them out of the places whence they drove you out, for persecution is worse than slaughter. And fight not with them at the Inviolable Place of Worship until they first attack you there, but if they attack you (there) then slay them. Such is the reward of disbelievers».
5. «La cité ne doit pas devoir as beauté à des ornements apportés de dehors, mais à la vertu de ses habitants (...) Je souhaite que les conquérants à venir apprennent à ne pas dépouiller lês villes qu'ils soumettent et à ne pas faire des malheurs des autres peuples l'ornement de leur patrie». Ou encore, «les lois et le droit de la guerre contraignent à détériorer et détruire les forteresses, les forts, les villes, les hommes, les navires, les ressources et toutes autres choses semblables appartenant à l'ennemi pour affaiblir ses forces, tout en accroissant les siennes. Mais si on peut en tirer aucun avantage [...] personne ne peut nier que s'abandonner à la destruction inutile de temples, statues et autres choses sacrées est une action de fou» *apud* Ishwara Bhat, P: «Protection Of Cultural Property Under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends», *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, vol. 1, New Delhi, 2001.
6. Ibid.
7. Verri, P: «The Condition of Cultural Property in Armed Conflicts: From Antiquity to World War II», *International Review of the Red Cross*, Genebra, n. 245, 1985, pp. 67-78, «propter praedam militare peccatum est».
8. Ibid., 78.
9. Toman, Jiri. *La protection des biens culturels em cas de conflit armé,* Paris, Ed. UNESCO, 1994.

A proteção desses bens é de extrema importância, pois, como o salientado pela *Organização das Nações Unidas a educação, a ciência e a cultura,* UNESCO, «o patrimônio cultural reflete a vida de uma comunidade, sua história e sua identidade. Sua preservação ajuda a reconstruir comunidades devastadas, restabelecer sua identidade e a conexão do seu passado com o seu presente e futuro»[10]. Muitas vezes, observa-se que os conflitos armados possuem um objetivo maior do que a simples conquista militar, visa à desestabilização da sociedade do inimigo, assim, encontramos como «tática de guerra» o ataque a cultura desse país[11]. Assim, o patrimônio cultural e histórico presente nestes países, reiteradamente, torna-se alvo, por ser a personificação de um sentimento de identidade e memória social do povo daquele país. Observamos esta tática principalmente no conflito ocorrido no Kosovo[12].

O juiz da Corte Internacional de Justiça Dr. Christopher Weeramantry, em sua opinião dissidente na *Opinião Consultiva sobre legalidade do uso ou ameaça de armas nucleares*, reconheceu a importância do respeito aos «tesouros culturais» que representam o progresso da civilização através dos séculos[13]. O juiz ainda argumentou que monumentos históricos, artefatos de arte ou locais de importância religiosa que constituem o patrimônio cultural e espiritual dos povos não devem ser objeto de ato de hostilidade[14].

Todavia, vemos, ainda hoje, vários bens culturais sendo destruídos durante os diversos conflitos, particularmente nos conflitos na Líbia, Mali e Síria[15]. Nesse sentido, a UNESCO afirmou que esses conflitos colocaram em evidência as diversas ameaças que pairam sobre patrimônio cultural desses povos, citando os ataques deliberados a esses, a destruição devido ao dano colateral, a ganância dos colecionadores, devido ao alto tráfico de artefatos que tem como destino o mer-

10. UNESCO: *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict,* Disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/*.
11. Verri, op. cit..
12. Serbenco, E: «The Protection of Cultural Property and Pos-conflict Kosovo» *Revue québécquoise de droit international,* Montreal, Vol 18, n. 2, 2005.
13. CIJ: Opinião Consultiva sobre legalidade do uso ou ameaça de armas nucleares. Opinião dissidente do Juiz Weeramantry. 8 de julho de 1996, p. 466.
14. Ibid.
15. Para maiores informações sobre:
destruição no conflito da Líbia: UNESCO: *Emergency actions in the Lybia,* disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/emergency-actions/libya/*;
destruição no conflito do Mali: UNESCO: *Emergency actions in the Mali,* disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/emergency-actions/mali/*;
destruição no conflito da Síria: UNESCO: *Emergency actions in the Syrian Arab Republic*, disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/emergency-actions/syrian-arab-republic/*.

cado negro e, finalmente, o vandalismo com o intuito de apagar as conquistas das culturas e povos passados[16].

Esta preocupação encontra-se inclusive na pauta do Conselho de Segurança das Nações Unidas[17]. Portanto, existe uma necessidade de uma análise do direito que protege o patrimônio cultural, de forma a melhor aplicá-lo.

Este trabalho tem como objetivo estudar a proteção aos bens culturais dada pela Convenção, a extensão e o limite de sua aplicação. Para tanto, primeiramente faremos uma breve análise histórica sobre a origem da proteção do patrimônio até a adoção da Convenção, especificando as principais alterações presentes.

Em seguida, estudaremos a extensão da aplicação da Convenção, sobre quais objetos ela se aplica e em quais conflitos. Posteriormente, passaremos para a análise dos limites da proteção dada aos bens culturais nas situações descritas, isto é, analisaremos o conceito de necessidade militar. Por fim, faremos uma breve análise do caso da situação do Chipre do Norte. Escolhemos este caso, uma vez que possui um maior número de dados para a realização de um estudo mais aprofundado.

2. BREVE HISTÓRIA DA PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITOS ARMADOS

O Direito Humanitário Internacional tem como objetivo a regulação dos limites do uso da força utilizados durante os conflitos armados, sejam eles de caráter internacional ou interno[18]. Um dos limites impostos é o respeito e a proteção do patrimônio cultural. No entanto, apesar da vedação de «sofrimento desnecessário» ser desenvolvida ao longo dos séculos[19], a proteção de bens culturais[20] vem tardiamente.

Nos confrontos na Roma Antiga e na Grécia Antiga, tínhamos como objetivo da guerra a completa aniquilação do inimigo e a política de captação dos tesouros do vencido pelo vencedor[21]. Aberico Gentili, em seu livro Direito da Guerra, declara que «é ilícito também despojar os vencidos do seu ornamento»[22].

16. UNESCO: *UNESCO strengthens action to safeguard cultural heritage under attack,* disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/unesco_strengthens_action_to_safeguard_cultural_heritage_under_attack/.*
17. CSNU, Resolução 2100 sobre a situação no Mali. UN Doc.: S/RES/2100; CSNU, Resolução 2139 sobre a situação na Síria. UN Doc.: S/RES/2139.
18. Verri, op. cit.
19. Ibid.
20. Apesar dos conceitos de bens culturais e patrimônio cultural não serem sinônimos, utilizaremos ambos neste tra-balho para indicar bens materiais que possuem grande importância para os povos.
21. Ibid.
22. Gentili, A: *Direito da Guerra.* 2.ª Ed. Ijuí, Ed. Unijuí, 2006, p. 625.

Nesse sentido podemos citar Xenofonte, que em seu texto *Cyropaedia: Education of Cyrus,* afirma que «é uma máxima eterna entre todos os homens que, quando se toma uma cidade dos inimigos, seus bens e tesouros caiam em poder dos vencidos»[23]. Platão em *De Lugibus* expressa no mesmo sentido: «os bens que o vencido possui se tornam em sua totalidade propriedades do vencedor»[24]. Aristóteles desenvolve: «é uma lei e como um acordo comum entre os homens que as coisas tomadas na guerra sejam propriedades daqueles que as tomam»[25]. E esta era a prática.

O Imperador mongol também era famoso pelos seus atos de pilhagem[26]. Outros famosos exemplos são percebidos na guerra dos 100 anos pela pilhagem de Carlos VIII em St. Aubin-du-Cormier e Luis XII na ocupação de Milão[27].

Todavia, tendo em vista que a propriedade dos bens do inimigo era dos vencedores, a devastação era condenada, por ser considerada ilógica[28].

Outro período importante foram as guerras napoleônicas nas quais houve a utilização de bens culturais como «*spoils of war*». Esse tipo de ato foi recorrente nos séculos XVII e XVIII[29]. Nesta época, a preocupação que inclusive levou ao recolhimento dos bens culturais do seu país de origem era «preservar monumentos e feitos que evidenciassem o poder de cada cultura, face às demais, mostrando raízes históricas próprias, que definissem diferenças entre as culturas nacionais e garantissem a legitimação do Estado-Nação perante outras unidades do mesmo gênero»[30].

Principalmente com as Guerras Napoleônicas foi evidenciada a necessidade imperativa de uma proteção efetiva do patrimônio cultural das nações vencidas, que depois de dois séculos, será levantada nas Conferencias de Haia de 1889 e 1907[31].

23. «And let not one of you think that in having these things he has what does not belong to him; for it is a law established for all time among all men that when a city is taken in war, the persons and the property of the inhabitants thereof belong to the captors. It will, therefore, be no injustice for you to keep what you have, but if you let them keep anything, it will be only out of generosity that you do not take it away». in Xenophon: *Cyropaedia: Education of Cyrus,* Trad. Walter Miller, disponível em: *http://www.heritageinstitute.com/zoroastrianism/reference/xenophon/cyropaedia/cyropaedia7.htm.*
24. Platão: *De Lugibus, apud* Gentili, op. cit.
25. Gentille, op. cit.
26. Verri, op. cit.; Ishwara Bhat, op. cit.
27. Ibid.
28. Grotius, Hugo: *O Direito da Guerra e da Paz*. 2.ª Ed. Ijuí, Ed. Unijuí, 2005, p. 1270.
29. Fiedler, W. «Safeguarding of cultural property during occupation-modifications of the hague convention of 1907 by World War II?» *in* Briar, M.; Freeberg, J. A. (eds.): *Legal Aspects of International Trade in Art, International Sales of Works of Art*, Vol. V. Haia, Kluwer Law International, 1996, pp. 175-183.
30. Menezes, Clarice Cristine Ferreira, «Cooperação internacional e patrimônio mundial» *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, Volume 2, Número 3, 2010, p. 05.
31. Ibid.

Neste capítulo estudaremos o surgimento do interesse da Comunidade Internacional para a proteção desses bens que culminaria mais tarde na criação da Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado.

2.1. O SURGIMENTO DA NOÇÃO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL

Com o final do *Ancien Régime*, iniciou-se uma discussão sobre a proteção de um bem que possuía certo valor histórico e cultural para um país, no que tange o âmbito jurídico ocidental[32]. Durante a Revolução Francesa, os revolucionários pediram a destruição de todos os símbolos de uma sociedade rejeitada, a antiga monarquia, dentre eles castelos, igrejas e abadias[33], o que culminou na autorização pela Assembléia, em setembro de 1792, para a realização de tais atos[34]. Um mês mais tarde, outro decreto foi votado assegurando a conservação de importantes obras de artes ameaçadas pela *tourmente* revolucionária[35]. Nesse contexto, foi criada pela Assembléia Constituinte a Comissão de Monumentos, encarregada de elaborar as primeiras instruções do inventário e conservação de obras de arte[36].

Conjuntamente com o a demanda de destruição dos bens, nasceu, esta época, uma preocupação com a integridade dos mesmos, com o intuito de preservar «seus monumentos históricos, símbolos de grandeza e de raízes que os diferenciasse dos demais»[37]. Nesse sentido, uma Comissão dos Monumentos foi instaurada e proíbe a demolição de importantes monumentos e o transporte de alguns artefatos para o museu mais próximo, com o intuito de melhor protegê-los[38]. Em 1794, substituí-se a Comissão dos Monumentos pela Comissão temporária das Artes, que adota uma instrução sobre a maneira de conservar os objetos que possam servir às artes, às ciências e à educação[39].

No entanto, a primeira lei que protege estes bens, na França, surge somente em 1887, e dispõe que imóveis cuja conservação pode constituir em um interesse nacional, do ponto de vista da arte ou da história, devem ser protegidos, mas não tira a posse dos mesmos de seus proprietários, todavia se instaura um regime de

32. Wegner, C., Otter, M.: *Cultural Property at War: Protecting Heritage during Armed Conflict,* Los Angeles, The Getty Conservation Institute Newsletter, v. 23, n. 1, 2008.
33. Férat, F. «Au service d'une politique nationale du patrimoine: le rôle incontournable du Centre des monuments nationaux», *Rapport d'information du Sénat Français,* Paris.
34. Ibid, p. 99.
35. Ibid.
36. Wegner, C., Otter, M., op. cit.
37. Menezes, op. cit., p. 04.
38. Ibid.
39. Ibid.

direito e deveres para esses[40]. Este tipo de ordenamento é utilizado até hoje para a proteção desses bens no âmbito interno, inclusive no direito brasileiro.

Percebemos, também, que a preocupação com a preservação de artefatos e monumentos que personificam a memória e identidade de um povo não é estranha ao direito internacional. A destruição de patrimônio cultural sempre esteve dentre as preocupações dos intelectuais e pensadores das épocas mais remotas, ao analisar a utilização desses atos como método de guerra, o que vem sido praticado desde a Roma Antiga[41].

Podemos citar, sobre esse tema, o jurista suíço Emmerich de Vattel, que, em seu livro Direito das Gentes, salientou que certos objetos devem ser preservados quando de sua destruição nada se ganha:

> Qualquer que seja o motivo invocado para destruir um país, deve-se poupar os edifícios que honram a humanidade e que não contribuem para tomar o inimigo mais poderoso: templos, túmulos, edifícios públicos, todas as obras respeitáveis por sua beleza. O que se ganha em destruí-los? É declarar-se inimigo do gênero humano; é privá-lo, com propósito deliberado, desses monumentos de arte, desses modelos de requinte, como Belisário mostrava a Tótila, rei dos godos. Ainda hoje abominamos esses bárbaros que destruíram tantas maravilhas quando invadiram o império romano. Embora o grande Gustavo estivesse, com razão, ressentido contra Maximiliano, duque da Baviera, ele rejeitou com indignação o conselho daqueles que desejavam destruir o magnífico palácio de Munique, e tomou o cuidado de preservar esse edifício[42].

Para o pensador, a mesma regra se aplicava em caso de bombardeio. Nesses certos edifícios deveriam ser protegidos e resguardados de danos colaterais, na medida do possível[43]. Hugo Grotius não discorre sobre o assunto com profundidade, somente especificando que a captura da propriedade do inimigo deve ser feita com moderação[44].

A codificação desta preocupação em instrumentos jurídicos, no entanto, leva tempo.

2.2. A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS PELOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

No que tange a criação de um direito positivo para a proteção dos bens culturais devemos analisar a evolução do direito humanitário e seus dispositivos. Podemos observar que a proteção de certos bens com valores artísticos, cultu-

40. Brichet, R. *Le Régime des monuments historiques em France,* Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1952, p. 11.
41. Bugnion, F. «Génises de la protección jurídica de los bienes culturales en caso de conflicto armado» *Revista International de la Cruz Roja*, Edição especial: seleção de artigos de 2004, Genebra, p. 85-95, 2005, p. 86.
42. Vattel, E. *O Direito das gentes,* Brasília, Ed. da Universidade de Brasília, 2004, p. 510.
43. Ibid.
44. Grotius, op. cit.

rais e científicos contra ataques em situações de conflito armado encontra-se dentre os dispositivos de *jus in bello* desde o *Lieber Code* de 1863, que, em seu artigo 35, dispõe a proteção de objetos de arte, livrarias, coleções científicas e instrumentos específicos[45]. O Código também autorizava a retirada dos bens para a sua proteção, sendo o seu retorno ao local de origem condicionado aos termos do Tratado de Paz[46]. Devemos salientar que tal proteção está limitada a necessidade militar, na medida em que se fala de proteção contra danos inevitáveis[47].

No entanto, é no segundo instrumento de direito humanitário a tratar do tema, a Declaração de Bruxelas de 1874, que a obrigação foi melhor desenvolvida. Nela adiciona-se que essa proteção não se estende caso o bem esteja sendo utilizado como objeto militar[48], isto é, quando a sua função é desvirtuada e o bem é utilizado para propósitos militares[49]. Esta proteção desses bens

45. «Article 35: Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded».
Lieber Code. Instructions for the government of armies of the United States in the field.

46. «Article 36: If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace. In no case shall they be sold or given away, if captured by the armies of the United States, nor shall they ever be privately appropriated, or wantonly destroyed or injured».
«Article 37: The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them, religion and morality; strictly private property; the persons of the inhabitants, especially those of women: and the sacredness of domestic relations. Offenses to the contrary shall be rigorously punished. This rule does not interfere with the right of the victorious invader to tax the people or their property, to levy forced loans, to billet soldiers, or to appropriate property, especially houses, lands, boats or ships, and churches, for temporary and military uses».
Ibid.

47. Ibid.

48. «Article 17: In such cases [of bombardment of a defended town or fortress, agglomeration of dwellings, or village] all necessary steps must be taken to spare, as far as possible, buildings dedicated to art, science, or charitable purposes, hospitals... provided they are not being used at the time for military purposes. It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings by distinctive and visible signs to be communicated to the enemy beforehand».
Artigo 17 da Declaração de Bruxelas de 1874.

49. Henckaerts, J-M. «Um estudo sobre o direito humanitário consuetudinário: uma contribuição para a compreensão e respeito do direito dos conflitos armados». *International Review of Red Cross*, Lisboa, v. 87, n. 857, p. 17. In verbus: «No que diz respeito aos bens, os objectivos (sic) militares limitam-se àqueles bens que pela sua natureza, localização, finalidade ou utilização contribuam eficazmente para a acção (sic) militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, dependendo das circunstancias do caso uma vantagem militar precisa».

também está contida no Manual de Oxford[50] e que é transportada para as Regulações de Haia[51].

Essas provisões, porém, não foram suficientes para a proteção de bens culturais na Primeira Guerra Mundial, na qual grandes monumentos, como *Les Halles aux draps (Ypres)*, centro comercial medieval e a Catedral de St. Martins, ambos localizados na Bélgica, foram destruídos durante os conflitos.

Diante de tal destruição, a Comunidade Internacional tentou a criar instrumentos jurídicos que protegessem especificamente o patrimônio histórico e cultural da humanidade, diante da ineficácia dos existentes[52].

Em 1935, temos o Tratado para a proteção, em tempos de guerra, de Monumentos Históricos, Museus e Instituições de Arte e Ciência, o Pacto de Roerich, assinado pela União Pan-Americana, que mais tarde se tornaria a Organização dos Estados Americanos. Em seu artigo 1.º, o Tratado considera os monumentos históricos, museus, instituições culturais, científicas, artísticas e educacionais como neutros e, assim, devem ser respeitados e protegidos pelos beligerantes[53].

Tal proteção se estende para os trabalhadores de tais instituições[54]. Em seu artigo 5.º, o Tratado suspende a proteção caso essas instituições forem utilizadas para propósitos militares[55]. O dever de assinalar as instituições suscetíveis a proteção também está presente neste pacto[56].

No entanto, não foi possível a criação de uma Convenção específica anterior a Segunda Guerra Mundial e devido às atrocidades observadas no conflito iniciou-se a discussão para a criação da Convenção de Haia[57].

As Convenções de Genebra, elaboradas no contexto pós-segunda guerra mundial, não possuem uma disposição específica para a proteção de bens e sítios com um valor artístico, cultural, científico, religioso e arqueológico. Isto se deve a natureza do direito preservado por essas Convenções. Nesse sentido, observamos que na Quarta

50. «Article 34: In case of bombardment all necessary steps must be taken to spare, if it can be done, buildings dedicated to religion, art, science and charitable purposes... on the condition that they are not being utilized at the time, directly or indirectly, for defense. It is the duty of the besieged to indicate the presence of such buildings by visible signs notified to the assailant beforehand».
Artigo 34 do Manual de Oxford de 1880.
51. Artigo 27 da Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Haia, 1899; Artigo 27 da Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Haia, 18 Oct 1907.
52. Nahlik, S-E, op. cit.
53. Artigo 1 do Tratado para a proteção, em tempos de guerra, de Monumentos Históricos, Museus e Instituições de Arte e Ciência de 1935, Instituto Roerich, Washington.
54. Ibid.
55. Ibid., artigo 5.º.
56. Ibid., artigo 3.º.
57. Wegener, C., Otter, M., op. cit.

Convenção de Genebra, que tem por intuito proteger os civis[58], e dispõe no artigo 53, uma proibição geral de destruição de bens de civis[59], o que inclui bens culturais.

No entanto, o Projeto de Stockholm era claro na intenção que esta proteção só se estendesse para objetos necessários a sobrevivência dos civis[60]. Segundo os comentários da Cruz Vermelha sobre a Quarta Convenção de Genebra:

> A proteção cobre a destruição de toda propriedade (real ou pessoal), seja propriedade privada (individual ou coletiva), propriedade do Estado ou de organizações cooperativas. A extensão da proteção as propriedade do Estado e objetos pertencidos à coletividade, reforça a regra contida na Regulação de Haia, artigos 46 e 56, segundo os quais propriedade privada e a propriedade de municípios e de instituições dedicadas a religião caridade, educação artes e ciência devem ser respeitadas. (...) A proibição de destruição do presente artigo deve ser comparada com a proibição de pilhagem e represálias do Artigo 33 [da mesma Convenção][61]. (Tradução nossa)

Porém, devemos distinguir estes dois atos, a destruição de bens culturais do ato de pilhagem. O crime de pilhagem consiste em na aquisição de uma propriedade, com o intuito de privar o proprietário de seu uso, para fins pessoais ou privados, sem a autorização do dono e o ato deve ser praticado nem um contexto de conflito armado[62]. Assim, vemos que a pilhagem pode constituir na retirada do objeto do seu proprietário ou mesmo na destruição do mesmo e como os bens culturais, podem ser materiais, eles estão sujeitos à pilhagem.

A proibição específica de destruição de bens culturais, porém, só aparece na Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado e nos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra.

2.3. A NECESSIDADE DE UM TRATADO PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITOS ARMADOS

Durante a Segunda Guerra Mundial, testemunhou-se uma das maiores destruições de bens culturais, realizada por todos os beligerantes[63]. Houve, no entanto, preparações anteriores ao conflito feitas pelos museus, como o Louvre que

58. The Geneva Conventions of 12 August 1949. Genebra: Ed. of the International Comittee of the Red Cross, 2010, p. 29-30.
59. «Artigo 53: É proibido à Potência ocupante destruir os bens móveis ou imóveis, pertencendo individual ou coletivamente a pessoas particulares, ao Estado ou a coletividade públicas, a organizações sociais ou cooperativas, a não ser que tais destruições sejam consideradas absolutamente necessárias para as operações militares».
Artigo 53 da Quarta Convenção de Genebra, Genebra, 1949.
60. *Commentaries at article 53 of the fourth geneva Convention,* Genebra, Comitê Internacional da Cruz Vermelha.
61. Ibid.
62. TPI, Elements of Crimes for the ICC, Pillage as a war crime (ICC Statute, Article 8(2)(b)(xvi) and (e)(v)), Haia.
63. Nahlik, op. cit., p. 240; Bugnion, F. op. cit, p. 86; Wegener, C., Otter, M., op. cit.

tinham como objetivo a proteção de bens culturais, como a transferência para locais seguros de alguns importantes bens, além de obras para proteger os prédios de futuros bombardeios[64]. Todavia, cidades inteiras foram destruídas e diversos museus saqueados, além da intensa destruição das obras não consideradas de grande relevância[65].

Os Estados Unidos criaram uma Comissão para a Proteção e Salvaguarda de Monumentos artísticos e históricos em áreas de guerra, que emitiu ordens que continham instruções precisas de salvaguarda de bens culturais, que reflete a doutrina que cada oficial deve respeitar na medida do possível o patrimônio cultural do país no qual o conflito acontece[66]. Ademais, durante a Segunda Guerra Mundial foi emitida a declaração de Londres de 1943, assinada por dezoito países na qual existe a condenação dos atos de pilhagem cometidos em território ocupado e o direito de declarar nulo toda transferência ou tráfico de bens culturais[67].

O Tribunal de Nuremberg lidou, em algumas ocasiões[68], com crimes contra o patrimônio cultural da humanidade, contudo de forma indireta. Os atos cometidos pelos nazistas foram classificados como pilhagem[69], sendo considerados como crimes de guerra[70]. Devemos destacar que nesses julgamentos, os acusados foram indiciados somente com o crime de pilhagem. Todavia, em outros Tribunais Internacionais mais modernos, como o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, esses atos de destruição foram considerados como crimes de guerra e inclusive como crimes contra a humanidade, a partir da noção do crime de perseguição[71]. Podemos explicar essa diferenciação na descrição das ofensas cometidas. Em diversos casos do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, tais atos constituíam uma violação aos valores da comunidade atacada, sendo assim,

64. Wegener, C., Otter, M, op. cit.
65. Ibid.
66. Toman, op. cit., p. 37.
67. Ibid.
68. Nahlik, S-E., op. cit.
69. A Carta de Nuremberg utiliza a expressão «plunder», enquanto os Tribunais Internacionais mais modernos referem como «pillage».
O Dicionário de Cambridge diferencia as expressões como:
plunder: 1. furtar bens de um local violentamente, especialmente durante guerras e 2.furtar ou retirar algo precioso, que não está de acordo com a moral ou o direito, ou de modo que seja mais severo do que o necessário.
«pillage»: furtar algo de uma pessoa ou de uma local utilizando a violência, especialmente em caso de guerra.
70. «Article 6. (b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity».
Avalon Project: Charter of the International Military Tribunal, 1945.
71. TPII, Prosecutor v. Miodrag Jokić, 2004. Case n., IT-01-42/1, §X.

mais que um simples excesso da parte beligerante contra os bens de civis, mas um ataque a própria memória cultural daquele povo[72]. Devemos salientar que para o Tribunal Penal Internacional, este crime considerado somente como crime de guerra[73].

Devido a essas atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a Comunidade Internacional percebeu a necessidade de um instrumento específico para proteger de forma mais enfática o patrimônio histórico e cultural da humanidade. Assim, aproveitando-se do Pacto de Roerich e dos os projetos elaborados em 1939 pelo *International Museums Office*, a UNESCO adotou a Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado[74].

2.4. A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO E SEUS PROTOCOLOS

Após a Segunda Guerra Mundial, a Holanda submeteu à UNESCO um projeto para a elaboração de uma Convenção para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado[75]. A UNESCO, assim, emitiu uma resolução de maneira à realizar uma Conferência para a elaboração de tal Convenção[76].

Na abertura desta Conferência, o representante holandês, ao dar boas-vindas às delegações salientou: «o objetivo idealizado desta Convenção [é] proteger a beleza do passado para, em caso de guerra, poder conservá-la para o [usufruto] nosso e de nossos antecedentes»[77]. A Convenção obriga os Estados, nesse sentido,

72. Ibid.
73. «Artigo 8.º, §2 Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":
b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:
ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares».
ONU: Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1998.
74. Nahlik, S-E, op. cit., p. 240.
75. Schindler, D. Toman, J. *The Laws of Armed Conflicts*, Haia, Martinus Nihjoff Publisher,1988, p. 783-784.
76. A Alemanha, Andorra, Austrália, Bélgica, Bielorrússia, Brasil, China, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Equador, Espanha, Estados Unidos da América, Filipinas, França, Grécia, Holanda, Hungria, Índia, Indonésia, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Iugoslávia, Japão, Líbano, Líbia, Luxemburgo, Mônaco, Nicarágua, Noruega, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Reino Unido, São Marino, Suécia, Suíça, Síria, Checoslováquia, Turquia, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Ucrânia, Uruguai e Vaticano participaram da Conferencia para a elaboração da Convenção de Haia para a proteção de bens culturais em conflito armado. Como países-observadores tivemos a Argentina, Áustria, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Egito e México.
77. UNESCO: *Actes de la Conférence convoquée par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, tenu à la Haye du 21 avril au 14 mai 1954*, Haia, 1954, p. 98.

a «respeitar e salvaguardar» os bens culturais[78], que estão definidos no artigo primeiro da Convenção. Esta proteção deve ser preparada em tempos de paz, por meio de legislações especificas[79] e treinamento militar[80].

No quarto artigo, temos a proteção efetiva a ser dada durante o caso de conflitos armados. Assim, consiste em obrigação inderrogável do Estado o respeito desses bens, isto é, a proteção desse contra roubo, pilhagem, desvio, represália, bombardeio ou qualquer tipo de destruição[81]. No entanto, tal obrigação pode ser derrogada caso «uma necessidade militar exija de uma maneira imperativa»[82].

A proteção desta Convenção se estende em caso de conflito armado internacional, interno e ocupação[83]. Temos, também, uma proteção especial dada a certos bens[84]. Encontra-se sob tal proteção locais especiais designados para abrigar bens culturais[85], os quais devem estar longe dos centros industriais e de todo objetivo militar[86]. Nota-se ainda que existe a vedação de utilizar tais locais como objetivos militares[87]. Dentre os monumentos protegidos por este instituto temos a Cidade do Vaticano e diversos refúgios para bens culturais[88].

No entanto, a proteção não é absoluta. Primeiramente, somente bens registrados na Lista Internacional de Bens sob a Proteção Especial podem gozar de tal imunidade[89], tal como o transporte de alguns bens culturais, desde que a proteção seja

78. Artigo 3 da Convenção e Protocolo para a Proteção de Bens Culturais em caso de conflito armado, Haia, 1954.
79. Ibid.
80. Ibid., art. 8.
81. Ibid., art. 4, §3 e 4.
82. Ibid., art. 4, §1.
83. Ibid., arts. 5, 18 e 19.
84. Ibid., art. 6.
85. Ibid., art. 8.
86. Ibid., art. 8, §1.
87. Ibid.
88. Lista de Refúgios de Bens Culturais sob proteção especial: Refúgio de Bens Culturais Steinberg na Austria, registrado em 1967, registro cancelado em 2000; Refúgio de Bens Culturais Oberried (Zentraler Begurgsort Oberrieder) na Alemanha, registrado em 1978; Refúgio de Bens Culturais Zab, na Commune Zanduoort, Holanda, registrado em 1969; Refúgio de Bens Culturais Zod, na Commune Zanduoort, Holanda, registrado em 1969; Refúgio de Bens Culturais Nef, na Commune of Heemskerk, Holanda, registrado em 1969, registro cancelado em 1994; Refúgio de Bens Culturais Ngh, na Commune of Heemskerk, Holanda, registrado em 1969, registro cancelado em 1994; Refúgio de Bens Culturais Paasto, na Commune of Steenwijker, Holanda, registrado em 1969, registro cancelado em 1994; Refúgio de Bens Culturais St-Piersberg, na Commune of Heemskerk, Holanda, registrado em 1969, registro cancelado em 1994.
UNESCO: *International Register of Cultural Property under Special Protection*. UNESCO Doc. CLT/CIH/MCO/2008/PI/46, 2001.
89. Convenção de Haia, op. cit., art. 8, §6.

demandada pelo Estado[90]. Além disso, esta imunidade também pode ser suspensa em casos de imperativa necessidade militar[91].

No segundo Protocolo à Convenção, adotado em 1999, após os conflitos nos Balcãs, foi criado um segundo tipo de proteção, a «proteção reforçada». Para ser colocado sob esta proteção é necessário que seja um «patrimônio cultural de maior importância para a humanidade»[92]. Ademais, ela deve estar protegida por instrumentos internos e encontramos uma vedação para utilização desses bens como «fins militares ou para proteger locais militares»[93], além de assegurar imunidade a esses bens, isto é, «abster-se de fazer deles o objeto de um ataque ou de utilizá-los ou de utilizar suas vizinhanças mais próximas em apoio a uma ação militar»[94]. A proteção é perdida se o bem é transformado em um objetivo militar[95] e, mesmo assim, existem restrições para seu ataque[96]. Este protocolo teve como objetivo a atualização da proteção dos bens culturais em vista das lacunas percebidas durante os conflitos da antiga Iugoslávia, além da incorporação de avanços no direito internacional humanitário incorporados pelos Protocolos Adicio-nais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949[97].

Hoje em dia, estão inscritos na lista somente dez lugares, localizado em cinco países. No Azerbaijão, estão sob proteção especial a Cidade Fortificada de Baku e o sítio arqueológico de Gobustan. Na Bélgica, entramos a Casa e atelier de Victor Horta, Minas neolíticas de sílex de Spiennes e Complexo Casa-Atelier-Museu Platin-Moretus, contendo os arquivos de l' *Officiana Plantiniana*, já no Chipre temos Choirokoitia, Igrejas pintadas na região de Troodos e o Paphos. Na Itália, está sob a lista o Castelo del Monte, na Itália e, finalmente, o sitio arqueológico de Kainavé, na Lituânia[98].

O Primeiro Protocolo à Convenção, adotado conjuntamente com a Convenção em 1954, versa a retirada e o retorno de bens culturais em evento

90. Ibid., art. 12.
91. Ibid.
92. Artigo 10, a da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, Paris, 2003.
93. Ibid., art. 10, c.
94. Ibid., art. 12.
95. Ibid., art. 13, §1, b.
96. Ibid., art. 13, §2.
97. Henckaerts, J-M. *«Novas regras para a proteção de bens culturais em conflitos armados:* a importância do Segundo Protocolo à Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado», p. 24-55 *in* Lopes Fabris, A. *A Proteção Internacional de Bens Culturais: textos escolhidos*, Belo Horizonte, Edição NEHCIT, 2015.
98. UNESCO, List of cultural property under enhanced protection, *http://www.unesco.org/culture/1954convention/pdf/Enhanced-Protection-List-2017_EN.pdf.*

de conflito armado[99] e o Segundo tenta detalhar e definir melhor os institutos da necessidade militar e da proteção especial[100].

Outra ressalva a ser feita é o tipo de proteção dada pela Convenção. John Merryman alega que existem duas maneiras de se proteger o patrimônio cultural, um internacionalista e um nacionalista[101]. Segundo o professor, a concepção internacionalista do patrimônio cultural foi introduzida pela Convenção analisada e a nacionalista introduzida pela Convenção da UNESCO de 1972 para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, todavia, tentarei demonstrar que a concepção nacionalista já estava presente no mesmo texto.

A noção internacionalista de patrimônio cultural está relacionada à concepção da Comunidade Internacional que existem bens, construções e artefatos que são importantes para a construção da identidade da humanidade. Anteriormente à Convenção de 1954, a proteção desses bens era feita segundo o significado, principalmente religioso, do objeto com a nação. Com o advento desta Convenção, esses bens não possuem um interesse só para aquela nação, mas para a Comunidade Internacional como um todo, tendo em vista que ela é parte da herança da história da humanidade[102].

De fato percebemos, no texto da Convenção, uma preocupação com a preservação desses bens para que eles possam ser fruídos por toda a humanidade e não somente a nação na qual ele se encontra. Nesse sentido, podemos citar o preâmbulo da Convenção:

> Convencidos de que os atentados perpetrados contra os bens culturais, qualquer que seja o povo a quem eles pertençam, constituem atentados contra o patrimônio cultural de toda a humanidade, sendo certo que cada povo dá a sua contribuição para a cultura mundial.
>
> Considerando que a convenção do patrimônio cultural apresenta uma grande importância para todos os povos do mundo e que importa assegurar a este patrimônio uma proteção internacional[103].

A noção nacionalista, no entanto, não se refere, ao que pode parecer em um primeiro momento, a ligação entre o objeto e a nação, mas a contextualização deste objeto, isto é, o bem só possui essa importância no momento que você o contextualiza dentro da história e da geografia da humanidade. Este argumento é a base para os pedidos de repatriação dos bens culturais encontrados em outros países[104].

99. Convenção de Haia, op. cit.
100. Segundo Protocolo à Convenção de Haia, op. cit..
101. Merryman, Jean H. «Two ways of Thinking Cultural Property», *The American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, p. 830.
102. Ibid., p. 835 à 837.
103. Convenção de Haia, op. cit., preâmbulo.
104. Merryman, op. cit., p. 842 à 844.

Esta noção está exprimida de maneira mais clara pelas da Convenção da UNESCO de 1972 para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural e a sua proibição de exportação ilícita do patrimônio e o direito de retenção dos mesmos[105]. Merryman argumenta no sentido que a Convenção de Haia não teria essa preocupação, por não conter, de uma maneira mais ampla, a proteção desses bens em seu contexto[106]. Ora, a Convenção de Haia traz também disposições pelas quais o país tem o direito de reter o patrimônio contido em seu território[107]. Nesse sentido, a Convenção abre bastante para a subjetividade de cada cultura e país de determinar qual é o patrimônio que deve ser protegido, apesar de limitar para os patrimônios de grande importância[108].

Nesse sentido, entendo, contrariamente a John Merryman, que a Convenção de Haia traz as duas proteções ao patrimônio, que não são antagônicas. Percebo a obrigação de proteger o patrimônio cultural na medida em que esse constitui e contribui para a história, herança, cultural ou mesmo a memória social da humanidade, mas essa proteção deve conter também a contextualização deste objeto, que muitas vezes, sem ela perde o seu significado especial.

3. O OBJETO DA PROTEÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO

Para entendermos melhor a proteção do patrimônio cultural, devemos primeiramente conceituá-lo. Nesse sentido, podemos citar a teoria clássica da museologia que divide patrimônio cultural em três seguimentos. O primeiro seguimento protege os bens relacionados à natureza, isto é, os rios, florestas, fauna e flora. Todavia, esse segmento de patrimônio transcende a natureza e relaciona-se também aos produtos dela derivados: a madeira, a carne do peixe, as águas dos rios[109]. O segundo segmento suscitado pela teoria relaciona-se com o conhecimento, as técnicas, o saber e o saber fazer. Aqui, temos elementos imateriais, o conhecimento para cortar-se uma pedra, a receita de um pão de queijo, o conhecimento cientifico para se construir uma espaço-nave, entre outros[110]. Por fim, temos os bens culturais, que segundo essa teoria clássica consiste em coisas, objetos, artefatos e construções que são produtos da mani-

105. Convenção de Haia, op. cit.,preâmbulo e art. 2.
106. Merryman, op. cit., p. 842.
107. Art. 4.º: §3. As Altas Partes Contratantes comprometem-se ainda a proibir, a prevenir e, caso seja necessário, a fazer cessar todo o ato de roubo, de pilhagem ou de desvio de bens culturais, qualquer que seja a sua forma, bem como todo o ato de vandalismo em relação aos referidos bens. As Partes impedem a requisição dos bens culturais móveis que se situem no território de uma outra Alta Parte Contratante.
Convenção de Haia, op. cit.,art. 4.º.
108. Ibid., art. 1.º
109. Lemos, Carlos. A. C. *O que é patrimônio histórico*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1982, p. 8 e 9.
110. Ibid., p. 9.

pulação do meio ambiente, o primeiro seguimento, por meio a da utilização das técnicas relacionadas ao segundo seguimento[111]. No entanto, não são todos os objetos que possuem esta proteção, mas aqueles relacionados à memória social[112].

Neste mesmo sentido, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, IPHAN, também faz uma classificação tríplice do patrimônio cultural brasileiro: o patrimônio natural, o patrimônio cultural e a paisagem natural, todas sujeitas à proteção do ordenamento brasileiro[113]. Não estão contempladas nesta definição o patrimônio imaterial[114], que não será tratado neste trabalho e possui dispositivos específicos de proteção.

111. Ibid., p. 10.
112. Ibid., p. 11.
113. O **Patrimônio Natural** é composto de «monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações que tenham um Valor Universal Excepcional do ponto de vista estético ou científico; as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituem o habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, que tenham um Valor Universal Excepcional do ponto de vista estético ou científico; os lugares naturais ou as zonas naturais estritamente delimitadas, que tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista científico, da conservação ou da beleza natural».
O **Patrimônio Cultural** é composto de «os monumentos: obras arquitetônicas, de escultura ou pinturas monumentais, elementos ou estruturas de caráter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos, que tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista da história, de arte ou de ciência; os conjuntos: grupos de construções, isoladas ou reunidas, cuja arquitetura, unidade e integração à paisagem tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista da história, da arte ou da ciência; os lugares: obras do homem ou obras conjuntas do homem e da natureza assim como as áreas, incluídos os lugares arqueológicos que tenham um Valor Universal Excepcional desde o ponto de vista histórico, estético, etnológico ou antropológico».
A **Paisagem Cultural** é composta por os bens culturais que representam «obras conjuntas do homem e a natureza» e ilustram a evolução da sociedade humana e seus assentamentos ao longo do tempo, condicionados pelas limitações e/ou pelas oportunidades físicas que apresenta seu entorno natural e pelas sucessivas forças sociais, econômicas e culturais, tanto externas como internas.
IPHAN, *Patrimônio mundial: fundamentos para seu reconhecimento. A convenção sobre proteção do patrimônio mundial, cultural e natural, de 1972: para saber o essencial.* Brasília, IPHAN, 2008.
114. De acordo com o artigo 2.º, inciso 1, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial:
«Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas –junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados– que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacio-

Todavia, a memória social e a cultura, são muitas vezes, definidas subjetivamente[115]. Para tentar encontrar a definição desses objetos protegidos pela Convenção de 1954, estudaremos primeiro as legislações internas dos países para tentar achar um conceito abrangente às diferentes culturas.

3.1. BEM CULTURAL OU PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL?

É incontroverso o entendimento que os termos de «*bens culturais*», ou «*cultural property*», «*biens culturels*», e «*patrimônio histórico e cultural*», ou «*cultural heritage*», «*patrimoine culturel mundiale*» não são conceitos equivalentes[116]. Observamos também diferentes definições pelas legislações pelo o mundo.

Para O'Keefe, patrimônio cultural seria o conjunto de propriedades móveis e imóveis consideradas importantes devido ao seu caráter histórico, artístico ou arquitetônico, enquanto o bem cultural estaria ligado mais a questão do bem, propriedade[117].

A UNESCO esboça uma definição de patrimônio cultural como obras de arquitetura, escultura e pintura monumentais ou de caráter arqueológico, de valor universal, excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência, e ainda obras isoladas ou conjugadas do homem e da natureza, de significativo valor histórico, estético, etnológico ou antropológico[118].

3.1.1. Análise dos conceitos nos ordenamentos internos

Podemos observar na legislação dos países dois tipos de definição de patrimônio cultural e bens culturais nas legislações internas dos países, aqueles que realizam listas e aqueles que tentam uma definição mais geral. No primeiro bloco encontramos diversos países provenientes de todos os continentes, dentre eles a Angola[119],

nais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável».
Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, Paris, 2003.

115. Lemos, op. cit., p. 11.
116. Frigo, M. «Cultural property v. cultural heritage: A "battle of concepts" in international law?» *International Review of the Red Cross,* Genebra, vol. 86, junho, 2004.
117. Becerril, M. L. «The Meaning and Protection of "cultural objects and places of worship" under the 1977 Additional Protocols». *Netherlands International Law Review*, vol. 59, 2012, p. 457.
118. IPHAN, op. cit.
119. ANGOLA. Decreto n. 80, de 3 de setembro de 1976. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

Camboja[120], Itália[121], Japão[122], Líbano[123], China[124], Equador[125], Portugal[126] e Croácia[127].

Vemos nessas leis quatro tipos de bens que constituem o patrimônio cultural: monumentos arquitetônicos, artefatos, arquivos e paisagens. No entanto, não se limita em objetos materiais, podendo também conter objetos imateriais.

Todavia, existem países, que apesar de possuírem listas de patrimônio, tentam traçar uma definição mais geral de que objetos seriam submetidos à proteção especial. Um dos primeiros elementos que observamos nas legislações internas é presença além do caráter material, o caráter imaterial.

A Alemanha, assim como a Bielorrússia, condiciona o conceito de patrimônio àqueles objetos que contribuíram a sua história[128]. A Albânia fala em «bens nacionais»[129]. A Argentina fala de bens materiais e imateriais que possuam um testemunho da criação humana e da evolução da natureza[130].

Na legislação de Burkina Faso, protegem-se bens que sua proteção ou conser-

120. CAMBOJA. Resolution on the protection of cultural heritage. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
121. ITALIA, Code of the Cultural and Landscape Heritage. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
122. JAPÃO. Lei n. 214, de 30 de maio de 1950. Law for the Protection of Cultural Property. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
123. LÍBANO. Lei n. 37, de 16 de outubro de 2008. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
124. CHINA. Law of the People's Republic of China on Protection of Cultural Relics. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
125. EQUADOR, Lei. n. 3501, Ley de patrimonio cultural. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
126. PORTUGAL. Lei n. 107, de 8 de setembro de 2001, estabelece as bases da política e do regime de protecção e valorização do património cultural. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
127. CROÁCIA, Act on the Protection and Preservation of Cultural Goods. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
128. Artigo 1: «Historical and cultural heritage includes all important traces and things which are marked by the historical and spirital development of the people of Belarus and which are of the historical and cultural values».
BIELORRÚSSIA. Law on the Protection of Historical and Cultural Heritage. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014; ALEMANHA. Act to Prevent the Exodus of German Cultural property. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
129. Artigo 4.º: «The cultural heritage is composed of tangible and intangible values, which are part of the national property».
ALBÂNIA. Lei n. 9048, de 07 de abril de 2003. For the cultural heritage. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.
130. Art. 2.º: «A los efectos de la presente ley se entiende por "bienes culturales", a todos auellos objetos, seres o sitios que constituyen la expressión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico,

vação apresenta um interesse histórico, artístico, científico, legendário e pitoresco[131]. O Mali condiciona os bens a um caráter religioso ou profano[132]. O Burundi, que não é parte da Convenção, adiciona à definição dos bens o elemento da pré-história, folclore, literatura e sociologia[133]. Na lei cabo-verdiana, observamos um condicionamento os bens ao «interesse relevante para a preservação da identidade e a valorização da cultural»[134].

A lei do Níger, por sua vez, acentua a proteção do trabalho produzido por um homem ou fenômenos da natureza e que sua proteção é um interesse público[135]. O Quebec adiciona aos bens protegidos, aqueles que se relacionam com os meios

---

científico o técnico excepcional. El universo de estos bienes constituirá el patrimonio cultural argentino».
ARGENTINA. Lei 25.197, regimen del registro del patrimonio cultural. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

131. Artigo 3: «According to the terms of this law, is meant by cultural heritage the whole cultural, natural, movable, immovable, immaterial, public or private, religious or profane properties whose preservation or conservation presents a historical, artistic, scientifics, legendary or pituresque interest».
BURKINA FASO. Lei n. 024 de 2007, relating to cultural heritage protection in Burkina Faso. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

132. Artigo 2: «Aux termes de la présente loi, on entend par patrimoine culturel l'ensemble des biens meubles et immeubles qui, à titre religieux ou profane, revêtent une importance pour l'histoire, l'art, la pensée, la science et la technique».
MALI, Loi n.º 85-40/AN-RM, relative à la protection et à la promotion du patrimoine cultural national. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

133. Artigo 1. Aux termes de la présente loi sont considérés comme appartenant au patrimoine culturel national les biens meubles ou immeubles qui présentent un intérêt particulier sur le plan de l'archéologie, de la préhistoire, de la paléontologie, de l'histoire, de la littérature, du folklore, de l'art, des religions et de la sociologie.
BURUNDI, Loi n.º1/6 du 25 mai 1983 portant protection du patrimoine Cultural National. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

134. «O património cultural cabo-verdiano é constituído por todos os bens materiais e imateriais, que pelo seu valor devem ser considerados como de interesse relevante para a preservação da identidade e a valorização da cultura cabo-verdiana através do tempo».
CABO VERDE, Lei 102/III/90. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

135. «Artigo 1.º The national cultural heritage comprises:
(a) cultural property created or discovery in national territory
(b) cultural property received as gifts or legally acquired with the consent of the relevant authorities in the country of origin of that property.
Art. 4. Cultural Property
For the purposes of this resolution, cultural property is considered to be any work produced by human agency and any natural phenomenon of a scientific, historic, artistic or religious nature which bears witness to a certain stage in the development of a civilisation or the natural world and whose protection is in the public interest».
NIGER, Loi n.º 97-002 du 30 juin 1997, relative à la protection, la conservation et la mise en valeur du patrimoine culturel national. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

de comunicação, como, por exemplo, bens relacionados à cinematografia, audiovisual, fotográfico, radio ou televisivo[136].

A Eslovênia define patrimônio cultural como herança[137], questão também suscitada pela lei coreana, no entanto, utiliza-se a expressão *legacies* ao invés da expressão *heritage*. Ademais, não há uma restrição à herança coreana, mas abarca todas as heranças nacionais, éticas e globais, podendo ser tangível ou intangível, monumentos ou relacionadas ao meio ambiente[138]. No Peru o único elemento mencionado ao se falar de patrimônio cultural é o histórico[139].

Podemos ressaltar também a definição da Etiópia, que não é parte da Convenção, mas nos traz um interessante conceito: «bens culturais constituem nos *imprints* de um antigo modo de vida do povo, seu trabalho e criatividade»[140]. Outro conceito interessante nas legislações internas está na lei ucraniana que define patrimônio histórico como bens herdados pela humanidade por gerações anteriores[141].

No caso do Brasil, temos:

> Art. 1.º Constitue (*sic*) o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interêsse *(sic)* público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico[142].

Para ser classificado como tanto e constar na Lista de Patrimônio Histórico e Cultural brasileiro, o IPHAN utiliza o termo Valor Universal Excepcional, como o demandado pela Convenção da UNESCO de 1972, para a proteção do patrimônio cultural, histórico e mundial[143]. Para isso, é necessário que a obra ou mo-

136. «Art. 1.(a) "cultural property": a work of art, a historic property, a historic monument or site, an archaeological property or site or a cinematographic, audiovisual, photographic, radio or television work».
QUEBEC, Cultural Property Act. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

137. ESLOVÊNIA. Cultural Heritage Protection Act. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

138. COREIA. Protection of cultural properties Act. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

139. PERU. Lei n. 28295. Ley general del patrimonio cultural de la nación. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

140. «WHEREAS,Cultural heritage constitutes the imprints of a people's age-old way of life, labor and creativity».
ETIÓPIA, A Proclamation to Provide for Research and Conservation of Cultural Heritage. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

141. UCRÂNIA. Law on the protection of cultural heritage. Disponível em: *http://www.unesco.org/culture/natlaws/*. Acessado em 17 de setembro de 2014.

142. BRASIL, Decreto-Lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, art. 1.º.

143. IPHAN, op. cit.

numento tenha uma das seguintes características: represente uma «obra-prima do gênio criador humano»; constitua em um testemunho um intercâmbio de valores humanos de uma determinada época e local, nos âmbitos da arquitetura, tecnologia, artes monumentais, do planejamento urbano ou da criação de paisagens; constitua em um testemunho, de foram única ou excepcional, uma tradição cultural, uma civilização viva ou desaparecida; represente um tipo de construção ou conjunto arquitetônico, tecnológico ou de paisagem ilustrando períodos significativos da história humana; represente ou ilustre relevantes formas tradicionais de assentamento humano ou de utilização da terra ou do mar, que seja representativa de uma cultura e da interação do homem com o seu meio, principalmente se este se tornou vulnerável; tenha uma associação direta ou material a acontecimentos ou tradições vivas, idéias, crenças, obras artísticas, literárias, com um significado universal excepcional; represente fenômenos naturais, beleza natural e de importância estética; represente grandes fases da história da terra; represente os processos ecológicos e biológicos da evolução e desenvolvimento do ecossistema e; possua *habitats* naturais que representem a diversidade biológica[144].

No entanto, não é requisito que um bem esteja listado como tal para gozar da proteção da Convenção. Porém, tendo em vista que no artigo 3.º da Convenção de Haia de 1954, coloca-se como uma obrigação a *mis en place* de dispositivo para a proteção desses bens em tempo de paz[145], podemos ter essa lista como mais uma forma de esclarecer o que seria patrimônio cultural e qual deles está sob a proteção da Convenção.

Devemos salientar que o patrimônio imaterial é inscrito em uma lista diversa da descrita acima, e como ele não está incluso nos bens exemplificados no artigo 1.º da Convenção de Haia, não analisaremos de forma mais detalhada como ele é protegido no sistema brasileiro.

Pela amostragem que analisamos, observamos que existem denominadores comuns entre todas elas, isto é, para se constituir em patrimônio cultural é necessário um valor histórico, arquitetônico, cultural, cientifico, além de certos elementos do meio ambiente. Ademais não é necessário um elemento material, podemos proteger também bens imateriais.

Ora, pelo que percebemos o patrimônio cultural se difere de bens culturais, na medida em que o primeiro é herdado pela civilização, pode ser material e imaterial, constituir em bens ou paisagem produto de fenômenos naturais. Os bens culturais, por outro lado, seriam limitados a bens materiais com o valor histórico, cultural, arquitetônico, arqueológico ou cientifico. Na maioria dos dispositivos, percebemos que os bens culturais são uma espécie do gênero patrimônio cultural.

144. Ibid.
145. Convenção de Haia, op. cit.

3.2. ANÁLISE DOS TRABALHOS PREPARATÓRIOS À CONVENÇÃO

Durante a Conferência para a elaboração da Convenção de Haia de 1954, observamos diversos debates no momento de definição dos bens objetos da Convenção, elencados no artigo 1.º da Convenção. A delegação francesa propôs uma definição mais geral, na qual não necessitaria de lista para exemplificar os bens protegidos, com receio de excluir futuros objetos passíveis de proteção e não antecipados na Conferência[146]. Demais, argumentou a delegação francesa que esta definição geral poderia ser melhor desenvolvida pelo próprio Estado, afim de, além de englobar todos os bens importantes presentes no seu território, saberia ele distinguir aqueles bens que *a priori* poderiam ser considerados dignos da proteção, no entanto, em uma análise mais profunda não o seriam, como por exemplo o caso de algumas bibliotecas[147]. Esta proposta foi rejeitada pela delegação do Irã, na medida em que passaria o problema da definição para o âmbito interno, sem resolvê-lo de maneira clara[148]. A delegação espanhola salienta que não se pode ter uma lista rígida e que deve se dar aos países certa discricionariedade para definir quais objetos teriam grande valor cultural[149]. Esta preocupação também foi compartilhada pela delegação japonesa argumentando que cada país possui uma definição de patrimônio cultural diversa dos demais[150]. Ao final, a França retirou a sua proposta de excluir a lista[151].

Outra discussão interessante suscitada na Conferência consiste na inclusão do termo «interesse público» e sua definição no artigo supracitado. A delegação italiana salientou que o interesse público possui diversas interpretações que variam segundo o Estado e a época[152]. Nesse sentido, não seria apropriado que a definição dada pela Convenção dos bens a serem protegidos fosse tão facilmente interpretada[153]. Por esses motivos, a expressão foi retirada.

Ademais, discutiu-se a inclusão ou não da expressão «grande importância». A delegação grega argumentou que esta expressão não deveria estar inclusa na definição geral do artigo 1.º, mas na definição dos objetos submetidos à proteção especial do Capítulo II da Convenção[154]. A proposta de adicionar ao texto a expressão «grande importância cultural» foi aceita por 17 votos contra 8, e 10 abstenções[155].

146. Atas, op. cit., p. 127.
147. Ibid.
148. Ibid., p. 130.
149. Ibid., p. 132-133.
150. Ibid.
151. Ibid., p. 130.
152. Ibid., p. 128.
153. Ibid.
154. Ibid.
155. Ibid., p. 134.

No que tange a proteção de bens e paisagens que se relacionam com o meio -ambiente, o representante da Iugoslávia propôs a inserção da proteção das «raridades naturais de valor excepcional», por entender que essas podem conter importante elementos paleontológicos, geográfico e cientifico e, nesse sentido, ofereceria uma proteção mais abrangente que a expressão «beleza natural»[156]. Contudo, não foram incorporadas à lista as paisagens naturais, sendo essa delimitada aos bens materiais e algumas de suas reproduções.

3.3. OS BENS PROTEGIDOS PELA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO

Assim, após as discussões explicitadas acima, a definição de bens culturais para Convenção de Haia de 1954 são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:

a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;

b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;

c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados «centros monumentais»[157].

A questão que se levanta nesse ponto, é o significado de «patrimônio cultural dos povos». O Professor Roger O'Keefe explica que tal expressão pode possuir dois significados: patrimônio de todos os povos conjuntamente, da humanidade como um todo, ou patrimônio cultural de cada povo[158]. No entanto, observamos nos trabalhos preparatórios da Convenção uma preocupação por parte de todos os Estados da captação pela definição dos patrimônios históricos de todos os paí-

156. Ibid., p. 128-129.
157. BRASIL, *Convenção de Haia*, op. cit., art. 1.º
158. Becerril, op. cit.

ses. A delegação espanhola expressou sua preocupação com o fato da proteção se estender somente aos bens contidos na lista da UNESCO[159].

Não observamos, também, uma limitação territorial quanto à importância dos bens. Um monumento encontrado em um país específico poderia ser de suma importância para uma dada cultura que não reside no país em questão. Esse bem também estaria sob a proteção da Convenção, tendo em vista que é necessário somente que ele constitua uma peça importante na história da humanidade, e esta é construída a partir da historia de todos os povos.

Ora, na própria Convenção percebemos a obrigação dos Estados de listarem e indicarem os bens protegidos, além de colocar em prática dispositivos legais para a proteção dos mesmos[160]. Nesse sentido, O'Keefe argumenta que a Convenção cobre o conjunto do patrimônio cultural de cada país-parte, definido pela própria parte e não uma «elite» de bens culturais que tem um caráter universal[161].

Assim, é necessário fazer uma análise casuística para a averiguação de quais bens são protegidos pela Convenção. O elemento subjetivo, isto é, o caráter histórico, arquitetônico, arqueológico, histórico, artístico é de suma importância e depende, além de uma análise de sua importância para a história da humanidade, a análise do contexto daquele objeto para o povo daquele ou de outros países.

4. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO

Outra questão importante a ser suscitada no trabalho em questão é a aplicação da Convenção. Essa matéria é tratada pelos artigos 18 e 19 da Convenção. Como observamos, a Convenção possui certas disposições nas quais devem ser aplicadas em tempos de paz, como o artigo 2.º e 3.º[162]. Estas são disposições gerais de construção de um ordenamento jurídico para a proteção dos bens e de treinamento militar para em caso de conflito armado, as forças armadas estarem devidamente treinadas e aplicarem corretamente os dispositivos da Convenção[163].

No entanto, o objeto principal da Convenção é sua aplicação em caso de conflito armado. Nesse sentido, analisaremos a aplicação durante os conflitos armados internacionais, internos e territórios ocupados.

159. Atas, op. cit., p. 129.
160. Convenção de Haia, op. cit.,art. 3.
161. Becerril, op. cit.
162. Convenção de Haia, op. cit.,art. 2 e 3.
163. Ibid., art. 18, §1.º.

4.1. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DURANTE CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS

No que tange a aplicação da Convenção em caso de conflito internacional armado, temos o artigo 18. Neste estabelece-se que a Convenção deve ser aplicada em caso de conflito armado internacional, isto é, «guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou mais das Altas Partes Contratantes»[164]. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estabeleceu que «um conflito armado existe sempre que houver recurso à força armada entre Estados»[165]. Neste tipo de conflito não é necessário um nível de violência a ser alcançado[166].

A primeira observação que podemos fazer é a ressalva do primeiro parágrafo do artigo 18, que consiste na priorização da situação fática, isto é, a Convenção será aplicada mesmo se uma das partes não reconhecer o conflito, basta a situação fática para a aplicação da Convenção, independente de declaração da guerra ou mesmo do seu reconhecimento[167].

No parágrafo segundo, observamos a aplicação da Convenção em caso de ocupação militar, mesmo se não haja resistência militar, podemos citar nesse sentido o artigo 6.º que dispõe as obrigações da potência ocupante no território ocupado[168].

No que tange o último parágrafo do artigo 18, no que concerne a aplicação durante conflitos armados, temos a positivação de um dos princípios de direito dos tratados que consiste na necessidade de reciprocidade para poder aplicar a Convenção, isto é, um Estado deve cumprir essas obrigações somente *vis-à–vis* Estados que contraíram as mesmas obrigações, mas é autorizado a um Estado que não é parte da Convenção aceitar as obrigações[169].

4.2. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DURANTE UMA OCUPAÇÃO

A Convenção de Haia de 1954 também é aplicada em caso de território ocupado[170]. A Regulação de Haia de 1907 define território ocupado como aquele que se encontra *de facto* sob a autoridade das forças armadas inimigas, sua autoridade

164. Ibid., art. 18, §1.º.
165. TPII, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1–A, para. 70.; CICV, «How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?» *International Committee of the Red Cross* Opinion Paper, Genebra, 2008.
166. Pellet, A., Daillier, P. et all. *Droit International Public,* Paris, L.G.D.J., 2009, p. 1063.
167. Convenção de Haia, op. cit.,art. 18.
168. Ibid., art. 6.º.
169. Ibid., art. 18.
170. Ibid., art. 5.º, §1.º.

esteja estabelecida e o seu exército apto a exercê-la[171]. A Corte Internacional de Justiça reafirmou esta definição na *Opinião Consultiva sobre as conseqüências legais da construção de um muro nos territórios palestinos ocupados*[172]. Para que se classifique como território ocupado não é necessário que tenha confronto entre a potência ocupante e os habitantes do território[173].

A potência ocupante tem como obrigação o apoio dos «esforços das autoridades competentes do território ocupado de forma a assegurar a salvaguarda e a conservação dos seus bens culturais»[174], assim como medidas de conservação[175].

4.3. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DURANTE CONFLITOS ARMADOS NÃO-INTERNACIONAIS

O artigo 19 da Convenção de Haia de 1954 estabelece que a Convenção será aplicada em caso de conflito armado não internacional[176].

Primeiramente, devemos definir conflito armado não internacional. A definição mais reconhecida é aquela disposta pelo artigo 3.º comum às Convenções de Genebra de 1949, isto é, um conflito entre forças governamentais de um lado e grupos não-estatais de outro, ou conflitos entre dois ou mais grupos não-estatais[177].

Todavia, meros confrontos entre a população e o governo não podem ser caracterizados como tais. Nesse sentido, a jurisprudência trata confrontos como um conflito se estes preenchem dois tipos de requisitos: um nível mínimo de intensidade[178] e um grupo não-estatal deve possuir uma estrutura organizacional mínima[179].

Ora, durante estes eventos, a Convenção não é aplicada em sua totalidade, o parágrafo primeiro, nesse sentido dispõe que ao Estado-parte caberá «aplicar pelo menos as disposições da presente Convenção que obrigam ao respeito dos bens culturais»[180]. Observamos uma limitação da proteção, que mesmo na forma mais geral do artigo 2.º fala em respeito e salvaguarda. Observamos, hoje em dia,

171. Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land., op. cit.
172. CIJ, Conseqüências legais da construção de um muro nos territórios palestinos ocupados. Opinião Consultiva, de 4 de Julho de 2004. ICJ Report 2004, para. 78.
173. Pellet, op. cit.
174. Convenção de Haia, op. cit., art. 5.º, §1.º.
175. Ibid., art. 5.º, §2.º.
176. Ibid., art. 19.
177. How is the Term «Armed Conflict» Defined in International Humanitarian Law?, op. cit.
178. TPII, The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Caso n. IT-03-66-T, 30 de Novembro de 2005, para. 135-170.
179. Ibid., para. 94-134.
180. Convenção de Haia, op. cit.,art. 19, §1.º.

o desrespeito a esses dispositivos principalmente em caso deste tipo de conflito, podemos citar o Mali, a Síria e a Líbia.

Uma das situações mais preocupantes quanto à proteção de bens culturais em caso de conflitos armados é a que ocorre na Síria. Desde março de 2011, vemos um conflito intenso entre grupos armados e o governo[181]. Além das inúmeras casualidades de civis –9 milhões necessitando de auxílio, 6,5 milhões estão internamente deslocados e 2,6 milhões refugiados– o conflito destruiu diversos bens e monumentos constituintes do patrimônio cultural da humanidade[182]. Desde o início, os grupos rebeldes tem procurado refúgio em locais de grande importância para o patrimônio cultural da humanidade, como a cidade romana de Apamea e a cidade medieval de Shayzar, tornando-os objetos militares e, portanto, foram destruídos pelas forças governamentais[183]. O sítio mais afetado, no entanto, é a cidade de Aleppo[184]. Outro problema importante é a exportação ilegal de artefatos desses locais[185].



Figura 1: Destruição na Síria[186].

Na Líbia, foi a cidade antiga de *Ghadamès,* a «pérola do deserto», atingida pelo conflito no país. Em 2012, o local foi ataca por foguetes, que atingiram diversas

181. UNESCO, Safeguarding Syrian Cultural Heritage, op. cit.
182. Ibid.
183. Burnham, Bonnie: «Protecting Cultural Treasures: Lessons From the Syrian Conflict», HuffingtonPost, 2014.
184. Ibid.
185. Ibid.
186. Imagem pertencente à UNESCO. Disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/media-services/multimedia/photos/photo-gallery-conflict-damage-to-syrian-cultural-sites/*. Acessado em 18 de agosto de 2014.

estruturas[187]. Este monumento é uma das mais importantes cidade pré-saharianas. Ademais, a cidade de *Cyrene* também foi atingida e *Leptis Magna*, cidade romana[188].



Figura 2: Leptis Magna na Líbia[189].



Figura 3: Sitio arqueológico de Cyrene[190].

No Mali, os rebeldes ocuparam o Instituto de Altos Estudos e Pesquisas do Timbuktu Ahmed Baba e outras instituições culturais que guardavam diversos documentos, dentre eles pergaminhos do século XII a XV contendo diversos estudos, dentre eles estudos religiosos, matemáticos, astronomia, musica, literatura e arquitetônicos[191]. Diversos desses diversos monumentos arquitetônicos foram destruidos[192].

187. UNESCO: *The Director-General of UNESCO, Irina Bokova, today called for the protection of Libya's Old City of Ghadamès inscribed on UNESCO's World Heritage List in 1986.* Paris, UNESCO, 2014.
188. UNESCO: *UNESCO convenes Libyan and international experts meeting for the safeguard of Libya's cultural heritage.* Paris, UNESCO, 2014.
189. Imagem pertencente à Mandy Durmas/UNESCO. Disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/emergency-actions/libya/*. Acessado em 18 de agosto de 2014.
190. Imagem pertencente à G. Boccardi/UNESCO. Disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/unesco_convenes_libyan_and_international_experts_meeting_for_the_safeguard_of_libyas_cultural_heritage/#.VAhkPmK9KSM*. Acessado em 18 de agosto de 2014.
191. UNESCO: *UNESCO Director-General appeals for concerted action to prevent loss or destruction of Timbuktu's documentary heritage,* Paris, UNESCO, 2014.
192. UNESCO: *Timbuktu's cultural heritage more damaged than first estimated, UN agency says,* Paris, UNESCO, 2014.



Figura 4: Djingarey Mosque[193].

Percebemos, portanto, que as disposições dessa Convenção não são suficiente para a proteção desses bens de forma completa, tendo em vista que os acordos para a aplicação dos dispositivos da mesma é facultativo. O artigo 19 ainda dispõe que a UNESCO poderá «oferecer os seus serviços às Partes em conflito»[194], e em todos os conflitos descritos acima, a UNESCO possui diversas ações para a proteção desses bens.

A UNESCO tem atuado intensamente para salvaguardar o patrimônio cultural sírio. Com o auxilio da INTERPOL e outras instituições, tenta-se impedir o tráfico ilícito desses bens culturais e um plano de ação focado na preparação de pós-conflitos, assim como medidas de longo e médio prazo[195]. Na Líbia, há um treinamento intenso das forças policiais para a prevenção do tráfico ilícito[196]. No Mali, percebe-se que a Missão de Paz das Nações Unidas para o Mali possui um papel ativo e efetivo para a prevenção do patrimônio cultural[197]. Além disso, diversos fundos foram engajados para a reconstrução e restauração dos bens atingidos[198]. O último parágrafo, por fim, dispõe «aplicação das disposições precedentes não produzirá efeitos sobre o estatuto jurídico das Partes em conflito»[199].

5. OS LIMITES DA PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS NA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO

Como desenvolvido anteriormente, temos que a proteção dos bens culturais é limitada pela necessidade militar[200]. Essa limitação está presente desde as pri-

193. Imagem pertencente à T. Joffroy/UNESCO.
Disponível em: *http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/emergency-actions/mali/*. Acessado em 18 de agosto de 2014.
194. Convenção de Haia, op. cit.,art. 19, §2.º.
195. UNESCO: *Syria in Brief-UNESCO Response*, Paris, UNESCO, 2014.
196. UNESCO, Emergency actions in Lybia, op. cit.
197. UNESCO, Emergency actions in Mali, op. cit.
198. Ibid., UNESCO, Emergency actions in Lybia, op. cit.; UNESCO, Emergency actions in Syria, op. cit.
199. Convenção de Haia, op. cit., art. 19, §3.º.
200. Ibid.

meiras normas desta natureza[201]. No entanto, esta limitação traz sentimentos controversos. Nesse sentido, podemos transcrever dois depoimentos de generais da Segunda Guerra Mundial.

O general americano Dwight D. Eisenhower (1890-1969), em 29 de dezembro de 1943, afirmou sua preferência a necessidade militar em detrimento dos bens culturais:

> Hoje, estamos lutando em um país que contribui bastante para a nossa herança cultural, um país rico em monumentos que, pela sua criação auxiliou e que, hoje, devido a sua idade, ilustra o crescimento da civilização que é nossa. Nós estamos vinculados a respeitar esses monumentos enquanto a guerra nos permitir. Se nós tivermos que escolher entre a destruição de um monumento famoso e o sacrifício de nossos homens, então as vidas de nossos homens devem ter um peso infinitamente maior e essas construções devem ser destruídas. Mas a escolha nem sempre é clara como a exposta. Em vários casos, os monumentos podem ser conservados sem prejudicar as necessidades operacionais... Nada pode ir contra o argumento de necessidade militar. Este é um princípio aceito. Mas a frase «necessidade militar» é usada, às vezes, em situações nas quais seria mais verdadeiro falar de conveniência militar ou conveniência pessoal. Eu não quero encobrir fraqueza ou indiferença[202]. (Tradução nossa)

Após a citação de seu discurso no artigo de Merryman, o general Dwight D. Eisenhower explicou sua colocação:

> Em algumas circunstâncias o sucesso de uma operação militar pode ser prejudicada pela nossa relutância em destruir esses objetos reverenciados. Então, como foi em [Monte] Cassino, onde o inimigo conta com os nossas emoções para proteger sua defesa, a vida dos nossos homens é primordial. Portanto, onde a necessidade militar dita, comandantes podem ordenar as ações necessárias, mesmo se essas envolvem a destruição de um local honrado[203]. (Tradução nossa)

201. Tratado para a proteção, em tempos de guerra, de Monumentos Históricos, Museus e Instituições de Arte e Ciência, op. cit.; Lieber Code. Instructions for the government of armies of the United States in the field, op. cit.; Regulações de Haia de 1899, op. cit.; Regulações de Haia de 1907, op. cit.

202. «Today we are fighting in a country which has contributed a great deal to our cultural inheritance, a country rich in monuments which by their creation helped and now in their old age illustrate the growth of the civilization which is ours. We are bound to respect those monuments as far as war allows. If we have to choose between destroying a famous building and sacrificing our own men, then our mens' lives count infinitely more and the buildings must go. But the choice is not always so clear-cut as that. In many cases the monuments can be spared without any detriment to operational needs. Nothing can stand against the argument of military necessity. That is an accepted principle. But the phrase "military necessity" is sometimes used where it would be more truthful to speak of military convenience or even personal convenience. I do not want to cloak slackness or indifference».
Merryman, op. cit.

203. «In some circumstances the success of the military operation may be prejudiced in our reluctance to destroy these revered objects. Then, as at Cassino, where the enemy relied on our emotional attachments to shield his defense, the lives of our men are paramount. So,

Havia, no entanto, aqueles que defendiam que o patrimônio deveria ser protegido totalmente. Sir Harold Nicolson (1896-1968), em um artigo em 1944 afirmou:

> Eu não sou daqueles que pensam que lugares religiosos são, per si, de maior importância que vidas humanas (...) nem eu hesitaria, enquanto comandante militar, reduzir construções puramente históricas a cinzas se eu pensasse que, ao realizar tal ato, ganho uma vantagem tática ou diminuo o perigo que os meus homens estão expostos. Trabalhos de importante valor artísticos, no entanto, estão em uma diferente categoria. Na minha opinião, é absolutamente desejável que tais trabalhos devem ser preservados das destruições, mesmo se sua preservação culmina no sacrifício de vidas humanas. Eu estaria seguramente preparado para levar um tiro e ser fuzilado contra uma parede se eu estou certo que este sacrifício preservaria os *Giotto frescoes*, nem hesitaria por um instante (se tais decisões estivessem abertas para mim) salvar St. Mark mesmo se eu estivesse consciente, ao realizar tal ato, levaria a morte aos meus filhos (...). Minha atitude seria governada pelo principio que, certamente, incontroverso. O insubstituível é mais importante que o substituível e mesmo a perda da vida humana mais valiosa é menos desastrosa que a perda de algo que em nenhuma circunstancia pode ser criada novamente[204]. (Tradução nossa)

Esta discussão também está presente nos debates da Conferência. O representante espanhol afirmou que «não estava de acordo com o conceito de necessidade militar, pois a interpretação deste princípio, frequentemente, abre espaço para flagrantes abusos»[205]. Foi ainda elaborado: «o estado de necessidade militar deve ser considerado como uma "exceção tolerável" em certos casos, mas não deve figurar como um dos princípios que regem a Convenção»[206].

---

where military necessity dictates, commanders may order the required action even though it involves destruction to some honoured site».
Scovazzi, Tullio: «La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux» *in* Nafziger, James A. R., Scovazzi, Tullio. *The Cultural Heritage of Mankind,* Haia, The Hague Academy of International Law. Brill Online, 2008.

204. «I am not among those who feel that religious sites are, as such, of more importance than human lives...; nor should I hesitate, were I a military commander, to reduce some purely historical buildings to rubble if I felt that by doing so I could gain a tactical advantage or diminish the danger to which my men were exposed. Works of major artistic value, fall, however, into a completely different category. It is to my mind absolutely desirable that such works should be preserved from destruction, even if their preservation entails the sacrifice of human lives. I should assuredly be prepared to be shot against a wall if I were certain that by such a sacrifice I could preserve the Giotto frescoes; nor should I hesitate for an instant (were such a decision ever open to me) to save St. Mark even if I were aware that by so doing I should bring death to my sons... My attitude would be governed by a principle which is surely incontrovertible. The irreplaceable is more important than the replaceable, and the loss of even the most valued human life is ultimately less disastrous than the loss of something which in no circumstances can ever be created again».
Merryman, op. cit.
205. Atas, op. cit., p. 117.
206. Ibid.

Nesta parte de nosso trabalho, tentaremos definir este conceito e analisaremos como ele é tratado na Convenção.

5.1. O CONCEITO DE NECESSIDADE MILITAR

O conceito de necessidade militar é atribuído à Prússia «*la celèbre conception prussienne de la Kriegsraison*»[207]. Devemos ressaltar, primeiramente, que a necessidade militar está presente no *jus ad bellum* e *jus in bello*[208]. No caso em questão, estudaremos este conceito sob as normas de *jus in bello*, isto é, o direito aplicado à guerra, tendo em vista, como já desenvolvemos, a Convenção estudada aplica-se nestes casos de conflito armados internacionais, internos e em caso de ocupação militar. Neste sentido, segundo Dr. Craig Forrest, a necessidade militar seria «a limitação da barbárie»[209].

Tentaremos analisar os diferentes conceitos do instituto.

5.1.1. A Convenção de Haia de 1954 e seus protocolos

Na Conferência observamos duas opiniões sobre o conceito e aplicação de necessidade militar. Os realistas, representados pela Holanda, Bélgica e Israel, defendiam que a necessidade militar deveria ser mantida de forma integral, para que a Convenção tivesse oportunidade de ser aplicada. Outro grupo, liderado pela União Soviética e a Grécia, defendia que essa exceção deveria ser retirada da Convenção ou pelo menos restrita, considerada um retrocesso na legislação internacional[210].

No entanto, a proposta para retirar a exceção da necessidade militar foi rejeitada na Conferência por 22 votos contra, 8 a favor e 8 abstenções. Todavia, esta exceção só válida para as obrigações contidas no primeiro parágrafo do artigo 4.º, seja, o respeito aos bens culturais situados no território de qualquer Estado parte, a proibição da utilização desses bens, dos acessos imediatos a esses para fins que poderiam expor esses bens a uma possível destruição ou deterioração em caso de conflito armado, além da abstenção de qualquer ato de hostilidade[211].

As demais obrigações dispostas no artigo, coibição e proibição do roubo e a pilhagem, por exemplo, não são passíveis de derrogação por necessidade mili-

207. Merryman, J. H. *The Protection of Cultural Property,* disponível em: *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/642/32.pdf* p. 1514 à 1516.
208. Forrest, C. J. S. «The doctrine of military necessity and the protection of cultural property during armed conflicts». *California Western International Law Journal*, San Diego, v. 37, n. 2, p. 177-291, 2007, p. 179.
209. Ibid., p. 181.
210. Toman, J. *Cultural Property in war: improvement in protection. Commentary to the 1999 second protocol to the Hague convention of 1954 for the protection of cultural property in evento f armed conflict,* Paris. UNESCO Publishing, 2009, p. 93.
211. Convenção de Haia, op. cit.,art. 4, §1.º.

tar[212]. Outra proposta aprovada foi a inclusão do conceito da necessidade militar *imperativa*[213]. No entanto, o que mudaria no conceito de necessidade militar ao acrescentar o caráter imperativo, é incerto. Esta discussão foi melhor desenvolvida na Conferência Diplomática para a elaboração do Segundo Protocolo, todavia foram ressuscitadas argumentos da Conferência de 1954.

Outra discussão levantada na Conferência é a diferença entre a necessidade militar *imperativa* e necessidade militar *inevitável*. A primeira é estabelecida pelo artigo 4.º da Convenção e aplica-se a todos os bens protegidos pelo dispositivo[214]. Isto é, a derrogação da proteção dada pela Convenção aos bens culturais só pode ser realizada «caso uma necessidade militar exija de uma maneira imperativa»[215]. Por outro lado, a necessidade militar inevitável, presente no artigo 11 da Convenção, consiste em uma hipótese de derrogação da imunidade tratada no Capítulo II, a saber: a proteção especial dada aos refúgios destinados a abrigar os bens móveis de grande importância[216]. A principal diferença consiste na pessoa que pode tomar a decisão, o comandante de batalhão e o comandante da divisão, respectivamente, e na necessidade de uma prévia operação militar, que no primeiro caso é facultativa e no segundo obrigatória[217].

Além disso, foi suscitada pela delegação da Bielorrússia, consiste na determinação da pessoa que reconheceria a necessidade militar[218]. O conceito, é certo, depende de uma análise casuística que deve ser feita no momento do conflito. A responsabilidade dessa decisão é dada pela Convenção mesma. Em questões de levantamento da imunidade de bens sob a proteção especial, isto é a necessidade militar *inevitável*, seria «um chefe de uma formação igual ou superior em importância a uma divisão»[219].

No que concerne a necessidade militar disposta no artigo 4.º da Convenção, o Segundo Protocolo detalha mais as obrigações do Estado. No artigo 6.º do protocolo, limita-se a invocação da necessidade militar quando e enquanto o bem cultural constituir um objeto militar[220] e «não houver outra alternativa possível de se obter uma vantagem militar equivalente àquela oferecida pelo fato de se dirigir um ato de hostilidade contra aquele objetivo»[221], sendo esse também aplicado para a utilização dos bens afim de «expô-los à destruição ou à deterioração»[222].

212. Toman, 2006, op. cit., p. 94-96.
213. Ibid.
214. Toman, 2006, op. cit., p. 94-96.
215. Convenção de Haia, op. cit.,art. 4, §2.º.
216. Convenção de Haia, op. cit.,art. 11.
217. Toman, 2006, op. cit., p. 94-96.
218. Ibid.
219. Convenção de Haia, op. cit.,art. 11, §2.º.
220. Segundo Protocolo à Convenção de Haia, op. cit., art. 6.º, a, i.
221. Ibid., art. 6.º, a, ii.
222. Ibid., art. 6.º, b.

Esta decisão deve ser tomada por um «chefe de uma força militar igual ou superior em importância a um batalhão»[223]. Deve ser feita uma advertência previa deve ser feita em tempo hábil e por meio eficazes, quando as circunstancias permitirem[224].

O Protocolo ainda menciona precauções a serem realizadas previamente ao ataque, que consiste na verificação se objetivos a serem atacados não são bens culturais[225], utilizar meios para evitar ou reduzir o dano acidental que pode sofrer esses bens[226], abster de realizar ataques que podem causar danos excessivos aos bens culturais em relação à vantagem militar concreta e direta esperada[227] e anular as ações que vão de encontro com os dispositivos mencionados[228]. Ressalta-se, também, a obrigação de afastar os bens culturais da vizinhança dos objetivos militares ou conceder a eles proteção[229] e evitar que esses objetivos sejam posicionados nas proximidades dos bens[230].

No Protocolo ainda vemos a criação de uma nova proteção, a proteção reforçada, que possui dispositivos diversos para a retirada de sua imunidade. Algumas das hipóteses da perda da proteção são as mesmas que para bens protegidos sob o artigo 4.º da Convenção, são elas a transformação do bem em objetivo militar[231], sendo o ataque submetido aos mesmos testes anteriormente citados: precauções dos meios e métodos de ataque[232], for o único meio[233] e em caso de *legítima defesa imediata*[234]. Neste último é necessário que «a ordem de atacar tiver sido dada no mais alto nível de comando operacional»[235] e «uma advertência prévia efetiva tiver sido feita às forças oponentes»[236], sendo um «um tempo razoável for concedido às forças oponentes para reverter a situação»[237].

Apesar das diversas regras a serem seguidas na hora da definição do levantamento da imunidade concedida pela Convenção, no final, o requisito mais importante é a necessidade do ataque, ele ser o único meio para alcançar a vantagem militar concreta e definida, além da proporcionalidade entre o dano ao patrimônio e a vantagem desejada, sendo estas analises mais casuísticas.

223. Ibid., art. 6.º, c.
224. Ibid., art. 6.º, d.
225. Ibid., art. 7.º, a.
226. Ibid., art. 7.º, b.
227. Ibid., art. 7.º, c.
228. Ibid., art. 7.º, d.
229. Ibid., art. 8.º, a.
230. Ibid., art. 8.º, b.
231. Ibid., art. 13, §1.º, b.
232. Ibid., art. 13, §2.º, b.
233. Ibid., art. 13, §2.º, a.
234. Ibid., art. 13, §2.º, c.
235. Ibid., art. 13, §2.º, c, i.
236. Ibid., art. 13, §2.º, c, ii.
237. Ibid., art. 13, §2.º, c, iii.

5.1.2. Os conceitos aplicados no Tribunais Penais Internacionais

A definição de necessidade militar é melhor entendida e aplicada em uma análise casuística. Neste sentido, estudaremos alguns casos de aplicação da proteção no Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia, na medida em que o contexto da Convenção e sua aplicação posterior podem auxiliar na interpretação de um Tratado[238].

Devemos, primeiramente, esclarecer que em todos os casos analisados abaixo foram aplicados as Convenções de Genebra e seus protocolos, a Convenção de Haia de 1954 e o direito costumeiro[239]. No que tange as regras da Convenção, fica claro nos julgamentos que ela é a mais recente e aplica-se como norma especial, por se tratar de bens culturais[240]. A análise de necessidade militar, todavia, é feita com base no direito consuetudinário[241].

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia analisou alguns aspectos da proteção de bens culturais em caso de conflito armado. No caso de *Miodrag Jokić*, o general foi acusado por não ter punido os soldados sob o seu comando de atacar a Antiga Cidade de «Dubrovnik»[242].

Primeiramente, o Tribunal realizou uma análise da importância dos monumentos em questão, tendo em vista que a proteção dada aos bens culturais consiste em uma proteção adicional a dada aos objetos civis[243]. Dois aspectos foram de grande importância na analise dos bens destruídos, o fato da Antiga Cidade de «Dubrovnik» estar na Lista da UNESCO de Patrimônio Cultural da Humanidade, por serem um conjunto de monumentos arquitetônicos que representa um estágio significante na história da humanidade[244]. Além disso, foi ressaltado pelo Tribunal que a reconstrução desses monumentos nunca será exata ao que era, tendo em vista a autenticidade histórica, a originalidade dos materiais e do modo de construir de uma época, assim, a destruição afeta o valor inerente dos monumentos[245].

No caso de *Kordić* & Č*erkez*, o Tribunal analisou a destruição ocorrida em «Lašva Valley», salientando que no direito internacional, no que tange a proteção

238. Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Viena, 1969.
239. TPII: Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, 17 de Dezembro 2004, Case n. IT-95-14/2-A, §91 e 114; TPII: Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, 15 de Março de 2006. Case n. IT-01-47, §61; TPII: Prosecutor v. Pavle Strugar, 31 de Janeiro de 2005, Case n. IT-01-42, §229; TPII:Prosecutor v. Miodrag Jokić, 18 de Março 2004. Case n. IT-01-42/1, §23.
240. Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, op. cit., §91; Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, op. cit, §61; Prosecutor v. Pavle Strugar, op. cit., §229; Prosecutor v. Miodrag Jokić, op. cit., §23.
241. Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, op. cit, §40-43; Prosecutor v. Pavle Strugar, op. cit., §292-297.
242. Prosecutor v. Miodrag Jokić, op. cit.
243. Prosecutor v. Miodrag Jokić, op. cit., §50.
244. Prosecutor v. Miodrag Jokić, op. cit., §51.
245. Ibid.

de bens culturais, existem dois tipos de proteção: uma proteção mais geral, que consiste na proibição da destruição de monumentos a não ser que estes se tornem um objetivo militar por oferecer a parte beligerante uma vantagem militar definida no momento do ataque[246]. Nota-se que esta proteção está inclusa nos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1977[247]. No entanto, os bens que são protegidos por ambos os diplomas, os Protocolos e a Convenção de Haia de 1954 são os mesmos, a despeito da omissão do termo de patrimônio cultural de grande importância nos Protocolos[248]. No caso em questão, não foi caracterizada uma violação a salvaguarda dos monumentos tendo em vista que objetivos militares se encontravam ao redor do bem protegido[249]. Nesse sentido, concluiu Roger O'Keefe, ao analisar a jurisprudência internacional sobre o assunto que somente ataques direcionados a tal bem são penalizados[250].

O caso mais importante sobre o tema talvez seja o caso de *Pavle Strugar* relacionado, mais uma vez, com a destruição da Antiga Cidade de «Dubrovnik»[251]. Neste, o Tribunal analisou com mais profundidade a exceção a proteção dos bens culturais, colocou esse como condição para que haja necessidade militar a presença de um objetivo militar[252]. Não era esse o caso[253]. Ainda foi levantado, todavia não aplicado ao caso, a necessidade da proporcionalidade entre a vantagem a ser adquirida com a destruição do bem e o dano causado ao mesmo[254]. Ademais, foi ressaltado, novamente, a necessidade que o ataque seja direcionado ao bem, no entanto esta poderia ser decorrente de uma ação ou de negligencia[255].

Podemos destacar ainda o caso de *Hadžihasanović & Kubura*, no qual observamos claramente uma interpretação mais extensiva à exceção à proteção dos bens culturais, tendo em vista que o Tribunal destacou que não há violação caso o bem seja destruído por constituir uma simples necessidade militar, não sendo respeitada, ou mesmo realizada, uma diferenciação entre a necessidade militar simples e a necessidade militar imperativa[256]. Nesse mesmo sentido, temos o caso *Brđanin*, no qual o Tribunal reforçou o entendimento que a presença de propósitos militares ensejaria na necessidade militar em destruir aquele bem[257].

246. Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, op. cit., §89.
247. Ibid.
248. Commentaries to the Protocols of the Geneva Convention, op. cit., p. 646
249. Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, op. cit., §465.
250. O'Keefe, R. «Protection of cultural property under international criminal law» *Melbourne Journal of International Law*, Carlton, v. 11, p. 1-54, 2010, p. 14.
251. Prosecutor v. Pavle Strugar, op. cit., §2.
252. Ibid., §295.
253. Ibid., §310.
254. Ibid., §296.
255. Ibid., §311 e §277.
256. O'keefe, Melbourne Journal, op. cit., p. 11; Prosecutor v. Hadžihasanović & Kubura, op. cit.
257. TPII. Prosecutor v. Brđanin, 2007, Case n. IT-99-36, § 337.

Roger O'Keefe, ao analisar a jurisprudência supracitada, concluiu que a proteção do bem cultural é inderrogável, para retomar a expressão da Convenção de Haia de 1954, a não ser que essa esteja investida de um propósito militar ou que sua natureza ou mesmo localização traga à parte beligerante uma vantagem militar determinada[258]. É desenvolvido, também, pelo autor, a correlação entre a necessidade militar e a proporcionalidade entre a vantagem desejada e a destruição e acrescente que «não deve existir outro meio alternativo realizável para lidar com a situação» para que a proteção seja levantada[259].

6. O CASO DO CHIPRE

Desde 1974, o Chipre, Estado localizado no Mediterrâneo, tem metade de seu território ocupado pelas forças militares turcas. Nesse contexto, o patrimônio cultural cipriota tem sido alvo de diversos atos de pilhagem, saque e destruição. A situação no Chipre, nesse sentido, é alarmante, tendo em vista a importância do patrimônio ali presente, tendo bens culturais, principalmente ligados aos elementos religiosos datados de até 9.000 anos a.C[260]. Uma limpeza dos locais sagrados e históricos teve início com a chegada das tropas turcas e continua até hoje[261]. Nesta última parte do presente trabalho, faremos um breve estudo sobre a situação do Chipre, a aplicação da Convenção e as normas ali violadas.

Até 2006, 500 igrejas ortodoxas e capelas sofreram pilhagem, foram vandalizadas ou demolidas, 133 igrejas, capelas e monastérios foram desconsagrados, 15.000 pinturas desapareceram e 28 igrejas tiveram sua função deturpada para a instalação de hospitais, campos e inclusive para estoque de produtos agropecuários[262].

Primeiramente, devemos qualificar a situação presente no Chipre. O território cipriota sempre foi ocupado por duas etnias, um descendente dos gregos e outra descendentes dos turcos. Em 1960, o Chipre tornou-se independente do domínio britânico, constituindo uma República. No entanto, as etnias não conseguiram conviver harmoniosamente e, diante dessa situação, em 1974, o exército turco invadiu e

258. O'Keefe, Melbourne Journal, op. cit., p. 12.
259. O'Keefe, Melbourne Journal, op. cit., p. 18.
260. CHIPRE, «*Destruction of Cultural Property*». Disponível em: *http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2006.nsf/cyprus07_en/cyprus07_en?OpenDocument*. Acessado em 18 de agosto de 2014.
261. COMISSÃO DA SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA: COMISSÃO E.U.A HELSINKI, *Briefing: Cyprus' Religious Cultural Heritage in Peril*. Disponível em: *http://csce.gov/index.cfm?FuseAction=ContentRecords.ViewTranscript&ContentRecord_id=457&ContentType=H,B&ContentRecordType=B&CFID=69925397&CFTOKEN=86792361*. Acessado em 18 de agosto de 2014.
262. CHIPRE, «*Destruction of Cultural Property*», op. cit; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, «*Report on Cyprus: Destruction of Cultural Property in the Northern Part of Cyprus and violations of International Law*». Disponível em: *http://www.loc.gov/law/help/cultural-property-destruction/cyprus-destruction-of-cultural-property.pdf*. Acessado em 18 de agosto de 2014.

ocupou o norte do país, argumentando uma repressão dos cipriotas gregos sobre os cipriotas turcos[263]. Essa invasão foi condenada pela Comunidade Internacional[264].

Devemos relembrar que a Convenção de Haia de 1954 é aplicada em caso de conflito armado internacional, interno e em caso de ocupação militar. Segundo a Corte Internacional de Justiça, um território está ocupado quando ele está sob a autoridade da parte inimiga e a ocupação se estende aos territórios onde esta autoridade está estabelecida e em capacidade de ser exercida[265]. Essa autoridade tem que substituir o governo local, por meio de uma administração militar estruturada[266]. A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o território do Chipre do Norte, não é, na realidade, um Estado, mas uma administração local subordinada às autoridades turcas[267]. Este é o entendimento também do Conselho de Segurança das Nações Unidas e da Assembleia Geral das Nações Unidas[268]. Assim, aplicar-se-ia a Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado, no que tange as obrigações de uma autoridade ocupante[269].

Assim, a Turquia estaria obrigada a respeitar as seguintes disposições no território cipriota:

Artigo 5.º

1. As Altas Partes Contratantes que ocupem total ou parcialmente o território de uma outra Alta Parte Contratante devem, na medida do possível, apoiar os esforços das autoridades competentes do território ocupado de forma a assegurar a salvaguarda e a conservação dos seus bens culturais.
2. Se uma intervenção urgente for necessária para a conservação dos bens culturais situados em território ocupado e danificados por operações militares e se as autoridades nacionais competentes não puderem encarregar-se disso, deve a potência ocupante tomar, quando possível, as medidas de conservação mais prementes em estreita colaboração com as autoridades.
3. Qualquer Alta Parte Contratante cujo governo seja considerado pelos membros de um movimento de resistência como o seu governo legítimo, chama-

263. ONU, Anexo à Carta de 6 setembro de 2001 «Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General», UN Doc. A/55/1032-S/2001/853.
264. CSNU, Resolução 541; CSNU, Resolução 550.
265. CIJ, Conseqüências legais da construção de um muro nos territórios palestinos ocupados. Opinião Consultiva, de 4 de Julho de 2004. ICJ Report 2004, para. 82.; CIJ, Caso das atividades militares no território do Congo. Julgamento de 19 de dezembro de 2005, para. 172.
266. CIJ, Caso das atividades militares no território do Congo, op. cit., para. 173 e 174.
267. CEDH, Chipre c. Turquia, Case n. 25781/94; CEDH, Loizidou c. Turquia, Case n. 15318/89, para. 52.
268. AGNU, Resolução 37/253, 1983; AGNU, Resolução 3212 (XXIX), 1974; CSNU, Resolução 365 (1975); CSNU, Resolução 367 (1975).
269. Este também foi o entendimento firmado no caso CEUA: Autocephalous Greek-Ortodox Church of Cyprus vs. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc.917 f.2D 278, 1990.

rá, se possível, a atenção desses membros para a obrigação de observar aquelas disposições da Convenção referentes ao respeito pelos bens culturais[270].

Observamos neste artigo que a responsabilidade primária da proteção dos bens, ainda recai sobre o Estado, isto é, sobre o Chipre, recaindo sobre as autoridades turcas do Chipre do Norte somente quando as primeiras não forem capazes de realizar a proteção. Na situação cipriota, observamos claramente que o governo local não tem condições, nem acesso aos bens em perigo. Assim, a proteção desses bens recai sobre a Turquia, tendo em vista que as autoridades do território ocupado, o governo do Chipre do Norte, estão sob seu comando. Temos também a obrigação de coibir e proibir a exportação dos bens culturais, que claramente não vem sendo respeitada[271].

Esta questão foi evidenciada no caso *Autocephalous Greek-Ortodox Church of Cyprus vs. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc.* de 24 de outubro de 1990, na qual o Tribunal Norte-Americano entendeu que a Convenção de Haia de 1954 é aplicada no caso da ocupação da Turquia no Chipre do Norte e que existem violações a esta por parte do Estado turco, tendo em vista que é proibida a destruição e apropriação de bens culturais durante a ocupação[272]. No caso em questão, foi considerado ilícita a exportação ilícita de um mosaico que ornamentava uma Igreja Ortodoxa localizada no norte do Chipre[273].

Outra questão a ser estudada são as escavações arqueológicas, presentes no local. Essas são proibidas pelo segundo protocolo, salvo para a proteção dos itens a serem resguardados, hipóteses não comprovadas pelo governo local[274]. Todavia, a Turquia não é parte desse protocolo, não sendo assim, oponível a ela.

Ademais, devemos ressaltar que alguns locais do Chipre estão protegidos pela «proteção reforçada» concedida pelo mesmo protocolo, são eles: a região de Choirokoitia, as Igrejas pintadas na região de Troodos e a região do Paphos. Uma questão a ser levantada é se a Turquia teria as obrigações relacionadas a esta nova proteção, mesmo não sendo parte do Segundo Protocolo.

Tendo em vista que a adesão ao Segundo Protocolo não é universal, somente 67 países assinantes[275], a primeira vista não seria a proteção especial concedida no

270. Convenção de Haia, op. cit.,art. 5.º.
271. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Report, op. cit.
272. CEUA: Autocephalous Greek-Ortodox Church of Cyprus vs. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc.917 f.2D 278, 1990.
273. Ibid.
274. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Report, op. cit.
275. Alemanha (2009), Antiga República Iugoslava da Macedônia (2002), Arábia Saudita (2007), Argentina (2002), Armênia (2006), Áustria (2002), Azerbaijão (2001), Bahrein (2008), Barbados (2008), Bélgica (2010), Benin (2012), Bielorrússia (2000), Bósnia e Herzegovina (2009), Brasil (2005), Bulgária (2000), Camboja (2013), Canadá (2005), Catar (2000), Chile (2008), Chipre (2001), Colômbia (2010), Croácia (2006), Costa Rica (2003), Egito (2005), El Salvador (2002), Equador (2004), Eslováquia (2004), Eslovênia

mesmo, *erga onmes*. Todavia, a nova proteção constitui uma evolução da anterior e que é evidente que os locais tomados pelas forças turcas estão protegidos pela Convenção de Haia[276] e o desrespeito aos mesmos não é devido a uma necessidade militar, esta discussão se torna vazia, pois a Turquia teria violado a primeira proteção dada a esses bens.

Percebemos, assim, que o Estado turco viola diversas disposições da Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado por meio da sua administração local no Chipre do Norte.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em questão teve por objeto a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado concedida pela Convenção de Haia de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado. Analisamos a história da proteção dos bens culturais até a adoção da Convenção em questão, os casos de sua aplicação, o conceito de bens culturais a ser considerado e o conceito de necessidade militar dado por ela.

No entanto, apesar dos imensos avanços contidos na Convenção, observamos que os problemas oriundos da proteção dos bens culturais continuam até o presente dia. Diversos instrumentos foram concebidos desde a Convenção, como a Convenção da UNESCO para a prevenção da exportação e importação ilícita de bens culturais, a Convenção da UNIDROIT que possui o mesmo objeto, mas avanços no plano real não foram alcançados.

As recentes destruições no conflito do Iraque em agosto de 2014, evidenciam que muito se deve avançar no plano prático[277]. As ações da UNESCO são focadas em medidas preventivas, tanto no treinamento militar quanto na elaboração de leis específicas[278]. Todavia, essas ações, na maioria das vezes, são ineficazes uma

(2004), Espanha (2001), Estônia (2005), Finlândia (2004), Gabão (2003), Geórgia (2010), Grécia (2005), Guatemala (2005), Guiana Equatorial (2003), Holanda (2007), Honduras (2003), Hungria (2005), Itália (2009), Japão (2007), Jordânia (2009), Líbia (2001), Lituânia (2002), Luxemburgo (2005), Mali (2012), Marrocos (2013), México (2003), Montenegro (2007), Nicarágua (2001), Níger (2006), Nigéria (2005), Nova Zelândia (2013), Omã (2011), Palestina (2012), Panamá (2001), Paraguai (2004), Peru (2005), Polônia (2012), República Checa (2007), República Dominicana (2009), República Islâmica do Irã (2005), Romênia (2006), Servia (2002), Suíça (2004), Tajiquistão (2006) e Uruguai (2007). Lista de países partes da Convenção datada de setembro de 2014.

276. Todos os locais que possuem a proteção reforçada estão na Lista de Patrimônio Histórico e Cultural da UNESCO. Disponível em: *http://whc.unesco.org/en/statesparties/CY/*. Acessado em 18 de setembro de 2014.

277. Para mais informações sobre a destruição do patrimônio no Iraque ver: Vartanian, H. *Cultural Destruction by Islamic State Continues with No End in Sight*. Disponível em: *http://hyperallergic.com/143910/cultural-destruction-by-islamic-state-continues-with-no-end-in-sight/*.

278. Para mais informações UNESCO: Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict.

vez que o conflito tem início. Assim, mais que um treinamento militar das obrigações estatais, é necessário uma ação que vise a educação da população sobre a importância desses objetos.

Ademais, não se observa a aplicação de tais dispositivos no âmbito da jurisdição internacional. No caso da Corte Internacional de Justiça «Templo *Preah Vihear*», templo localizado no território cambojano militarmente ocupado pela Tailândia, não se menciona a importância desse bem para o patrimônio cultural da humanidade, nem o perigo que esta ocupação traz para o mesmo, mas tão somente a violação da integridade territorial cambojana pelo exército tailandês[279]. A conscientização da importância desses bens, do significado deles para humanidade deve estar na pauta das discussões, afinal, somente por meio de uma conscientização, podemos efetivar a proteção ao patrimônio cultural da humanidade.

ANEXO 1: MAPA DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1954 PARA A PROTEÇÃO DE BENS CULTURAIS EM CASO DE CONFLITO ARMADO E SEUS PROTOCOLOS

1. Mapa da África dos signatários da Convenção de Haia de 1954[280]

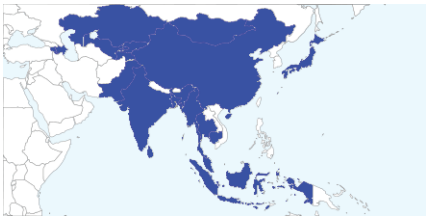


2. Mapa da América do Sul[281]



279. CIJ, Caso do Templo Preah Vihear (Camboja c. Tailândia). Julgamento de 15 de junho de 1962.
280. Mapa realizado pelo programa Aneki.
Não está assinalado o Egito, por considerar este, pelo programa, parte do Oriente Médio.
281. Ibid.

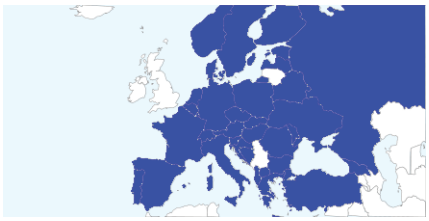
3. Mapa da Ásia[282]



4. Mapa da Europa[283]



5. Mapa do Oriente Médio[284]



282. Ibid.
283. Ibid.
284. Ibid.

La protección del comprador de una obra de arte falsa a través de los casos judiciales

JOSÉ SÁNCHEZ DE LEÓN RAMÓN-BORJA

Abogado especialista en Litigación y Derecho del arte

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *Arte, autenticidad e incertidumbre.* 1.2. *Planteamiento y objetivo de la presente investigación.* 1.3. *De qué hablamos cuando hablamos de autenticidad.* 2. ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS (ARTS. 1.484 Y SS. CC). 3. ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR ENTREGA DE COSA DISTINTA A LA PACTADA (ART. 1124 CC). 4. ACCIÓN DE NULIDAD DE LA COMPRAVENTA POR ERROR SOBRE LAS CONDICIONES ESENCIALES DEL OBJETO (ARTS. 1.265 Y 1.266 CC). 4.1. *Que el error recaiga sobre las cualidades esenciales del objeto.* 4.2. *Que el error sea excusable. Circunstancias para apreciar la excusabilidad del error.* 5. ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR DOLO DEL VENDEDOR (ARTS. 1265, 1269 Y 1270 CC). 5.1. *Que exista una conducta dolosa.* 5.2. *Que la conducta dolosa sea grave.* 5.3. *Que el dolo no sea común a ambas partes y que no provenga de un tercero.* 6. ACCIÓN PENAL DE DENUNCIA DE UN DELITO DE ESTAFA (ARTS. 248 Y SS. CP). 7. REGÍMENES ESPECIALES QUE MODULAN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS DE LA COMPRAVENTA. 8. LA PRUEBA DE LA FALTA DE AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE. 9. RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. ARTE, AUTENTICIDAD E INCERTIDUMBRE

Cuando en el mes de mayo de 2000, Sotheby's y Christie's terminaron de perfilar los detalles de sus respectivos catálogos de subastas, hubo un detalle que les llamó poderosamente la atención: ambas casas estaban ofreciendo al público, al mismo tiempo, exactamente la misma pintura: *Vase de fleurs,* de Paul Gauguin.

Tras una rápida coordinación entre ambas casas rivales, los dos ejemplares del cuadro fueron remitidos a Sylvie Crussard, una afamada experta en la pintura de Gauguin. Después de un detenido examen de ambas pinturas, la especialista determinó que la versión auténtica era la que estaba en poder de Sotheby's,

no sin señalar que la otra era «*la mejor falsificación que había visto nunca*». De esta manera, mientras que Christie's se vio obligada a retirar la imitación de su catálogo, Sotheby's vendió el ejemplar original, cobró su comisión y abonó el precio pagado por la obra al depositante de la misma, un marchante neoyorkino llamado Ely Sakhai.

Como es lógico, este sorprendente suceso dio lugar a la correspondiente investigación policial, que llevó al FBI a interrogar a quien había depositado la pintura falsa en Christie's para su venta, una galería japonesa con sede en Tokyo. La sorpresa fue inimaginable cuando dicha galería reveló la identidad de la persona que le había vendido previamente la falsificación: precisamente un marchante neoyorkino llamado Ely Sakhai.

Así salió a la luz una de las mayores tramas de estafa que han existido nunca en el mercado el arte. Durante quince años, Sakhai se había dedicado a comprar obras menores de artistas como Chagall, Renoir o Gauguin, de las que luego encargaba copias que vendía fuera de los Estados Unidos. Para convencer a los compradores de la autenticidad de las falsificaciones, las acompañaba de los certificados que expertos de gran renombre habían emitido al analizar las obras originales. De esta forma, las falsificaciones pasaban sin problema el filtro de los respectivos compradores, que confiaban ciegamente en el juicio de los expertos. Pasado un tiempo prudencial desde la venta de la falsificación correspondiente, el marchante no tenía problema ninguno para volver a certificar la obra original y ponerla también en el mercado.

Pero una genial coincidencia hizo saltar por los aires el cuidadoso sistema del falsificador: resulta que la galería japonesa a la que Sakhai había vendido la imitación del Gauguin, la depositó en Christie's al mismo tiempo que el marchante hacía lo mismo con el original en Sotheby's. De no ser por esto, la trama podría no haberse destapado nunca. El marchante fue detenido en marzo de 2004 en su galería de Broadway, y tras devolver a los distintos compradores a los que había estafado un total de 12,5 millones de dólares, evitó ir a la cárcel[1].

La anterior anécdota, aunque parezca sacada de una película, es una buena muestra de la opacidad y la incertidumbre que rodean al mercado del arte. Y aunque el caso relatado es único, lo que no es poco habitual es la situación del comprador que, a la hora de cerrar una específica transacción sobre una obra de arte, se encuentra en una difícil situación, a saber: la falta de certeza sobre la autenticidad de la misma.

Ello tiene su origen, principalmente, en la propia idiosincrasia del mercado del arte, en el que se venden objetos cuya procedencia y trazabilidad no siem-

1. La historia se relata de forma más detallada en Thompson, Don. *El tiburón de 12 millones de dólares*. Ariel, Barcelona, 2008. Págs. 243 y ss.

pre es clara. A menudo, la autenticidad de una obra es difícil de contrastar, o hacerlo requiere una importante inversión económica. Tal y como ha quedado patente en España a raíz del caso de *El Coloso* de Goya[2], ni siquiera la realización de pruebas científicas al más alto nivel técnico basta para obtener una respuesta concluyente sobre la autenticidad de una obra de arte. Es frecuente incluso que las propias galerías y casas de subastas no sean capaces de garantizar si un determinado mueble es «de época», o si una pintura es de un autor concreto o tiene una antigüedad específica. Es por esta causa, y con el objetivo de evitar posibles responsabilidades, que sus catálogos están redactados con una terminología algo confusa, que en más de una ocasión puede inducir a error sobre lo que en realidad se está comprando[3].

A la incertidumbre que ya de por sí es intrínseca al mercado del arte han contribuido también ciertas tradiciones del sector, como por ejemplo la costumbre de los pintores o escultores de organizarse en torno a gremios o escuelas. Esta práctica a menudo ha generado dudas sobre la atribución de una obra a un famoso pintor o más bien a alguno de sus discípulos por el parecido entre los estilos de ambos, como sucede a menudo con Rembrandt, por ejemplo[4]. En otros casos, los discípulos han imitado deliberadamente la firma de sus maestros, o han participado en las obras de éstos. Incluso los propios maestros han firmado obras ejecutadas por sus discípulos que, sin embargo, ellos de alguna manera habían dirigido o supervisado. En este sentido, Don Thompson cuenta que «*Un antiguo maestro como Rembrandt tenía a muchos aprendices trabajando en su estudio. Los aprendices preparaban el lienzo y*

2. García Calero, J. *Un estudio científico vuelve a atribuir El Coloso a Goya.* Diario ABC, 4 de abril de 2013. En el artículo se explica cómo la famosa pintura se atribuyó en un principio al pintor español, para después descartarse su autoría; y cómo en la actualidad se ha vuelto a atribuir la pintura a Goya.
3. Gaspar Lera, Silvia. *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor.* Editorial Aranzadi, España, 2005, p. 202, nota al pie 407. Allí se explica cómo en la jerga utilizada en los catálogos de galerías y casas de subastas, el que una obra se describa como «*atribuido a Tiziano*» significa que ha sido ejecutada durante el período creativo de dicho artista, pero sin que exista certeza de que proviene de su mano. Si, por el contrario, la obra se describe como «*taller de Tiziano*», ello quiere decir que se ejecutó en dicho taller, pero sin que se pueda asegurar que la ejecutó él mismo, y ni siquiera que el trabajo se realizara bajo su supervisión. Cuando se dice que la obra es de la «*escuela de Tiziano*», se quiere decir que la misma está influida por el estilo del pintor tras su muerte. Ahora bien, si la obra es en cambio «*estilo Tiziano*» significa que la pintura es obra de un imitador de dicho artista o alguien influido por su estilo, sin que pueda decirse siquiera si el autor era contemporáneo del mismo o no.
4. Heredero, Lilliet. *Una exposición de cuadros falsos.* BBC Mundo, 24 de julio de 2009. En el artículo se cuenta cómo la pintura «*Un anciano en una butaca*», inicialmente atribuida a Rembrandt, estuvo expuesta durante años en la National Gallery de Londres antes de que se descubriera que su autor era uno de los discípulos de aquél. A título de anécdota diremos que tras el descubrimiento del error la pintura no fue retirada, sino que la National Gallery alabó la pericia del discípulo y la incluyó en una muestra en la que se exhibieron las distintas copias e imitaciones encontradas entre las obras del museo a lo largo de los años.

realizaban una gran parte del cuadro, Rembrandt pintaba la cara, las manos y otros rasgos difíciles. Mientras la mano de Rembrandt fuera la responsable de una parte del cuadro final, la obra se consideraba auténtica»[5]. Otro supuesto problemático y muy común en el arte contemporáneo es del de aquellos artistas que no producen la obra con sus manos, sino que más bien se dedican a dirigir un equipo de ilustradores, dibujantes o técnicos –en ocasiones muy numeroso– que conjuntamente confeccionan la obra de arte, sobre la que más tarde el artista estampa su firma. Éste es el caso, por ejemplo, de personajes de la talla de Damien Hirst o Jeff Koons[6].

A lo anterior hay que añadir la extravagancia de los propios artistas, que en ocasiones han contribuido –incluso deliberadamente– a generar confusión sobre la autenticidad de sus propias obras. Según se cuenta[7], Picasso se habría negado a reconocer la autoría sobre algunas de sus pinturas pasadas porque ya no le agradaban. De la misma manera Andy Wharhol, que en ocasiones subcontrataba parte de la producción de sus obras, explicaba: «*Creo que sería estupendo que más gente empezara a hacer serigrafías, así nadie sabría si la pintura es mía o de otro»*[8]. Tampoco ha sido extraño, al parecer, el caso de artistas que han firmado en vida y de forma voluntaria lienzos en blanco, que luego han sido pintados por terceras personas y vendidos como obras originales del artista. Y por desgracia, también han sido habituales abusos como el presuntamente sufrido por Salvador Dalí, que según se dice, en la recta final de su vida habría sido obligado por sus allegados a firmar lienzos y papel en blanco con el fin de defraudar a futuros compradores[9].

Por último, no podemos dejar de mencionar las redes organizadas y mafias dedicadas a la falsificación de obras de arte, luego utilizadas para estafar a compradores inexpertos y no tan inexpertos. En este sentido, Peñuelas i Reixach[10] encuentra la causa del incremento de estas prácticas en el desarrollo de nuevas

5. Thompson, Don, *op. cit.,* pp. 248 y ss.
6. *Ibíd.,* Capítulo 8. Nada parece impedir que cualquiera de estos ilustradores o dibujantes pueda producir por su cuenta obras que resulten idénticas (en el pleno sentido de la palabra) a las de los artistas para los que trabajan, y sería incluso discutible que se les pudiera acusar de plagio o falsificación.
7. Stolz, George. *Authenticating Picasso.* ArtNews, 1 de febrero de 2013. Allí se cuenta cómo una pareja americana que había adquirido un cuadro directamente en el taller del pintor, acudió algún tiempo después para que éste confirmara su autenticidad. Picasso se negó, manifestando que se trataba de una falsificación, y cuando la pareja alegó que él mismo se lo había entregado, el genial pintor respondió con la frase que introduce este trabajo: «*Yo puedo pintar falsos picassos tan bien como otro cualquiera»*.
8. Thompson, Don, *op. cit.,* p. 95: Allí se cuenta cómo esta actitud del artista y los consiguientes problemas de autenticación de sus obras trajeron enormes problemas al *Andy Warhol Art Authentication Board,* la institución dedicada a la certificación de las obras de Wharhol. Por estos y otros motivos, el comité terminó por disolverse en el año 2011.
9. Quintá, Alfons. *Salvador Dalí ha firmado documentos y papeles en blanco que permiten la reproducción sin control de su obra.* Diario El País, 13 de marzo de 1981.
10. Peñuelas i Reixach, Lluis. Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte, Ed. Polígrafa, Barcelona, 2013. Págs. 107-108.

tecnologías de reproducción, que hacen que hoy en día falsificar sea mucho más fácil que antes. El mismo autor cita diversas opiniones de expertos que cifran la proporción de obra falsificada en aproximadamente un 10% del mercado mundial. Según declaraciones[11] del antiguo Director del *Metropolitan Museum of Art* de Nueva York, Thomas Hoving, dicho porcentaje es muy superior, en concreto un 40% del mercado mundial. En el mercado español, la Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo Nacional de Policía ha llegado a estimar que la obra falsificada roza un inquietante 50%[12]. Sea cual fuere la proporción acertada, es indudable que en el mercado del arte, y en concreto en el español, hay mucha falsificación. Así lo muestran, por lo demás, las numerosas redes de falsificación y venta de obras de arte falsas que han sido desarticuladas en los últimos años[13].

A la vista de todo lo anterior podrá comprenderse la importancia que tiene el estudio de los distintos remedios legales que asisten al comprador de una obra de arte que resulta ser falsa, a cuyo análisis se dedica este trabajo.

1.2. PLANTEAMIENTO Y OBJETIVO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

En el ámbito internacional existen numerosos trabajos que han tratado el tema de la falta de autenticidad en la compraventa de obras de arte y sus consecuencias jurídicas[14]. La presente investigación, sin embargo, se centra en la perspectiva española, donde no ocurre lo mismo. Aunque, evidentemente, en el ámbito nacional se pueden encontrar infinidad de estudios sobre la compraventa en general, los dedicados a la problemática específica de las compraventas de obras de arte son mucho menos abundantes, y ninguno aborda la cuestión desde la perspectiva que aquí nos interesa.

11. Citado por Casabó Ortí, M.ª Ángeles. *La estafa en la obra de arte.* Tesis Doctoral depositada en la Universidad de Murcia. Murcia, 2014.
12. Fernández Gállego, R. *Falsificaciones y robo de obras de arte.* En AA.VV. *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.* Madrid. Ministerio de Justicia, 2006.
13. En este sentido, ver por ejemplo Ferrandis, J. *Incautados cinco «picassos» falsos que estaban a la venta por 160 millones.* Diario El País, 21 de noviembre de 2015; Gálvez, J.J. *Reactivada la extradición a EE UU de dos falsificadores españoles de obras de arte.* Diario El País, 9 de febrero de 2016; o E.P. *La policía interviene 27 obras de arte falsas de grandes creadores,* Diario El País, 11 de marzo de 2016.
14. A título de ejemplo, se pueden citar los de Serezal, V. *L'authenticité des oeuvres d'art et le droit des contrats,* memoria presentada a la carrera de maestría en derecho de los negocios, Université Pantheón-Assas Paris II; Brun, P. *Erreur et doute sur l'autenticité d'une oeuvre.* En Repertorio Dalloz, 1999, Sumario 13; Tacente, N. *Compravendita di opera d'arte non autentica.* Richerche Giuridiche II, 1, p. 165. Universitá di Foggia; Amorth, G. *In tema di errore nella compravendita d'opere d'arte antiche.* Foro Italiano, 1948, pp. 679 y ss.; Carbone, P. *La vendita di opere d'arte non autentiche.* Giurnale Italiano, 1994; Palmer, N. *Liability for the misattribution of works of art.* En Transacting in Art, Ed. Institute of Art and Law, Londres, 1995, apartado 2; o Lerner, R. y Bresler, J. *Art law.* I:75, Practising Law Institute, Nueva York, 2005.

Uno de los primeros estudios centrados en la transmisión de obras de arte es el de José Luis Álvarez Álvarez[15]. El mismo, sin embargo, está dedicado más al examen de los distintos regímenes legales a los que puede estar sujeta la transmisión, que a los problemas de autenticidad que pueda tener la obra de arte transmitida.

Se han publicado también varios trabajos centrados en las peculiaridades de la transmisión de obras de arte cuando ésta se hace por medio de subasta, como los de Jesús Alfaro Águila-Real[16] y Silvia Gaspar Lera[17]. Éstos abordan principalmente la distinción de las diferentes relaciones jurídicas que tienen lugar en una subasta, y hacen un análisis de su naturaleza jurídica y sus peculiaridades. En el segundo de ellos se trata también la problemática del error y de los vicios ocultos en la compraventa de obras de arte, pero sólo de forma tangencial y no exhaustiva.

Por otra parte tenemos algunos comentarios jurisprudenciales, como el que Federico de Castro[18] publicaba al hilo del famoso *Caso Sorolla*[19], un supuesto de error en la compraventa de una obra de arte sobre el que nos extenderemos más adelante. También cabe destacar el agudo comentario que Paloma López-Carceller[20] hizo del *Caso Anglada Camarasa,* un caso similar al anterior y al que también nos referiremos en lo sucesivo. Ambos comentarios, aunque certeros, se limitan sin embargo a reseñar la problemática concreta que se planteó en tales casos judiciales, pero sin ánimo de tratar la cuestión de forma desarrollada.

Sin duda la obra más ambiciosa y completa de las que en España existen sobre el tema es el trabajo que Yolanda Bergel Sainz de Baranda[21] dedicó a la compraventa de obras de arte y los problemas propios de ésta. Ahora bien, en lo que se refiere a la protección del comprador, dicha obra está centrada sobre todo en el estudio del error, y no dedica demasiada atención al resto de remedios legales que es posible utilizar ante la adquisición de una obra de arte

15. Álvarez Álvarez, J.L. «La transmisión de obras de arte» en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1975.
16. Alfaro, Jesús. «La subasta de obras de arte. Aproximación a sus problemas jurídicos», en *Revista de Derecho Mercantil* Núm. 179-180, Madrid, 1986, pp. 99-142.
17. Gaspar Lera, Silvia. *La venta... op. cit.*
18. De Castro, F. *Comentario Jurisprudencial: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1981. Error en el consentimiento. Cumplimiento del contrato. Normal diligencia.* En *Estudios Jurídicos del Profesor* Federico de Castro. Editado por el Centro de Estudios Registrales, España 1997. Vol. 2.
19. Para mayor agilidad, en el presente trabajo se ha dado un nombre a cada caso judicial examinado, que en la mayoría de las ocasiones es el del artista al que se atribuía la obra de arte vendida.
20. López-Carceller Martínez, Paloma. «Compraventa de obras de arte. Falta de autenticidad: Comentario a la STS de 2 septiembre 1998 (RJ 1998, 7546)» en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* Núm. 3, Aranzadi, España, 1999, pp. 157-162.
21. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa de obras de arte. Problemas de derecho civil.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

falsa. Por otra parte, la jurisprudencia española que allí se cita en relación con la compraventa de obras de arte es escasa, sin que ello pueda reprochársele a la autora: en su obra Bergel examina los únicos siete casos judiciales que existían en el momento en que se publicó la obra.

Sobre el error en la compraventa de obras de arte trata también un reciente artículo de Juan Javier Negri[22], en el que se examina la cuestión desde una perspectiva multijurisdiccional. Al igual que en el caso anterior, sin embargo, en el mismo no se examinan más que de pasada el resto de vías de protección del comprador, y la jurisprudencia española citada es también escasa.

El trabajo cuyo enfoque más se acerca al adoptado aquí es probablemente el de Santiago Espiau Espiau[23], que se centra ya propiamente en la protección legal del comprador de una obra de arte no auténtica. Dicho estudio, sin embargo, es bastante breve y de nuevo se centra casi exclusivamente en el análisis del error. Si bien allí se analiza algún caso judicial, ello no se hace con intención de hacer un análisis completo y exhaustivo de la jurisprudencia española relacionada con la compraventa de obra de arte no auténtica, que es precisamente lo que se pretende aquí.

Por lo demás, ninguna de las obras citadas trata las consecuencias penales que podrían derivarse de la compraventa de una obra de arte no auténtica. En esta línea, y aparte del brevísimo comentario de Molins Raich y González García[24], creo que la obra de referencia debe de ser la de M.ª Ángeles Casabó Ortí[25], un estudio profundo y minucioso de las especialidades del delito de estafa cuando éste se da en transacciones con obras de arte. Por el contrario, y dado que esta obra es una monografía dedicada a dicho tema, la misma trata sólo de forma tangencial los remedios civiles que caben en el supuesto analizado.

Como ya se adelantaba más arriba, la presente investigación se centra en el análisis de las posibles vías de protección del comprador de una obra no auténtica, así como las particularidades, ventajas y desventajas que cada una de ellas presenta a pie de sala, es decir, en los Tribunales. De esta manera, lo que diferencia el presente estudio de los anteriores es la perspectiva que adopta, que es eminentemente práctica e incluso se podría decir que *procesal*. Mi única pretensión, así, es la de reunir y repasar de forma completa y exhaustiva toda

22. Negri, Juan Javier. *La puerta de Banksy (el error en la compraventa de obras de arte),* en Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2016. Civitas, Madrid, 2017.
23. Espiau Espiau, Santiago. «Medidas de derecho civil de protección a los adquirentes de obras de arte falsas o cuya autoría haya sido fijada de forma inexacta» en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* Capítulo XI.
24. Molins Raich, Marc y González García, Julia. «Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría» en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* Capítulo XIII.
25. Casabó Ortí, M.ª Ángeles. *La estafa en la obra... op. cit.*

la jurisprudencia española relacionada con la compraventa de obras de arte no auténticas. Por esta razón, y aunque apoyándome en alguna bibliografía básica relacionada con estas cuestiones, me he centrado principalmente en el estudio de los casos judiciales relacionados con el supuesto estudiado.

Para ello parto de una evidente ventaja, puesto que la jurisprudencia española sobre compraventa de obras de arte falsas era, a la fecha de publicación de los trabajos mencionados antes, muy escasa o incluso inexistente. Ahora, sin embargo, hay una base mayor de resoluciones susceptibles de estudio (aquí se analiza un total de sesenta y cinco), las cuales he relacionado de forma exhaustiva en el *Índice de Casos Judiciales Citados* que aparece al final de este trabajo. Como se decía, la perspectiva del presente estudio es eminentemente práctica: aunque el tono de la investigación es ciertamente académico, y aunque el análisis se hace con todo rigor, no pretendo sin embargo aportar ninguna solución doctrinal ni nada por el estilo: si con el presente trabajo consigo orientar a cualquier abogado que tenga que enfrentarse a un encargo de este tipo y le ayudo a defender los derechos de su cliente, habré cumplido con creces con mi objetivo.

1.3. DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE AUTENTICIDAD

Antes de entrar en materia, sin embargo, se hace necesaria una aclaración sobre el concepto de autenticidad que se manejará en lo sucesivo. A menudo se identifica autenticidad con autoría, es decir, se entiende que una obra de arte es auténtica en la medida en que puede atribuirse con certeza a un determinado autor. Aunque en muchos casos esta asociación de ideas será correcta, creemos que la misma es claramente parcial e incompleta. En efecto, una obra de arte puede ser auténtica en virtud de su autoría, pero también por tener una concreta antigüedad o pertenecer a una determinada época: tal es el caso de los muebles y las antigüedades, por ejemplo. La autenticidad, en otras ocasiones, puede tener que ver con un elemento espacial, como cuando se vende una obra que ha sido realizada en un determinado lugar, con independencia de su autoría concreta (un ánfora griega, una porcelana china, piezas de orfebrería). Pero la autenticidad también puede radicar en el origen de la obra, la escuela a la que se adscribe, las personas a las que ha pertenecido, etc.

Todas las cualidades mencionadas son ejemplos de lo que puede constituir la autenticidad de una obra de arte, pero las mismas no suponen en modo alguno un catálogo cerrado. Al contrario, la autenticidad podrá residir en cualquier aspecto de la obra de arte que, por las razones que sean, haya resultado de importancia para las partes en el momento de la compra. En lo sucesivo, por tanto, cuando se haga mención a la autenticidad de esta u otra obra de arte, no estaremos refiriéndonos exclusivamente a la autoría, sino a un concepto más amplio de lo que en cada caso puede constituir la autenticidad de la misma.

Aclarado todo lo anterior, a continuación comenzamos ya con el análisis de las distintas vías o remedios que asisten al comprador de una obra de arte cuando ésta resulta no ser auténtica.

2. ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS (ARTS. 1.484 Y SS. CC)

Como es bien sabido, el art. 1484 CC prevé que el vendedor responda de los defectos ocultos de la cosa vendida cuando éstos la hacen impropia para el uso al que estaba destinada; o si disminuyen de tal forma su uso que el comprador, en caso de conocerlos, no la habría comprado o al menos no en las condiciones que lo hizo.

Entonces, en principio, el vendedor de una obra de arte que resulte no ser auténtica responderá frente al comprador por dicha causa. Ahora bien, el precepto mencionado continúa diciendo que el vendedor «*no será responsable (…) si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*». En el ámbito que se analiza aquí –el mercado del arte y las antigüedades– esta coletilla final tiene especial relevancia, pues a menudo una de las partes de la transacción será un agente profesional, como por ejemplo una casa de subastas o una galería. Cuando así ocurra, la responsabilidad que impone el art. 1484 CC al vendedor quedará desvirtuada si el comprador, por su condición de experto en el sector, debía de haber conocido los defectos de la obra de arte vendida[26].

Desde un punto de vista jurídico parece que este primer remedio se ajusta bastante al supuesto que tratamos aquí. En efecto, la falta de autenticidad de una obra de arte, o la ausencia en ésta de una determinada característica (por ejemplo que no tenga la antigüedad esperada) parece que encajan bien en el concepto de «vicio o defecto oculto», y ello por dos razones: la primera, porque el tipo de defectos que estamos tratando aquí normalmente no son aparentes ni están a la vista, pues de otra manera el comprador no querría adquirir el artículo en cuestión o solicitaría una rebaja del precio del mismo[27]. Y la segunda, porque el vicio o la falta de una característica determinada en el objeto vendido no implicará, en muchos casos, un incumplimiento total de la obligación de entregar la cosa, sino más bien una cierta limitación en su calidad o funcionalidad, o una

26. Como se verá a lo largo del presente artículo, nuestros Tribunales han tenido muy en cuenta la condición de profesional de una de las partes a la hora de resolver conflictos como el que aquí se estudia.
27. Sobre este extremo discrepa Espiau Espiau, Santiago. *Medidas de... op. cit.,* en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* p. 275. Allí se explica que, en rigor, los defectos ocultos afectan a la materialidad de la cosa vendida, lo que se deduce del hecho de que ésta pueda llegar a perderse como consecuencia de los mismos (arts. 1487 y 1488 CC). Por el contrario, y según entiende el autor, la autenticidad de una obra de arte es una cualidad extrínseca que, si bien determina su valor, no afecta a su subsistencia, por lo que no se ajustaría bien al concepto de vicio oculto.

merma de su valor. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando una tablilla del s. XIII resulta ser finalmente del s. XV, o cuando habiendo comprado una cómoda Luis XVI «de época», después resulta que sólo es «estilo Luis XVI», es decir, que se fabricó según los cánones estéticos de una época pasada, pero en un momento posterior. En estos casos y otros similares, aunque la cosa objeto de compraventa no cumpla con todas las cualidades esperadas, ésta seguirá siendo la cosa pactada, y seguirá teniendo valor (incluso mucho valor). Así, será complicado defender que la obligación de entregar la cosa se ha incumplido totalmente, o bien que se ha entregado algo distinto a lo pactado.

Que estas acciones –las edilicias– encajan correctamente en el supuesto de hecho que aquí se estudia lo confirmaba, por lo demás, nuestro Tribunal Supremo en el *Caso Anglada Camarasa*[28], en el que el Alto Tribunal dirimió un conflicto surgido entre un coleccionista y una casa de subastas a raíz de la incorrecta atribución del cuadro que se había vendido. En su sentencia el Tribunal concluía que la acción de incumplimiento contractual (que era la que se había ejercitado) no resultaba aplicable al supuesto de autos, pero dejaba la puerta abierta al ejercicio de «otro tipo de acciones» más adecuadas al caso concreto que se trataba:

> *«(…) la falsedad del cuadro, al resultar probada su falta de autoría por aquel cuya firma figuraba en él, podría dar lugar a otro tipo de acciones, pero no a la de cumplimiento del contrato o subsidiaria resolución, no siendo aplicable al caso la invocada doctrina relativa al "aliud pro alio"».*

En mi opinión, las acciones que el Supremo tiene en mente a la hora de hacer la anterior afirmación no son otras que las edilicias. Lo mismo mantiene, por lo demás, López-Carceller[29], incluyendo también entre las posibles alternativas la acción de nulidad de por concurrencia de error sobre el objeto, que también se examina más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones edilicias se presentan como idóneas por otra razón adicional. Y es que la incertidumbre que existe en este tipo de mercados hará que, en la mayoría de los casos, el vendedor de un objeto artístico que contenga defectos ocultos no sea él mismo consciente de su existencia. Ahora bien, por imperativo del art. 1485 CC, el vendedor responde de los vicios *aun cuando los ignorase*, por lo que también desde esta perspectiva las acciones edilicias parecen adecuadas a la realidad del tráfico. Aunque, como se decía, creo que el anterior será el supuesto más habitual, por supuesto cabe que el vendedor conozca los vicios y sin embargo evite mencionarlos. En tal caso, podrían resultar más efectivas otro tipo de acciones que tienen en cuenta la conducta del vendedor y el engaño al que éste haya podido inducir, como por ejemplo la acción de nulidad por dolo en el

28. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 783/1998, de 2 de septiembre [RJ 1998, 7546]. En adelante nos referiremos a la misma como «*Caso Anglada Camarasa*».
29. López-Carceller Martínez, Paloma. *Compraventa de… op. cit.,* pp. 157-162.

consentimiento (art. 1.265 CC), o bien una acción penal en la que se denuncie un delito de estafa (art. 248 CP). Sobre ambas me extiendo más adelante.

A pesar de que, como se ha dicho, desde un punto de vista jurídico ésta es de las acciones más adecuadas al supuesto que aquí tratamos, lo cierto es que en la práctica adolece de un problema fundamental que impide casi totalmente su utilización. Como ya se habrá podido intuir, dicho problema es el breve plazo legal en que la misma se puede ejercitar, que según dispone el art. 1.490 CC es de 6 meses desde la celebración del contrato. En la práctica, ello reduce casi totalmente la efectividad de esta vía de actuación en supuestos de compraventa de obras de arte, pues lo habitual en estos casos es que la falta de autenticidad se descubra pasado ya este breve plazo de prescripción. Esto tiene que ver, nuevamente, con la idiosincrasia propia del sector que examinamos: el comprador de una obra de arte normalmente mantendrá en su poder la misma durante un período de tiempo superior a seis meses, ya sea con el fin de poder disfrutarla antes de proceder a su reventa, ya porque esté esperando su revalorización y el momento perfecto para volver a ponerla en el mercado. Y es precisamente en el momento de la reventa (y con motivo de la misma) que se realizan nuevas tasaciones o peritajes que se sacan a la luz los defectos o vicios de la obra. De esta forma, cuando se tiene conocimiento del vicio, ya han transcurrido sobradamente los seis meses, y por ende ha desaparecido la posibilidad de iniciar esta vía de reclamación.

De hecho, este breve plazo dificulta tanto el ejercicio de esta acción, que en la jurisprudencia española existe un solo caso en el que se haya reclamado por esta vía tras la compra de una obra de arte que resultó no ser auténtica. Se trata del *Caso Goya II*[30], en el que un particular compró un cuadro creyendo que era de Goya, pero tras la compra realizó una serie de exámenes de la obra que le llevaron a descubrir su falsedad. Tras ejercitar la acción de saneamiento por vicios ocultos contra el vendedor, la misma fue desestimada sobre la base de que la obra se había transmitido tan sólo como «*atribuida a Goya*» (así se describía en el contrato), y que por tanto la misma no adolecía de vicio ninguno, como explicaba la Audiencia Provincial de Madrid:

> *«(…) en este caso ninguna duda ofrece que el lienzo se adquirió como "atribuido" a Goya, y no como "de Goya", obligado deviene el perecimiento del recurso examinado, con la consiguiente confirmación de la resolución combatida».*

Por lo que se refiere a las consecuencias en caso de estimación de esta acción, el comprador podrá escoger entre el desistimiento del contrato con la consiguiente devolución del precio (acción redhibitoria) o la rebaja del precio pagado de forma proporcional al defecto descubierto (acción estimatoria o *quanti minoris*). En un

30. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), núm. 160/2007 de 23 marzo [JUR 2007, 244045]. En adelante, y junto con la sentencia dictada en casación, nos referiremos a la misma como «*Caso Goya II*».

primer momento, se podría pensar que el comprador siempre se decantará por el desistimiento del contrato y la restitución de las prestaciones, pues el hecho de que la obra de arte no sea auténtica frustra completamente sus expectativas. Ello será cierto para los supuestos de falsificación propiamente dicha en los que, descubierto el vicio, la obra no vale nada; pero éste no tiene por qué ser siempre el caso. Al contrario, creemos que aquí cabe un amplio espectro de supuestos en los que puede ser del interés del comprador optar por la *actio quanti minoris*: por ejemplo, el descubrimiento de que un cuadro inicialmente atribuido a Murillo es en realidad de uno de sus discípulos no obsta para que dicho objeto siga teniendo un gran valor en atención a su calidad, antigüedad, etc.[31]. De igual manera, una buena falsificación puede tener también un valor nada desdeñable, y prueba de ello es que algunos de los falsificadores más famosos de la historia (por citar algunos, Elmyr de Hory[32], John Myatt, Eric Hebborn o Han van Meegeren) han sido siempre considerados como verdaderos artistas. De hecho, no han sido aislados los casos en los que, tras descubrir que la atribución de una obra era incorrecta, la misma se vendiera después correctamente catalogada, o siguiera expuesta cambiando su atribución, o incluso que se conservara como ejemplo de magnífica falsificación[33].

Por último, creo que es importante recordar que el régimen de saneamiento por vicios ocultos es renunciable en nuestro ordenamiento. Así lo permite el art. 1485 CC, con la salvedad de que, a la hora de pactar dicha renuncia, el vendedor conociera los vicios de la cosa, en cuyo caso la renuncia no opera. Y creo que es importante señalar esto porque la posibilidad de renuncia al saneamiento puede ser de gran utilidad en el sector al que nos referimos: como se ha dicho, en este mercado normalmente existe una cierta incertidumbre sobre la autenticidad del objeto de la compraventa, no sólo del lado del comprador, sino también del vendedor, que a menudo no podrá tampoco asegurar categóricamente que la obra de arte es auténtica. Este margen legal que admite la renuncia al saneamiento puede permitir, en estos casos, blindar al vendedor de una futura reclamación por vicios ocultos, o incluso establecer en el contrato un régimen alternativo de saneamiento por los posibles vicios.

3. ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR ENTREGA DE COSA DISTINTA A LA PACTADA (ART. 1124 CC)

La acción de incumplimiento de contrato por entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*) es, junto con la vía del error que luego examinaremos, la más utilizada en

31. En el *Caso Murillo*, por ejemplo, tras la venta se descubrió que la obra había sido pintada por uno de sus discípulos. Evidentemente, el valor de la misma tras este descubrimiento reducía su valor, pero en modo alguno lo igualaba a cero. En el *Caso Herring,* al igual que en el anterior, la obra adquirida resultó no ser de éste sino de algún artista de su círculo artístico, probablemente de su hijo, que también era pintor.
32. A este singular falsificador de fama mundial dedicó Orson Welles su documental «F for Fake».
33. Por ejemplo, en el caso del falso Rembrandt citado en la nota al pie núm. 4.

supuestos de compraventa de una obra de arte falsa. Por medio de esta acción se pretende reparar la situación en que queda el comprador cuando el objeto que ha recibido es esencialmente distinto del que las partes habían acordado transmitirse. En un principio, a la vista de tal definición parece que este remedio encaja también satisfactoriamente con el supuesto que tratamos, pues una obra de arte no auténtica parece algo efectivamente muy distinto de su correspondiente obra original. Y sin embargo lo cierto es que, al menos desde un punto de vista teórico, existen importantes escollos para que una reclamación por esta vía pueda verse estimada en el supuesto que tratamos.

Un primer problema se deriva de la propia naturaleza de la obra de arte, que por definición es compleja y etérea. Como es bien sabido, nuestra doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento por entrega de *aliud pro alio* entiende que la diversidad de la cosa respecto de lo pactado presenta dos vertientes distintas[34]: la llamada *diversidad sustancial*, que existe cuando se entrega una cosa sustancial o esencialmente distinta a la pactada, y la *diversidad funcional*, que se da cuando los defectos, vicios o carencias que presenta la cosa hacen que sea inhábil para el uso o finalidad al que ésta debía destinarse. Sin embargo, cuando aplicamos lo anterior a la compraventa de obras de arte, nos encontramos con la dificultad que entraña definir de forma objetiva y universal lo que es una obra de arte, o determinar las cualidades que hacen que ésta sea considerada como tal.

En efecto, la naturaleza compleja e inasible de la obra de arte implicará que, en estos casos, resulte muy complejo determinar cuándo se ha entregado una cosa *sustancialmente distinta* a la pactada (diversidad sustancial), pues ¿en qué consiste la sustancia de una obra de arte? ¿cómo de diferente ha de ser la obra de arte entregada para concluir que se está entregando algo diverso? ¿basta con que no sea del autor al que se atribuyó en un primer momento? ¿hay que entender la diversidad en sentido material o físico, o también caben dentro de este concepto cualidades que exceden la materialidad de la obra? Y lo mismo ocurre al examinar si la obra de arte presenta defectos que la hacen inútil para su *fin o utilidad* (diversidad funcional), pues, ¿cuál es el fin o utilidad de una obra de arte? ¿satisfacer el goce estético del comprador? ¿servir de elemento de ornamentación? ¿o haber sido realizada por un determinado artista? Como puede verse, en ambos casos el examen sobre la «diversidad» del objeto artístico nos conduce a complejos interrogantes que, tirando del hilo, nos conducen a uno sólo, a saber, ¿qué es una obra de arte? Esta cuestión, sin embargo, pertenece más al campo de la Estética o Filosofía del Arte[35] que al de la Ciencia Jurídica, por lo que cualquier intento

34. Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala1.ª) de 6 de abril de 1989 [RJ 1989, 2994], y de 23 de enero de 1998 [RJ 1998, 124].
35. A lo largo de la historia, filósofos de la talla de Aristóteles, Kant, Hegel o Heidegger se han planteado una y otra vez estas preguntas, sin conseguir nunca agotarlas. Si ellos no han conseguido darles una respuesta concluyente, evidentemente mal podrán hacerlo un abogado o un juez.

de darles una respuesta desde el campo del Derecho resultará necesariamente subjetivo y arbitrario.

Ante la imposibilidad de responder de forma objetiva a las anteriores preguntas, creo que lo más correcto será no intentar contestarlas, o, si se quiere, evitar hacerlo abstrayéndose del supuesto de hecho concreto que en cada caso se examine y de la voluntad de las partes respecto de lo que éstas quisieron transmitirse. Como se explicará con mayor detenimiento al tratar la institución del error, creo que la única forma de evitar el callejón sin salida al que antes me refería, lo más adecuado será atender a las circunstancias particulares de cada caso (las disposiciones del contrato, la conducta de las partes, etc.) y tratar de deducir de las mismas qué entendieron las partes que constituía la sustancia de lo transmitido, o cuál fue la finalidad que en cada caso se pretendía dar a la obra de arte. En resumen, *estar a lo que las partes, en el momento de celebrar el contrato, entendieron que estaban comprando y vendiendo respectivamente.* A falta de tales datos, todo juicio que se haga sobre la sustancia y el fin de una obra de arte será, como se decía, peligrosamente subjetivo, más aún cuando esta subjetividad es lo que va a determinar que un Juez decida un caso en un sentido u otro. Esto es precisamente lo que ocurrió, a mi modo de ver, en el citado *Caso Anglada Camarasa,* en el que el Tribunal Supremo tenía que decidir si la entrega de un cuadro que se había atribuido de forma incorrecta a dicho pintor constituía un incumplimiento de contrato por entrega de cosa diversa. Pues bien, abstrayéndose de las circunstancias del caso, el Tribunal hizo una valoración de cuál era la finalidad de la obra de arte adquirida que a mi modo de ver resulta contraria a la lógica y al sentido común:

> *«(…) la finalidad para la que se vendió el cuadro y para la que fue adquirido, no fue otra que la de satisfacer el gusto estético del comprador o su afán coleccionista, finalidades que no quedaron frustradas, como lo evidencian los largos años en que el comprador mantuvo el cuadro en su poder antes de intentar su venta y llegar a conocer que no se trataba de un cuadro original del pintor cuyos apellidos figuraban en él (…)».*

Sobre la base de esta valoración totalmente subjetiva que hizo el Alto Tribunal acerca de cuál era la finalidad de la obra de arte, se decidió el caso a favor de la parte demandada.

El segundo problema que surge cuando tratamos de adecuar esta acción de incumplimiento al supuesto analizado tiene que ver con las dudas que hay en cuanto a que dicha acción resulte en absoluto aplicable a las compraventas de obras de arte. En realidad, este problema no es más que la concreción en el ámbito que nos ocupa de una cuestión ya clásica en el estudio de la compraventa civil, como es el de la aplicabilidad de la acción de incumplimiento por entrega de cosa diversa a las compraventas de *cosa específica*. A continuación se explica tanto el origen de dicha discusión como el alcance que la misma tiene en el supuesto analizado.

El origen del problema reside en la aparente confusión con que están reguladas en nuestro Código Civil las acciones edilicias, la acción de nulidad por error y la de

incumplimiento de contrato por entrega de cosa diversa. En efecto, en un principio parece que el comprador que descubre ciertos defectos en la cosa (sea ésta la que sea) puede escoger libremente entre las tres acciones mencionadas. Es decir que, aparentemente, el ámbito de aplicación de estas acciones se confunde o se solapa. Como consecuencia de lo anterior, nuestra Doctrina y nuestra Jurisprudencia se han esforzado en delimitar el ámbito propio de cada una de ellas[36]. A la hora de practicar este deslinde, Bercovitz comienza diciendo que «*(...) la distinción no admite un tratamiento unitario, sino que requiere un estudio separado de las compraventas de cosa genérica y las compraventas de cosa específica*»[37]. Es decir, que a la hora de diferenciar el ámbito propio de cada una de las tres acciones, ello ha de hacerse partiendo de una primera distinción atendiendo a que el objeto de la compraventa sea una cosa genérica o específica.

Algunos ejemplos ayudarán a entender la lógica de esta afirmación: efectivamente, cuando lo que se vende ha sido sólo genéricamente determinado (como en el caso de bienes fungibles, como petróleo o trigo), será difícil que el comprador incurra en error sobre las cualidades del objeto, pues en tales casos, el objeto de la venta se habrá determinado atendiendo precisamente a tales cualidades (por ej., se habrá establecido que el petróleo haya de ser de un tipo determinado, o que el trigo deba tener una calidad concreta). En tales supuestos, por tanto, no será adecuada una acción basada en el error, pero sí en cambio una acción de resolución por *aliud pro alio*: si el vendedor entrega al comprador un material de cualidades distintas a las pactadas, será evidente que se ha entregado algo distinto de lo que se acordó. Sin embargo, ocurre precisamente lo contrario cuando el objeto de compraventa es una cosa específica: en estos casos, lo habitual es que la determinación del objeto se haga mediante la exhibición de la cosa o su examen por parte del comprador, y éste es precisamente el ámbito propio en el que puede surgir el error, es decir, la discordancia entre lo que el comprador cree que está comprando y lo que en realidad compra. Por ejemplo, cuando se vende un vehículo y éste se exhibe al comprador previa compra, cabe que el comprador se forme una idea errónea de las propiedades del mismo, o que la conducta o manifestaciones del vendedor puedan dar lugar a equívocos sobre éstas: cabrá, por tanto, la acción de nulidad por error. Ahora bien, si en estos casos la cosa vendida no se corresponde con lo esperado por el comprador, será muy difícil aplicar la doctrina del *aliud pro alio*, pues, siempre que se le haya entregado al comprador exactamente aquello que tuvo la oportunidad de examinar –aquel coche que se le exhibió–, ¿cómo defender que lo entregado es distinto de lo pactado?

Y es por ello que nuestra Doctrina, a la hora de delimitar el ámbito de las tres acciones a las que nos referíamos (vicios ocultos, *aliud pro alio*, error) ha entendido que el problema se reduce a distinguir entre los casos de vicios ocultos e incumpli-

36. Este problema es tratado en toda su profundidad en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa» en *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, 1969.
37. *Ibíd.*, p. 778.

miento en las compraventas de cosa genérica, y distinguir los casos de vicios ocultos y error en las de cosa específica. Si se admite lo anterior, la acción de incumplimiento de contrato por entrega de cosa diversa no será aplicable a las compraventas de cosa específica, y los defectos que la cosa pueda tener en estos casos deberán de reconducirse o bien por la vía del error, o bien por la vía de los vicios ocultos.

Ahora bien, ¿hay algo que impida –o deba de impedir– que el comprador pueda elegir entre ambas acciones para resarcirse de los defectos de la cosa específica, es decir, que tanto la vía de los vicios ocultos, como la vía del incumplimiento resulten aplicables? En este sentido, Bercovitz alude a razones de seguridad jurídica y política legislativa con las que estoy esencialmente de acuerdo, pues «*(...) tal dualidad normativa es contraria a las reglas de la lógica, perturbando la unidad del ordenamiento, lo que da lugar a una disminución de la seguridad jurídica y constituye una fuente de injusticias*»[38]. En efecto, si no se traza una distinción clara entre los ámbitos de ambas acciones, se establecería una dualidad que no resulta deseable. A lo anterior yo añadiría otra razón eminentemente práctica, pues esa *«perturbación de la unidad del ordenamiento»* y *«disminución de la seguridad jurídica»* de las que habla Bercovitz tienen todo que ver, creo, con los distintos plazos de prescripción previstos para las tres acciones cuyo deslinde se trata: si nuestro legislador ha dispuesto que la reclamación por los vicios ocultos deba de hacerse en seis meses desde la celebración de la misma, ¿es razonable permitir que dicha reclamación se haga ampliando ese corto período de tiempo al previsto para las acciones personales en el art. 1964 CC?

Ahora bien, la anterior cuestión no ha sido en absoluto pacífica en nuestra Jurisprudencia. De hecho, tradicionalmente se vino admitiendo la total compatibilidad de ambas acciones, permitiendo así que el comprador de una cosa específica que presenta defectos escogiera libremente entre las acciones edilicias y el incumplimiento de contrato[39]. Más recientemente la anterior postura ha ido matizándose, y nuestros Tribunales han recurrido al criterio arriba indicado (cosa genérica/cosa específica) para deslindar sus respectivos ámbitos de aplicación. Otro criterio de deslinde que también ha sido habitualmente utilizado para diferenciar el ámbito de los vicios ocultos del ámbito del incumplimiento es el de la gravedad/levedad de los defectos de la cosa: Según el mismo, se entenderá que hay incumplimiento contractual cuando los vicios sean de tal gravedad que hagan a la cosa totalmente inhábil para el fin al que debía de destinarse, mientras que los defectos menores se reconducirán a un supuesto de vicios ocultos[40]. De esta forma, y aun cuando pudiera mantenerse que la acción de incumplimiento contractual resulta aplicable a las compraventas de cosa específica, habría de cumplirse un ulterior requisito, a saber, que los vicios de la cosa

38. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *La naturaleza... op. cit.,* p. 779.
39. Véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de noviembre de 1970 [RJ 1970, 5249], de 25 de abril [RJ 1973, 2289] y de 22 de marzo [RJ 1984, 1316].
40. Para una explicación más detallada de esta cuestión, se puede consultar Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coord.). *Tratado de Contratos.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Vol. I.

fueran de tal entidad que puedan constituir un total incumplimiento de contrato, y no un mero vicio redhibitorio.

Si se aplica lo anterior al supuesto que examinamos aquí, deberemos de concluir que la acción de resolución por entrega de *aliud pro alio* no resulta aplicable a la compraventa de una obra de arte no auténtica[41]. En efecto, y salvo raras excepciones, una obra de arte será siempre una cosa específica, pues lo normal es que la obra se haya exhibido previamente al comprador, e incluso que éste haya podido examinarla con anterioridad a la celebración de la compraventa. Así lo entendió el Tribunal Supremo en el citado *Caso Anglada Camarasa*: Aunque la vendedora reconoció en el procedimiento que la obra podía efectivamente no ser de dicho pintor[42], el Tribunal desestimó la demanda por entender que no se había entregado algo distinto de lo que se compró, sino precisamente la pintura que el comprador pudo contemplar expuesta en la galería:

> *«En el presente caso no puede afirmarse, como pretende el actor, que se haya producido una entrega de cosa distinta; como se ha dicho el cuadro comprado fue el que se hallaba expuesto en el local de la actora y ése es el que le fue entregado, (…)».*

La anterior postura del Supremo la explica con detenimiento López-Carceller[43], que en el comentario que hizo del anterior caso se mostraba de acuerdo con la misma:

> *«Al tratarse de una compraventa de cosa específica, el vendedor cumple cuando se entrega el objeto concreto previsto en el contrato, que debe de cumplir con los requisitos de identidad e integridad. El contrato de compraventa se celebra en el local de la entidad vendedora, teniendo a la vista ambas partes el cuadro que se pretende comprar/vender; la identificación del objeto resulta, pues de su presencia física ante las partes en el momento de la celebración del contrato y no de su atribución a un pintor determinado, por lo que no cabe duda de que, en este caso, la entidad vendedora cumplió al entregar al comprador el cuadro expuesto en su establecimiento (…)».*

La misma opinión mantiene también Gaspar Lera[44], que entiende que la postura del Tribunal Supremo es correcta, y concluye que la acción de incumplimiento no resulta aplicable a la compraventa de una obra de arte.

---

41. En la práctica, sin embargo, será sencillo evitar los problemas que puedan derivarse de esta compleja polémica doctrinal: bastará con acumular las acciones de resolución por incumplimiento y la de nulidad por error, pidiendo una como principal y otra como subsidiaria, con lo que en cualquier caso (sea la cosa genérica o específica) cabrá alguna de las dos. Así se hizo en el *Caso Portocarrero y Peláez,* el *Caso Juan Gris,* el *Caso Benjamín Palencia* o el *Caso Cecilio Plá*, a los que nos referiremos más adelante.
42. Hermenegildo Anglada Camarasa (1871-1959) fue un pintor catalán representante del postimpresionismo que tomó también algunos elementos de la pintura de vanguardia. Participó en las grandes exposiciones internacionales de la época y estuvo muy presente en los círculos artísticos y culturales europeos de su tiempo.
43. López-Carceller Martínez, Paloma. *Compraventa de… op. cit.,* pp. 157-162.
44. Gaspar Lera, Silvia. *La venta… op. cit.* pp. 185-186.

Bergel[45], sin embargo, discrepa de las dos anteriores opiniones, manteniendo que la postura del Alto Tribunal está anclada en una concepción del *aliud pro alio* antigua y desfasada, y que la falta de autenticidad de una obra de arte puede perfectamente constituir dicho incumplimiento:

> *«En cuanto al incumplimiento de contrato, a nuestro juicio debería ser también una vía eficaz para proteger al adquirente de obras de arte. (…) La falta de autenticidad establecida en el contrato de compraventa constituye un defecto de la cosa vendida de tal entidad que puede constituir un incumplimiento de contrato. Ello no obstante, en la práctica esta idea se topa con el obstáculo de que nuestro Tribunal Supremo, que en materia de compraventa de obras de arte, sigue anclado en la concepción tradicional de incumplimiento, según la cual en la compraventa de cosas específicas las cualidades de la cosa no forman parte de la obligación de entrega (…)».*

Los dos problemas teóricos que se han mencionado tienen una importancia indudable desde un punto de vista doctrinal. Ahora bien, lo cierto es que en la práctica nuestros Tribunales han evitado este tipo de disquisiciones cuando examinaban compraventas de obras de arte no auténticas, basando sus decisiones en criterios de justicia material y en una interpretación finalista de este tipo de contratos. Y la verdad es que, dada la complejidad de las anteriores reflexiones y la arbitrariedad a que pueden dar lugar, no se les puede reprochar que intenten evitarlas. En todo caso, el resultado es que, en la práctica, y en contra de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el *Caso Anglada Camarasa,* la acción de resolución por entrega de cosa diversa sí ha sido utilizada y estimada por nuestros Tribunales[46]. Así ocurrió, por ejemplo, en el *Caso Portocarrero y Peláez*[47], que se inició mediante demanda con la que el comprador solicitaba acumuladamente la nulidad del contrato por error, y subsidiariamente su resolución por entrega de cosa diversa. En el examen que allí se hizo, la Audiencia Provincial de Madrid entendió que la autoría de ambos pintores cubanos[48] era efectivamente una cualidad sustancial de las obras de arte compradas, y que la falta de ésta frustraba de

45. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa... op. cit.*, p. 32. En realidad, Bergel defiende que la acción de incumplimiento procede no sólo con fundamento en el *aliud pro alio,* sino por la falta de cualquier cualidad en la cosa que suponga una frustración del fin del contrato.
46. Con ello, han dado la razón a Bergel, que como se ha dicho ya denunció la falta de razonabilidad de la postura mantenida por nuestro Tribunal Supremo en el *Caso Anglada Camarasa.*
47. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), núm. 608/2012 de 26 noviembre [AC 2012, 2270]. En adelante, y junto con la sentencia de instancia, «*Caso Portocarrero y Peláez*».
48. René Portocarrero (1912-1985) y Amelia Peláez (1896-1968) son dos de los artistas plásticos más importantes del s. XX cubano. El primero centró su pintura en temas de la tradición afrocubana, haciendo uso de un estilo colorido que ha sido calificado de «barroco». La segunda estudió en Francia, donde comenzó experimentando con el modernismo para después desarrollar un estilo de vanguardia.

forma total el fin del contrato, por lo que se estimó la acción de incumplimiento por entrega de cosa diversa:

> *«En este caso, no parece discutible que los cuadros adquiridos en las instalaciones de la demandada lo fueron por la razón de pertenecer a los artistas cubanos, según se anunciaba en el catálogo, y por la demandada, sociedad que se dedica a las subastas de obras de arte, cuyo prestigio en el mercado es público y notorio (…)».*

En concreto, la Audiencia desechó incluso el argumento de la demandada centrado en que se había entregado precisamente la cosa que específicamente se había determinado en el contrato, y ello a pesar de que el comprador había tenido ocasión de examinarla físicamente:

> *«Luego no puede prosperar la tesis de la apelante de que el objeto del contrato era exactamente lo entregado al demandante, pues no cabe duda de que quien colecciona obras de arte o gusta de su compra, como aquí el señor Julián, su insatisfacción es total cuando lo adquirido es falso».*

En el *Caso Benjamín Palencia*[49], en el que también se examinaba una acción de resolución del contrato por entrega de cosa diversa basada en la incorrecta atribución de un óleo al pintor Benjamín Palencia[50]. El Juzgador *a quo* sustentó la posición del comprador entendiendo que la autoría era efectivamente una cualidad sustancial, y que su falta hacía a la obra totalmente inhábil para su fin. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó expresamente dicho criterio con las siguientes palabras:

> *«En el presente caso, es evidente que el actor compró la obra pictórica en atención a la autoría de la misma y con arreglo a dicha autoría se fijó el precio en la subasta dirigida por la demandando. Es decir, la autoría (…) constituye el motivo esencial del contrato de compraventa (…)».*

Al igual que en los casos anteriores, nuestros Tribunales entendieron que la falta de autenticidad podía sustentar una acción de incumplimiento en el *Caso Juan Gris*[51]. En el mismo, fue la propia casa de subastas la que, ante las noticias aparecidas en prensa sobre la falsedad de una obra de arte que se había vendido en su establecimiento, demandó al vendedor y al comprador. En su demanda solicitaba que se declarara la autenticidad de la pintura, y, subsidiariamente, para el caso de ser ésta falsa, la resolución por incumplimiento de los dos contratos

49. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª) núm. 110/2016, de 10 marzo [AC 2016, 498]. En adelante, junto con la sentencia de instancia, «*Caso Benjamín Palencia*».
50. Benjamín Palencia (1894-1980) fue un pintor español que, junto con el escultor Alberto Sánchez, fundó en 1927 la llamada «Escuela de Vallecas», un movimiento de tintes surrealistas creado a semejanza de las vanguardias europeas.
51. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), núm. 181/2005 de 18 marzo [AC 2005, 385]. En adelante, conjuntamente, «*Caso Juan Gris*».

implicados en la venta[52]. Aunque el Tribunal desestimó la demanda por entender que la falsedad no había quedado suficientemente acreditada, pareció entender que la falsedad de la pintura podía eventualmente fundamentar una acción de incumplimiento de contrato.

En resumen, parece que no es del todo descabellado plantear una reclamación por la vía de esta segunda acción aquí examinada. Y ello supone en la práctica varias ventajas con respecto al resto de posibles alternativas: la primera tiene que ver con su plazo de prescripción, que es el previsto por el art. 1964 CC para las acciones personales y ha sido recientemente reducido de quince a cinco años[53]. Ello de por sí explica que esta acción, en la práctica, haya resultado mucho más operativa que las edilicias. De hecho, probablemente ha sido este extensísimo plazo la razón de que, a pesar de los problemas apuntados, se haya utilizado frecuentemente la acción de incumplimiento de contrato en supuestos de compraventa de obras de arte. En el futuro, sin embargo, al haberse casi igualado este plazo de prescripción con el previsto para la acción de nulidad, es esperable que esta acción vaya cayendo en desuso. Por lo demás, la segunda ventaja que esta acción presenta tiene que ver con las pretensiones que en base a la misma se pueden articular, y que son más beneficiosas para el comprador: En efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124 CC, el adquirente podrá escoger entre el cumplimiento o la resolución del contrato, en ambos casos pudiendo reclamar todos los daños y perjuicios que hayan podido causarse[54].

4. ACCIÓN DE NULIDAD DE LA COMPRAVENTA POR ERROR SOBRE LAS CONDICIONES ESENCIALES DEL OBJETO (ARTS. 1.265 Y 1.266 CC)

Si aplicamos la doctrina civil general al supuesto que estamos investigando, ésta será la acción que pretende anular la compraventa de una obra de arte por haber existido error sobre las cualidades esenciales de la misma. Nuestra Doctrina define

52. La venta a través de subasta de un objeto artístico supone, en realidad, la articulación de tres relaciones jurídicas distintas y tres contratos diferentes: en primer lugar está la relación entre el vendedor (propietario del bien) y la casa de subastas, entre los que existe una relación similar al mandato o la comisión; en segundo lugar está la relación entre la casa de subastas y el comprador de la obra de arte, que celebran un contrato de licitación; y en tercer lugar, está la relación entre el vendedor y el comprador, entre los que existe propiamente el contrato de compraventa. Sobre estas distintas relaciones jurídicas y su naturaleza se han extendido Alfaro, Jesús. *La subasta... op. cit.*, y también Gaspar Lera, Silvia. *La venta... op. cit.*

53. La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil modificó el artículo 1964 CC sustituyendo el plazo antes estipulado de 15 años por uno de 5 años, que nuestro Legislador ha considerado más acorde con el tráfico comercial de los tiempos que corren y la salvaguarda de la seguridad jurídica.

54. Piénsese, por ejemplo, los gastos de expertización y transporte de la obra de arte comprada, o los asociados a la conservación de la misma, e incluso el lucro cesante que se esperara obtener de una posterior reventa, cuando éste pueda acreditarse suficientemente.

el error como «*(…) una falsa representación mental de la realidad por parte de un sujeto que afecta a la formación de su voluntad, de modo que, de no haber incurrido en el mismo, aquél no hubiera celebrado el contrato, o no en esas condiciones*»[55]. El error existirá, así, cuando una de las partes tenga una idea inexacta o errónea de las características de la obra de arte que se está transmitiendo, cuando dichas cualidades le hayan llevado a celebrar el contrato.

Aunque en lo sucesivo nos centraremos en el error del comprador, lo cierto es que éste también puede ser del vendedor, como cuando se vende un objeto artístico de gran valor por un precio ridículo por desconocimiento o falta de información. El error del vendedor ha sido tratado por Bercovitz[56], aunque sin referirse a un supuesto concreto de compraventa de objetos artísticos, y también por Álvarez Álvarez[57] y Gaspar Lera[58] ya de forma más específica en el supuesto que aquí se analiza. Sobre el este mismo tema ha profundizado también Negri[59] en su artículo dedicado al caso de la famosa «*Puerta de Banksy»:* En el mismo se cuenta cómo un ciudadano palestino habitante de Gaza vendió la puerta de su casa por 165 euros ignorando que el grafiti que aparecía pintado sobre la misma era obra de Banksy, el famoso grafitero británico cuyas obras cotizan a un precio medio de unos 500.000 euros[60]. Pero, como se decía, lo que aquí nos interesa es la protección del adquirente, y por tanto, aquellos supuestos en que el *errans* es el comprador.

El error, en muchos casos, estará en la creencia de que la obra artística es de un determinado autor, atribución que posteriormente resulta no ser cierta. Ahora bien, como ya se ha dicho el error puede recaer sobre cualquier otra cualidad de la obra de arte, como por ejemplo su antigüedad, el período o la escuela a la que pertenece, el material de que está hecha, su estado de conservación, etc. Un ejemplo de error en la compra de una obra de arte que sin embargo recae sobre una cualidad distinta de la autoría es el que motivó el *Caso Julián Alcaraz*[61]: En el mismo, aunque los dos cuadros vendidos sí eran del pintor murciano Julián Alcaraz[62], éstos habían sido restaurados de forma tan negligente que su contenido original no

55. Marín López, Manuel. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coord.). *Tratado de… op. cit.,* p. 643.
56. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. *La naturaleza… op. cit.,* pp. 190-191.
57. Álvarez Álvarez, J.L. *La transmisión… op. cit.*
58. Gaspar Lera, Silvia. *La venta… op. cit.*
59. Negri, Juan Javier. *La puerta… op. cit.*
60. Banksy es un famoso artista callejero – *Street Art* – británico de identidad desconocida, que a través del grafiti y otras formas de arte urbano hace crítica social y política, siempre con un estilo cínico o satírico.
61. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª) núm. 376/1998, de 16 de diciembre [JUR 1999, 54440]. En adelante, junto con la sentencia de instancia, «*Caso Julián Alcaraz*».
62. Julián Alcaraz (1876-1952) fue un pintor murciano muy vinculado al mundo del toro y famoso por sus escenas de tauromaquia, que pintaba para los carteles de las ferias taurinas. Tenía un peculiar método de trabajo consistente en esculpir primero modelos de toros en arcilla, para después pintarlos.

excedía ya el 20% de los mismos. Esta circunstancia fue ocultada al comprador, que al conocerla denunció la existencia de un error en el consentimiento, consiguiendo con ello la anulación de la compraventa y la devolución del precio pagado, decisión que en apelación confirmó la Audiencia Provincial de Murcia:

> *«(…) está más que suficientemente probado por la pericial practicada que la restauración dejó los cuadros en endebles condiciones de originalidad, de tal manera que difícilmente pueden ser atribuidos a su autor en más porcentaje del reseñado en los referidos estudios periciales, así que este primer extremo deja al descubierto una circunstancia básica sobre la que el consentimiento se formó de manera viciada».*

Un ejemplo similar es el conflicto resuelto por el Tribunal Supremo en el *Caso Goya I*[63]. En el mismo se analizaba la compraventa entre un anticuario y un sacerdote de Salamanca de un lienzo que en el contrato se describió como «*(…) de época aproximada de finales del s. XVIII o comienzos del s. XIX (…)»*, y que ambas partes sospechaban que podía ser de Goya. Al demostrarse que el lienzo no databa del s. XVIII, sino que había sido pintado en pleno s. XX –lo que reducía drásticamente su valor–, la compradora solicitó la nulidad de la compraventa por error sobre sus cualidades esenciales. El Tribunal desestimó sin embargo la demanda porque, al haber fijado las partes la antigüedad del lienzo de forma sólo aproximada, el error no parecía haber sido tan esencial como para anular el contrato.

Esta tercera alternativa para proteger al comprador de una obra inauténtica es, con diferencia, la más utilizada en la práctica ante los Tribunales, junto con la acción de incumplimiento contractual que ya se ha examinado. Ello es consecuencia, en primer lugar, de que desde un punto de vista jurídico encaja perfectamente en el tipo de controversias que estamos examinando. En efecto, parece que la compraventa de una obra de arte es un terreno especialmente abonado para que surja el error del comprador sobre las condiciones del objeto comprado, y muestra de ello es que nuestra Doctrina a menudo ha puesto precisamente este ejemplo cuando ha tratado el error[64]. En segundo lugar, y ya desde una perspectiva más práctica, parece que el plazo para su ejercicio –cuatro años desde la firma del contrato según lo dispuesto en el art. 1.301 CC – hace que en la práctica resulte bastante eficaz[65]. Así y todo, esta vía de reclamación no está exenta de algunas dificultades sobre las que nos extendemos a continuación.

63. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), núm. 100/1974 de 28 de febrero de 1974 [RJ 1974, 742]. En adelante, nos referiremos a este caso como «*Caso Goya I*».
64. Así lo han hecho, entre otros, Bercovitz, De Castro, Morales Moreno o Manuel Marín López.
65. Y, sin embargo, lo cierto es que a pesar de este plazo de prescripción más amplio, no es tampoco extraño que en el momento del descubrimiento de la falsedad esta acción tam-

Para empezar, nuestros Tribunales han entendido que la anulación de un contrato por error en el consentimiento debe de apreciarse con carácter excepcional, y ello con el fin de preservar la estabilidad del tráfico mercantil y salvaguardar la seguridad jurídica. En concreto, nuestro Tribunal Supremo entiende que[66]:

> *«(…) la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (…) ya que el error implica un vicio del consentimiento, no una falta de él (…)».*

Tal doctrina fue la aplicada por nuestro Tribunal Supremo en el *Caso Sorolla*[67], en el que un profesional que había adquirido un cuadro incorrectamente atribuido a dicho pintor invocó el error con el fin de anular la compraventa realizada. El Alto Tribunal sin embargo desestimó la demanda, con base entre otras cosas en la protección del principio de responsabilidad y el principio de seguridad del tráfico jurídico; y teniendo muy en cuenta que el adquirente era un entendido en la materia. Lo anterior ya da buena cuenta de la predisposición con la que nuestros Tribunales van a enfrentar este tipo de conflictos, que va a ser la de tratar, en principio, de conservar el negocio jurídico celebrado.

Pero no basta con la mera existencia del error para que éste sea jurídicamente relevante, es decir, para que el contrato pueda anularse por causa del mismo. Para ello, nuestra Jurisprudencia requiere también que se cumplan dos requisitos cumulativos, a saber, (i) que el error sea esencial o, lo que es lo mismo, que recaiga sobre las cualidades esenciales del objeto, y (ii) que el error sea excusable[68]. A continuación se examinan ambos de forma separada, aplicándolos concretamente a la compraventa de obras de arte.

4.1. QUE EL ERROR RECAIGA SOBRE LAS CUALIDADES ESENCIALES DEL OBJETO

El primero de los requisitos exige que el error sea de cierta importancia, es decir, que la discordancia entre la realidad y la idea que el comprador tiene de

---

bién haya prescrito. Así ocurrió, por ejemplo, en el *Caso Portocarrero y Peláez*, el *Caso Herring* o el *Caso Murillo.*

66. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 67/1998, de 6 de febrero de 1998 [RJ 1998, 408].
67. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 9 octubre 1981 [RJ 1981, 3595]. En adelante, nos referiremos a ella como «*Caso Sorolla*».
68. Aunque en ocasiones nuestro Tribunales han mencionado otros requisitos distintos de los citados (por ej., en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 67/1998, de 6 febrero [RJ 1998, 408]), en realidad no son más que aspectos subsumibles en los dos requisitos mencionados, tal como explica Marín López, Manuel en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coord.). *Tratado de... op. cit.,* p. 644.

ella se dé respecto de alguna cualidad del objeto que sea esencial o que en algún sentido haya llevado a las partes a celebrar el contrato.

Como ha señalado Bergel[69], determinar qué cualidades de la obra de arte vendida son esenciales no es difícil cuando las partes, en el contrato, han descrito la misma detallando qué características se le presuponen. Si así lo han hecho, el Tribunal podrá sencillamente acudir al documento de compra y deducir de lo pactado qué cualidades determinaron la celebración del negocio jurídico. Sin embargo, como continúa explicando Bergel, en el mercado del arte y las antigüedades es muy habitual no documentar las transacciones, y si se hace es sólo mediante una factura, albarán o documento similar, en el que no suelen reflejarse las características de la obra ni las apreciaciones de las partes sobre las mismas.

Es precisamente entonces (cuando la voluntad de las partes no se ha expresado suficientemente) cuando se hace más complicado determinar qué cualidades de la cosa vendida fueron esenciales para las partes y cuáles no. Y cuando el objeto de la compraventa es una obra de arte, esta valoración alcanza su máxima dificultad, dada la naturaleza compleja y etérea de estos particulares objetos: Si un particular adquiere un vehículo o un lavavajillas, es evidente qué características deben de tener estos objetos y qué se espera de los mismos. Al tratarse de bienes que tienen una finalidad y un uso evidentes, el examen de sus cualidades principales será más objetivo, y si el vehículo no arranca, o el lavavajillas no lava bien los platos, será fácil concluir que ha existido un vicio del consentimiento. Ahora bien, cuando lo que se vende es una obra de arte, esta objetividad en el análisis desaparece, pues: ¿Cuáles son las cualidades esenciales del famoso cuadro *El beso* de Chagall? ¿Estar compuesto de unos pigmentos determinados o materiales concretos? ¿Tener una concreta composición o temática? ¿O bien haber sido realizado precisamente por Marc Chagall? De igual forma, ¿Cuáles son las cualidades esenciales de un jarrón chino de la dinastía Ming? ¿Estar fabricado en una determinada porcelana? ¿Tener unos patrones de adorno específicos? ¿Haber sido fabricado en una época concreta?[70] Que nos decidamos por una u otra de las anteriores opciones atenderá siempre a un criterio puramente subjetivo, y como se decía más arriba, peligrosamente subjetivo si ello va a determinar la decisión de una contienda en un sentido o en otro.

Y arbitrario también sería concluir que el comprador siempre compra la obra por ser de un determinado autor. Al contrario, lo cierto es que el arte se compra por las más diversas razones: Hay quien se «enamora estéticamente» de una pintu-

69. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa… op. cit.*, p. 129.

70. Una problemática muy similar a ésta aparecía cuando, en el análisis de la acción de incumplimiento contractual por *aliud pro alio*, se examinaba la diversidad sustancial y funcional de la obra de arte. Ambas problemáticas se pueden reducir a una sencilla pregunta que, sin embargo, tiene una respuesta extremadamente compleja: ¿Qué es una obra de arte?

ra en una galería y la adquiere sin importarle su autor, o sin que ello sea lo que le lleva a contratar. Por el contrario, hay coleccionistas especializados que compran solamente obras de unos artistas concretos, sus autores «fetiche», y la autoría juega entonces un papel clave en la formación de su voluntad. Hay también quien colecciona obra de un determinado período, estilo o temática, y hay incluso fondos de inversión especializados en el mercado del arte que adquieren obras con el único objeto de revenderlas una vez se han revalorizado, obteniendo así un importante beneficio[71]. Cuando la voluntad de las partes no ha sido suficientemente expresada en el contrato, el juicio sobre la existencia del error invalidante pasa en cierto modo por el análisis de la intención del comprador, lo cual siempre supone un problema en un procedimiento judicial.

A las anteriores dificultades, que tienen que ver con la naturaleza de la obra de arte y las inescrutables intenciones del comprador, se suman las que derivan de la propia dinámica de este especial mercado. En el mismo hay un número elevado de transacciones en las que, de forma consciente, se juega con el margen de incertidumbre que existe sobre la autenticidad del objeto artístico vendido. En estas operaciones se da, así, la paradoja de que las partes conocen la dudosa autenticidad de la obra y aun así deciden contratar. El riesgo que soporta el comprador, consistente en que la obra finalmente no sea auténtica, a menudo se equilibra con una rebaja sustancial del precio, permitiendo así que se obtenga un importante margen de beneficio si la obra resulta ser finalmente original. Sobre el examen que ha de hacerse del error en este tipo de transacciones Álvarez Álvarez[72] manifiesta que:

> *«Así, en las llamadas ventas de "res dubia", es decir, en aquellos tratos cuyo valor se desconoce, habrá que tener en cuenta estas circunstancias y la buena fe. Y estos casos son frecuentísimos en materia de objetos de arte y habrá que valorar adecuadamente las circunstancias del caso para no pretender atacar ventas que de ninguna manera se han hecho como de cosas auténticas, a pesar de que no se haya dicho así por los usos o costumbres».*

Como se podrá comprender, en casos como éstos resulta muy cuestionable que la falta de autenticidad de la obra pueda constituir un error invalidante del contrato. El problema, nuevamente, reside en que en la mayoría de los casos no está claro tampoco si este margen de incertidumbre fue conocido o aceptado por las partes.

Nuestros Tribunales, por lo demás, también se han hecho eco de estas transaccio-

71. Para más información relacionada con la inversión especializada en objetos artísticos, se puede consultar por ejemplo García Vega, Miguel Ángel. *La ingeniería financiera entra en el mercado del arte.* Diario El País, 7 de noviembre de 2015. Para una información más profunda, se puede acudir a Thompson, Don, *op. cit.,* Capítulo 23, y si lo que se busca es una monografía sobre el tema, Mcandrew, Clare. *Fine art & high finance.* Ed. Clare McAndrew (Arts & Economics), Reino Unido, 2010.
72. Álvarez Álvarez, J.L. *La transmisión... op. cit.,* p. 189.

nes en las que la incertidumbre sobre la autenticidad de la obra juega un papel clave. Un ejemplo de ello es el ya citado *Caso Goya II*, en el que la Audiencia Provincial de Madrid entendió que las dudas sobre la atribución del cuadro a Goya había sido precisamente una de las circunstancias que habían motivado la celebración del contrato, y que por tanto la falsedad en ningún caso podía afectar a la validez de la compraventa:

> *«(…) la autoría del cuadro podrá en definitiva ser o no del pintor al que se le atribuye, pero, ni ello puede significar que adolezca de defectos no a la vista, ni tampoco de falta de cualidad o calidad (…) el mayor éxito de esta clase de operaciones, realizadas por quienes adquieren obras de arte con el fin primordial de revenderlas, radica precisamente en el carácter dubitativo de su autoría, que es lo que permite jugar con un margen especulativo no atribuible a aquellas otras obras perfectamente conocidas y catalogadas y que por esa misma razón se encuentran habitualmente fuera de comercio, por no hablar de la posición ventajosa en que el comprador se situaría si se le consintiera resolver el contrato de conseguir demostrar que el lienzo en cuestión no era del autor al que venía siendo atribuido».*

Al hilo de la misma cuestión se ha pronunciado también nuestro Tribunal Supremo en el también citado *Caso Goya I,* donde, como se recordará, la época de la que databa la obra se había fijado en el contrato sólo de forma aproximada. De esta forma, las partes estaban introduciendo conscientemente en el contrato una cierta aleatoriedad o incertidumbre respecto de la antigüedad del cuadro, que desde luego excluía el error respecto de ese elemento. El Alto Tribunal, consecuentemente, trazaba una clara línea divisoria entre el vicio del consentimiento y la mera frustración de las expectativas de ganancia que el comprador tenía en una futura reventa:

> *«Porque el error o la equivocación que pueda cometerse en los cálculos de un negocio no implican en ningún aspecto el error en el consentimiento al que se refiere el art. 1265 en relación con el 1266, párrafo 1.º, ambos del Código Civil (...)».*

Este margen de incertidumbre que a menudo existe en este tipo de compraventas ha llevado a la Doctrina a plantearse si se puede calificar a las obras de arte de *res dubia,* y en consecuencia de *contratos aleatorios* a aquéllos en los que se compran y venden éstas. Si así fuera, ello alteraría completamente los términos de la presente discusión, pues entonces este tipo de contratos no podrían anularse sobre la base de una falta de autenticidad del objeto artístico. En efecto, como dice Negri[73], la introducción en el contrato de un cierto «alea» o azar excluye la nulidad, porque la asunción del riesgo por parte del comprador impide por sí misma la posibilidad del error.

Y ello entendemos que aplica puede ser relevante no sólo en lo que respecta al error, sino también por lo que se refiere al incumplimiento contractual antes analizado: por las mismas razones que las aquí expuestas, la asunción del riesgo de falsedad de la obra por parte del comprador le impediría alegar después incumplimiento por entrega de cosa diversa, pues en tal caso el comprador habría recibido precisamente lo que se pactó: una obra que *puede o no ser auténtica.*

73. Así se lo plantea, entre otros, Negri, Juan Javier. *La puerta... op. cit.*

¿Se puede decir entonces que los contratos que aquí analizamos son, en atención a su peculiar objeto, contratos aleatorios? Creo que la solución correcta la apunta Bergel[74], que tras reproducir esta misma discusión concluye que las obras de arte no son siempre y calificables como *res dubia,* sin perjuicio de que así puedan establecerlo las partes introduciendo voluntariamente un elemento de aleatoriedad en el contrato. La cita de Morales Moreno con la que ella resume la anterior postura creo que simplifica mucho la cuestión:

> *«(…) en él* [el contrato de compraventa de una obra de arte] *siempre existe cierta aleatoriedad, particularmente en relación con la autenticidad de la pieza que se transmite. Pero esta aleatoriedad no transforma el carácter del contrato (no lo hace, en alguna medida, aleatorio) si no es tenida en cuenta, de modo especial, en él (…)».*

Sea como fuere, lo cierto es que nuestra Jurisprudencia ha venido admitiendo de forma unánime la posibilidad del error en este tipo de contratos. Ello deberá de llevarnos, en principio, a admitir que puede existir error en contratos de compraventa de obras de arte, y que éstos no son en principio (o al menos que no son siempre) contratos aleatorios. Ahora bien, deberemos de tener la anterior discusión siempre presente para detectar aquellos supuestos en que las partes, voluntariamente, introducen un elemento aleatorio en el contrato. En tales casos, ello se habrá de tener muy en cuenta a la hora de distribuir los riesgos de la compraventa.

* *La autoría como cualidad esencial de la obra de arte.*

Una de las cuestiones más discutidas por nuestra Doctrina es la de si se ha de presuponer (siempre que, como se ha dicho, no existan otros datos que permitan deducirlo) que la autoría de una obra artística es una cualidad esencial de la misma, o lo que es lo mismo, que es la autoría lo que determina la celebración de un contrato de compraventa de una obra de arte. Álvarez Álvarez[75] parece opinar que efectivamente así es cuando dice que «*Si un cuadro se vende como de un autor y no lo es, podrá normalmente el comprador alegar error en la sustancia de la cosa*». Y lo mismo parece entender De Castro[76], que considera que generalmente debe de ser así, aunque matizando que se habrá de estar en todo caso a lo realmente querido por las partes:

> *«(…) el valor de un cuadro, lo que éste es o vale en el comercio de obras de arte (…), no reside en la belleza o fealdad de lo representado o inventado, sino en su estimación según quién sea su autor, la escuela o la época a la que pertenece. En dicho comercio no se adquiere un cuadro en general, se compra un* Sorolla, *un* Miró *o un* Picasso. *Será otra cosa si se matiza lo convenido, calificando el cuadro no como de tal autor sino como el de ser atribuido a* Sorolla *o a* Murillo. *El objeto del contrato no será la tela ni el embadurnamiento decolores, sino el cuadro como obra de un determinado autor (autenticidad)».*

74. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa… op. cit.*, p. 149.
75. Álvarez Álvarez, J.L. *La transmisión… op. cit.,* p. 185.
76. De Castro, F. *Comentario Jurisprudencial… op. cit.*

Por su parte, López-Carceller[77] –y aunque examinando la cuestión desde el punto de vista del incumplimiento por entrega de cosa diversa–, parece entender lo opuesto, en el sentido de que cuando la obra de arte ha sido específicamente determinada, el hecho de que ésta sea falsa no supone incumplimiento de contrato:

> *«(…) en mi opinión, no cabe hablar de diversidad sustancial del objeto entregado. Al tratarse de una compraventa de cosa específica, el vendedor cumple cuando entrega el objeto concreto previsto en el contrato (…) Por lo general, es difícil que pueda calificarse la entrega de un cuadro falso como entrega de cosa diversa, cuando el contrato se ha celebrado teniendo a la vista el cuadro en cuestión y siendo éste el que finalmente se entrega».*

En relación con esta cuestión de la esencialidad de la autoría, en nuestra Jurisprudencia existen resoluciones contradictorias. El *Caso Murillo*[78] es uno de los ejemplos en los que se ha entendido que la autoría era esencial: tiempo después de adquirir una pintura atribuida a Murillo en una galería de Barcelona, el comprador entregó la misma a una empresa inmobiliaria como parte del pago de una vivienda. La inmobiliaria exigió sin embargo que la validez de esta dación en pago quedara condicionada a que Sotheby's certificara la autenticidad del cuadro. Cuando la famosa casa de subastas determinó que éste no era de Murillo sino de uno de sus discípulos, la inmobiliaria interpuso demanda contra la galería catalana, ejercitando acción de nulidad de la compraventa por error. Pues bien, la Audiencia Provincial de Valencia, que fue quien conoció del caso en sede de apelación, entendió que efectivamente la autoría era una condición esencial, aunque finalmente desestimó la demanda del comprador por entender que el error se habría podido evitar con una diligencia normal (es decir, que era inexcusable). La sentencia fue recurrida en casación, momento en el que nuestro Tribunal Supremo[79] confirmaba el carácter esencial de la autoría de la pintura, aunque volvió a desestimar el recurso por otras razones:

> *«(…) El recurrente dice que no compró un cuadro representando a San Juan Bautista Niño o un cuadro que podría ser antiguo o atribuible a Murillo, sino "un Murillo". La autoría del pintor, sigue afirmando el recurrente, no es tan sólo condición esencial del objeto del contrato, sino su propio objeto y causa, y por ello se pagó el precio de veinte millones de pesetas (…)».*

Lo mismo entendió la Audiencia Provincial de Navarra en el *Caso Cecilio Plá*[80]. En el mismo, un particular ejercitaba acumuladamente acción de nulidad por error y

77. López-Carceller Martínez, Paloma. *Compraventa de... op. cit.*, pp. 157-162.
78. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) núm. 601/1997, de 23 de junio [AC 1997, 2001]. En adelante junto con las sentencias de instancia y casación, «*Caso Murillo*».
79. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 519/2003, de 28 de mayo [RJ 2003, 7157]. En adelante, «*Caso Murillo*».
80. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª), Sentencia núm. 201/2011, de 24 de junio [JUR 2012, 87208]. En adelante, junto con la Sentencia de instancia, «*Caso Cecilio Plá*».

de resolución contractual contra la casa de subastas que le había vendido varios cuadros (entre ellos uno de Cecilio Plá[81]), cuya falsedad fue posteriormente acreditada. Aunque la demandada alegó que había actuado únicamente como intermediaria entre el comprador y el vendedor, el Tribunal le condenó a devolver al comprador las cantidades pagadas por las obras. En este caso, al tratar la cuestión de la esencialidad de la autoría, la Audiencia Provincial de Navarra se expresaba como sigue:

> «*Es evidente que el actor compró la obra pictórica en atención a la autoría de la misma y con arreglo a dicha autoría se fijó el precio en la subasta dirigida por la demandada. Es decir, la autoría (…) constituye el motivo esencial del contrato de compraventa y el actor fue llevado a error sobre dicha autoría porque en el catálogo de subastas (…) se atribuía el cuadro "Niños en la playa" al pintor (…)*».

Y en el mismo sentido se ha pronunciado también la Audiencia Provincial de Madrid ya en varias ocasiones[82], considerando que la autoría de la obra debía de ser considerada como condición esencial de la obra y determinante de la celebración de la compraventa.

Por el contrario, existe una importante resolución en la que nuestro Tribunal Supremo ha dado a entender que la autoría no es una cualidad esencial de la obra de arte, y que no es otra que la dictada en el *Caso Anglada Camarasa* al que nos hemos referido ya en varias ocasiones. Aunque en dicho procedimiento la acción ejercitada no fue la de nulidad por error en el objeto, sino la de incumplimiento contractual, creo que a los efectos que nos interesan ello es irrelevante: Lo importante es que el Alto Tribunal entendió que el hecho de que la pintura adquirida no fuera del gran pintor catalán no debía de afectar a la validez y eficacia del contrato. En concreto, el Tribunal Supremo mantuvo que la autoría del cuadro era una cualidad cuya falta no frustraba las expectativas del comprador; y ello porque éste, a pesar de ser falso, servía para satisfacer su goce estético y como elemento de ornamentación, funciones que seguía cumpliendo a pesar de su falsedad.

Aunque comparto la decisión de nuestro Alto Tribunal, creo que las razones que le llevaron a dicha conclusión son inadecuadas e incluso tremendamente subjetivas. Mi opinión al respecto de la anterior polémica es, como ya adelantaba anteriormente, que la valoración de si la autoría es o no una cualidad esencial de la obra de arte no puede hacerse en abstracto, y menos en un mercado como el que se analiza aquí. Como se explicaba más arriba, el mercado del arte destaca precisamente por la incertidumbre sobre las cualidades de los objetos que en el mismo se venden. Como también se ha dicho, en no pocas transacciones las partes conocen de sobra (y asumen) las dudas que existen sobre la atribución de la obra; es más, a veces estas dudas

81. Cecilio Plá y Gallardo (1860-1934) fue un pintor español que desarrolló un estilo a caballo entre el modernismo y el impresionismo. Tras estudiar un tiempo en Italia volvió a España e ingresó en la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, donde fue profesor De Juan Gris.

82. Nos referimos al *Caso Gutiérrez Solana,* al *Caso Portocarrero y Peláez* y al *Caso Herring.*

son precisamente las que motivan la compraventa[83]. A la vista de lo anterior, entiendo que a la hora de decidir si la autoría es o no un elemento esencial se habrá de estar al supuesto de hecho de que se trate y a las circunstancias que rodeen al mismo, que en cada caso harán que nos inclinemos por una u otra opción. Así, por ejemplo, el hecho de que la obra de arte sea de un artista de gran importancia, como por ejemplo de Marcel Duchamp o Yves Klein, será un indicio de que la autoría sí fue determinante en la formación del contrato, lo que es más dudoso en el caso de que el artista sea secundario o completamente desconocido. La conducta de las partes puede constituir también un indicio de la esencialidad de la autoría, por ejemplo en el caso de que el comprador adquiera la obra sin saber siquiera a quién se atribuye o, al contrario, coleccione la obra de un artista concreto. El precio pagado puede ser también un buen indicio de si la autoría fue o no un elemento esencial en la compraventa, pues evidentemente no se pagan determinadas cantidades astronómicas de dinero por una obra de cualquier autor, sino concretamente por una obra de Klimt o de Tàpies.

En definitiva, ante la subjetividad que implica decidir en abstracto cuáles son las cualidades esenciales de una obra de arte, creo que el criterio verdaderamente acertado será atender a las circunstancias del caso, así como a la conducta de las partes y su comportamiento y manifestaciones, para tomar una decisión al respecto. Ésta parece ser precisamente la propuesta que hace Bergel, que creo que mantiene la postura más razonable respecto de esta problemática. Aunque en un primer momento Bergel parece[84] seguir a De Castro y entender que la autoría será por lo general una cualidad sustancial:

> *«Al adquirir una obra de arte no sólo se tiene en cuenta la materia de la obra de arte, es más, suele ser el elemento menos valorado. El supuesto más común, cuando se trate de una obra indiscutiblemente atribuida a un artista concreto es que los contratantes atiendan especialmente a la autoría de la obra. En tal caso, podemos afirmar sin duda que la sustancia en la compraventa de obras de arte será su autoría, que primará incluso sobre el mérito artístico (…)».*

Después rectifica esta postura, o por lo menos la matiza[85], y se refiere a la voluntad de las partes y las circunstancias del caso concreto como piedra de toque para determinar si la autoría, en cada caso, fue o no determinante de la celebración del contrato:

> *«Como ya hemos señalado, las partes pueden establecer cualidades distintas a las que normalmente el tráfico atribuye a la cosa; cualidades que se apreciarán si las ponen de manifiesto y les otorgan un carácter determinante para la conclusión del contrato, esto es, si las conciben como el hecho principal para realizar la compraventa. (…) Todas*

83. Recuérdense el *Caso Goya I* y el *Caso Goya II* antes citados.
84. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa… op. cit.*, p. 131.
85. *Ibíd.*, pp. 140-141.

ellas serán relevantes y constituirán la sustancia del objeto si, como tales, se ponen expresa o tácitamente de relieve en el momento de concluir el negocio».

Ahora bien, según entiendo, BERGEL parece mantener que, cuando no haya indicios de los que deducir si la autoría fue o no esencial, debe de estarse al criterio general de que sí lo es. Con esta solución –sea o no la que mantiene BERGEL, de lo cual no estoy seguro– no puedo estar de acuerdo. Establecer dicha regla general para todos los casos me resulta demasiado subjetivo, sobre todo ante la frecuencia con que en el mercado analizado se transmiten objetos artísticos de dudosa autenticidad de forma plenamente consciente y aceptada por las partes. Adoptar tal criterio como regla general llevaría, creo, a permitir la anulación de un buen número de contratos en los que las partes habrían conocido y asumido el riesgo de la operación, lo que no es en modo algún deseable. En concreto, ello sería contrario no sólo a la doctrina ya citada sobre la excepcionalidad del error, sino también al principio de conservación del negocio jurídico y a la salvaguarda de la seguridad del tráfico.

Pero entonces, ¿qué postura adoptar cuando no existan indicios de que las partes hayan atribuido a la autoría un papel esencial? ¿Deberíamos entender que, como norma general, la autoría es una cualidad esencial, o deberíamos asumir lo contrario? En mi opinión, creo que la anterior pregunta, aunque interesante desde un punto de vista teórico o doctrina, es algo ficticia si se examina desde una perspectiva puramente práctica y procesal. Y en concreto, creo que es perfectamente posible decidir una contienda judicial sin necesidad de posicionarse respecto de dicha cuestión. En aquellos casos en que no existan indicios de los que deducir si la autoría fue o no esencial para las partes, creo la mejor solución (y la más sencilla) es prescindir de reglas generales y reducir el problema a una cuestión de prueba, sujeta por tanto a las normas sobre la carga de la prueba (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). De esta forma, el comprador que pretenda instar la nulidad de la compraventa, tendrá la carga de acreditar que la autoría determinó la prestación de su consentimiento. Y, en caso de que no lo consiga, tendrá que asumir las consecuencias de dicha falta de prueba, que probablemente serán la desestimación de su reclamación. Aunque esto pueda parecer una obviedad, a menudo los Tribunales han obviado la necesidad de prueba que aquí se indica, para concluir sin más que la autoría era o no una cualidad esencial. Si bien es cierto que, en algunos casos esta solución pueda dar lugar a un resultado injusto (como cualquier otra que se pueda adoptar, por cierto), creo que es solución más justa, y la más acorde con la idiosincrasia del mercado analizado y con los principios de nuestro ordenamiento.

En apoyo de lo anterior, además, se puede decir que ésa fue precisamente la solución adoptada por Tribunal Supremo en el examen que hizo de la esencialidad de la autoría en el *Caso Goya I*: Como se recordará, las partes compradora y vendedora pensaban que la obra podía ser de GOYA, pero lo que no quedó reflejado en el contrato (ni en ninguna otra parte) es que fuera dicha circunstancia lo que había determinado la celebración de la compraventa:

> *«Considerando: Que la indicada base de hecho no autoriza para derivar de ella el error esencial que aprecia la sentencia impugnada, y ello es así en méritos de las siguientes consideraciones: a) En el documento en que se concretó el objeto de la compraventa se describe tal objeto como "un cuadro pintado en lienzo, de 100 por 80 centímetros de medidas, representando un busto de mujer, flanqueada o rodeada dicha figura de sátiros, de época aproximada de finales del s. XVIII o comienzos del s. XIX", sin que el documento mantenga alusión ni referencia alguna respecto al autor, escuela, tendencia, ni en suma a la calidad pictórica del cuadro en cuestión, y no cabe sostener que el consentimiento se dio por motivos distintos de los que aparecen claramente expresados en el indicado documento, (...)».*

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo indagó en los hechos probados y en las pruebas presentadas (en concreto, en el contrato) en busca de indicios que le permitieran deducir si la autoría del cuadro había sido o no esencial para las partes a la hora de celebrar la compraventa. Y, no encontrándolos, simplemente concluyó que no se podía deducir tal cosa de la prueba practicada, lo que le llevó a desechar la concurrencia del error y desestimar, por tanto, la demanda.

4.2. QUE EL ERROR SEA EXCUSABLE. CIRCUNSTANCIAS PARA APRECIAR LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR

El segundo y último requisito cumulativo que se exige para que el error pueda invalidar la compraventa es la excusabilidad del error. Aunque nuestro Código Civil guarda silencio respecto al mismo, pronto dicha exigencia fue introducida por nuestra Jurisprudencia[86] y en la actualidad su necesidad es comúnmente admitida por nuestros Tribunales y nuestra Doctrina.

Que el error sea excusable quiere decir que el mismo no pudo evitarse haciendo uso de una diligencia media o normal, es decir, que se puede «excusar» al comprador de haber incurrido en el error porque el mismo no era fácilmente detectable. Al contrario, si el comprador pudo haber descubierto su error con una diligencia normal, no se le podrá excusar de haber errado, y por tanto una justa distribución de los riesgos de la compraventa recomienda que se le haga pechar con las consecuencias de su falta de cuidado. Este segundo requisito se deduce, como puede intuirse, de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, y su función básica es impedir que el ordenamiento otorgue protección a quien no lo merece en atención a su conducta negligente.

Un ejemplo de negligencia evidente del comprador de una obra de arte que resulta incluso divertido (no tan divertido para él mismo, supongo) es el *Caso Juan Echevarría*[87]: Una importante casa de subastas madrileña adquirió de un par-

86. El requisito de la excusabilidad del error lo introdujo nuestro Tribunal Supremo (Sala 1.ª) por primera vez en su Sentencia (Sala 1.ª) de 14 de junio de 1943 [RJA719].
87. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) núm. 219/2007, de 20 de abril [AC 2007, 921]. En adelante, «*Caso Juan Echevarría*».

ticular una pintura firmada por un tal «Juan Echeverría», confundiéndolo con Juan de Echevarría[88]. Mientras que la adquirente creyó en todo momento estar comprando un cuadro del famoso pintor vasco, tanto en la firma del cuadro como en el contrato constaba como autor del mismo «Juan Echeverría», con lo que el error fue claramente fruto del poco cuidado de la casa de subastas. Por mucho que ésta trató de hacer valer el error como causa de nulidad del contrato, la Audiencia Provincial de Madrid concluyó –incluso con un poco de recochineo– que el error era únicamente imputable a su propia negligencia, lo que debía de llevar a la desestimación de la demanda planteada:

> *«(…) debiendo tenerse en cuenta, como hacía el juzgador de instancia, que se está entregando un cuadro a personas expertas en la materia (…)* [que disponen de] *una técnica, una experiencia y una formación que impide que un cuadro firmado por Juan Echeverría pueda salir a subasta o pueda entenderse que lo ha pintado Juan Echevarría, y es que como venía a decir la propia parte apelada en su recurso no es lo mismo "Sorolla" que "Sorella", como tampoco "Velázquez" que "Velézquez" (…)».*

A la hora de decidir si, en un caso concreto, el error era efectivamente excusable y si el comprador desplegó o no la diligencia que le era exigible, nuestro Tribunal Supremo indica que se han de analizar todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato[89]:

> *«(…) es inexcusable el error (…) cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular; de acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración».*

Nuestra Jurisprudencia civil ha ido poco a poco, y a base de examinar muchos casos concretos, perfilando un elenco de circunstancias que han de tenerse en cuenta a la hora de examinar la excusabilidad del error. Entre ellas que se cuentan, por ejemplo, la conducta del *errans*, su condición de profesional o experto del sector, el hecho de haber contado con asesoramiento jurídico a la hora de celebrar el contrato o la posibilidad de haber consultado registros públicos que hubieran evitado el

88. Juan de Echevarría (1875-1931) fue un pintor vasco representante del llamado «fauvismo español». En su pintura desarrolla un particular estilo *fauve* inspirado en la pintura de Gauguin, en el que la utilización del color no era sin embargo, como en el fauvismo clásico, ni estridente ni arbitraria.

89. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 67/1998, de 6 febrero [RJ 1998, 408].

error[90]. No obstante, se puede decir que dichas circunstancias son de carácter genérico, o bien que no dependen de cuál sea el objeto concreto de la compraventa que en cada caso se trata. En este sentido, fue Bergel[91] la primera que sistematizó las circunstancias que nuestra Jurisprudencia había tenido en cuenta específicamente en compraventas de obras de arte, las cuales se exponen a continuación poniéndolas en relación con la jurisprudencia o la doctrina que las ha tratado.

Así, en primer lugar, se han tenido en cuenta **el lugar** y **la forma** de celebración de la compraventa como dato importante a la hora de apreciar el error y su excusabilidad. Evidentemente, no es lo mismo comprar un Wharhol en una subasta de noche en Sotheby's Nueva York, que en el maletero de un coche en un polígono industrial: en el primer caso el renombre de la citada casa de subastas hace que el comprador confíe plenamente en la autenticidad de la obra, mientras que en el segundo supuesto se espera que las circunstancias levanten en el comprador cierta suspicacia[92]. Un ejemplo parecido menciona De Castro[93] cuando trata esta misma cuestión:

> *«La compra de un cuadro antiguo firmado, en una seria galería de arte, estará viciada por error si resulta ser una copia, no, en cambio, si fue adquirida a un chamarilero. Todo negocio encierra cierto alea cuando se va en busca de gangas y el negocio cobra caracteres claros de indeterminación».*

Nuestra Jurisprudencia ha otorgado también una especial importancia a la **experiencia y formación del comprador,** así como a su **condición de profesional** del mundo del arte y las antigüedades. Así, por ejemplo, en el ya citado *Caso Juan Echevarría*, el Tribunal entendió que su condición de profesional imponía a la casa de subastas compradora un especial deber de cuidado, lo que determinó que el error fuera inexcusable. En el mismo sentido se razona en el *Caso Sorolla* citado más arriba, en el que nuestro Tribunal Supremo entendió que por la condición de experto del comprador (una casa de subastas) le correspondía a éste la diligencia de comprobar que la obra que ofrecía en subasta era efectivamente del autor al que se atribuía. De igual manera la Audiencia Provincial de Madrid estimó que el error era inexcusable por esta causa en el *Caso del Mazo*[94], donde el comprador era un experto de dilatada experiencia en tasación y valoración de pinturas antiguas que, además, había tenido la oportunidad de examinar las pinturas adquiridas en varias ocasiones:

90. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1994 [TOL208617] se realiza ya una formulación bastante completa y terminada de las mismas.
91. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa... op. cit.*, pp. 189 y ss.
92. Ver, en este sentido, la nota al pie núm. 146, en la que se cuenta cómo una Juez de Instrucción inadmitió una querella por la que se denunciaba una estafa en la compra de una obra de arte que se había adquirido en el Rastro de Mestalla.
93. Citado en Álvarez Álvarez, J.L. *La transmisión... op. cit.,* p. 189; y también en Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa... op. cit.*, p. 148.
94. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), núm. 143/2014, de 12 de marzo [JUR 2014, 106505]. Junto con la sentencia de instancia nos referiremos a ella como «*Caso del Mazo*».

> *«(…) no puede ser irrelevante en la solución del conflicto que el comprador de los dos cuadros que se mostraron finalmente falsos sea o no experto en pintura antigua desde hace 25 años o que profesionalmente se dedique a realizar tasaciones y valoraciones de arte, algo que no niega, toda vez que ello indudablemente induce de manera decisiva a la hora de excluir la excusabilidad del error que pudo padecer en el momento de la adquisición de los cuadros (…)».*

Más lejos va todavía la Audiencia Provincial de Barcelona en el *Caso Picasso I*[95]. En dicho caso, fue el propietario de la obra de arte el que indujo a error a la casa de subastas a la que encargó su venta, con las manifestaciones que hizo sobre la autoría y autenticidad del dibujo que depositó para su venta. La casa de subastas, a su vez, lo vendió a un particular confiando en la información recibida del propietario. Éste último, al descubrir su falsedad, no demandó al vendedor sino a la casa de subastas, que se defendió alegando que desconocía la falsedad, y que quien había inducido a error había sido el propietario. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona entendió que la casa de subastas, en su condición de profesional y experto, debería de haber realizado una comprobación rigurosa de la autenticidad de la obra vendida al demandante, en vez de limitarse a dar por bueno lo manifestado por el dueño de la obra.

Aunque como se ha visto la condición de experto o profesional es muy relevante en el examen de la excusabilidad, este criterio no tiene por qué prevalecer siempre, por supuesto, sino que es sólo una de las circunstancias que, entre muchas otras, han de tenerse en cuenta a la hora de apreciar el error. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid en el *Caso Gutiérrez Solana*[96] estimó que había concurrido error en la formación del consentimiento del comprador, y ello a pesar de ser éste experto en la materia. Y en el *Caso Murillo* al que nos referíamos más arriba, la Audiencia Provincial entendió que, aunque el vendedor de la pintura fuera un profesional del mercado del arte, el comprador no había tenido la mínima diligencia exigible.

En la valoración que se haga de la excusabilidad del error también tendrá una gran importancia la **conducta de ambas partes** en el momento de la formación de sus respectivas voluntades. Así, por ejemplo, se tendrá muy en cuenta si el vendedor ha inducido al adquirente a error con manifestaciones o maquinaciones de cualquier clase[97], o si el vendedor omitió información de importancia sobre la obra. Esto último

95. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª) núm. 97/2007, de 22 de febrero [JUR 2007, 204407]. En adelante, junto con la sentencia de instancia, «*Caso Picasso I*».

96. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), núm. 370/2006, de 30 de junio [JUR 2007, 17420]. En adelante, junto con la sentencia de instancia, «*Caso Gutiérrez Solana*».

97. Aquí nos estamos refiriendo a aquellas maquinaciones del vendedor que no sobrepasen los límites impuestos por el deber de buena fe, como por ejemplo puede ser la exageración publicitaria o propagandística de las cualidades de la cosa vendida (lo que se ha dado en llamar «*dolus bonus*»). Si la inducción al error por parte del vendedor sí infringiera sus deberes de buena fe, entonces estaríamos hablando ya de dolo («*dolus malus*»). Dicho dolo

ocurría, como se recordará, en el *Caso Julián Alcaraz*, en el que la vendedora evitó deliberadamente mencionar el pésimo estado de conservación de los cuadros adquiridos, hecho al que el Tribunal prestó especial atención.

Además, tal y como ha señalado Bergel[98], se habrá de tener en cuenta también la **actitud activa o pasiva de las partes de cara a la transacción,** es decir, si ha sido el vendedor el que ha abordado al comprador para ofertarle la obra de arte, o si por el contrario ha sido el comprador el que se ha interesado por el objeto artístico que el comprador tenía en su poder. Por ejemplo, si es el comprador quien ha contactado al dueño de la obra (que no la tenía en venta) y le ha insistido hasta que éste ha consentido en vendérsela, será más difícil que se concluya que el error fue inexcusable.

Otra de las circunstancias que nuestros Tribunales han valorado de forma recurrente es si, con anterioridad a la transacción, **el comprador tuvo la posesión de la obra,** o si al menos tuvo la **posibilidad de analizar la misma.** Así ocurrió por ejemplo en el ya citado *Caso del Mazo,* en el que para el Tribunal fue determinante que el comprador hubiera realizado hasta tres exámenes *in situ* de las pinturas, de sus firmas y de su craquelado[99]. Lo mismo sucedió en el *Caso Zurbarán I* y en el *Caso Goya IV,* que aunque pertenecen al ámbito penal, implican un examen del error y su excusabilidad que, como se verá en el momento oportuno, es análogo al que aquí se describe.

Asimismo, en no pocas ocasiones se ha tenido en cuenta el **tiempo durante el que se ha poseído la obra de arte previo descubrimiento de su falsedad.** Ello responde a que la posesión pacífica de la obra por el comprador durante un largo período de tiempo puede interpretarse como indicio de su conformidad con las características de la obra, tal y como interpretó el Tribunal Supremo en el *Caso Anglada Camarasa,* por ejemplo. Pero lo anterior también resulta de gran importancia por otra razón, a saber: porque el paso del tiempo y la aparición de nuevos medios técnicos puede cambiar radicalmente el resultado de una expertización hecha en el pasado. Ello supone un verdadero problema de cara a la distribución de los riesgos de la compraventa, pues en muchos casos, siendo cierto que el comprador no adquirió la obra que pretendía, también lo es que en el momento de la compra no existían medios para poder saber que no lo era. Y sin embargo, con este pretexto el adquirente podría tratar de anular la venta en perjuicio de un vendedor que habría entregado exactamente *lo que la obra era en el momento en que la vendió,* por así decirlo. Tal solución no parece del todo justa, pues atenta contra la más elemental

permitiría ya ejercitar una acción de nulidad por dolo y no por error, como se examina más abajo.

98. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa... op. cit.*

99. El craquelado es un fenómeno derivado del deterioro de las pinturas antiguas, consistente en la aparición de grietas que se van agrandando como consecuencia de la contracción no uniforme de las distintas capas de pintura.

seguridad jurídica, y de ahí que el tiempo transcurrido desde la compraventa deba de tenerse a mi juicio muy en cuenta a la hora de valorar la excusabilidad del error.

Este problema ha sido analizado con detenimiento por Bergel[100], que explica la polémica doctrinal que ha existido acerca del mismo. Según expone dicha autora, se ha discutido si en estos casos ha de prevalecer el «*estado de la crítica sobre la autoría*» en el momento de la compra, o bien debe de primar la voluntad e intención última de las partes. Si nos decantáramos por la primera, no se debería de admitir la existencia del error si los medios técnicos habidos en el momento de la compraventa no permitían conocer la falsedad de la obra de arte, independientemente de que posteriormente se llegara a la conclusión de que la obra de arte no es verdadera. Al contrario, si optáramos por la segunda, prevalecería lo que las partes quisieron en cada caso comprar y vender, y por tanto debería de declararse el error, tanto más por cuanto que, en tal caso, el error habría sido evidentemente excusable. Aunque según expone Bergel, la Doctrina se ha decantado mayoritariamente por la segunda de dichas opciones –la intención de las partes ha de prevalecer–, lo cierto es que nuestros tribunales parecen haber acogido más bien la primera: como se verá más adelante, existen varios casos en los que nuestros jueces han rechazado la validez de las pruebas periciales posteriores a la transacción, sobre la base de que éstas no se pudieron tener en cuenta en el momento de celebrarse ésta[101].

A todas las anteriores circunstancias señaladas por Bergel, yo añadiría algunas otras que nuestros Tribunales han tenido en cuenta a la hora de apreciar la excusabilidad en supuestos en los que el objeto de la compraventa era una obra de arte.

Aunque nuestra Doctrina se ha referido en numerosas ocasiones al **precio** pagado por la cosa objeto del contrato, salvo error creo que esta circunstancia no ha sido examinada en el marco de una compraventa de una obra de arte, donde puede ser también clave a la hora de arrojar luz en la valoración de la excusabilidad: En efecto, si en una determinada transacción el precio pagado por el objeto artístico es excesivamente reducido, ello debería de disuadir al posible comprador de comprar la misma, o por lo menos debería de generarle ciertas dudas sobre su autenticidad. Éste es el razonamiento que se sigue en el ya citado *Caso Juan Echevarría*, en el que se entendió que el reducido precio fijado para el cuadro debería de haber alertado al comprador sobre la incorrecta atribución de la obra:

> *«(…) el cuadro no podía ser atribuido a Juan de Echevarría por el propio precio que se había fijado para la obra (…) según los informes técnicos, los cuadros de Juan Echevarría de aquellas características tendrían que tener un valor mínimo de 12.000 €, y en nuestro caso concreto el cuadro sale a subasta con el beneplácito de Castellana Subastas Holding SA en la cantidad de 5.000 €, para luego adquirirse en 8.500 €».*

100. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa… op. cit.*, pp. 150 y ss.
101. En concreto, el *Caso Sorolla* y el *Caso Murillo.*

Por otra parte, en el *Caso Murillo* y en el *Caso Gutiérrez Solana*[102] se hizo precisamente el mismo razonamiento, pero *sensu contrario*: los tribunales que conocieron de ambas causas estimaron que el elevado precio pagado en ambos casos había llevado a los compradores a confiar en la autenticidad de las obras de arte adquiridas, no pudiendo reprochárseles que no dudaran de ésta por razón del precio.

Además, nuestros Tribunales han interpretado también que el hecho de **que la obra no fuera acompañada de un certificado de autenticidad** debía de haber hecho dudar al comprador de la originalidad de la misma. Así, por ejemplo, en el *Caso Murillo* ya citado más arriba, en el que la Audiencia Provincial de Valencia entendió que el comprador debía de haber solicitado dicho certificado y que no hacerlo suponía una falta de la más mínima diligencia:

> *«(…) es el propio actor el que nos dice en su demanda que la persona a quien pretendía venderlo, una inmobiliaria, por tanto también ajena al comercio de obras pictóricas, extremó la precaución hasta exigir un certificado de Sotheby's, por lo que esta misma diligencia podía haberse tomado por el actor (…)».*

Y, al contrario, en aquellos casos en que las obras de arte iban acompañadas de certificados, ello se ha interpretado como una circunstancia que justificaba un cierto «relajamiento» de los deberes de autoprotección del comprador. Así sucede, entre otros, en el *Caso Miró.*

Por otra parte, nuestros Tribunales también han estimado que el hecho de **que la obra de arte estuviera incluida en un catálogo razonado,** podía justificar también que el comprador confiara en la autenticidad de la obra sin desplegar unos mecanismos de diligencia o autoprotección demasiado exhaustivos. Así ocurrió, por ejemplo, en el *Caso Sorolla* y en el *Caso Dalí I.*

Sobre todo en aquellas ventas realizadas a través de galerías o casas de subastas, otro extremo que creo que tiene bastante importancia puede ser también la **forma en que la obra se describe en el anuncio de subasta.** Así, se podrá decir que el error será más o menos excusable en función de la certeza con la que el anuncio de subasta se manifieste respecto de la autenticidad de la obra. Lo anterior tiene cierta lógica por cuanto que las casas de subastas tienen normalmente equipos de peritos y expertos que analizan las obras con carácter previo a su venta. De esta manera, si el anuncio de subasta afirma categóricamente que la obra es efectivamente de un autor concreto, es razonable que el comprador confíe en el criterio de dichos expertos y despliegue una diligencia menor que si ocurriera lo contrario. Así sucedió en el *Caso Cecilio Plá,* en el que el Tribunal interpretó que la certeza con que el catálogo atribuía la obra a dicho pintor implicaba que se exigiera al comprador una

102. José Gutiérrez Solana (1886-1945) fue un famoso pintor, grabador y escritor expresionista español, cuya obra, que refleja una visión pesimista y degradada de la España de entonces, le valieron el sobrenombre de «pintor de la España negra».

menor diligencia. Al contrario, si el anuncio de subasta no afirma categóricamente la autenticidad de la pintura, entonces es más probable que el error resulte inexcusable, y porque dicha atribución dudosa debería de generar dudas en el comprador. Así ocurrió precisamente en el *Caso Jean Cossiers*[103]: una particular que había pujado en subasta por dos obras de Jean Cossiers[104] y Léonard Foujita[105], se negó después a abonar su precio a la casa de subastas por entender que no eran auténticas. Cuando la casa de subastas le reclamó judicialmente los importes debidos, ella se opuso a la demanda alegando que la transacción realizada estaba viciada por error. Ahora bien, en el anuncio de la subasta se explicaban expresamente las dudas que había sobre la autenticidad de las obras, sin perjuicio de que también se justificaran las razones por las que se entendía correcta la atribución que se hacía de las mismas. Sobre esta base, el Tribunal entendió que la forma en que se había presentado la obra hacía imposible defender que hubiera existido un error invalidante del contrato:

> *«(…) el catálogo que figura respecto del cuadro atribuido a Jean Cossiers es claro en el sentido de que no está firmado por el citado pintor sino que está firmado por otro pintor distinto, conteniéndose un estudio realizado por la especialista Doña […] sobre por qué se atribuye la autoría a Jean Cossiers, pero evidentemente ello no supone una atribución clara y terminante de dicha autoría, y la parte compradora en la subasta tiene los datos suficientes para poder decidir si accede o no a la compra y por tanto si confía o no en el criterio de la especialista que certifica o atribuye la citada autenticidad (…)».*

Aunque las circunstancias a las que nos hemos referido son aquéllas que nuestros Tribunales más habitualmente han valorado a la hora de determinar la excusabilidad del error, conviene aclarar que éstas en modo alguno constituyen un elenco cerrado, y que cualquier otra circunstancia puede constituir un indicio de la excusabilidad o inexcusabilidad del error en el sentido indicado.

En resumen, la cuestión del error y su excusabilidad se reduce en primer lugar a analizar si efectivamente existió una verdadera discordancia «mente-realidad», esto es, si el comprador, en el momento de comprar, verdade-

103. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 18.ª) de 16 de enero de 2003 [JUR 2004, 160031]. En adelante, junto con la sentencia de instancia, nos referiremos a este caso como «*Caso Jean Cossiers*».

104. Jean Cossiers (1600-1671) fue un pintor y dibujante flamenco coetáneo y discípulo de Rubens, que le sirvió de referente durante toda su vida. Llegó a participar en varias de sus obras e incluso llevó a la pintura varios de los bocetos que éste había iniciado, cuando aquél ya estaba cercano a su muerte.

105. Tsuguharu Foujita (1886-1968) fue un pintor de origen japonés nacionalizado francés, que posteriormente se cambió el nombre de pila por el de «Léonard» al convertirse al catolicismo en 1959. En su pintura desarrolló un estilo muy personal y peculiar, en el que utilizó las técnicas asiáticas para representar temas propios de la sociedad occidental.

ramente tenía una idea inadecuada de lo que adquiría; y en segundo lugar, a determinar si pudo evitar esta discordancia con una diligencia normal o razonablemente exigible. Y así, todas las circunstancias que sirven para apreciar la excusabilidad del error construyen una determinada distribución de los riesgos del contrato, según la cual los perjuicios generados por la falta de autenticidad de una obra de arte deben de ser asumidos por una u otra parte en función de las múltiples circunstancias que rodean al supuesto de hecho.

5. ACCIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR DOLO DEL VENDEDOR (ARTS. 1265, 1269 Y 1270 CC)

Como es bien sabido, el art. 1265 CC no limita la nulidad del contrato exclusivamente a los supuestos de error, sino también a aquéllos en los que el consentimiento se presta con violencia, intimidación o dolo. La intimidación y la violencia, en principio, no concurren en un supuesto habitual de compraventa de obras de arte, por lo que no serán objeto de nuestro estudio[106]. En cambio, entendemos que sí resulta de gran interés el análisis del dolo *in contrahendo*, pues éste puede darse con cierta frecuencia en este tipo de operaciones.

En el ámbito que analizamos, la acción de nulidad por dolo cabe cuando el vendedor[107] ha captado dolosamente la voluntad del adquirente de la obra de arte, llevándole a contratar mediante engaño o maquinación de cualquier clase. De lo anterior podemos extraer ya la diferencia esencial entre esta acción y las tratadas con anterioridad, pues ésta requiere una conducta activa e intencionada por parte del vendedor cuya presencia no es necesaria en aquéllas. En efecto, como se dijo al tratar la acción de saneamiento por vicios ocultos, el vendedor responde de los mismos independientemente de su conducta e incluso sin importar que los desconociera; y tampoco se requiere un elemento intencional de ningún tipo para apreciar un error que invalide la compraventa. Lo mismo ocurre, por lo demás, en el supuesto del incumplimiento por entrega de cosa diversa, que no requiere tampoco de elemento volitivo ninguno para su apreciación.

Sin embargo, al igual que en el caso del error, no basta con la mera concurrencia del dolo para anular la venta por esta causa, sino que para ello nuestra Jurisprudencia y nuestra Doctrina[108] exigen la concurrencia de los tres requisitos cumulativos que se exponen a continuación.

106. Con ello no se quiere decir que no puedan concurrir violencia o intimidación en la compraventa de una obra de arte, lo cual es perfectamente posible en abstracto, pero éste no será el caso habitual en este tipo de transacciones.
107. Aquí, al igual que en caso del error, cabe perfectamente que la conducta dolosa sea del comprador. No obstante, y dado que lo que nos interesa aquí es la protección del comprador, nos centramos en el dolo del vendedor.
108. Verda y Beamonte (DE), José Ramón. «El dolo in contrahendo» en *Revista de Derecho Patrimonial* Núm. 16/2006-1. Aranzadi, España, 2006.

5.1. QUE EXISTA UNA CONDUCTA DOLOSA

Evidentemente, el primer requerimiento es la existencia de una conducta en la que concurra dolo o intención de engañar. Nuestra Doctrina ha venido admitiendo que esta conducta dolosa se caracteriza, a su vez, por la concurrencia de dos elementos diferenciados: uno objetivo, consistente en una conducta que resulta contraria a la buena fe o a los deberes de lealtad e información precontractual[109], y uno subjetivo, que consiste en el ánimo o la intención dolosa con que la anterior conducta se lleva a cabo.

Respecto del elemento objetivo, el art. 1269 CC lo define como aquellas «*palabras o maquinaciones insidiosas*» que tienen por objeto inducir a la otra parte a celebrar el contrato. En el ámbito de las transacciones con obras de arte, esta conducta del vendedor podría desdoblarse en multitud de variantes: Por ejemplo, el hecho de que el vendedor asegure de forma categórica la autenticidad de la obra a sabiendas de su falsedad, o que entregue al comprador documentación de dudosa validez que avale la autoría de la misma, o que se acompañe en la venta de algún experto que, de forma conchabada, ratifique ante el adquirente el valor o la calidad de la obra. Además, nuestra Jurisprudencia[110] ha venido admitiendo de forma unánime que este comportamiento pueda ser también de carácter omisivo, estableciendo que el dolo comprende:

> *«(…) no sólo la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe».*

Lo anterior es especialmente importante en el ámbito de la compraventa de obras de arte, pues la conducta dolosa a menudo consistirá en la omisión de cualquier dato o información que, de acuerdo con la buena fe y los usos del mercado del arte, debiera de comunicarse al comprador. Así, por ejemplo, podrá calificarse de conducta dolosa el no comunicar al comprador las dudas existentes sobre la autenticidad de la obra de arte, o aquellas circunstancias reseñables relacionadas con su estado de conservación, etc.

Un ejemplo de estas «manifestaciones o maquinaciones insidiosas» lo podemos encontrar en el *Caso Dalí I*[111], uno de los pocos en que la acción de nulidad por dolo

109. Recuérdese que cuando tratábamos el error distinguíamos entre aquella conducta del vendedor que inducía a error, pero no infringía su deber de buena fe (*dolus bonus*), y la que sí lo vulneraba, que es la que propiamente constituye el dolo (*dolus malus*). La primera queda circunscrita al ámbito del error, y la segunda, en cambio, es la que se trata aquí.

110. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 295/1994, de 29 marzo [RJ 1994, 2304]. También Sentencias núm. 913/2003, de 3 octubre [RJ 2003, 6496], y núm. 482/2004, de 31 mayo [RJ 2004, 3554].

111. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), Sentencia núm. 464/2007, de 9 de julio [JUR 2008, 24871]. Junto con la sentencia de instancia, nos referiremos a este caso como «*Caso Dalí I*».

ha sido ejercitada ante los tribunales españoles. En dicho caso, un particular solicitaba la nulidad de la compraventa de una acuarela atribuida a Salvador Dalí, por entender que su consentimiento había estado viciado por error y también por dolo. En concreto, el comprador defendía que el vendedor, de profesión médico, había actuado con dolo al asegurarle que el mismo Salvador Dalí le había entregado la acuarela como agradecimiento por los servicios médicos que éste le había prestado. La Audiencia Provincial de Madrid entendió que dicha conducta encajaba a la perfección en el concepto de «maquinaciones o manifestaciones insidiosas», aunque finalmente la acción fue desestimada porque no quedó acreditado que el vendedor hubiera realizado efectivamente tales manifestaciones.

Por su parte, el elemento subjetivo no es otro que la intención o el ánimo de engañar, es decir, la consciencia por parte del vendedor de que su conducta activa u omisiva determinará la celebración de un contrato que, sin mediar ésta, no se celebraría. Lo anterior, evidentemente, tiene todo que ver con el hecho de si el vendedor conoce o no los defectos de que adolece la obra de arte que pretende transmitir. Como se decía más arriba, las acciones redhibitorias funcionan aun cuando el vendedor desconozca los vicios de la cosa, y lo mismo ocurre con el error, que tiene lugar «en la mente del comprador», y puede existir con independencia de que el vendedor lo conozca o no[112]. Por el contrario, es difícil imaginar un supuesto de dolo en que el vendedor no conozca previamente los defectos de la cosa: si un vendedor engaña a un comprador haciéndole creer que el óleo que le vende es de Monet, será porque el vendedor es consciente de que dicha atribución es falsa. Si, por el contrario, el vendedor cree que el óleo es verdaderamente de tal pintor, por muy falso que éste sea no estaremos ante un caso de dolo, sino meramente de error o incumplimiento o de vicios ocultos.

Esto fue precisamente lo ocurrido en el *Caso del Mazo,* el segundo y último supuesto en el que se ha ejercitado una acción de nulidad basada en el dolo del vendedor. En el mismo, un profesional del mundo del arte adquirió de varios hermanos dos cuadros atribuidos a Martínez del Mazo[113], que los vendedores habían recibido en herencia. Los vendedores, en el momento de la venta, aseguraron al adquirente que los cuadros eran efectivamente de dicho pintor, y sin embargo más tarde resultaron ser falsos. El Tribunal señaló que los vendedores no habían observado conducta engañosa ninguna, y ello porque no quedó en modo alguno acreditado que éstos fueran conscientes de que las pinturas no eran auténticas, por lo que el Tribunal desestimó la concurrencia del dolo:

> «*(…) La sentencia no desconoce que los vendedores considerasen y efectivamente*

112. El error puede perfectamente ser conocido e incluso inducido por el vendedor, pero puede existir también sin el conocimiento de éste.

113. Juan Bautista Martínez del Mazo (1611-1667) fue un pintor barroco discípulo y yerno de Velázquez. Tras contraer matrimonio con su hija, éste lo acogió como ayudante y le prestó su apoyo en su carrera profesional en la Corte española. Tal parecido hay entre la pintura de ambos artistas, que durante mucho tiempo se atribuyeron a Velázquez algunas pinturas del artista.

> *afirmasen que los cuadros estuviesen atribuidos a del Mazo. (…) Lo que ocurre es que no consta el dolo de los vendedores en el sentido de que conocieran que no eran cuadros auténticos o acordes con la firma que incorporaban. Se trataba de cuadros adquiridos por herencia y que habían pertenecido durante varias generaciones a la familia, la que los tenía por auténticos, sin que se rastreara el modo de adquisición inicial, que desconocían. Aunque el apelante defienda que los vendedores sabían que los cuadros eran falsos, nada demuestra que los vendiesen en tal creencia ni ésta se puede deducir por el mero hecho de que no defendiesen la autenticidad de los cuadros tras conocerse que no lo eran, como se pretende».*

Aunque, como se decía, los *Casos Dalí I* y *Del Mazo* son los únicos en los que propiamente se ha ejercitado acción de nulidad por dolo, nuestros Tribunales han realizado algunas alusiones al dolo al hilo de otros casos relacionados con la compraventa de obras de arte. Así ocurrió en el ya mencionado *Caso Julián Alcaraz*, en el que como se recordará, el vendedor había ocultado deliberadamente a la compradora el mal estado de conservación de los cuadros. Aunque en aquel caso la acción de nulidad ejercitada por la demandante se basaba en el error, la Audiencia Provincial de Murcia admitía expresamente que el supuesto de hecho encajaba también en la figura del dolo:

> *«(…) Está claro que se le ocultó a la compradora la verdadera naturaleza de aquello que compraba, lo que incluso hubiera podido dar lugar a la presencia de otro vicio del consentimiento, diferente del error y de consecuencias más graves, como el dolo».*

Una referencia similar a la anterior hacía la Audiencia Provincial de Madrid en el *Caso Rusiñol I*[114]: En el mismo, un particular depositó en una famosa casa de subastas un cuadro atribuido a Santiago Rusiñol[115] para que ésta se encargara de subastarlo. Así lo hizo la casa de subastas, de forma que el cuadro se adjudicó al particular que había resultado ser el mejor postor en la licitación. Ahora bien, cuando se entregó el cuadro al comprador, éste descubrió que no era auténtico y lo devolvió a la casa de subastas, reclamándole el precio pagado. Ésta tuvo que anular la venta y devolver al adquirente el importe abonado por el cuadro, después de lo cual demandó al depositante del mismo reclamándole los daños y perjuicios sufridos[116]. El Tribunal estimó la reclamación sobre la base de que el

114. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), de 6 de mayo de 2003 [JUR 2004, 157083]. En adelante, junto con la sentencia de instancia, nos referiremos a este procedimiento como «*Caso Rusiñol I*».

115. Santiago Rusiñol (1861-1931) fue un pintor, escritor y dramaturgo catalán cuya pintura es de estilo impresionista y temática principalmente paisajística. Es especialmente conocido por sus cuadros de jardines, en los que retrató, entre otros, los de Aranjuez o La Granja.

116. En concreto, se reclamaron al depositante (i) Los gastos asumidos por la casa de subastas para publicitar la subasta del cuadro; (ii) La comisión por la venta del cuadro que le correspondía a la casa de subastas, y que dejó de percibir cuando tuvo que anular la venta; (iii) Los gastos de envío de la obra asumidos por la casa de subastas; (iv) Los gastos deriva-

vendedor había tenido conocimiento de las dudas que había sobre la autenticidad del cuadro antes de su venta, habiendo evitado sin embargo mencionarlas:

> *«De la testifical practicada (...) claramente se desprende que cuando la demandada hoy apelante entregó el cuadro a la actora para ser subastado era plenamente consciente de la falsedad del mismo, entrega que hizo con conocimiento de dicha falsedad, de manera que actuó no ya negligentemente, sino dolosamente, sin que pueda relevarse de su responsabilidad el hecho de que la demandante, por razón de su oficio, sea experta en obras de arte ya que ella pudo y debió, antes de realizarse la subasta, poner en conocimiento de la apelada los datos e informaciones que tenía sobre la falsedad del cuadro evitando así posibles confusiones, seguros, gastos y eventuales reclamaciones que de haber actuado con lealtad no se hubieran producido».*

5.2. QUE LA CONDUCTA DOLOSA SEA GRAVE

El segundo requisito exigido para que el dolo pueda anular la compraventa es que el dolo sea grave. Nuestra Doctrina ha explicado que la conducta dolosa es grave cuando «*haya provocado de por sí la captación de la voluntad del declarante*»[117], es decir, cuando exista un nexo causal entre la conducta dolosa y la prestación del consentimiento del comprador, de forma que sin mediar aquélla el contrato no se habría celebrado.

Si, por el contrario la conducta dolosa no fuera determinante de la celebración del contrato, aunque pudiera haber ayudado a ella, entonces estaríamos ante un dolo únicamente incidental. Este dolo incidental, aunque de por sí no es suficiente para determinar la nulidad del contrato, obligará al vendedor a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios que haya sufrido por tal causa[118]. Lo anterior puede tener especial relevancia en el mercado del arte, pues como se ha dicho, en el mismo a menudo se juega con un cierto margen de incertidumbre que es conocido y aceptado por los contratantes. No será extraño por tanto que el comprador, en el momento de prestar su consentimiento, y a pesar de las manifestaciones del vendedor, siga albergando dudas sobre la autenticidad de la obra de arte, que nunca es una cuestión pacífica ni evidente por sí sola. Y si el comprador, a pesar de albergar dudas sobre la autenticidad de la obra, las vence y se arriesga con la venta, mal podrá defenderse que en dicha operación el dolo fue determinante de la celebración de la misma. Al contrario, el dolo del vendedor será en estos casos sólo incidental, con las consecuencias legales que de ello se deriven[119].

---

dos de la expertización de la misma y (v) Los daños morales derivados de la merma de la reputación de la casa de subastas.

117. Verda y Beatonte (DE), José Ramón. *El dolo... op. cit.*

118. Así lo dispone el art.1270 CC. Sobre la diferencia entre el dolo grave y el incidental, se puede consultar Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coord.). *Tratado de... op. cit.,* pp. 640-641.

119. Evidentemente, la validez de este razonamiento dependerá de cuáles hayan sido las maquinaciones urdidas por el vendedor y qué poder de convicción tuvieran éstas. Es decir,

5.3. QUE EL DOLO NO SEA COMÚN A AMBAS PARTES, Y QUE NO PROVENGA DE UN TERCERO

Por último, el art. 1270 CC dispone que no será invalidante el dolo cuando la contraparte también se hubiera conducido con ánimo de engañar. De esta forma nuestro legislador penaliza la conducta del que, queriendo engañar, ha resultado finalmente engañado.

El mismo precepto establece también que no anulará la compraventa el dolo de un tercero que no haya intervenido en la celebración del contrato. Esto último podría tener también su importancia en el mercado que examinamos, en el que a menudo hay intermediarios que, sin ser parte en el contrato de venta, ponen en contacto a ambas partes, influyen en la formación de sus voluntades e incluso ayudan a fijar el precio y las condiciones de la transacción. Salvo en el caso de las casas de subastas[120], quizás podría defenderse que la conducta dolosa de alguno de estos terceros intermediarios no invalidaría la compraventa, aunque sí podría dar lugar –como ha recordado nuestra Jurisprudencia[121]– a otro tipo de acciones de resarcimiento, como por ejemplo la del art. 1902 CC.

En resumen, esta cuarta vía de actuación presenta varias ventajas sobre las anteriores, de las cuales la principal es, quizás, que el análisis de los requisitos necesarios para su estimación es bastante más objetivo en lo que se refiere a supuestos de compraventa de obras de arte: como se explicaba más arriba, para poder apreciar la concurrencia del error o el incumplimiento contractual en estos casos hay que entrar en una serie de discusiones que, como se ha visto, no son nada concluyentes (cuáles son las cualidades esenciales de la obra de arte, si el error es excusable, si el vicio hace a la cosa inhábil para su fin, etc.). En cambio, en este caso, una vez constatada la conducta dolosa que ha captado la voluntad del comprador, no es necesario nada más para anular la compraventa, ni siquiera que el error inducido por el vendedor sea excusable[122]. Una segunda ventaja es que, a diferencia del error, y al igual que en el supuesto del incumplimiento y los vicios ocultos, el dolo puede dar lugar no sólo a una acción de nulidad del contrato, sino también a una acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por causa del engaño. Y esta posibilidad de reclamar los daños no es en modo alguno despreciable en el ámbito que tratamos pues, según el caso concreto y el

---

que sin perjuicio de lo dicho, cabe por supuesto el caso de que dichas maquinaciones, por su fuerza de convicción, constituyan un dolo realmente causante.

120. Debido a la responsabilidad solidaria que éstas tienen, que se comentará más abajo.
121. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 1162/2000, de 13 diciembre [RJ 2000, 9333].
122. En los casos de dolo lo normal es que el vendedor, con su conducta dolosa, induzca al comprador a error sobre las condiciones de la cosa, es decir, que coexistan el dolo y el error. Ahora bien, dado el reproche que merece la conducta del vendedor, cuando media dolo no es necesario que el error sea excusable, como explica Marín López, Manuel en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coord.). *Tratado de... op. cit.,* Págs. 633-634.

tipo de obra de arte de que se trate, el comprador podría haber incurrido en unos gastos bastante elevados (piénsese, por ejemplo, en el coste de transporte de una obra de grandes dimensiones, o de las labores de conservación y restauración de la misma, o, por último, en los honorarios abonados a expertos o laboratorios contratados para analizar la obra y certificar su autenticidad, etc.)[123].

Por contra, la acción que aquí se examina adolece de un problema fundamental al que ya nos hemos referido antes de pasada. Y es que en el ámbito procesal, acreditar las intenciones y los pensamientos humanos siempre entraña un escollo importante, así como una cierta carga de subjetividad en la valoración de los hechos llevada a cabo por el Juzgador. Además, nuestra Jurisprudencia ha venido exigiendo que la prueba del dolo ha de ser especialmente fehaciente y concluyente: «*el dolo no se presume, sino que debe de ser acreditado por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones*»[124]. Y en la práctica, parece que este problema impide casi totalmente su utilización, dada la tremenda dificultad que implica la prueba del *animus decipiendi*. Por esta razón, si a la hora de plantear una reclamación no se dispone de prueba concluyente acerca del dolo, más vale quizás interponer la acción de nulidad por concurrencia de error en el objeto, que aunque no permite reclamar los daños y perjuicios, no requiere la prueba de ningún elemento intencional, y cuyo plazo de prescripción es el mismo, es decir, de cuatro años[125].

A lo anterior se añade un segundo problema que también se apuntaba indirectamente más arriba. Y es que la incertidumbre inherente al mercado del arte, así como las dificultades asociadas a la autenticación y certificación de obras de arte, probablemente dificultarán que un supuesto de este tipo pueda reconducirse por la vía del dolo *in contrahendo*. En efecto, en la mayoría de los casos, los defectos de la obra de arte serán desconocidos por el propio vendedor, que a lo sumo tendrá ciertas dudas o reservas acerca de la autenticidad de la misma. Por lo demás, como se ha dicho, aunque el vendedor conociera la falsedad de la obra, resultará muy complejo que ello quede acreditado en el procedimiento, a no ser que el propio vendedor lo reconozca o que se pueda deducir indubitablemente de alguno de sus actos. Lo anterior dificultará enormemente que se aprecie la existencia de dolo, pues éste requiere, tal y como se ha visto, del conocimiento y la consciencia de los defectos de la cosa por parte del vendedor.

123. En el *Caso Rusiñol I,* aunque no se ejercitaba exactamente esta acción, se reclamaron casi 30.000 € en concepto de daños y perjuicios. Véase nota núm. 116 en la que se especifican los daños que se pedían.
124. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 607/2003, de 12 junio [RJ 2003, 5631]; y núm. 569/2003 de 11 junio, [RJ 2003, 5347].
125. Nada impide tampoco que se ejercite una acción acumulando ambos fundamentos jurídicos para sustentar la misma acción de nulidad: de esta manera, la acción de nulidad estaría basada en la concurrencia de dolo y, subsidiariamente, de error. Si el dolo no quedara suficientemente probado, quedaría todavía por resolver si concurrió o no error sobre el objeto. Así se hizo, por ejemplo, en el *Caso Dalí I* o en el *Caso Del Mazo*.

Quizás sea por todos los problemas apuntados que, en la jurisprudencia española, exceptuando únicamente el *Caso Dalí I* y el *Caso del Mazo,* y dejando aparte las referencias al dolo que se hacían en el *Caso Julián Alcaraz* y el *Caso Rusiñol I,* no existen otros supuestos en los que se haya reclamado por esta vía tras la compraventa de una obra de arte no auténtica[126].

6. ACCIÓN PENAL DE DENUNCIA DE UN DELITO DE ESTAFA (ARTS. 248 Y SS. CP)

En último lugar pasamos a analizar las consecuencias penales que podrían derivarse de la compraventa de una obra de arte no auténtica. Como explica Casabó, en nuestro ordenamiento jurídico la mera actividad de copiar o falsificar una obra de arte no tiene una consecuencia penal específicamente prevista[127]. Aunque ello ha sido criticado en ocasiones[128], creo que es razonable que así sea, pues lo contrario llevaría a penalizar conductas neutras desde el punto de vista penal, como la del estudiante de arte que copia obras famosas con fines didácticos, o la del artista que crea siguiendo a propósito un estilo de otro pintor. La conducta que, en cambio, sí tiene aparejada una consecuencia penal es la de comercializar con una obra de arte haciéndola pasar por auténtica a sabiendas de que no lo es, por lo que el supuesto que analizamos aquí se reconduce, en la vía penal, al delito de estafa.

Nuestro Código Penal dice que comete estafa el que, con ánimo de lucro y utilizando un engaño bastante, produzca en otro un error que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial, en su propio perjuicio o ajeno. Nuestra Jurisprudencia, por lo demás, ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre los elementos que conforman el tipo de la estafa: Así, el *tipo objetivo* del delito lo constituyen (i) el engaño del estafador, que ha de ser bastante para producir (ii) el error en la víctima, y por último que, como consecuencia de dicho error, la víctima realice (iii) una disposición patrimonial que le genere un perjuicio económico. Además, estos tres requisitos no pueden darse de forma separada o autónoma, sino

126. Como explica Marín López, Manuel en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coord.). *Tratado de... op. cit.,* pág. 632, a menudo se produce una especie de «decadencia» del dolo como vicio del consentimiento en beneficio del error, dada la mayor facilidad de apreciación de éste último.

127. Casabó Ortí, M.ª Ángeles. «La estafa en el mercado del arte. Engaño y víctima» en *Diario La Ley,* Núm. 8101, Wolters Kluwer, España, 2013. Ello sin perjuicio de que, cuando la falsificación es una copia de una obra preexistente (lo que no suele ser el caso), puedan infringirse los derechos de propiedad intelectual sobre la misma (RDL 1/1996, de 12 de abril), o incluso ser constitutivo de un delito contra la propiedad intelectual (art. 270 CP). Ninguna de las anteriores infracciones resultan sin embargo de aplicación al supuesto que analizamos, pues en ambos casos el legitimado para perseguirlas es el titular de los derechos de propiedad intelectual infringidos, sujeto que en principio será distinto del comprador de la obra de arte.

128. Peñuelas i Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* p. 124. Allí el autor aboga por la creación de un tipo penal específico para la mera falsificación o posesión de obras de arte falsificadas.

que deben de estar enlazados por una doble relación de causalidad, a saber, la que existe entre el engaño y el error, por un lado, y la que existe entre el error y la disposición patrimonial, por otro<?>-es el conocido «nexo causal» según la terminología empleada por nuestra Doctrina y Jurisprudencia–. Por otra parte, el *tipo subjetivo* del ilícito requiere que el vendedor actúe con (i) dolo o intención de engañar, y que además tenga (ii) ánimo de lucrarse con dicho engaño.

Tal y como ha señalado nuestro Tribunal Supremo[129], el elemento clave del delito de estafa es el *engaño,* que constituye «*la esencia, médula, eje o piedra angular de la infracción*». El engaño puede consistir en cualquier tipo de ardid, manifestación, trampa o maniobra con la que se pretenda «*crear en el sujeto pasivo una sensación de realidad que no se corresponde con las circunstancias del caso ni con las cualidades o condiciones personales del sujeto activo*»[130]. El concepto de engaño es, así, muy abierto, y puede englobar un espectro de actuaciones amplio y variado, tal como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en el *Caso Estafa Asturiana*[131]:

> *«(…) el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad (…)».*

Ahora bien, en el supuesto que estamos analizando, la propia idiosincrasia del mercado del arte tendrá mucho que ver con el tipo de conductas que se utilicen para engañar: así, en la compraventa de una obra de arte no auténtica el engaño a menudo consistirá, por ejemplo, en la falsificación[132] de la propia obra de arte. Esto es lo que ocurrió en el *Caso Goya IV*[133], por ejemplo, donde el falsificador había utilizado un lienzo del s. XVIII, para después dibujar sobre el mismo una imitación de un cuadro de Goya. Otra forma de engaño típica en este sector es la incorporación de una firma falsa a una obra de arte preexistente (que no ha sido falsificada), y que inducirá a error sobre su autoría. Por supuesto, en un mismo supuesto pueden encontrarse ambos tipos de engaño, como ocurría en el *Caso Vela Zanetti*[134], en el que el falsificador había realizado multitud de copias de

129. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 20 de marzo [RJ 1985, 1979], de 20 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 6360], y de 10 de febrero de 1987 [RJ 1987, 1226].
130. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 909/1999, de 9 junio [RJ 1999, 3880].
131. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 1276/2006, de 20 de diciembre [RJ 2006, 387]. En adelante, junto con la sentencia de apelación, «*Caso Estafa Asturiana*».
132. Para un mayor detalle sobre los distintos métodos técnicos utilizados para falsificar obras de arte, ver Casabó Ortí, M.ª Ángeles. *La estafa en la obra… op. cit.,* pp. 60-80.
133. Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª) núm. 420/2002, de 18 de noviembre [ARP 2003, 314] y del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 305/2004, de 8 de marzo [RJ 2004, 2254]. En adelante, «*Caso Goya IV*».
134. Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.ª) núm. 74/2006, de 22 de febrero [ARP 2006, 364], y del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 139/2007, de 23 de febrero [RJ 2007, 1922]. En adelante, conjuntamente, «*Caso Vela Zanetti*».

las obras de dicho pintor, incorporando en todas ellas una firma también falsa. Al igual que en el caso anterior, en el *Caso Guayasamín*[135], por ejemplo, la policía practicó un registro domiciliario en el domicilio del vendedor, en el que encontró multitud de obras cuya firma había sido también falsificada.

Otro tipo muy habitual de engaño será el consistente en atribuir una obra a un determinado autor, época, taller o escuela, a sabiendas de que dicha atribución no es cierta; así como realizar manifestaciones que hagan pensar al comprador que la obra de arte tiene cualidades de las que en realidad carece. Un ejemplo de lo anterior es el ya citado *Caso Estafa Asturiana,* en el que la Audiencia Provincial de Asturias señalaba que:

> *«El engaño, elemento esencial de la estafa, consistió en atribuir la autoría, por el remedo de su temática y estilo, y la firma, imitada, de varias obras históricas a los pintores (…) a sabiendas de que no eran obras de los mismos (…)».*

Aunque las anteriores son las formas más habituales de engaño, como se ha dicho caben todo tipo de maniobras para ganarse la voluntad del sujeto pasivo de la estafa. En el *Caso Vela Zanetti,* por ejemplo, el falsificador aprovechó su amistad pasada con el pintor[136] y también la circunstancia de que tenía varias obras verdaderas de éste, para ganarse la confianza de los compradores y venderles cuadros que no eran originales.

Por lo demás, la actividad desplegada por el sujeto activo para perpetrar la estafa puede complicarse hasta convertirse en una verdadera «puesta en escena» (*Mise en scène*) con la que convencer al comprador de la seguridad de la operación. El *Caso Zurbarán II*[137] es un buen ejemplo de lo anterior, pues en el mismo se armó una completa puesta en escena dotada de varias fases, actuaciones e incluso varios personajes: En un primer momento, el estafador contacta a un adinerado hombre de negocios en el balneario en el que éste se encuentra de vacaciones. Traba amistad con él y le convence para que haga de intermediario en la compra de unos cuadros de Zurbarán propiedad de un tercero (evidentemente conchabado con el estafador). Para convencerle de lo anterior, le explica que el dueño de los cuadros no quiere vendérselos a él (el estafador) debido a problemas de negocios que habían tenido en el pasado. Además, el estafador se hace pasar por un importante marchante de arte, y le paga a la víctima comidas caras y estancias en hoteles de cinco estrellas. El sujeto pasivo de la estafa llega incluso a mantener, por indicación del estafador, una falsa reunión en el

135. Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3.ª) núm. 25/2004, de 30 de abril [JUR 2004, 141548] y del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 310/2006, de 20 de febrero [RJ 2006, 5196]. En adelante «*Caso Guayasamín*».

136. José Vela Zanetti (1913-1999) fue un pintor y muralista español discípulo de Manuel Bartolomé Cossío y José Ramón Zaragoza. Con motivo de la Guerra Civil emigró a República Dominicana, donde vivió más de una década y se forjó verdadera fama y reputación. En 1953 República Dominicana donó a la ONU uno de sus murales más destacados, que se expone actualmente en su sede de Nueva York.

137. Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1.ª) núm. 757/2012, de 22 de octubre [ARP 2012, 1114] y del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 952/2013, de 5 de diciembre [RJ 2013, 492]. En adelante, «*Caso Zurbarán II*».

Hotel Palace de Madrid con el pretendido propietario de los cuadros, donde ambos negocian el precio de la transacción, fijándolo finalmente en 950.000 €. En el momento de la entrega de los cuadros, el estafador pide a la víctima que adelante parte del precio de la compra (unos 400.000 €), dándole en garantía de su devolución los propios cuadros, supuestamente valorados en 2.000.000 €. El que se hacía pasar por dueño de los cuadros los entrega a la víctima debidamente embalados, y le indica expresamente que no debe de retirar los envoltorios, pues ello podría afectar a la conservación de los mismos. El final de la historia ya se puede adivinar: tras días y días custodiando las pinturas y esperando recibir noticias del estafador, la víctima desembala los cuadros y descubre que son falsos y no valen nada. Este es, como puede verse, un ejemplo magnífico de puesta en escena compleja que tiene como único fin engañar a la víctima.

En muchos casos, el engaño estará acompañado de medios que por sí mismos pueden constituir delitos, como por ejemplo la falsificación de la documentación que acredite el origen de la obra de arte o el propio certificado de autenticidad que la acompaña[138]. A la inversa, en otros casos se han vendido copias de obras de arte acompañadas de certificados de autenticidad verdaderos, es decir, que se habían emitido con motivo del examen de la obra original[139]. Al hilo de la cuestión de los certificados falsos, es importante tener en cuenta que la falsedad de los mismos sólo en determinadas ocasiones podrá comprobarse: Así sucedió, por ejemplo, en el *Caso Guayasamín,* en el que se acompañó la obra de un certificado firmado por la FUNDACIÓN GUAYASAMÍN[140], por lo que fue fácil recurrir a ésta para contrastar la falsedad del mismo. De la misma manera ocurrió en el *Caso Miró*[141], en el que se intentó vender una imitación de la famosa serie del pintor que lleva por título «Azul», así como una copia de una litografía de dicho pintor. Ambas obras se acompañaban de certificados supuestamente emitidos por un afamado experto en la obra del pintor catalán, por lo que pudo comprobarse fácilmente la falsedad de los mismos. Por el contrario, en el *Caso Dalí II*[142], la

138. La venta de una obra de arte con un certificado falso es un clásico en la estafa en compraventas de obra de arte. Aunque la falsificación podría dar lugar de por sí a un delito de falsedad en documento privado (art. 395 CP), en este tipo de supuestos se entenderá que la falsedad es uno de los elementos del delito de estafa (en concreto, el engaño o el medio por el que opera éste), por lo que la falsedad quedará subsumida en el tipo de ésta de con el fin de que no se condene dos veces por los mismos hechos (*ne bis in ídem).* Así ocurrió, por ejemplo, en el *Caso Guayasamín* y en el *Caso Miró* al que nos referiremos a continuación.
139. Recuérdese el caso de Ely Sakhai con el que se iniciaba el presente artículo.
140. Oswaldo Guayasamín (1919-1999) fue un destacado pintor, escultor, grafista y muralista ecuatoriano de ascendencia indígena, que reflejó en su obra la opresión de la sociedad indígena de nuestro tiempo. Son famosos sus enormes murales, uno de los cuales, de 120 metros, se exhibe en el Aeropuerto de Barajas en Madrid.
141. Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16.ª) núm. 171/2008, de 14 de noviembre [JUR 2009, 74684] y del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 759/2009, de 8 de julio [RJ 2009, 6962]. En adelante, conjuntamente, «*Caso Miró*».
142. Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1.ª) núm. 144/2001, de 7 de noviembre [JUR 2002, 19476]. En adelante, «*Caso Dalí II*».

aguada[143] que se había vendido como atribuida al artista se acompañaba de un certificado firmado por una persona a la que no se pudo localizar, ni contrastar su reputación o conocimientos artísticos. En realidad, no se pudo comprobar siquiera su existencia. Aunque probablemente dicho certificador sencillamente no existía, al no poder comprobar el Tribunal que dicho documento hubiera sido alterado o no estuviera emitido por el firmante, concluyó que no se podía hablar de un certificado falsificado.

Ya se ha explicado suficientemente todo lo que atañe al engaño, que es el requisito principal del tipo de la estafa. El segundo de los elementos del tipo que merece atención aquí es la *suficiencia del engaño*. De acuerdo con lo dispuesto en nuestro Código Penal, no cualquier engaño vale, sino que éste debe de ser «bastante» para generar en la víctima el consiguiente desplazamiento patrimonial. Que el engaño sea «bastante» significa, de acuerdo con lo establecido por nuestra Jurisprudencia[144], que debe de ser idóneo, relevante y adecuado para producir el error, y que por tanto no habrá delito en aquellos casos en que el engaño resulte burdo, grosero o increíble, o cuando éste no posea un grado de verosimilitud suficiente para confundir a la víctima. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando se ofrezca una obra de arte importante en unas circunstancias que a la fuerza deban de hacer dudar sobre su autenticidad (por ejemplo, en un mercadillo[145]), o cuando ésta se vende a un precio completamente irrisorio[146].

De acuerdo con nuestra Jurisprudencia, tampoco se admitirá que el error ha sido bastante cuando la víctima no hubiera observado una diligencia normal o no hubiera desplegado los correspondientes mecanismos de autoprotección, como por ejemplo cuando no solicitó del vendedor la información que era razonable solicitar, o cuando por su pericia o entendimiento en la materia debía de haber sospechado de la falsedad de la obra. Esto es precisamente lo que ocurrió en el

143. La aguada es una técnica pictórica consistente en diluir la pintura en distintas cantidades de agua o alcohol. Ello permite utilizar, según se diluya más o menos la pintura, una amplia gama cromática dentro de un mismo color.

144. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 15 de julio de 1991 [RJ 1991, 5930], de 26 de julio de 2000 [RJ 2000, 6923] y de 27 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9751].

145. Aunque pueda parecer una mención retórica, el caso es real: en 2008 una particular interpuso una denuncia contra un vendedor que le había vendido tres cuadros de Ignacio Pinazo, Cecilio Plá y Sorolla en el Rastro de Mestalla. La Juez de instrucción ni siquiera admitió a trámite la querella, por entender que era de «*(...) de conocimiento general que cuadros de tales pintores ni se venden en el rastro de Mestalla ni valen ese dinero*». Para más detalle ver Ferrando, Ramón. *Una juez considera que no es delito vender cuadros falsos de Sorolla en el rastro*. Diario El Mercantil Valenciano, 7 de noviembre de 2008.

146. El precio de la transacción es uno de los elementos en los que nuestra Jurisprudencia ha puesto especial acento al examinar supuestos de estafa, entendiendo que cuando el precio es demasiado reducido (precio vil) la víctima debería de haber desconfiado de la bondad de la transacción. En el *Caso Estafa Asturiana*, y el *Caso Modigliani* se tuvo en cuenta el precio para valorar si la víctima había sido o no diligente.

Caso Goya IV, y también en el *Caso Zurbarán I*[147], en el que el comprador era experto en la pintura del s. XVII y tuvo en su posesión la obra tiempo antes de proceder a su compra, con lo que pudo haber realizado sobre la misma todas las comprobaciones oportunas. Por ello, el Tribunal desestimó la querella entendiendo que el comprador no había sido diligente, y que los mecanismos de protección por él desplegados fueron insuficientes a la vista de las circunstancias del caso.

Sin perjuicio de lo anterior, es de señalar que la diligencia que se requiere del comprador no ha de entenderse total o ilimitada. Al contrario, nuestros Tribunales han admitido que el sujeto pasivo tiene cierto «margen de relajación», es decir, que en determinadas ocasiones no se espera que sus mecanismos de protección sean infalibles. Ésta fue la interpretación que hizo el Tribunal en el *Caso Estafa Asturiana*: en el mismo, la estafadora no sólo era marchante de arte, sino que mantenía relaciones personales con los pintores a los que atribuía las obras que vendió, e incluso había comisionado exposiciones de alguno de ellos. A la vista de lo anterior, el Tribunal estimó que las víctimas habían actuado de buena fe y habían tenido la diligencia exigible –a pesar de ser profesionales del sector–, y que el ardid de la estafadora había vencido todos sus mecanismos de protección:

> *«La pretensión de la recurrente de exigir a los compradores esos deberes adicionales de comprobación, como consultar a los propios autores o a expertos o instituciones oficiales, resulta exagerada para unos compradores de buena fe que adquieren los cuadros de una persona que actuaba de marchante, que conocía personalmente a los pintores y que con anterioridad había vendido obras auténticas de ellos y organizado exposiciones de los mismos (…)».*

En resumen, y como quizás ya se habrá intuido ya, en todo lo relativo a la diligencia de la víctima nos podemos remitir a lo expuesto antes sobre la excusabilidad del error, pues la discusión es básicamente la misma que la reproducida entonces. No entraremos, por tanto, en más detalles a ese respecto.

Sí conviene sin embargo apuntar que a la hora de analizar la suficiencia del engaño nuestra Jurisprudencia penal ha ido pasando de un criterio puramente objetivo a uno preponderantemente subjetivo, es decir: mientras que tradicionalmente el engaño debía de ser «bastante» para un ciudadano medio o incluso perspicaz, paulatinamente se han ido teniendo en cuenta las condiciones personales del sujeto engañado (su cultura, su edad, su enfermedad) de cara a determinar si el engaño fue suficiente y qué grado de diligencia era esperable de la víctima[148]. Y también conviene recordar que este examen de la idoneidad y la suficiencia del engaño, así como del margen de

147. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6.ª) núm. 186/2007, de 27 de marzo [JUR 2007, 172332]. En adelante, «*Caso Zurbarán I*».

148. Esta evolución doctrinal se resume en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 717/2002, de 24 abril [RJ 2002, 5671].

riesgo que es razonable que la víctima soporte, habrá de hacerse atendiendo a las circunstancias que rodean al caso concreto. Entre ellas se habrá de tener en cuenta, por ejemplo, el sector en el que se comete la estafa, la importancia de las prestaciones a que se obliga cada parte cuando hay un contrato de por medio, las pautas sociales o las condiciones específicas del sujeto perjudicado, etc.[149].

La vía penal tiene también problemas importantes que no pueden ser omitidos: Además de su mayor lentitud[150] y de las dificultades de probar la propia falsedad de la obra de arte[151], el problema básico de que adolece esta última alternativa es el mismo al que nos referíamos al tratar la acción de nulidad por dolo del vendedor. En efecto, la estimación de una querella por estafa requiere una prueba de las intenciones y la voluntad del sujeto activo, lo que entraña un problema procesal de gran envergadura. Según señala Peñuelas i Reixach[152], éste es el principal motivo de que en la práctica no se estimen demasiadas denuncias por estafa cometidas en la venta de obras de arte. Y, aunque algunos casos han prosperado, son muy abundantes los supuestos en los que no queda acreditado que el vendedor fuera consciente de la falsedad de la obra, o, lo que es igual, el dolo o la voluntad de engañar. Así ocurre en el *Caso Toulouse-Lautrec*[153], en el que un particular adquirió varias esculturas y cuadros (entre ellos uno atribuido al famoso cartelista francés[154]), que más tarde resultaron ser sólo imitaciones realizadas con fines decorativos. En tal caso, el Tribunal entendió que no se había acreditado suficientemente el dolo del vendedor:

> *«En el presente supuesto no existe prueba que acredite que el acusado afirmase que estaba vendiendo obras de la época. Se trata de dos declaraciones contradictorias sin que exista prueba objetiva que acredite una de las dos versiones, máxime cuando las*

149. Casabó Ortí, M.ª. Ángeles. *La estafa en el mercado... op. cit.*
150. Como es sabido, ante la jurisdicción penal los procedimientos suelen extenderse en el tiempo bastante más que ante los Tribunales civiles. La nueva reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin embargo, ha introducido una limitación del período de la fase de instrucción a un máximo de seis meses, lo que probablemente ayudará a reducir los plazos significativamente.
151. A menudo la falta de prueba concluyente sobre la falsedad de la obra de arte determina la inexistencia de la estafa: no acreditada la falsedad, tampoco podrá tenerse por acreditado ni el engaño ni el perjuicio patrimonial, ambos elementos constitutivos del tipo. Así ocurrió, por ejemplo, en el *Caso Picasso II, Caso Dalí II, Caso Guayasamín* o el *Caso Rusiñol II.*
152. Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* p. 116.
153. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª), núm. 473/2009, de 20 de octubre [JUR 2010, 10020]. En adelante, «*Caso Toulouse-Lautrec*».
154. Henri de Toulouse-Lautrec (1864-1901) fue un pintor y cartelista francés conocido por retratar la vida nocturna en los bajos fondos del París de finales del s. XIX. Fascinado por estos crudos ambientes, su obra se centró en buena parte en retratar actores, bailarines, burgueses y prostitutas, y los propios dueños de los más famosos cabarets le pedían que dibujara los carteles para promocionar sus espectáculos.

fotografías que aparecen en las actuaciones como forma de acreditación del pago de ese objeto no hacen referencia alguna a la antigüedad o la época (...)».

Y lo mismo ocurrió, en definitiva, en el *Caso Dalí II,* en el *Caso Picasso II*[155] o en el *Caso Goya IV.* Ciertamente, la incertidumbre que rodea a este tipo de operaciones a menudo permitirá al acusado defender que desconocía la falsedad de la obra o que él también fue engañado en una transacción anterior, por lo que el dolo se erigirá en el caballo de batalla para la acusación. Así ocurrió en el *Caso Zurbarán I,* en el que la principal acusada adujo que había heredado la obra de arte de su padre, y que siempre había considerado que era de Zurbarán. El Tribunal, ante la falta de pruebas en sentido contrario, concluyó que no había nada que permitiera deducir que la acusada tuviera conocimiento de la falsedad de la obra.

El anterior problema desaparecerá, por el contrario, cuando el ánimo de engañar pueda acreditarse suficientemente, o bien cuando éste se pueda deducir de los hechos probados de forma inequívoca. Así, por ejemplo, cuando se consiga acreditar la existencia de una organización o estructura específicamente diseñada para delinquir, que por cierto no es nada desacostumbrada en este tipo de estafas, para las que se requiere la participación de varios «especialistas» (el que falsifica la obra, el que estampa la firma falsa, el encargado del transporte de la misma, los falsos certificadores de la obra, el que la pone en circulación, etc.)[156]. Un ejemplo en el que el dolo era evidente es el *Caso Vela Zanetti,* pues en el registro que se practicó en la vivienda del acusado, la policía encontró nada menos que 36 obras del artista, de las cuales sólo 4 eran verdaderas. Además, en el acto del juicio, uno de los testigos declaró que había comprado al estafador dos de las obras controvertidas, pero que más tarde se las había devuelto por ser éstas falsas, habiéndolas vendido de nuevo el acusado a otro comprador, ahora denunciante. En estos casos, como se comprenderá, los hechos hablan por sí solos y malamente podrá defender el acusado que desconocía la falsedad de la obra de arte.

En ocasiones, dada la dificultad de acreditar este elemento subjetivo, se ha recurrido a la prueba del mismo por medio de los indicios, es decir, recurriendo a circunstancias y detalles que rodean el *iter criminis* de los que se pueda deducir el ánimo de engañar. En concreto, este tipo de prueba tuvo éxito en el *Caso Estafa Asturiana* y en el *Caso Modigliani*[157]. En éste último, por ejemplo, dos profesionales dedicados a la intermediación en el comercio de obras de arte transmitieron, a sabiendas de su falsedad, varias obras de arte a un particular. Éste les denunció al descubrir la falsedad, y el Tribunal dedujo el dolo de los numerosos indicios que

155. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4.ª) núm. 406/2003, de 18 de septiembre [JUR 2003, 257796]. En adelante, «*Caso Picasso II*».
156. Así se explica en Casabó Ortí, M.ª Ángeles. *La estafa en la obra... op. cit.*, pp. 57 y ss.
157. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) núm. 1120/2008, de 3 enero [RJ 2008, 818]. En adelante, nos referiremos a la misma como «*Caso Modigliani*».

atestiguaban su existencia (la condición de profesionales de los estafadores, el precio pagado por las obras, el hecho de no entregar recibo del pago, los certificados falsos que acompañaban a las obras, etc.).

Ya se han expuesto con todo detalle cuáles son los elementos del tipo de la estafa y la forma en que nuestros Tribunales los han apreciado en casos de compraventa de obras de arte. En este punto, y si comparamos estos elementos con los requeridos por la acción de nulidad basada en el dolo, surge la pregunta sobre qué distingue a ambas alternativas, es decir: ¿En qué casos nos encontramos ante un ilícito civil y cuándo ante una verdadera infracción penal? Como expone Magro Servet[158], este problema de delimitación de las esferas civil y penal es muy habitual en la práctica, y especialmente en aquellos supuestos en los que se examina la posible comisión de un delito de estafa. De acuerdo con el principio de intervención mínima del derecho penal, la tutela prevista por éste debe de reservarse para aquellos supuestos que reúnan los requisitos exigidos para merecer su protección. En consecuencia, y tal y como ha recordado nuestra Jurisprudencia[159], no debe de permitirse la criminalización de cuestiones que son simplemente civiles, pues el Ordenamiento Jurídico ya contempla mecanismos y remedios para la solución de las mismas. Lo anterior nos conduce de lleno a la noción de «negocios jurídicos criminalizados», un concepto jurisprudencial con el que nuestros Tribunales se refieren a aquellos contratos que, de una u otra forma, son utilizados para delinquir. Es precisamente en estos supuestos en los que se difuminan problemáticamente las fronteras que separan el ilícito civil del penal[160].

Ante la abundancia en la práctica de supuestos de este tipo, nuestra Jurisprudencia ha tenido que sentar un criterio uniforme para delimitar ambos ilícitos. Y específicamente en relación con los delitos patrimoniales (entre ellos, la estafa), nuestros Tribunales entienden que el elemento diferencial reside precisamente en la intención o la voluntad del sujeto activo. Entiéndase: no es que la existencia del dolo conlleve de por sí la concurrencia del ilícito penal, pues éste también está presente en los supuestos de anulación de la compraventa por dolo del vendedor que se examinaban más arriba. Lo que se requiere para que el ilícito caiga del lado del Derecho Penal es un tipo de dolo concreto, que ha de ser *antecedente o coetáneo* a la celebración del negocio jurídico de que se trate (en este caso, la compraventa de la obra de arte). Como explica Magro

158. Magro Servet, V. «Los contratos civiles criminalizados. Análisis de diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?» en *Diario La Ley,* Wolters Kluwer, España, 2001, pp. 1265-1272.

159. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 1427/1997, de 17 noviembre [RJ 1997, 7986] y núm. 1809/2000, de 24 noviembre [RJ 2000, 9748].

160. Se puede encontrar una buena descripción del concepto de negocio jurídico criminalizado en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) núm. 163/2014, de 6 marzo [RJ 2014, 2017].

Servet[161], para que nos encontremos ante un delito de estafa se requiere que el sujeto activo, ya en el momento de celebrar la compraventa, tuviera una voluntad de incumplir las obligaciones asumidas, o bien conociera desde el principio que su cumplimiento era imposible. El Tribunal Supremo lo ha explicado con las siguientes palabras[162]:

> *«(…) el denominado por la doctrina negocio jurídico criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno».*

Ello excluye de la esfera penal aquellos supuestos en que, habiéndose celebrado el contrato con buena fe y con intención de cumplirlo por ambas partes, a posteriori una de ellas utiliza el negocio jurídico para cometer el ilícito. En estos casos el dolo no será previo o antecedente (*ab initio*), sino tan sólo *subsequens* (a posteriori, sobrevenido), y por tanto el ilícito será encuadrable en la esfera civil, normalmente como un simple incumplimiento contractual o, en este caso, en un vicio del consentimiento.

El ya citado *Caso Rusiñol I* y el *Caso Rusiñol II*[163] son un buen ejemplo de delimitación entre la esfera civil y la penal, y también una muestra de la facilidad con que este problema de diferenciación puede darse en el supuesto que estamos analizando. En realidad, ambos casos judiciales enfrentaron a las mismas partes y en ambos se enjuiciaron exactamente los mismos hechos, sólo que en un caso se hizo por la vía civil y en otro por la vía penal. En el *Caso Rusiñol I,* como se explicaba más arriba, se interpuso una demanda de incumplimiento doloso de contrato contra un particular que había depositado una obra de arte para su venta en una casa de subastas, a sabiendas de las dudas que había sobre su autenticidad. El Tribunal entendió que efectivamente había concurrido dolo y en consecuencia condenó al particular. La casa de subastas, al ver sustentada su postura, interpuso acto seguido una querella por delito de estafa contra el mismo particular, y sobre la base de los mismos hechos (*Caso Rusiñol II*). Ahora bien, en dicho caso, el Tribunal prestó mucha atención al hecho de que el acusado no había tenido conocimiento pleno de la falsedad de la obra, sino sólo de que había albergado dudas sobre la autenticidad de la misma. Y sobre esta base, la Audiencia Provincial de Madrid entendió que el dolo del dueño de la obra no era del tipo que se requería para sustentar un delito de estafa, y le absolvió:

> *«Es cierto, porque así lo reconoció el propio acusado, que ocultó a* [casa de subastas] *la existencia de esta carta, pero de su tenor literal no pueden inferirse las categóricas afirmaciones que la acusación particular sostiene, es decir, que el acusado conocía la falsedad del cuadro o que ocultó el resultado del informe emitido por el Sr.*

161. Magro Servet, V. *Los contratos... op. cit.*
162. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1997.
163. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16.ª) núm. 139/2008, de 24 de septiembre [JUR 2008, 381639]. En adelante, «*Caso Rusiñol II*».

[…]. Lo que indicaba la carta no era la falsedad del cuadro, sino la existencia de las dudas sobre su autenticidad que un experto había manifestado a la casa».

A la vista de todo lo anterior se podrá comprender que la vía penal nada tiene que ver con las examinadas anteriormente. Para empezar, su propósito principal es que al acusado se le condene por la comisión de un delito, y en consecuencia, se le imponga una pena de prisión. Ello ya nos da una pista sobre los casos en que va a resultar adecuada esta acción, que serán aquéllos en los que el vendedor sea una persona física[164].

Por las consecuencias que implica su estimación, esta alternativa puede resultar también adecuada como herramienta de presión, o cuando lo que se persigue es lanzar al mercado un determinado mensaje de fuerza y contundencia. Así, por ejemplo, no es raro que las casas de subastas de cierto prestigio utilicen esta vía contra aquéllos que les han cedido en depósito para su venta una falsificación, por el peligro que supone para su reputación que estas imitaciones logren escapar a sus filtros de calidad[165]. Por último, y aunque quizás sea muy rebuscado, esta alternativa también podría servir para abrir una vía de reclamación una vez prescritas el resto de las acciones posibles habidas en Derecho (el plazo de prescripción del delito de estafa es de 10 años si el tipo es agravado). Dado que junto con la responsabilidad penal, se podrá solicitar la responsabilidad civil y los daños causados, esta vía podría servir para resarcirse económicamente aunque hubieran transcurrido todos los plazos de prescripción del resto de acciones civiles posibles.

En lo que se refiere a las consecuencias de la estimación de esta acción, en principio será la condena al sujeto activo a una pena de prisión de entre 6 meses y 3 años. Ahora bien, este límite máximo puede incrementarse hasta los 6 años de prisión si concurren las circunstancias agravantes del art. 250 CP, lo cual no es en absoluto descartable en el sector que se analiza: teniendo en cuenta que una de las agravantes aplica cuando el importe estafado supera los 50.000 €, evidentemente el delito de estafa será agravado a poco que la obra de arte transmitida sea de cierta importancia[166]. Por lo demás, y como ya se apuntaba antes, a la sanción penal hay que añadir también la responsabilidad civil derivada del delito (art. 109 CP), en la que podrán incluirse no sólo la restitución de las prestaciones, sino también la reparación de los daños causados, materiales y morales (art. 110 CP). En este sentido, es de especial importancia

164. Evidentemente, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas que puedan haber intervenido en la compraventa, según la nueva redacción del art. 31 bis del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Ello tiene efectivamente su importancia, pues la imposición de ciertas penas a la sociedad que intervenga en la venta (multas, cierre temporal o definitivo del establecimiento, etc.) puede suponer en algunos casos el propio fin del negocio. Ello, por no hablar del daño reputacional que supone para una casa de subastas o galería de prestigio el hecho de que se conozca que está imputada en un procedimiento penal.

165. El *Caso Rusiñol II* es un buen ejemplo de ello.

166. Como ocurre en el *Caso Zurbarán II,* por ejemplo, en el que el valor estafado era de 400.000 €.

recordar que, en determinados casos, la galería o la casa de subastas a través de la cual se vendió la obra puede resultar responsable civil subsidiaria[167].

7. REGÍMENES ESPECIALES QUE MODULAN LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS DE LA COMPRAVENTA

Ya se han enumerado y explicado cada una de las vías alternativas para la protección del comprador de una obra de arte falsa, que básicamente son cuatro: las acciones edilicias, la acción de resolución por incumplimiento, la acción de nulidad (ya sea por error o por dolo) y la acción penal. Como se ha visto, en todas ellas la distribución de los riesgos de la compraventa se hará conforme a las normas de nuestro Código Civil, y según dichas normas han sido desarrolladas e interpretadas por nuestra Jurisprudencia.

Pero ello no quita para que, en ciertas ocasiones, y en atención a las circunstancias especiales del caso concreto, puedan resultar de aplicación otras normas legales que de una u otra manera modulen los deberes y obligaciones de las partes, y distribuyan los riesgos de la compraventa de forma distinta a la expuesta u objetiven la responsabilidad de una de las partes. A menudo, estas normas especiales no serán sino una concreción o ampliación de los deberes precontractuales de información, es decir, de la obligación del vendedor de dar al comprador una información exacta, veraz y completa sobre el objeto de la compraventa, que emana del deber de buena fe consagrado por el art. 7 CC.

Una de dichas normas es, por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[168]. En efecto, si el comprador de la obra de arte en cuestión es un consumidor y el vendedor un empresario, y si la compraventa se ha realizado sin los requisitos y medidas que el Texto Refundido exige, el consumidor podrá aducir estos incumplimientos de la norma en su demanda en prueba de la responsabilidad del vendedor o como muestra de su mala fe o su falta de diligencia. Como se ha visto hasta la saciedad, los casos que estamos analizando puede resultar a veces muy difícil deducir de los hechos probados la responsabilidad del vendedor sobre los defectos o vicios de la cosa. En este sentido, el hecho de que el vendedor haya incumplido sus obligaciones en materia de protección del consu-

167. Como en el *Caso Toulouse-Lautrec,* en el que el denunciante dirigió su reclamación contra un particular, pero solicitó además que se tuviera como responsable civil subsidiaria a la sociedad de la que éste era administrador. Al igual, en el *Caso Goya IV,* en el que se pedía la responsabilidad civil subsidiaria de la galería de arte en la que se había adquirido la obra.

168. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Como se apunta en Espiau Espiau, Santiago. *Medidas de... op. cit.,* en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* pp. 272-273, la aplicación de la LGDCU al supuesto objeto de estudio depende de que las obras de arte puedan ser consideradas como bienes de consumo, lo cual puede ser bastante discutible en algunos casos.

midor puede ayudar (y mucho) a objetivar de alguna forma su responsabilidad, y que en consecuencia el Tribunal juzgue a favor del comprador[169].

Así ocurrió, por ejemplo, en el citado *Caso Picasso I*, en el que un particular demandaba a la casa de subastas en la que había comprado el dibujo objeto de la controversia por entender que era falso. El Tribunal, tras constatar que la casa de subastas había incumplido sus deberes de información previstos en la Ley de Consumidores y Usuarios, entendió que ello de por sí determinaba su responsabilidad, y eso que la casa de subastas había vendido la obra según las indicaciones dadas por el propietario de la misma, que fue quien en realidad indujo a error sobre su autoría:

> *«Todas estas circunstancias nos llevan al convencimiento de que la demandada no ofreció una información completa al público y, por ende, ha de responder por ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de ordenación del comercio minorista y en el artículo 11.1 de la ley de protección de los consumidores, en la medida en que no hubo advertencia ni reserva en cuanto a la autenticidad ni en cuanto a la autoridad de la persona que certificaba, de la que además ni siquiera se sabe si de verdad regentaba una galería de arte, como se dice en el anuncio, o más bien una librería, con lo que la autoría era objetivamente dudosa, lo que representa un vicio o defecto para una cosa vendida como auténtica. Procede, por lo expuesto, la estimación de la demanda, con restitución recíproca de las prestaciones (…)».*

Otra de las normas que modulan la distribución de los riesgos que establece nuestro Código Civil es la Ley de Ordenación del Comercio Minorista[170], que resultará aplicable si el vendedor es un profesional dedicado de forma habitual al comercio minorista, como por ejemplo una casa de subastas, una galería o un anticuario[171]. Dicho texto legal establece unos deberes específicos para el subastador que aparecen recogidos en su art. 58:

> *«Artículo 58. Oferta de venta en subasta.*
>
> *1. La oferta de venta en subasta deberá contener una descripción veraz de los objetos que salen a la misma, con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente, supuestas o adveradas por determinado experto.*
>
> *2. En especial, cuando, en salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación o de un artículo que, aunque aparen-*

169. Por cierto que las infracciones de la legislación en materia de consumidores y usuarios también puede dar lugar a la correspondiente reclamación por vía administrativa, con la consiguiente incoación de un procedimiento sancionador contra el empresario de que se trate y la posibilidad de que se le impongan las sanciones previstas en el art. 51 TRLDCU, que pueden llegar a ser de hasta 600.000 €. Un buen abogado podría utilizar esta posibilidad como medida de presión en el marco de una negociación con el empresario que haya vendido la obra de arte, con el fin de alcanzar un acuerdo amistoso de la controversia.
170. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
171. Para mayor detalle sobre el ámbito de aplicación de la LOCM se puede consultar Gaspar Lera, Silvia. *La venta... op. cit.,* Capítulo II, apartado 3.

temente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas.

Cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias.

3. Lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo será también de aplicación a las ventas de objetos preciosos o artísticos que se oferten al público en forma distinta a la subasta».

Como puede verse, la LOCM impone una serie de obligaciones de información sobre los bienes subastados con los que la casa de subastas[172] ha de cumplir. Por su parte, en su art. 61 la citada Ley establece que, en caso de incumplir los requisitos previstos en el art. 58, la empresa subastadora será corresponsable con el propietario (depositante) de la obra de arte de que se trate:

«(...) La empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley».

Lo anterior tiene una enorme relevancia, pues permite al comprador que ha sido engañado dirigir su reclamación no sólo contra el propietario de la obra, sino también contra la empresa que lo subasta[173]. Y ello implica dos grandes ventajas: la primera, que al tener la casa de subastas un establecimiento fijo es más fácil localizarle, enviarle comunicaciones, emplazarle para contestar la demanda, etc., lo cual puede suponer un problema cuando el propietario de la obra es un particular. Y la segunda, que dirigiendo la demanda contra dos sujetos en vez de uno se amplía el patrimonio contra el que se dirige la reclamación, y por tanto se aumentan las posibilidades de éxito de cobro una vez se tenga éxito en la misma.

172. Tal y como se expone en Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. «La subasta de obras de arte online» en *Revista de la contratación electrónica* Núm. 85, Dykinson, España, 2007, pp. 25-41, es bastante dudoso que las páginas web en las que se subastan objetos artísticos quepan en el concepto de subastador utilizado por la LOCM, y por tanto si estas obligaciones les son aplicables. Ello dependerá de si el sitio web controla los anuncios de subasta, el procedimiento de la subasta, la adjudicación y la entrega de la obra; o bien se limita a proveer una plataforma electrónica que pone a disposición de los vendedores para que sean éstos los que interactúen sin intervención por parte del sitio web. En el primer caso la web sí será subastador a los efectos del art. 58 LOCM, mientras que en el segundo (que es el más habitual), no le serían exigibles al sitio web los deberes de información previstos en dicho precepto (pues quien redacta el anuncio es el usuario), ni tampoco por tanto la responsabilidad solidaria prevista en el art. 61 LOCM.

173. Ello, sin perjuicio de la correspondiente acción de repetición que la empresa subastadora podrá interponer contra el propietario depositante de la obra. En el *Caso Rusiñol I*, precisamente, se examinaba una de estas acciones de repetición, al igual que en el *Caso Goya III* o en el *Caso Juan Echevarría.*

Las previsiones de la LOCM antes citadas han sido ya utilizadas con éxito en varios casos resueltos por nuestros Tribunales. Así por ejemplo, en el *Caso Picasso I*, en el que el Tribunal recurrió al art. 61 LOCM para determinar la responsabilidad de la casa de subastas implicada en la compraventa. Así también en el *Caso Portocarrero y Peláez*, en el que la compradora ejercitó una acción de incumplimiento de contrato frente a la casa de subastas, aduciendo que ésta era responsable conforme a lo previsto en los arts. 58 y 61 LOCM. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid confirmaron el criterio del demandante y condenaron a la casa de subastas:

> *«(…) no cabe atender tampoco a la alegación de la recurrente de que el comprador pudo haber conocido la falsedad de los cuadros, de haber hecho alguna indagación al respecto. Sorprende que* [la Casa de subastas] *mantenga tal aserto, haciendo recaer en los clientes la carga de averiguar si lo que ella ofrece responde o no a lo que se dice en el catálogo, entre cuyos datos está, sin duda, como uno de los más relevantes, el de quien sea el autor de las obras que se sacan a subasta. Esta pretensión es contraria a lo dispuesto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, como acertadamente recoge la sentencia apelada, cuyo artículo 58, en su epígrafe 2, aplicable al caso, señala que (…). Por su parte el artículo 61 establece la responsabilidad solidaria de la empresa subastadora con el titular del bien subastado en casos de falta de conformidad de este con el anuncio de la subasta. No puede discutirse que se proporcionó al actor una información que no se ajustaba a la realidad y por eso la demandada deberá devolver al actor el dinero que éste le entregó como precio y el resto de las cantidades estimadas en la sentencia, como indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento».*

Lo mismo ocurre en el *Caso Benjamín Palencia*, en el *Caso Cecilio Plá* y también en el *Caso Morandi*[174], en el que la Audiencia Provincial de Barcelona razonaba de la siguiente manera:

> *«Hay negligencia y responsabilidad en la demandada pues tenía obligación de hacer juicio técnico sobre la veracidad o la duda y no acredita que lo hiciera, lo que era de su cargo (…) no se ha probado que la demandada hiciera nada para comprobar, mínimamente, la autoría, ni para clarificar las dudas y dar a conocerlas a los posibles postores. (…) Se limitó a dar por bueno lo que le decía el vendedor y no ha probado haber llevado a cabo actuación alguna para cerciorarse de la autenticidad o para ponerla en duda. Ha incumplido el deber de información y es responsable solidariamente con el vendedor, conforme a las previsiones del art. 61 de la Ley de Comercio Minorista»*[175].

En definitiva, y como se mencionaba más arriba, esta responsabilidad de la casa de subastas no supone más que una específica modulación de la distribución de los

174. Giorgio Morandi (1890-1964) fue uno de los pintores italianos más conocidos del s. XX. Habiéndose iniciado en la pintura futurista, se sumó más tarde al movimiento novecentista italiano, vinculado con el régimen de Mussolini. Gran admirador de Cézanne, en su pintura se dedica a representar bodegones sencillos y utensilios de la vida diaria.

175. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) núm. 375/2013, de 25 junio [JUR 2013, 269486].

riesgos de la operación, que hace recaer sobre la casa de subastas una mayor responsabilidad respecto de los posibles defectos en la cosa vendida. Y ello responde, probablemente, a que el Legislador entiende que ésta tiene un mejor acceso a los medios adecuados para comprobar la autenticidad de la obra previa venta. Así se entendió en el *Caso Goya III*[176], en el que el comprador había adquirido un supuesto boceto del cuadro titulado»*2 de mayo de 1808 en Madrid»,* más conocido como «Los fusilamientos del 2 de mayo», que posteriormente resultó no ser original. En dicho caso, el Tribunal se expresaba así:

> *«Esta regulación específica de la venta en subasta obliga a contemplar los criterios abstractos sobre invencibilidad del error en la medida en que la propia ley carga sobre la sala de subastas la obligación de control de veracidad de las obras».*

Otro régimen que puede modular la concreta distribución de los riesgos que el Código Civil consagra es el regulado en el Código de Comercio[177], que resultará aplicable a las ventas celebradas entre comerciantes siempre que, como ha requerido nuestra Jurisprudencia, el comprador tenga intención de revender la cosa y obtener con ello un beneficio[178]. Y aunque, por lo general, la regulación civil y mercantil de la compraventa ofrece más o menos las mismas soluciones, existen pequeñas diferencias que pueden ser relevantes en la práctica y en concreto en el supuesto de que el objeto de la compraventa sea una obra de arte.

Así, por ejemplo, el CCOM requiere en su art. 324 que, previo ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos, el comprador denuncie los vicios encontrados en la cosa dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perdiendo en caso contrario toda acción y derecho a reclamar por tal causa al comprador. No habiéndolo hecho en dicho plazo, el comprador no podrá ejercitar la acción de saneamiento en el futuro. También la aplicación de los usos de comercio y su función integradora (art. 2 CCOM) puede suponer en el mercado del arte, por su especial idiosincrasia, «*una modificación fundamental en el régimen de distribución del riesgo contractual, en los supuestos de falsedad de la obra o inexacta atribución de su autoría*»[179]. Un claro ejemplo de ello es lo sucedido en el *Caso Sorolla,* en el que el Tribunal Supremo recurrió a los usos y costumbres del sector para determinar que el riesgo de la falsedad debía de ser asumido no por el vendedor (como suele ocurrir cuando aplica la regulación civil), sino por el adquirente:

> *«(…) existe un uso de comercio generalmente admitido y observando, según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenti-*

176. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª) núm. 17/2008, de 5 de febrero [JUR 2008, 183894].
177. Real Decreto de 22 de agosto de 1885, del Código de Comercio.
178. Así lo explica por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de junio de 1999 [RJ 1999, 5963].
179. Espiau Espiau, Santiago. *Medidas de... op. cit.,* en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* p. 283.

> *cidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance (…)».*

Y basándose en la existencia de dicho uso comercial, que establece que la atribución de la autoría del cuadro ha de entenderse realizada sólo en términos relativos, el Tribunal hizo recaer el riesgo de los vicios de la cosa vendida sobre el comprador, desestimando en consecuencia su demanda.

Aunque como se decía más arriba, en principio los usos del comercio resultan aplicables exclusivamente a las compraventas mercantiles, y así lo ha ratificado consecuentemente nuestra Doctrina[180], creo que este punto admite cierta discusión. En efecto, pienso que la especial idiosincrasia del sector del arte y sus peculiares usos y costumbres podrían llegar a tenerse en cuenta también en compraventas civiles, de cara a interpretar el contrato y la voluntad de las partes.

Como es sabido, nuestro Código Civil dispone en su art. 3 que:

> *«(…) las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».*

Y, además, el art. 1287 CC añade que:

> *«(…) el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse».*

Nuestra Jurisprudencia civil, por lo demás, también se ha manifestado en el sentido de que al interpretar un determinado negocio jurídico no se puede prescindir de los usos y costumbres del tráfico[181], y también que se ha de dar a los términos del contrato el significado que habitualmente tengan en el sector[182]. En mi opinión, tales disposiciones podrían servir, llegado el caso, para introducir en el ámbito civil una aplicación de los usos y costumbres del mercado del arte que normalmente quedan restringidos a la esfera mercantil.

En resumen, y como se ha visto, existen varios regímenes legales específicos que en cada caso pueden ayudar a matizar o modular la distribución de los riesgos que consagra nuestro Código Civil. Aunque las distintas normativas que se han citado han sido las únicas utilizadas en la práctica por nuestros Tribunales en casos relacionados

180. Entre otros, Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa... op. cit.*, p. 125.
181. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 13 noviembre 1992 [RJ 1992, 9399].
182. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 1320/2007, de 21 diciembre [RJ 2008, 335].

con compraventas de obras de arte, nada obsta para que puedan traerse a colación cualesquiera otras normas que, según el caso, pudieran resultar de aplicación.

8. LA PRUEBA DE LA FALTA DE AUTENTICIDAD DE LA OBRA DE ARTE

Evidentemente, la cuestión de la prueba de la falsedad o falta de autenticidad de la obra de arte es de vital importancia siempre que se enfrenta un supuesto como el que tratamos aquí. Aunque existen algunas excepciones a las que luego nos referiremos, en la gran mayoría de los casos el éxito de todas y cada una de las acciones descritas dependerá de que en el procedimiento judicial se logre acreditar que la obra de arte transmitida es efectivamente falsa. En concreto, tal y como recordaba la Audiencia Provincial de Madrid en el *Caso Jean Cossiers,* la prueba de la falsedad de la obra de arte corresponde al comprador, por lo que si ésta resulta insuficiente el Tribunal normalmente desestimará de plano la reclamación, como de hecho ocurrió, entre otros, en el *Caso Herring,* en el *Caso Guayasamín,* el *Caso Picasso I* o el *Caso Dalí II*[183].

La cuestión de la prueba cobra una importancia aún mayor si, como se comentaba en la Introducción, la tarea de discernir si una obra de arte es o no auténtica resulta en muchos casos verdaderamente problemática. De hecho, tal es la incertidumbre respecto de la autenticidad de las obras de arte y la dificultad de su expertización, que nuestros Tribunales se han hecho eco de la misma en varios casos en los que se examinaban transacciones realizadas en el seno de este mercado. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, que en el *Caso Goya IV*, se expresaba de la siguiente manera:

> *«En principio pudiera pensarse que la diferencia de criterio en el mundo del arte y aun en mayor medida, en pintura, cuando se trata de pintores fallecidos, no es extraña, y de hecho son abundantes los casos en que cuadros pacíficamente atribuidos a un pintor han sido posteriormente descatalogados, así como los supuestos en que expertos reconocidos han mantenido opiniones contrarias (…)»*.

La misma Audiencia Provincial, en el *Caso Goya II,* reconocía también que la autenticidad o falsedad de las obras de arte era un terreno indudablemente complejo e

183. Aunque, como regla general, corresponde probar la falsedad de la obra de arte al comprador, ello puede admitir ciertas excepciones, como ocurrió en el *Caso Marfil Hispano-Filipino* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección Única), núm. 177/2003, de 5 de mayo [JUR 2003, 171466]): Una casa de subastas demandó a un particular que, tras adquirir un marfil hispano-filipino del s. XVII, se negaba a abonar su precio por entender que no era auténtico. El demandado se opuso al pago alegando nulidad de la compraventa por error sobre el objeto, que el Tribunal estimó rechazando la reclamación de la casa de subastas. En este caso concreto se invirtió la carga de la prueba, haciendo recaer sobre la casa de subastas la carga de acreditar la autenticidad de la pieza, cuando lo lógico habría sido exigir del comprador la prueba de su falsedad. Lo anterior se fundamentó en el hecho de que el comprador nunca había estado en posesión de la talla controvertida, ni la casa de subastas colaboró para que en el proceso pudiera practicarse prueba sobre su autenticidad.

inestable, y el propio Tribunal Supremo en el *Caso Sorolla,* como se ha visto, ratificaba la incertidumbre respecto de la autenticidad de las obras de arte en este tipo de transacciones, elevándolo incluso a la categoría de uso de comercio.

En la práctica comercial, y con el fin de evitar esta incertidumbre, se han venido utilizando distintos procesos de autenticación de obras de arte y distintas técnicas, que en el mercado tienen distinto valor según su fiabilidad, y que pretenden dar seguridad al comprador sobre la calidad del objeto artístico que adquiere. Estos diferentes medios de prueba, como es lógico, podrán también ser utilizados ante los Tribunales cuando lo que se pretende es demostrar la autenticidad o la falsedad de una obra de arte, y de hecho han sido utilizados en numerosos procedimientos judiciales. A continuación los comentamos brevemente, haciendo en cada caso referencia a los casos en que fueron utilizadas y al grado de éxito que tuvieron.

El supuesto más sencillo de autenticación es el de aquellas obras de arte cuyos autores estén vivos en el momento de la venta, pues en tal caso éstos podrán, a petición del vendedor o del comprador, confirmar que la obra es efectivamente suya o firmar un certificado en tal sentido. En el *Caso Vela Zanetti* y en el *Caso Estafa Asturiana,* por ejemplo, los propios autores a los que se habían atribuido las obras vendidas pudieron rechazar personalmente su autenticidad. Aunque el **testimonio del artista** en la mayoría de los casos tendrá una evidente fuerza probatoria, pueden darse casos en que no suponga una prueba completamente definitiva de la autenticidad o falsedad de la obra de arte en cuestión[184].

Sin embargo, cuando lo que se vende es una obra de un artista ya fallecido –que es el caso más frecuente– habrá que acudir a otros tipos de prueba para comprobar su autenticidad. Una de las más conocidas es la basada en el **testimonio de los familiares, amigos o colaboradores del artista**, que por su cercanía y su trato con éste podrán, en algunas ocasiones, identificar las obras y pronunciarse sobre su originalidad. En el ya mencionado *Caso Guayasamín,* por ejemplo, la familia del pintor acudió a la casa de subastas en la que la obra había sido depositada para su venta, a fin de desmentir su autenticidad.

A menudo los familiares y herederos del artista se han reunido en torno a **Comités de Autentificación** dedicados a analizar y emitir una opinión exclusivamente sobre las obras de un artista[185]. El *Caso Miró* es un ejemplo de lo anterior, pues en el mismo fue la «Succesion Miró» la que estuvo al cargo de la expertización de las obras que determinó su falsedad en el procedimiento judicial. Esta práctica ha sido importada del derecho francés, en el que los herederos del artista, al ser titulares de los derechos morales de éste, tienen la potestad para pronunciarse sobre la autoría del artista en relación con una determinada obra de arte (derecho de paternidad). Sin embargo,

184. Recuérdese por ejemplo el caso de Picasso que se comentaba en la Introducción.

185. En el caso de Picasso, por ejemplo, sus hijos constituyeron en el año 2012 el «Picasso Authentification», una organización que se dedica exclusivamente al análisis de las obras de este autor (*www.picasso-authentification.fr*).

tal y como explica Peñuelas i Reixach, la fiabilidad de estos Comités es bastante dudosa. El problema principal es que los familiares y herederos a menudo no tienen los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo la autenticación de las obras, que implica un proceso técnico y bien informado[186]. De hecho, a menudo los familiares y herederos sencillamente se han aprovechado de su cercanía con la persona del artista para levantar de la nada un lucrativo negocio[187]:

> *«(…) estar emparentado con un artista no significa necesariamente que uno esté suficientemente versado en la obra para ser capaz de autentificar una obra (…) A menudo, los titulares del derecho moral tienen en el mejor de los casos un leve conocimiento de primera mano de la obra del artista, y muchos confían en los archivos y la memoria. Lo hacen lo mejor que pueden, pero sus opiniones no son en absoluto infalibles»*[188].

Aparte de los medios de prueba mencionados, que se basan únicamente en la cercanía con el artista y su trabajo, tenemos otras que requieren ya un determinado conocimiento sobre arte en general, sobre el artista, su vida y obra, y sobre sus técnicas creativas. Se trata de las **Opiniones de «Ojo de Experto»** o ***Connoisseurship***, en las que un profesional experto[189] analiza diversos aspectos de la obra de arte y emite una opinión fundada sobre su autenticidad. El experto, que normalmente lo será en la obra de un solo artista o de unos pocos, combinará el análisis de elementos de la propia obra (los materiales, la pincelada, el color, la forma, etc.) con el estudio del tema de la misma, su significado, su estilo, etc., y valorará la forma en que todo lo anterior cuadra o no con la personalidad del artista, su proceso creativo, las distintas fases de su evolución, etc. Las conclusiones a las que el experto llega tras dicho análisis se plasman en un documento al que normalmente se alude como «**Certificado de Autenticidad»,** sin perjuicio de que en la práctica pueda recibir otras denominaciones (peritaje, expertización, informe, dictamen, etc.).

Este tipo de análisis sobre la obra de arte no es tampoco infalible. En primer lugar, porque este tipo de pruebas tienen, como podrá comprenderse, un fuerte componente subjetivo que hace imposible cualquier certeza sobre la opinión emitida por el experto. En efecto, atendiendo a su formación, sus conocimientos y su intuición, un experto podrá tener opiniones divergentes e incluso incompatibles con las de otro. En segundo lugar, porque la validez de cada certificado dependerá

186. El *Caso Cecilio Plá* es una buena muestra de ello: la obra se vendió al comprador acompañada de un certificado de autenticidad emitido por la nieta del pintor, pero tras la realización de pruebas técnicas sobre la obra se concluyó que el cuadro tenía que ser a la fuerza falso.

187. En otros casos los comités de autentificación no están formados por familiares sino por otros profesionales, en cuyo caso la fiabilidad de sus expertizaciones dependerá de su conocimiento y prestigio.

188. Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación… op. cit.,* Capítulo IV.

189. En ocasiones son grupos de expertos o instituciones de prestigio los que llevan a cabo el proceso de autentificación. Así, por ejemplo, en el *Caso Goya III* o el *Caso Sorolla,* en los que las periciales que se presentaron en el juicio habían sido realizadas por el Museo del Prado y el Museo Sorolla respectivamente.

totalmente de la autoridad y el prestigio del experto que emite su opinión sobre la obra de arte, así como del rigor y el cuidado con que se haya realizado el examen de la obra. Evidentemente, un certificado emitido por un sujeto inexperto o completamente desconocido no tendrá prácticamente ningún valor en el mercado. Tampoco tiene el mismo valor una opinión emitida sobre la base de un examen *in situ* de la obra de arte, que una opinión emitida únicamente con el análisis de distintas fotografías de la misma, lo que por cierto es muy habitual[190]. Otra razón para dudar de la fiabilidad de los certificados es que, como ya se ha dicho, la venta de una obra de arte con un certificado falsificado es todo un clásico de la estafa en este tipo de transacciones (recuérdese el *Caso Guayasamín* o el *Caso Miró*).

Las complicaciones antes señaladas no suponen un problema en la práctica comercial, en la que la opinión de experto es probablemente el método más utilizado y más fiable para demostrar la autenticidad de una obra de arte. En el mercado del arte, la validez de un determinado certificado viene dada por muchas circunstancias, como se apuntaba más arriba, y el comprador en cada caso valorará los elementos de juicio de que dispone, y decidirá si confía o desconfía del experto, sabiendo que su opinión es sólo eso, una opinión más o menos fundada. Por otra parte, el prestigio de determinados expertos de cara al mercado hace que sus opiniones a menudo sean cierta garantía de autenticidad de las obras. Los conocimientos y la información de que dispone el comprador le llevan, de esta manera, a equilibrar o matizar el valor de la opinión del experto, a fiarse de ella o a veces incluso a desecharla por completo.

Nuestra Jurisprudencia sin embargo ha venido otorgando un valor probatorio bastante relativo a los certificados de autenticidad, por lo menos cuando los mismos se limitan a expresar la opinión del experto sin más explicación de los razonamientos que le han llevado a dicha conclusión. Y creo que ello no es en absoluto extraño: Al contrario de lo que ocurre en el mercado, un Juez no será por lo general un entendido en arte, y no dispondrá de la información necesaria para formar una opinión sobre la fiabilidad de un determinado certificado de autenticidad o sobre el concreto experto que lo ha emitido. De hecho, aunque diera la casualidad de que el Juez sí entiende de arte y pueda forjar una opinión válida al respecto, es bastante cuestionable que pudiera hacerlo en un procedimiento judicial, pues las reglas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC) no le permiten dar por acreditado un hecho de forma meramente subjetiva o probabilística. De esta forma, en nuestra práctica procesal nuestros Tribunales a menudo han desechado los certificados de autenticidad por entender que no constituyen una prueba suficientemente objetiva y concluyente. Así ocurrió, por ejemplo, en el *Caso Murillo*, en el que la Audiencia Provincial de Valencia expresaba en su Sentencia, aunque de forma tangencial, las dudas que le inspiraba el certificado que acompañaba a la obra, que había sido emitido por Sotheby's. Cuando dicha Sentencia fue apelada, el Tribunal Supremo fue aún más expreso sobre este

190. En el ya citado *Caso Herring*, el Tribunal despreciaba los certificados emitidos por Christie's precisamente por esta razón.

extremo, manifestando que las opiniones de los expertos que habían intervenido en el pleito eran sólo eso, opiniones, y que éstas no equivalían al descubrimiento de la verdad objetiva:

> *«En suma, ambas partes consideraron de Murillo el cuadro, confiadas en la referida expertización. Años después de la venta, otras opiniones de expertos no atribuyen la paternidad a Murillo, y sobre la base de esta expertización se insta la nulidad absoluta por falta de objeto y causa del contrato, lo que no puede ser admitida ya que estamos simplemente ante unas opiniones encontradas, no ante el descubrimiento de la verdad objetiva. Si el comprador del cuadro adquiere el mismo porque confía en el dictamen de un experto reputado, nada puede reclamar salvo que pruebe que la expertización no se produjo o que incidió en errores objetivos para la época en que se hizo a juicio de otros expertos, y nada de esto ha sucedido aquí, pues las quejas del recurrente residen en que el cuadro no es de Murillo a juicio subjetivo de otros expertos».*

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid en el ya citado *Caso Jean Cossiers*, en el que como se recordará, el catálogo recogía la opinión de una experta que exponía las razones que a su modo de ver justificaban la autenticidad de la obra de arte. La Audiencia, como ya se mencionaba más arriba, manifestaba que la opinión de dicha experta no era determinante de la autenticidad del cuadro, y que en cambio era el comprador el que había de decidir si confiaba o no en el criterio de la especialista.

A la misma conclusión llegó también la Audiencia Provincial de Madrid en el *Caso Herring*[191], al que ya nos hemos referido: Tras adquirir de una casa de subastas madrileña una pintura atribuida a John Frederick Herring[192] por un importe de 575.000 ptas., el comprador intentó revenderla a través de Christie's, cuyos expertos determinaron que la misma no era de dicho pintor sino de su hijo, y que su valor era muy inferior. El comprador interpuso entonces acción de nulidad alegando error, que sin embargo fue desestimada por el Tribunal. Éste basó su decisión, en primer lugar, en que había prescrito el plazo de cuatro años previsto para el ejercicio de la acción de nulidad, y en segundo lugar, en que no se había acreditado suficientemente la falsedad de la obra. En relación con esto último, el Tribunal manifestó expresamente que el certificado emitido por Christie's, en absoluto hacía prueba de que la obra no fuera auténtica:

> *«(…) Es preciso indicar que el hecho constitutivo que sustentaba la demanda, en relación a la no autoría del cuadro vendido de John Frederick Herring y sí del círculo de*

191. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), núm. 247/2006, de 30 de marzo [JUR 2006, 159995]. En adelante, y junto con la sentencia de instancia, nos referiremos a ella como «*Caso Herring*».

192. John Frederick Herring (1795-1865) fue un pintor y cartelista inglés de la época victoriana, famoso por sus cuadros y carteles con motivos ecuestres. A medida que su hijo John fue ganando fama como pintor, añadió a su firma las siglas «SR» («Senior») para distinguirse de éste. En el *Caso Herring*, precisamente, se confundió la obra del hijo con la del padre.

este autor no ha quedado, ni por asomo, probada en autos ya que ni el documento núm. 2 que se acompañaba a la demanda fue objeto de ratificación en el acto de juicio por su autor a fin de comprobar las razones del contenido del mismo y el examen sobre la autoría de una obra a través de una mera fotografía (...)».

Otra cosa muy distinta es que la obra de arte en cuestión esté incluida en un **catálogo razonado.** Un catálogo razonado no es más que un análisis completo y exhaustivo de todas y cada una de las obras de un determinado artista, confeccionado normalmente por algún erudito o institución que sean considerados como una autoridad en la materia[193]. En el mismo aparecerán todas las obras del autor de que se trate, y constarán todos los datos reseñables de cada una de ellas (título, fecha, dimensiones, técnica, materiales utilizados, etc.). Ya sea por la autoridad que inspira el autor del catálogo o la institución que lo ha confeccionado, porque dicha selección haya sido confirmada por otros expertos, o por pura tradición, la inclusión de una pintura en un determinado catálogo a veces basta para que la misma, en el mercado, sea considerada como auténtica. Y ello porque el criterio de selección fijado por un determinado catálogo (al menos uno que tenga verdadero prestigio) es normalmente más objetivo que la simple certificación de la misma por un experto, pues el mercado percibe los catálogos como un criterio en cierto modo «consensuado» y más fiable que el de un certificador o experto individual.

Así y con todo, esta prueba tampoco infalible, pues se basa, como la anterior, en la opinión de un determinado experto de más o menos renombre y con un criterio más o menos fundado. Además, el hecho de que la pieza de arte que se adquiere esté incluida en un catálogo razonado en modo alguno garantiza que la obra adquirida sea el original al que el catálogo se refiere, y no una copia o falsificación de la misma. Por estas razones, en el terreno procesal el hecho de que la obra esté incluida en un catálogo será un indicio de la autenticidad de la obra de arte y un apoyo para la opinión del experto, pero nunca una prueba totalmente cierta de la misma. Así, por ejemplo, en el *Caso Sorolla*, nuestro Tribunal Supremo entendió que el hecho de que la obra estuviera incluida en el catálogo razonado de Bernardino de Pantorba[194] era un indicio de su autenticidad, que le llevó a determinar, entre otras cosas, la buena fe del vendedor y su desconocimiento de la falsedad de la pintura. Igualmente, en el *Caso Dalí I* se estimó que la inclusión de la acuarela vendida en un catálogo razonado era un sólido indicio de la autenticidad de la misma, al igual que en el *Caso Goya IV* y el *Caso Picasso II*.

Otra técnica de autenticación que merece la pena señalar son las **pruebas grafológicas o de análisis de la firma.** En las mismas el experto analiza la firma que la obra

193. Por ejemplo, el catálogo razonado al que normalmente se recurre cuando se trata de obras de Picasso es el de Christian Zervos, mientras que en el caso de Oteiza se acude al de Txomin Badiola. Otras veces los catálogos también son confeccionados por las instituciones o fundaciones dedicadas a la autenticación de las obras de un determinado autor, como es el caso de la Fundación Gala-Salvador Dalí.

194. Bernardino de Pantorba es el autor de uno de los catálogos más famosos y reconocidos de la obra de Joaquín Sorolla.

de arte incorpora, y la compara con otras firmas del mismo autor que se sabe son auténticas, tratando de encontrar discordancias entre las mismas[195]. Tal y como explica Peñuelas y Reixach[196], este tipo de pruebas no tienen demasiada consideración entre los entendidos, pues evidentemente resulta mucho más fácil falsificar la firma de una obra de arte que la obra de arte misma. Sí podría tener sentido hacer uso de la misma en supuestos en que la obra no haya sido falsificada, pero se haya estampado sobre la misma una firma falsa con el fin de cambiar su atribución. Lo anterior no quita, nuevamente, para que pueda hacerse un análisis grafológico como apoyo o indicio adicional de la autenticidad o falsedad de la obra de arte, como ocurrió en el *Caso Sorolla*[197], en el que este tipo de análisis fueron utilizadas con éxito por la parte demandante.

En el terreno de la expertización resulta también de gran importancia la **documentación de la obra de arte,** que suele incluir todos aquellos documentos que acreditan el origen de la obra de arte, la titularidad sobre la misma o su trazabilidad (contratos, facturas, cartas, recibos de transporte, fotografías, recortes de prensa, catálogos, etc.). Así, por ejemplo, será un importante indicio de la autenticidad de la obra de arte el hecho de que el vendedor disponga de los distintos contratos en virtud de los cuales ésta ha pasado de unas manos a otras desde que salió del estudio del artista, o los certificados de los museos o ferias en los que (en su caso) ha estado expuesta, fotos en las que aparezca el autor ejecutando la obra, etc. Todo ello, además de ser una importante prueba de la autenticidad de la obra de arte, normalmente incrementará su precio en el mercado y hará más sencilla su venta. Este medio probatorio, sin embargo, adolece del mismo defecto que el comentado al hilo de los catálogos razonados: aunque se disponga de toda la documentación que acredita la trazabilidad de la pieza artística, siempre cabe la posibilidad de que en algún momento ésta haya sido sustituida por una falsificación. Por lo demás, la documentación sobre la obra y su historia ha sido también a menudo objeto de falsificación, habiéndose producido en algunas ocasiones hasta contratos o testamentos falsos para dar seguridad al comprador.

En un nivel superior en la escala de certeza u objetividad sobre la autenticidad de una obra de arte nos encontramos las llamadas «**pruebas científicas**». Éstas consisten en distintos tipos de análisis de los materiales de la obra de arte, realizados siempre en contacto con ésta y mediante alguna técnica científica que garantice la objetividad. Así, por ejemplo, el análisis ultravioleta de un cuadro –utilizado por ejemplo en el *Caso Goya IV*– permite apreciar los retoques realizados sobre las capas originales de pintura; y el análisis de los pigmentos utilizados permite deducir que la obra es de una época determinada. Dichas pruebas gozan de gran objetividad y rigor, ahora bien, adolecen de una importante limitación a

195. Como se ha explicado más arriba, a menudo las falsificaciones o imitaciones incorporan firmas falsificadas, como ocurría por ejemplo en el *Caso Vela Zanetti*, el *Caso Guayasamín* o el *Caso Estafa Asturiana.*

196. Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* pp. 155-156.

197. Así lo explica De Castro, F. *Comentario Jurisprudencial... op. cit.*

la que alude Peñuelas y Reixach[198], y es que únicamente sirven para probar con certeza la falsedad de la obra, y no su autenticidad:

> *«(…) Sin embargo, por su naturaleza,* [las pruebas científicas] *sólo sirven realmente para descartar con absoluta certeza las autorías erróneas o falsas. Así, por ejemplo, posibilitarán que se pueda afirmar que los pigmentos utilizados no existían a la época a la que se atribuía su autoría, o que la madera sobre la que está pintada tiene un origen más reciente que la que debería de tener por el autor al que se atribuye la obra. En cambio, lo que las pruebas científicas no permiten, al menos las actuales, es asegurar quién es el autor. Por ejemplo, pueden garantizar que un óleo se realizó con las mismas pinturas y telas que las que utilizaba un determinado artista, pero no que dicho artista pintó el óleo».*

Este tipo de análisis se utilizaron también con éxito en el *Caso Cecilio Plá,* en el que se pudo determinar con total certeza la falsedad de la pintura por medio de un examen químico de los pigmentos utilizados en ésta, tal y como explicaba el Tribunal en su resolución:

> *«(…) con posterioridad a la venta, dudando el actor de dicha autenticidad, encargó el estudio analítico del cuadro comprado (…), el cual concluyó que el cuadro tuvo que ser pintado a partir del año 1945, por la presencia de azul de ftalocianina y de rutilo, ya que con anterioridad no se utilizaban. Por otro lado, la presencia abundante de dichos pigmentos por toda la obra no permite considerar que su empleo se deba a retoques artísticos realizados con posterioridad (…) Si se tiene en cuenta que Cecilio Plá falleció en 1934, difícilmente pudo ser el autor del cuadro vendido (…)».*

Aunque, como se decía, este tipo de exámenes valdrá, en el mejor de los casos, para descartar la autoría, ello no quita para que este tipo de pruebas resulten de gran importancia en la práctica, y que puedan ayudar, como en los casos anteriores, a que la opinión del experto que quiera afirmar la autenticidad de la obra esté mucho más fundada en criterios objetivos y sea más convincente, también desde un punto de vista procesal.

La conclusión de todo lo anterior ha quedado ya apuntada de manera indirecta y es, por lo demás, bastante evidente: ya que nuestros Tribunales han venido rechazando aquellas pruebas basadas simplemente en la opinión de un experto, si queremos convencer al Tribunal de la autenticidad o falsedad de una determinada obra debemos de hacer un esfuerzo probatorio adicional. Y lo anterior se traduce en la confección de una verdadera prueba pericial en la que el experto no se limite a expresar su conclusión sin más, sino que explique y desarrolle sus impresiones y razonamientos, haciendo partícipe al Tribunal de los elementos de juicio utilizados. Por lo demás, como ya se ha dicho, el informe será tanto más convincente y objetivo cuanto más se apoye o complemente con pruebas de tipo científico o técnico; y tanto más completo cuantos más métodos probatorios utilice. De esta manera, la mejor prueba no será

198. Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* Capítulo IV, p. 155-156.

ninguna de las anteriormente mencionadas, sino una combinación de todas ellas que lleve al Tribunal a entender suficientemente probada la autenticidad de la obra de arte o la falta de ella.

Lo anterior ha quedado reflejado en nuestra práctica judicial, y así nuestros Tribunales han estimado que la autenticidad o la falsedad de una obra de arte quedaba acreditada sólo cuando se aportó a los autos un verdadero informe pericial que resultara concluyente al respecto. Así, por ejemplo, en el *Caso Gutiérrez Solana*, en el que la Audiencia Provincial de Madrid se manifestaba en los siguientes términos:

> *«(…) La cuestión controvertida se circunscribe a determinar la autenticidad del cuadro comprado por la codemandante a la demandada en la subasta realizada en las dependencias de la otra demandante, cuadro atribuido a Gutiérrez Solana. A dichos efectos resulta incuestionable la exigencia de conocimientos a los que se refiere el art. 335 de la LEC, siendo lo cierto que en los autos se aportó por la demandante un informe pericial, habiéndose practicado otro con carácter judicial, siendo las conclusiones coincidentes a los efectos de considerar que el cuadro comprado por la actora no es atribuible al pintor Gutiérrez Solana, a quien se atribuye la autoría por el vendedor demandado (…)».*

De igual manera, la confección de una prueba pericial detallada y completa convenció al Tribunal en el *Caso Julián Alcaraz*, en el *Caso Portocarrero y Peláez* y en el *Caso Benjamín Palencia*. De la misma forma se convenció a la Audiencia Provincial de Barcelona en el *Caso Morandi,* en el que se combinó la pericial con la opinión del Comité de autentificación encargado de expertizar la obra de Morandi:

> *«El cuadro ha resultado "no auténtico", de lo que no hay duda a la vista de la documental del "Comitato" italiano que advera la obra de Morandi y de la pericial del Sr. Nazario, que confirma la falsedad y la nula cotización del cuadro».*

Por el contrario, nuestros Tribunales han entendido en algunas ocasiones que los exámenes de la obra realizados en un momento muy posterior a la celebración de la compraventa no pueden afectar a la validez del contrato. Ello se debe, principalmente, a que no pudieron ser tenidos en cuenta por el vendedor a la hora de ofrecer la obra de arte como auténtica, ya que en ese momento no se disponía de los medios técnicos suficientes a tal efecto. Con ello se trata de evitar, como hemos defendido más arriba, la inseguridad jurídica en que se incurriría si se dejaran sin efecto contratos que, en el momento de su celebración, y dados los medios técnicos habidos en esa fecha, eran totalmente inatacables. Así ocurre en el *Caso Murillo,* y también en el *Caso Sorolla,* en el que nuestro Tribunal Supremo manifestaba que:

> *«(…) circunstancias todas ellas que para el Juzgador son suficientes elementos de juicio exigibles al vendedor, de acuerdo con el expresado uso mercantil, determinante de la validez de la cuestionada compraventa; sin que le afecte la rectificación sobre autenticidad efectuada por el mencionado "Bernardino de Pantorba", ni los dictámenes negativos de autenticidad emitidos por el Instituto Central de Restauración y Conservación de obras de Arte, por el Director del Museo Sorolla y por el Laboratorio*

> *de Investigación y Experimentación Caligráfica, "ya que todos ellos son de fechas posteriores a la de la compraventa y por tanto nunca pudieron servir como elementos de juicio a valorar por el vendedor"».*

Por último, no quiero dejar de recordar algo que ya se mencionó más arriba y que quizás haya quedado olvidado entre tanta prueba sobre la autenticidad de la obra de arte. Y es que la prueba de dicho extremo, en algunas circunstancias especiales, puede no ser necesaria para obtener la tutela judicial que se pretende. En efecto, hay unos pocos casos en los que nuestros Tribunales han estimado que las *meras dudas sobre la autenticidad de la obra de arte* ya constituían un vicio que podía afectar a la validez del contrato. Así, por ejemplo, en el *Caso Picasso I*, en el que el Tribunal entendió que la casa de subastas demandada había incumplido sus deberes de información, pues evitó mencionar las dudas existentes sobre la autenticidad de la obra de arte. Sentada esta base, el Tribunal se distanció de la cuestión de si la obra de arte era o no auténtica, y sin entrar siquiera a valorarla, otorgó la tutela pretendida, en este caso la anulación del contrato por error sobre las condiciones esenciales del objeto:

> *«En efecto, como se dice en el recurso, es verdad que la pretensión de la señora Raquel no se fundó en que la obra fuese falsa, sino en que había dudas respecto a la autoría, que no fueron comunicadas a la demandante ni al público en general. Por tanto, el dato de que no se haya probado la falsedad del dibujo tiene una importancia muy secundaria».*

Y lo mismo ocurre en el *Caso Morandi*, un supuesto exactamente igual al anterior, en el que el Tribunal citaba precisamente el fragmento transcrito de la Sentencia del *Caso Picasso I* para llegar a la misma conclusión que allí, es decir, que vender una cosa como auténtica habiendo dudas sobre su autoría era un fundamento suficiente para anular la compraventa:

> *«(…) Todas estas circunstancias nos llevan al convencimiento de que la demandada no ofreció una Información completa al público y, por ende, ha de responder por ello (…) en la medida en que no hubo advertencia ni reserva en cuanto a la autenticidad ni en cuanto a la autoridad de la persona que certificaba, de la que además ni siquiera se sabe si de verdad regentaba una galería de arte, como se dice en el anuncio, o más bien una librería, con lo que la autoría era objetivamente dudosa, lo que representa un vicio o defecto para una cosa vendida como auténtica».*

En realidad, Bergel[199] ya había apuntado esta posibilidad al hilo de lo ocurrido en el *Caso Juan Gris,* que fue el primero en el que nuestros Tribunales entendieron que la omisión por parte del vendedor de las dudas sobre la autoría debía de conducir a la nulidad de la transacción. Sobre tal extremo, el Tribunal decía que:

> *«(…) la declaración de autenticidad de una obra de arte excede de las materias en las que los órganos jurisdiccionales pueden entrar a conocer. Pero lo que sí es objeto enjuiciable*

199. Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa… op. cit.,* pp. 160-168.

> *son los efectos que una duda sobre la autenticidad de una obra de arte realizada por un experto en la materia, puede ejercer sobre la posible comercialización de tal obra. (...) lo cierto es que en el mundo del arte la simple duda sobre la autenticidad de la obra la hace completamente incomerciable».*

En los *Casos Picasso I* y *Morandi,* sin embargo, el examen de la cuestión era más sencillo, pues la responsabilidad de las respectivas casas de subastas se objetivaba como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de información *ex* art. 58 LOCM. Ahora bien, como se decía más arriba, estos deberes de información que la LOCM impone no son más que una concreción o especificación de los deberes de información precontractual a los que obliga el principio de la buena fe (art. 7 CC). De esta manera, y tal y como ya apuntaba Bergel, es posible que las conclusiones de los *Casos Picasso I* y *Morandi* puedan trasladarse al supuesto de una compraventa entre particulares. Lo crucial en estos casos será, precisamente, convencer al juzgador de que las dudas existentes sobre la autenticidad de la obra son de tal importancia que constituyen *por sí mismas* (al margen de la confirmación de la falsedad de la obra) un vicio de la cosa, y que comprar la obra de arte sin conocerlas supone incurrir en un error sobre las condiciones esenciales de la misma. Y esto puede no ser tan difícil como parece, por ejemplo mostrando que en el mercado que se analiza, las meras dudas sobre la autenticidad de la obra de arte de que se trate reducen dramáticamente el valor de la misma.

9. RECOMENDACIONES PRÁCTICAS PARA LA COMPRAVENTA DE OBRAS DE ARTE

A modo de cierre, y teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, procede en este punto que saquemos unas breves conclusiones. Dado el carácter práctico de este trabajo, las mismas no serán más que algunas recomendaciones que puedan resultar de ayuda en la práctica comercial habitual con obras de arte o en procedimientos similares a los que hemos comentado.

Estas recomendaciones persiguen, por lo demás, objetivos distintos en función de los diferentes escenarios que contemplan: Si la transacción de la obra de arte todavía no ha tenido lugar, el objetivo primordial será el de reducir al máximo la incertidumbre existente sobre la autenticidad de la misma. Además, éste será el momento de establecer aquellos mecanismos contractuales que en el futuro puedan ayudar a resolver las diferencias que surjan entre las partes sin tener que recurrir a la tutela de los Tribunales. La situación sin embargo es completamente distinta cuando, por el contrario, ya existe un conflicto judicial, es decir, cuando la compraventa ya se celebró y la obra de arte ha resultado no ser auténtica o ello es puesto en duda por el comprador. En este segundo caso, el objetivo será básicamente el de tener éxito en el procedimiento judicial en el que se resolverá dicho conflicto.

Evidentemente, antes de comprar una obra de arte habrán de tenerse en cuen-

ta una gran diversidad de circunstancias con el fin de valorar los riesgos que implica una determinada transacción, como por ejemplo quién es el vendedor, qué tipo de obra que se está comprando, el precio de la misma, la técnica con que se ha ejecutado o el artista al que se atribuye[200]. Aquí, sin embargo, no se van a examinar este tipo de circunstancias (que podrían constituir de por sí un estudio extensísimo), sino únicamente aquéllas que estén propiamente relacionadas con lo expuesto en el presente trabajo. Veámoslas a continuación.

En primer lugar, la recomendación básica es la de que el comprador realice todas las pruebas posibles sobre la autenticidad de la obra, su estado de conservación, etc.; y también que éstas se realicen con carácter previo a la compraventa. En el caso de que no sea posible realizarlas antes de la transacción (por falta de tiempo, porque la compra se haya realizado a distancia o no se haya tenido oportunidad de examinar la obra, porque el precio de la misma sea tan bajo que no compense, etc.), habrán de preverse en el contrato aquellos mecanismos que condicionen la validez de la transacción a que la obra sea efectivamente auténtica. Así, por ejemplo, se podrá introducir en el contrato una condición resolutoria que asegure para el comprador el resultado de la operación, de forma que si se demuestra la falsedad de la obra, el contrato se resuelva automáticamente. Esta misma precaución puede tomar también la forma de condición suspensiva, por ejemplo condicionando la validez del contrato a que previamente un determinado experto emita una opinión favorable sobre la autenticidad de la obra de arte. De hecho, así se hizo en el *Caso Cuevas Zubialde*[201], en el que la Diputación Foral de Álava adquirió de un particular los derechos que pudieran corresponderle sobre el descubrimiento de unas cuevas y las pinturas rupestres que éste había hallado en su interior[202]. Ante las dudas sobre la autenticidad de las pinturas, las partes pactaron en el contrato que la cantidad convenida (doce millones de pesetas) se pagaría únicamente tras el análisis y la

200. Como se explica en Casabó Ortí, M.ª Ángeles. *La estafa en la obra... op. cit.,* p. 56, hay formas de arte que resultan mucho más fáciles de falsificar que otras, como por ejemplo las serigrafías o los grabados, mientras que falsificar un óleo es infinitamente más complejo. Asimismo, las obras menores y de precios no demasiado elevados tienen un riesgo de falsedad estadísticamente muy superior al de las grandes obras, entre otras cosas porque las ventas de éstas últimas reciben mucha más publicidad que las primeras. De igual manera, hay artistas que son también mucho más falsificados que otros, como por ejemplo Dalí o Miró.

201. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 960/2000, de 16 de octubre [RJ 2000, 8043]. En adelante nos referiremos a ella como «*Caso Cuevas Zubialde*».

202. El caso de las Cuevas Zubialde se hizo famoso por el ridículo público que hizo la Diputación Foral de Álava: En 1990 pagó a un estudiante de arqueología que decía haber descubierto las pinturas un total de 12,5 millones de pesetas a cambio de los derechos sobre las mismas. Tres de los arqueólogos españoles de mayor renombre emitieron una opinión favorable sobre la autenticidad de las mismas previo pago de la citada cantidad. Sin embargo, poco tiempo después, un equipo de expertos británicos denunciaron en un artículo la evidente falsedad de las pinturas, que dedujeron con sólo ver unas fotografías de las mismas. Tras realizar repetidos exámenes de la autenticidad de las pinturas, en los que la Diputación gastó otros tantos millones de pesetas, se descubrió que las pinturas habían sido burdamente falsificadas.

certificación de las mismas. Al igual que en el caso anterior, en el *Caso Vela Zanetti* se condicionó el pago del precio a que el propio artista reconociera la autenticidad de la obra vendida, y la Audiencia Provincial de Madrid apuntaba, en el *Caso del Mazo,* la posibilidad de introducir en el contrato mecanismos que supeditaran su efectividad a la realización de un examen posterior:

> *«(…) ante cualquier duda, bien pudo* [el comprador] *diferir el pago de todo el precio o incluso pactar la resolución del contrato en atención a una comprobación posterior de autenticidad».*

Dada la falta de certeza que a menudo hay sobre las características de la cosa objeto de la compraventa, tampoco es en absoluto descabellado diseñar en el contrato un mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir en el futuro respecto de la autenticidad o autoría de la obra de arte. Así, por ejemplo, podría pactarse que si surgen dudas fundadas sobre la autenticidad de la pieza artística, ambas partes se sometan al dictamen de un experto elegido de común acuerdo por ambas partes, o que el precio abonado pueda ser reducido de acuerdo con la tasación realizada por un determinado perito. Como se explicaba cuando se trató la acción de saneamiento por vicios ocultos, el régimen previsto en el Código Civil es renunciable cuando el vendedor no conocía los vicios en el momento de la compra, lo que permite sustituirlo por otro distinto que las partes hayan estimado más acorde con las circunstancias concretas de la transacción o el tráfico comercial.

Las partes también podrán pactar, por lo demás, que los informes posteriores a la compra no afectarán a la validez del contrato, o fijar cláusulas que establezcan una penalización económica para el caso de que se descubra la falsedad de la pintura, e incluso acordar que el riesgo de falsedad de la obra de arte sea asumido concretamente por una de las partes[203]: Así, por ejemplo, si el comprador es consciente de que compra sin certeza de la autenticidad de la obra, asumirá él expresamente el riesgo de la falsedad de la misma, y en el caso contrario, será el vendedor el que asuma el riesgo expresamente. Ésta última opción es, a mi modo de ver, la más segura y la que mejor garantiza los derechos de ambas partes.

En definitiva, la autonomía de la voluntad permite que se incluyan en el contrato cualesquiera pactos y mecanismos que no sean contrarios a la Ley, a la moral y al orden público, y ello otorga un margen muy amplio para establecer una regulación acorde con las particularidades de cada caso concreto.

Por otra parte, como se deduce de lo expuesto hasta ahora, casi todos los problemas que pueden surgir en un hipotético procedimiento judicial son consecuencia de que el contrato, si es que existe, no da cuenta de forma suficientemente detallada del objeto de la transacción. Para evitar estos problemas lo fundamental es que exista un contrato, y no sólo eso, sino que éste exprese, de

203. El ejemplo lo menciona Espiau Espiau, Santiago. *Medidas de... op. cit.,* en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación... op. cit.,* p. 283.

forma clara y detallada, qué entienden las partes que constituye el objeto de la transacción: qué cualidades tiene la obra de arte y cuáles de ellas son esenciales para las partes, en qué estado de conservación está, cuál es el autor de la obra de arte y si esta circunstancia tiene el carácter de esencial, si existen dudas sobre la autenticidad y si ello es conocido por ambas partes, etc. En definitiva, qué entienden las partes que se está comprando y vendiendo[204]. De esta manera, el Tribunal conocerá desde el principio el proceso de formación de voluntad de los intervinientes y sus motivaciones y expectativas, y podrá distribuir el riesgo de la operación de forma mucho más sencilla y acorde con la realidad de la misma. Y ello sin tener que hacer valoraciones tan problemáticas como cuál es el fin de una obra de arte, qué motivo su compra o si alguna de las partes actuó con dolo, cuestiones tan subjetivas que pueden poner en peligro el resultado del pleito.

En la línea de lo anterior, en aquellas compraventas en las que existen dudas sobre la autenticidad de la obra y ambas partes las conocen y asumen, ello debe de quedar así expresado en el contrato de forma clara. Si el comprador declara en el contrato que conoce las dudas y asume el riesgo que las mismas implican, con ello se eliminará la posibilidad de una posterior demanda basada en cualquiera de las acciones que aquí se han analizado.

Hasta aquí las recomendaciones «previas a la compraventa», por decirlo así. Si por el contrario ya existe un conflicto generado por la falta de autenticidad de la obra de arte, como se ha dicho el objetivo ya no será reducir el riesgo del comprador, sino obtener una tutela favorable del Tribunal que conozca la causa.

En este sentido, nuestra primera recomendación es que se proceda a escoger cuidadosamente la vía que se utilizará para reclamar, teniendo muy en cuenta las especialidades y problemas de cada una de ellas y a la vista de las circunstancias del caso concreto de que se trate.

En particular, habrá de valorarse si en el supuesto concreto ha existido algún elemento intencional en la conducta del vendedor (dolo o ánimo de engañar), así como si va a ser posible acreditar este elemento de forma suficiente en el procedimiento. Si no es así, lo más razonable será dejar de lado las acciones penales y la basada en el dolo, pues su prosperabilidad será muy reducida (por no decir nula), y ejercitar una o varias del resto de acciones analizadas.

Otra de las circunstancias que se deberá de tener especialmente en cuenta es si se han generado daños y perjuicios por causa de la transacción, y si su cuantía es elevada. Si es así, ello debería de hacer que nos inclinemos más por las acciones basadas en el dolo, el incumplimiento y la estafa que en las restantes, pues éstas permitirán reclamar dichos daños mientras que el resto no lo permite.

204. Este es también el consejo que da Bergel, en Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. *La compraventa... op. cit.,* p. 122.

Por otra parte, desde un punto de vista estadístico las acciones basadas en el incumplimiento y el error han sido las que en más casos han estimado nuestros Tribunales[205], por lo que en la medida de la posible, éstas deberán de ser las utilizadas. Por supuesto, deberán de tenerse siempre presentes los distintos plazos de prescripción de cada una de las acciones aquí analizadas, a fin de que nuestra reclamación no se vea rechazada por esta cuestión formal.

Por último hay que recordar que, cuando se alberguen dudas sobre cuál es la vía que más se adecúa al caso concreto, se podrán acumular varias de ellas, con lo que se pueden evitar los problemas derivados de una mala elección.

Además, como se ha dicho, en la mayoría de los casos el éxito de la reclamación dependerá en buena medida de que se logre acreditar suficientemente la falta de autenticidad de la obra de arte comprada. Por ello, si se quiere obtener una tutela favorable de nuestros Tribunales, deberá de acompañarse de la reclamación de una prueba pericial lo más exhaustiva y completa posible. En la misma se habrá de utilizar el mayor número posible de técnicas probatorias que, combinadas entre sí, convenzan al Tribunal de la falta de autenticidad de la obra de arte.

En la práctica, tener en cuenta todas las anteriores recomendaciones contribuirá, por un lado, a reducir al máximo la incertidumbre que a menudo existe en la compraventa de obras de arte, y por otro, a que las controversias que puedan surgir en torno a este tipo de compraventas se resuelvan de forma más justa y equilibrada.

Índice de Casos Judiciales citados

Como se decía en la introducción, el propósito del presente trabajo es el de ser un análisis ordenado y exhaustivo de los casos judiciales relacionados con la protección del comprador de una obra de arte no auténtica. En consecuencia, y con el fin de ayudar a la identificación y comprensión de los distintos casos, hemos considerado oportuno reunirlos en un índice temático, que puede servir o bien como índice de consulta durante la lectura del trabajo, o como catálogo de jurisprudencia una vez leído éste.

Los distintos casos judiciales aparecen aquí agrupados siguiendo la estructura de la investigación, es decir, según las distintas acciones de las que se hace uso en cada uno de ellos (vicios ocultos, incumplimiento contractual, error, dolo y estafa). Aquellos casos judiciales en los que se ejercitaban conjuntamente varias acciones se han reseñado en ambos apartados, tratándose en cada uno lo relativo a la acción correspondiente. En cada uno de ellos se incluye un breve resumen de los hechos que ayude a diferenciarlo de los demás, así como los datos de las resoluciones relacionadas con el mismo que he podido obtener y analizar.

Para mayor agilidad, y siguiendo el sistema que Bergel utiliza en su obra, hemos

205. De los casos analizados, ambas acciones han sido estimadas más o menos en la mitad de las ocasiones, aunque es cierto que la acción basada en el error ha sido infinitamente más utilizada que la basada en el incumplimiento.

dado un nombre a cada caso judicial, que normalmente es el del artista al que se atribuían las obras de arte vendidas, o alguna referencia a la obra de arte que en cada caso se transmitió. En ocasiones, el autor que da su nombre al caso concreto no es el único cuyas obras aparecen en el mismo, sino que éstas pertenecían a varios autores (Por ejemplo, el *Caso Modigliani,* en el que se transmitieron no sólo las obras de dicho autor, sino también otras de SOROLLA y de MIRÓ). En general se ha intentado no dar el nombre de un mismo artista a dos casos distintos, pero en ocasiones, al no disponer de otra opción, se ha establecido una numeración sucesiva que permita distinguir los casos entre sí (*Caso Goya I, Caso Goya II*, etc.). A continuación se reseñan todos ellos de forma ordenada, siguiendo el orden descrito:

Vicios ocultos

Caso Goya II

Un marchante adquiere de dos particulares un cuadro como «atribuido» a GOYA, pero los exámenes que posteriormente realiza sobre la obra determinan que dicha atribución no es correcta. Por esta razón, el marchante ejercita acción de saneamiento por vicios ocultos contra los vendedores, que es desestimada: El Tribunal estima que la forma en que se adquirió el cuadro («atribuido a»), ya implicaba cierta dosis de aleatoriedad sobre la autoría, y que al haber asumido dicho riesgo el comprador no era posible hablar de vicio oculto.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), Sentencia núm. 160/2007 de 23 marzo [JUR 2007, 244045].
- Tribunal Supremo (Sala 1.ª), Auto de 28 abril 2009 [JUR 2009, 218070].

Incumplimiento Contractual

Caso Anglada Camarasa

El comprador de un cuadro atribuido a dicho autor, al descubrir su falsedad, ejercita contra el vendedor acción de resolución contractual por entrega de cosa diversa. Aunque el vendedor reconoce que la obra puede ser falsa, el Tribunal desestima la demanda entendiendo que no se había entregado algo distinto de lo que se compró, sino precisamente la pintura que el comprador pudo contemplar expuesta en la galería (compraventa de cosa específica), y que la falsedad del cuadro no frustraba la finalidad del mismos (satisfacer el goce estético del comprador).

- Tribunal Supremo (Sala 1.ª), Sentencia núm. 783/1998 de 2 septiembre [RJ 1998, 7546].

Caso Juan Gris

Una casa de subastas demanda al vendedor y comprador de la obra de arte vendida en su establecimiento, solicitando que se declare su autenticidad, y, subsidiariamente, la resolución de ambos contratos para el caso de ser ésta falsa. El

comprador reconviene solicitando la nulidad del contrato por error. En relación con la acción de resolución, el Tribunal estima que no existe incumplimiento de ninguna clase, porque no quedó probada la falsedad de la obra, por lo que la desestima.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), Sentencia núm. 181/2005 de 18 marzo [AC 2005, 385].

Caso Cecilio Plá

Un particular ejercita acumuladamente acción de nulidad por error y de resolución contractual contra la casa de subastas donde lo adquirió, tras demostrarse su falsedad mediante pruebas científicas. La casa de subastas excepcionó falta de legitimación pasiva por no ser la vendedora, sino sólo la intermediaria. Aunque el Tribunal estimó la falta de legitimación pasiva para soportar las acciones ejercitadas, entendió que debía en todo caso devolver las cantidades pagadas por el comprador al amparo de los arts. 58 y 61 LOCM.

- Juzgado de Primera Instancia 6 de Navarra, Sentencia núm. 202/2008, de 14 noviembre 2008 [JUR 2012, 141260].
- Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª), Sentencia núm. 201/2011, de 24 de junio [JUR 2012, 87208].

Caso Portocarrero y Peláez

Un comprador de dos obras atribuidas a estos artistas cubanos ejercita acción de nulidad por error y de resolución por *aliud pro alio* contra la casa de subastas. Respecto de la acción de resolución, el Tribunal entendió, en contra de lo juzgado en el *Caso Anglada Camarasa,* que la autoría sí era una condición esencial, y que la falta de ella determinaba la total inhabilidad de la obra para cumplir su fin. Además, entendió que la casa de subastas tenía legitimación pasiva en base a lo dispuesto en los arts. 58 y 61 LOCM.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, Sentencia núm. 119/2011, de 5 octubre 2011 [JUR 2013, 63318].
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), Sentencia núm. 608/2012 de 26 noviembre [AC 2012, 2270].

Caso Benjamín Palencia

Un particular demanda a la casa de subastas en la que había comprador un óleo de Benjamín Palencia, ejercitando acumuladamente acción de nulidad por error y de resolución por *aliud pro alio*. Respecto de la acción de resolución, el Tribunal entendió que efectivamente correspondía estimarla, considerando la autoría como cualidad esencial del mismo y que su falta hacía al objeto totalmente inhábil. La casa de subastas fue condenada en virtud de los arts. 58 y 61 LOCM.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, Sentencia núm. 218/2015, de 13 octubre [JUR 2016, 186801].
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), Sentencia núm. 110/2016 de 10 marzo [AC 2016, 498].

Error

Caso Goya I [206]

Una anticuaria adquiere de un sacerdote de Salamanca un lienzo descrito como «*de época aproximada de finales del s. XVIII o comienzos del s. XIX*», sospechando ambos que puede ser de Goya. Al demostrarse que la obra es en realidad del s. XX, la anticuaria ejercita acción de nulidad por error. El Tribunal desestima la demanda, entendiendo que la antigüedad, al estar fijada de forma aproximada, no parecía haber determinado la venta, y que nada se dijo sobre la autoría en el contrato.

- Tribunal Supremo (Sala 1.ª), Sentencia núm. 100/1974 de 28 de febrero de 1974 [RJ 1974, 742].

Caso Sorolla

Un comprador profesional de un cuadro atribuido a Sorolla ejercita acción de nulidad por error, al existir informes periciales que justifican su falsedad. El Tribunal, sin embargo, desprecia los dictámenes porque al ser posteriores a la compra no se pudieron tener en cuenta entonces. Además, el Tribunal recurre a los usos del mercado para interpretar el contrato y la voluntad de las partes, de los que deduce que el comprador asumía el riesgo de que la obra no fuera auténtica, por lo que desestima la demanda.

- Tribunal Supremo (Sala 1.ª), Sentencia de 9 octubre 1981 [RJ 1981, 3595].

Caso Julián Alcaraz

En una compraventa entre particulares se transmitieron dos pinturas que, a pesar de ser efectivamente originales del pintor murciano Julián Alcaraz, habían sido restauradas de forma que su contenido original no excedía ya el 20% de las mismas. El Juzgado entendió que el hecho de haber ocultado esta circunstancia era suficiente para estimar la acción de nulidad por concurrencia de error en el consentimiento, manifestando que ello ser constitutivo incluso de dolo.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Murcia, Sentencia núm. 13/1998, de 10 de julio de 1998, Procedimiento Ordinario 196/1998.
- Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3.ª), Sentencia núm. 376/1998 de 16 diciembre [JUR 1999, 54440].

206. En la nomenclatura que Bergel hace de la Jurisprudencia, éste es el llamado «*Caso Párroco*».

Caso Cuevas Zubialde

La Diputación Foral de Álava adquiere de un particular los derechos que pudieran corresponderle sobre unas cuevas que éste ha descubierto, así como sobre las pinturas rupestres que parecen contener las mismas. Las partes pactan que la cantidad convenida se pagaría únicamente tras el análisis y la certificación de las pinturas rupestres, que su resultan ser falsas. La Diputación interpone demanda en la que pretende la nulidad de la compraventa por error, que el Tribunal estima.

- Tribunal Supremo (Sala 1.ª), Sentencia núm. 960/2000, de 16 de octubre [RJ 2000, 8043].

Caso Murillo

Tras la compra de un cuadro de Murillo en una galería de Barcelona, el comprador lo entrega a una inmobiliaria como parte del pago de una vivienda, quedando condicionada su validez a que Sotheby's certifique su autenticidad. Cuando ésta lo rechaza por entender que no es del pintor sino de uno de sus discípulos, el comprador interpone acción de nulidad por error contra la galería. El Tribunal la desestima, entendiendo que la opinión de Sotheby's no prueba suficientemente la falsedad, y que la autentificación posterior a la compraventa no deben de tenerse en cuenta a efectos de examinar el error. Adicionalmente, entiende que la acción está prescrita.

- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), Sentencia núm. 601/1997 de 23 junio [AC 1997, 2001].
- Tribunal Supremo (Sala 1.ª), Sentencia núm. 519/2003 de 28 mayo [RJ 2003, 7157].

Caso Jean Cossiers [207]

Tras adjudicarse en subasta dos cuadros de Jean Cossiers y Leonard Foujita, la compradora se niega a pagar a la casa de subastas el precio pactado por ellos, al entender que no son auténticos. La casa le reclama judicialmente el pago, a lo que la particular opone la nulidad de la compra por error en el objeto. El Tribunal entiende que no se ha acreditado suficientemente la falsedad de la obra y que en todo caso no concurrió error, por lo que estima la demanda de la casa de subastas.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Madrid, Sentencia núm. 497/2000, de 25 de mayo de 2001.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), Sentencia de 16 enero 2003 [JUR 2004, 160031].

207. En la nomenclatura que Bergel hace de la Jurisprudencia, éste es el llamado «*Caso Lucio*».

Caso Juan Gris

Una casa de subastas demanda al vendedor y comprador de la obra de arte vendida en su establecimiento, solicitando que se declare su autenticidad, y, subsidiariamente, la resolución de ambos contratos para el caso de ser ésta falsa. El comprador reconviene solicitando la nulidad del contrato por error. El Tribunal se declara incapaz de determinar la falsedad o autenticidad de la pintura, pero estima que las meras dudas sobre ésta ya constituyen un defecto que ha de llevar a la estimación de la acción de nulidad.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), Sentencia núm. 181/2005 de 18 marzo [AC 2005, 385].

Caso Marfil Hispano-Filipino

Una casa de subastas interpone demanda de incumplimiento de contrato contra un particular que, tras adquirir un marfil hispano-filipino del s. XVII, se negó a abonar su precio por entender que no era auténtico. El demandado se opuso al pago alegando nulidad de la compraventa por error sobre el objeto. El Tribunal estimó la oposición del comprador y desestimó la demanda de la casa de subastas. En concreto, el Tribunal invierte la carga de la prueba, entendiendo que correspondía a la casa de subastas probar la autenticidad, pues era ésta quien había tenido en su poder la talla en todo momento.

- Audiencia Provincial de Salamanca (Sección Única), Sentencia núm. 177/2003, de 5 de mayo [JUR 2003, 171466].

Caso Herring

Un particular adquiere en una casa de subastas madrileña una obra de John Frederick Herring por un importe de 575.000 ptas. Cuando intenta revender la obra a través de Christie's, ésta determina que la obra no es de tal pintor y la valora en una cantidad muy inferior, lo que lleva al comprador a ejercitar acción de nulidad por error contra la casa de subastas. El Tribunal concluye que no ha quedado acreditada la falsedad de la obra, y además que la acción de nulidad está prescrita, por lo que desestima la demanda.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, Sentencia núm. 97/2005, de 18 de abril de 2005 (JUR 2016, 237301).
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), Sentencia núm. 247/2006, de 30 marzo [JUR 2006, 159995].

Caso Gutiérrez Solana

La sociedad compradora de un dibujo atribuido a un determinado pintor pretende la nulidad del contrato al comprobar que dicha atribución no es correcta. Después de que se acreditara suficientemente la falsedad de la pintura con una prueba pericial, el Tribunal entendió que efectivamente había concurrido error

sobre el objeto de la compraventa y anuló el contrato, y ello a pesar de ser el comprador profesional.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid, Sentencia de 28 febrero 2005 [JUR 2008, 254900].
- AP de Madrid (Sección 25.ª), Sentencia núm.370/2006 de 30 junio [JUR 2007, 17420].

Caso Picasso I

Una particular interpone demanda contra una casa de subastas, por la que se solicita la nulidad de la compraventa de un dibujo atribuido a Picasso que compró allí. El Tribunal de Primera Instancia desestimó la demanda por no haberse acreditado la falsedad del dibujo, sino únicamente meras dudas sobre la autenticidad de la misma. La Audiencia Provincial revocó sin embargo dicha resolución y condenó a la casa de subastas con base en los arts. 58 y 61 LOCM, entendiendo que ésta debía haber informado de la existencia de tales dudas sobre la autenticidad.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 50 Barcelona, Sentencia de 3 de febrero de 2006. Procedimiento Ordinario 460/2005.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), Sentencia núm. 97/2007 de 22 febrero [JUR 2007, 204407].

Caso Dalí I

Un particular entendido en arte ejercita contra otro acción de nulidad de la compra de una acuarela que erróneamente se atribuyó a Salvador Dalí, entendiendo que estuvo viciada por error y también por dolo. El Tribunal, además de entender que la falsedad de la acuarela no ha sido probada de forma concluyente, rechaza que existiera error atendiendo a la condición del comprador, que debía de conocer los riesgos de este tipo de operaciones y haber actuado en consecuencia.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 47 Madrid, Sentencia de 16 mayo 2006 [JUR 2008, 241409].
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), Sentencia núm. 464/2007, de 9 de julio [JUR 2008, 24871].

Caso Juan Echevarría

Una importante casa de subastas madrileña adquiere para su venta una pintura firmada por un tal «Juan Echeverría», confundiéndolo con el pintor Juan Echevarría. Cuando descubre su error, demanda al vendedor tratando de anular la compraventa por esta causa. El Tribunal determinó que el error era únicamente imputable a la demandante, pues tanto en la firma del cuadro como en el

contrato constaba como autor del mismo «Juan Echeverría», por lo que desestimó la demanda.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid, Sentencia núm. 56/2006, de 28 septiembre 2006 [JUR 2008, 373240].
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª), Sentencia núm. 219/2007 de 20 abril [AC 2007, 921].

Caso Goya III

Un particular compra en una casa de subastas un supuesto boceto de Goya del lienzo «*2 de mayo de 1808 en Madrid*», cuya falsedad acreditó después un análisis realizado por el Museo del Prado. Al devolverse la obra, la casa de subastas ejercita contra el depositante acción de resolución del contrato y de daños y perjuicios (las comisiones de venta dejadas de cobrar). El demandado opone que la venta había sido nula por existir error. El Tribunal estimó esto último, entendiendo que la casa de subastas tenía obligación de comprobar la autenticidad (art. 58 y 61 LOCM).

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª), Sentencia núm. 17/2008 de 5 de febrero [JUR 2008, 183894].

Caso Cecilio Plá

Un particular ejercita acumuladamente acción de nulidad por error y de resolución contractual contra la casa de subastas a la que lo compró, tras demostrarse su falsedad mediante pruebas científicas. La casa de subastas excepcionó falta de legitimación pasiva por no ser la vendedora, sino sólo la intermediaria. Aunque el Tribunal estimó la falta de legitimación pasiva para soportar las acciones ejercitadas, entendió que debía en todo caso devolver las cantidades pagadas por el comprador al amparo de los arts. 58 y 61 LOCM.

- Juzgado de Primera Instancia 6 de Navarra, Sentencia núm. 202/2008, de 14 noviembre 2008 [JUR 2012, 141260].
- Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª), Sentencia núm. 201/2011, de 24 de junio [JUR 2012, 87208].

Caso Portocarrero y Peláez

Un comprador de dos obras atribuidas a estos artistas cubanos ejercita acción de nulidad por error y de resolución por *aliud pro alio* contra la casa de subastas. Respecto de la acción de nulidad, el Tribunal estimó la excepción de caducidad o prescripción interpuesta por la casa de subastas demandada, por lo que la desestimó. Sin embargo, finalmente estimó la acción de resolución por entrega de cosa diversa, haciendo hincapié en la diligencia que debía de haber observado la casa de subastas al ser un profesional.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, Sentencia núm. 119/2011, de 5 octubre 2011 [JUR 2013, 63318].
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), Sentencia núm. 608/2012 de 26 noviembre [AC 2012, 2270].

Caso Del Mazo

Un profesional experto en pintura antigua adquiere dos cuadros pensando que son de Martínez del Mazo. Posteriormente, descubierta su falsedad, ejercita contra los vendedores acción de nulidad por dolo y, subsidiariamente, por error. El Tribunal señaló que el error había sido inexcusable, pues al ser el comprador entendido en la materia y haber podido examinar minuciosamente los cuadros hasta en tres ocasiones, debió de haber desplegado una mayor diligencia para la comprobación de su autenticidad.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, Sentencia núm. 34/2011, de 15 de febrero. J. Ordinario 956/2009.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), Sentencia núm. 143/2014, de 12 marzo [JUR 2014, 106505].

Caso Morandi

Una particular ejercita acción de nulidad por error contra la casa de subastas en la que había adquirido la obra, sobre la base de que ésta había evitado mencionar las dudas existentes sobre la autenticidad de la obra. El Tribunal, aunque entendió que no se había acreditado suficientemente la falsedad de ésta, estimó que el hecho de no haber comunicado las dudas respecto de la autenticidad de la pintura ya determinaba la responsabilidad de la casa de subastas, por lo que terminó condenando a ésta.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona, Sentencia de 25 julio 2011 [JUR 2013, 283227].
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª), Sentencia núm. 375/2013 de 25 junio [JUR 2013, 269486].

Caso Benjamín Palencia

Un particular demanda a la casa de subastas en la que había comprador un óleo atribuido a Benjamín Palencia, ejercitando acumuladamente acción de nulidad por error y de resolución por incumplimiento. Al estimarse ésta última, el Tribunal no llegó a examinar la acción de nulidad por error, aunque sí manifestó que el catálogo de la casa de subastas inducía a equivocación sobre sus cualidades, y que ésta tenía el deber de velar por la autenticidad de las obras que vendía. La casa de subastas fue finalmente condenada en virtud de los arts. 58 y 61 LOCM.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, Sentencia núm. 218/2015, de 13 octubre [JUR 2016, 186801].

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), Sentencia núm. 110/2016 de 10 marzo [AC 2016, 498].

Dolo

Caso Rusiñol I

Una famosa casa de subastas demanda a un particular que le había entregado, para que la subastara, una obra atribuida a Santiago Rusiñol, que más tarde resultó no ser auténtica. El Tribunal estimó la reclamación de incumplimiento de contrato sobre la base de que el vendedor había actuado con dolo, pues tenía pleno conocimiento de la falsedad del cuadro con anterioridad a su venta, y sin embargo había evitado mencionarlo.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Madrid, Sentencia de 13 de diciembre de 2000, Procedimiento Ordinario 742/1999.
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), Sentencia de 6 de mayo de 2003 [JUR 2004, 157083].

Caso Dalí I

Un particular entendido en arte ejercita contra otro acción de nulidad de la compra de una acuarela erróneamente atribuida a Salvador Dalí, entendiendo que estuvo viciada por dolo y error. El demandante denuncia que hubo dolo porque el vendedor (médico de profesión) le dijo que el mismo Dalí le había dado la obra como agradecimiento por sus servicios médicos. Pero al no quedar acreditado en autos que el vendedor hiciera efectivamente tales manifestaciones, la acción basada en el dolo se desestima.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 47 Madrid, Sentencia de 16 mayo 2006 [JUR 2008, 241409].
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), Sentencia núm. 464/2007, de 9 de julio [JUR 2008, 24871].

Caso Del Mazo

Un profesional experto en pintura antigua adquiere dos cuadros pensando que son de Martínez del Mazo. Posteriormente, descubierta su falsedad, ejercita contra los vendedores acción de nulidad por dolo y, subsidiariamente, por error. En cuanto a la concurrencia de dolo, el Tribunal lo rechaza no sólo porque los vendedores no habían observado una conducta engañosa, sino también porque en ningún momento fueron conscientes de que las pinturas no eran en realidad auténticas.

- Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, Sentencia núm. 34/2011, de 15 de febrero. J. Ordinario 956/2009.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), Sentencia núm. 143/2014, de 12 marzo [JUR 2014, 106505].

Estafa

Caso Estafa Asturiana

Varios particulares denuncian a una marchante de arte imputándole un delito continuado de estafa, por haberles vendido ésta diversas obras pictóricas cuya falsedad habían confirmado los propios artistas. El Tribunal da por probada la existencia del dolo en atención a los numerosos indicios que lo apuntaban, y considera que el engaño consiste en la atribución errónea de las pinturas, por lo que condena a la marchante a cumplir tres años y seis meses de prisión por un delito continuado de estafa.

- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 8.ª), Sentencia núm. 7/2006, de 3 de febrero [ARP 2006, 529].
- Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª), Sentencia núm. 1276/2006, de 20 de diciembre [RJ 2006, 387].

Caso Dalí II

Un particular denuncia a otro por estafa al haberle comprado una aguada de dicho autor, después de que la comisión de catalogación de la Fundación Gala-Salvador Dalí emita un dictamen afirmando que no puede asegurar su autenticidad. El Tribunal rechaza la denuncia por entender que no concurren los elementos del tipo: en concreto, entendió que no se había acreditado la falsedad de la pintura, y por ende tampoco el perjuicio patrimonial, así como tampoco la intención de engañar por parte del sujeto activo.

- Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1.ª), Sentencia núm. 144/2001, de 7 de noviembre [JUR 2002, 19476].

Caso Goya IV

Dos sujetos que regentan una tienda de antigüedades someten un cuadro a examen de un experto en la pintura de Goya de gran reputación, que afirma su autenticidad. Posteriormente lo venden a un particular, que al descubrir su falsedad denuncia a los compradores. El Tribunal les absolvió por entender que no había existido dolo, al haber confiado éstos en el informe del experto, y además tuvo en cuenta que la obra había estado en posesión del comprador previa compra, habiendo podido éste examinar la obra a su antojo.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3.ª), Sentencia núm. 420/2002, de 18 de noviembre [ARP 2003, 314].
- Tribunal Supremo (Sala 2.ª), Sentencia núm. 305/2004, de 8 de marzo [RJ 2004, 2254].

Caso Picasso II

Una empresa especializada en la compraventa de arte adquiere en subasta dos grabados de Picasso, para después denunciar por estafa a la casa de subastas por entender que no son auténticos. El Tribunal rechazó la denuncia en primer lugar porque no se acreditó suficientemente la falsedad de los grabados. Además, entendió que la casa de subastas era una mera intermediara y que no se había conducido con dolo. Por último, el Tribunal estima que la denunciante había incumplido sus deberes de autoprotección.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4.ª), Auto núm. 406/2003, de 18 de septiembre [JUR 2003, 257796].

Caso Guayasamín

Un particular vende a otro tres óleos falsos de dicho pintor, acompañados de certificados falsos firmados por la propia hija del mismo. Tras especificar que el delito de falsedad documental quedaba subsumido en el tipo de la estafa, el Tribunal entendió que concurrían todos los elementos del tipo de la estafa y condenó al particular a cumplir cuatro años de prisión.

- Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3.ª), Sentencia núm. 25/2004, de 30 de abril [JUR 2004, 141548].
- Tribunal Supremo (Sala 2.ª), Sentencia núm. 310/2006, de 20 de febrero [RJ 2006, 5196].

Caso Vela Zanetti

Un particular es denunciado por vender varias obras del pintor que posteriormente resultaron ser falsas según lo manifestado por el propio pintor. El Tribunal estima que concurrió dolo y engaño bastante, pues además de haberse falsificado las obras y sus firmas, el estafador se aprovechaba de su amistad pasada con el pintor y también de la circunstancias de que tenía varias obras originales de éste, por lo que condenó al acusado a cumplir cuatro años de prisión.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.ª), Sentencia núm. 74/2006, de 22 de febrero [ARP 2006, 364].
- Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª) Sentencia núm. 139/2007, de 23 de febrero [RJ 2007, 1922].

Caso Zurbarán I

Una particular vende a otro un cuadro datándolo en el s. XVII, mientras que posteriormente se descubre que había sido pintado como pronto en el s. XIX. Cuando se publican en prensa varios artículos que prueban la falsedad del cuadro, el comprador se querella contra la vendedora. El Tribunal absuelve a la vendedora porque no encuentra prueba del dolo de ésta, que siempre entendió que el cuadro era de Zurbarán, y además tiene en cuenta la condición de profesional

del comprador, que era propietario de más de cien obras de arte de época cercana al óleo litigioso.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6.ª), Sentencia núm. 186/2007, de 27 de marzo [JUR 2007, 172332].

Caso Modigliani

Dos profesionales dedicados a la intermediación en el comercio de obras de arte son denunciados por transmitir, en concierto previo y a sabiendas de su falsedad, varias obras de arte falsas a una particular. El Tribunal entendió que efectivamente había concurrido dolo, que declaró probado en atención a los numerosos indicios que había del mismo, así como engaño bastante, pues todas las obras iban acompañadas de certificados falsos. Por ello, condenó a ambos a cinco años de cárcel por la comisión de un delito continuado de estafa.

- Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª), Sentencia núm. 1120/2008 de 3 enero [RJ 2008, 818].

Caso Rusiñol II

Tras ver estimadas sus acciones por la vía civil en el *Caso Rusiñol I*, la misma casa de subastas interpone una denuncia por delito de estafa contra el mismo sujeto y sobre la base de los mismos hechos. El Tribunal entendió que el acusado no había tenido pleno conocimiento de la falsedad, sino sólo de las dudas sobre la autenticidad del cuadro, lo que impedía que el dolo fuera bastante como para sustentar un delito de estafa.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16.ª) Sentencia núm. 139/2008, de 24 de septiembre [JUR 2008, 381639].

Caso Miró

Un particular facilita a otro para su venta dos óleos firmados por Miró, acompañados de sendos certificados supuestamente emitidos por un autorizado experto en la obra del autor. La Sucesión Miró confirma su falsedad y la de los certificados, por lo que se denuncia al particular por un delito de estafa. El Tribunal consideró que el engaño era idóneo para generar el error en la víctima, y aclarando que la falsedad documental quedaba subsumida en el tipo de la estafa, condenó al autor.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16.ª) Sentencia núm. 171/2008, de 14 de noviembre [JUR 2009, 74684].
- Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª), Sentencia núm. 759/2009, de 8 de julio [RJ 2009, 6962].

Caso Toulouse-Lautrec

Un particular adquiere varias esculturas y cuadros, entre ellos uno atribuido

a Toulouse-Lautrec. Al descubrir que son sólo imitaciones realizadas con fines decorativos, se querella contra el vendedor. Pero el Tribunal entendió que el engaño no había sido bastante, por dos razones: primero, porque no quedó probado que el vendedor en ningún momento hubiera asegurado la autenticidad de las obras; y segundo, porque entendió que el comprador no había observado la mínima diligencia para evitar el error.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2.ª), Sentencia núm. 473/2009, de 20 de octubre [JUR 2010, 10020].

Caso Zurbarán II

Un particular, convencido por el sujeto activo mediante una compleja puesta en escena, intermedia en la compra de unos cuadros de Zurbarán, adelantando parte del precio de la compra de los mismos y quedándose como garantía de la devolución los propios cuadros, que luego resultan no valer nada. El Tribunal no duda de la concurrencia del dolo ni del engaño bastante, por lo que condena a los acusados a tres años y cinco meses de prisión por la comisión de un delito de estafa agravada por razón de la cuantía.

- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1.ª), Sentencia núm. 757/2012, de 22 de octubre [ARP 2012, 1114].
- Tribunal Supremo (Sala 2.ª, Sección 1.ª), Sentencia núm. 952/2013, de 5 de diciembre [RJ 2013, 492].

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Alfaro, Jesús. «La subasta de obras de arte. Aproximación a sus problemas jurídicos», en *Revista de Derecho Mercantil* Núm. 179-180, Madrid, 1986, págs. 99-142.

Álvarez Álvarez, J. L. «La transmisión de obras de arte» en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1975.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa» en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1969.

– (Coord.). *Tratado de Contratos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Vol. I.

Bergel Sainz de Baranda, Yolanda. «La subasta de obras de arte online» en *Revista de la contratación electrónica* Núm. 85, Dykinson, España, 2007, págs. 25-41.

– *La compraventa de obras de arte. Problemas de derecho civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Casabó Ortí, M.ª Ángeles. *La estafa en la obra de arte*. Tesis Doctoral depositada en la Universidad de Murcia. Murcia, 2014.

– «La estafa en el mercado del arte. Engaño y víctima» en *Diario La Ley*, Núm. 8101, Wolters Kluwer, España, 2013.

De Castro, F. *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1981. Error en el consentimiento. Cumplimiento del contrato. Normal diligencia.* En Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro. Ed. Centro de Estudios Registrales, España, 1997. Vol. 2.

E.P. *La policía interviene 27 obras de arte falsas de grandes creadores,* Diario El País, 11 de marzo de 2016.

Espiau Espiau, Santiago. «Medidas de derecho civil de protección a los adquirentes de obras de arte falsas o cuya autoría haya sido fijada de forma inexacta» en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte,* Ed. Polígrafa, Barcelona, 2013.

Fernández Gállego, R. *Falsificaciones y robo de obras de arte.* En AA.VV. *La lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.* Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

Ferrandis, J. *Incautados cinco «picassos» falsos que estaban a la venta por 160 millones.* Diario El País, 21 de noviembre de 2015.

Ferrando, Ramón. *Una juez considera que no es delito vender cuadros falsos de Sorolla en el rastro.* Diario El Mercantil Valenciano, 7 de noviembre de 2008.

Gálvez, J. J. *Reactivada la extradición a EE UU de dos falsificadores españoles de obras de arte.* Diario El País, 9 de febrero de 2016.

García Calero, Jesús. *Un estudio científico vuelve a atribuir El Coloso a Goya.* Diario ABC, 04/04/2013.

García Vega, Miguel Ángel. *La ingeniería financiera entra en el mercado del arte.* Diario El País, 7 de noviembre de 2015.

Gaspar Lera, Silvia. *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor.* Editorial Aranzadi, España, 2005.

Heredero, Lilliet. *Una exposición de cuadros falsos.* BBC Mundo, 24 de julio de 2009.

López-Carceller Martínez, Paloma. «Compraventa de obras de arte. Falta de autenticidad: Comentario a la STS de 2 septiembre 1998 (RJ 1998, 7546)» en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial,* Núm. 3, Aranzadi, España, 1999, págs. 157-162.

Mcandrew, Clare. *Fine art & high finance.* Ed. Clare McAndrew (Arts & Economics), Reino Unido, 2010.

Magro Servet, V. «Los contratos civiles criminalizados. Análisis de diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?» en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, España, 2001, págs. 1265-1272.

Molins Raich, Marc y González García, Julia. «Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría» en Peñuelas y Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte,* Ed. Polígrafa, Barcelona, 2013.

Negri, Juan Javier. *La puerta de Banksy (el error en la compraventa de obras de arte)* en *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2016.* Civitas, Madrid, 2017.

Peñuelas i Reixach, Lluis. *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte,* Ed. Polígrafa, Barcelona, 2013.

Pulido, N. *La autentificación de obras de arte, una ciencia nada exacta.* Diario ABC, 2 de febrero de 2016.

Quintá, Alfons. *Salvador Dalí ha firmado documentos y papeles en blanco que permiten la reproducción sin control de su obra.* Diario El País, 13 de marzo de 1981.

Thompson, Don. *El tiburón de 12 millones de dólares.* Ariel, Barcelona, 2008.

Verda y Beamonte (DE), José Ramón. «El dolo in contrahendo» en *Revista de Derecho Patrimonial* Núm. 16/2006-1. Aranzadi, España, 2006.

La falsificación de obras de arte: Casuística criminal, investigación y punición

MARÍA PILAR OTERO GONZÁLEZ

Profesora Titular (Catedrática acreditada) de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

EMILIO VERÓN BUSTILLO

Comandante de la Guardia Civil. Doctor en Unión Europea por la UNED

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSIDERACIONES PREVIAS: MAGNITUD DEL PROBLEMA SOBRE CIFRAS INEXACTAS. 3. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO MATERIAL DE LAS POSIBLES CONDUCTAS TÍPICAS. FALTA DE CONSENSO SOBRE EL CONCEPTO DE «ORIGINALIDAD». 3.1. *Concepto de «obra de arte».* 3.2. *Diversidad de categorías de obras de arte. Supuestos concretos.* 3.2.1. Obra seriada. 3.2.2. Obra fotográfica. 3.2.3. Obra derivada. 3.3. *Autor: concepto de «creación».* 3.4. *Originalidad.* 4. LA FALSIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE. 4.1. *Falsificación en la primera fase: falsificación de la obra. Distinción entre los diversos tipos de falsificaciones.* 4.1.1. Aproximación al concepto de obra falsa. Delimitación de otros conceptos afines. 4.1.2. Respuesta penal a la falsificación de obras en esta primera fase. 4.1.2.1. Los delitos contra la propiedad intelectual. A. Falsificación «versus» plagio. El plagio inverso. B. Plagio inverso y reproducción. C. Plagio inverso: «o de cualquier otro modo "explote económicamente" una obra o su "transformación"». Ampliación de la conducta típica en la LO 1/2015 de modificación del Código Penal. 4.1.2.2. Los delitos de falsedades. A. Concepto penal de documento. Posible subsunción de la obra de arte. B. El objeto material de la conducta falsaria. La obra de arte como documento privado. C. La simulación como modalidad de falsedad material de la obra de arte. D. Penalidad y problemas concursales. El concurso de leyes con el delito de estafa. 4.2. *Falsificación en la segunda fase. El peritaje: la certificación falsa.* 4.2.1. Sobre la compleja realidad de la autenticación. 4.2.2. Los certificados de autenticidad. 4.2.3. Relevancia penal de la falsa autenticación. 4.3. *Tercera fase: uso del documento falso.* 4.4. *Actos preparatorios.* 5. CASUÍSTICA CRIMINAL. 5.1. *Introducción a la problemática.* 5.2. *Estadística.* 5.3. *Modus operandi de los falsificadores. Ejemplos concretos.* 5.3.1. Sujetos que realizaron obras falsas. 5.3.2. Delincuentes que realizaron obras falsificadas. 5.4. *Implicación de los intermediarios.* 6. REACCIÓN POLICIAL. 6.1. *Metodología de la investigación operativa.* 6.2. *Operaciones policiales relevantes.* 6.3. *Iniciativas internacionales.* 7. EXCURSO: BREVE REFERENCIA A LA TRANSNACIONALIDAD DE ESTAS CONDUCTAS. 8. CONCLUSIONES. 9. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO. SITIOS WEB.

Resumen

La falsificación de bienes culturales, junto con los robos, los daños intencionados y el expolio arqueológico, supone uno de los riesgos más importantes que deben afrontar no sólo los profesionales dedicados al mundo del arte sino también las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los coleccionistas y los operadores jurídicos. Para proteger este mercado de las falsificaciones se necesita conocer los *modus operandi* más usuales utilizados por las organizaciones criminales, el ámbito y dimensiones de estos delitos así como abordar en profundidad la adecuación de las tipologías delictivas que enmarcan en la actualidad esta actividad criminal.

Para ello, se pone de manifiesto la compleja realidad de la falsificación de obras de arte y, derivada de ella, la dificultad de la delimitación del objeto material de las posibles conductas típicas. Se pretende dar solución jurídico penal a las tres fases del ciclo de la falsificación en el mundo del arte: los supuestos frecuentes, bien de reproducciones bien de plagio inverso o usurpativo, la falsa autenticación y el uso posterior de la obra de arte falsa.

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ARCO	Feria de arte contemporáneo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BBCC	Bienes Culturales
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CP	Código Penal Español
EAU	Emiratos Árabes Unidos
EE.UU	Estados Unidos de América
FBI	Oficina Federal de Investigación de los Estados Unidos de América.
FGE	Fiscalía General del estado
LO	Ley Orgánica
LPHE	Ley 16/85 del Patrimonio Histórico Español
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
Op.Cit	Obra citada
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Vid.	Véase

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el objetivo del arte ha sido (y debe seguir siendo) transmitir o provocar emociones, si no es así, o no es arte o no estamos capacitados para apreciarlo, lo que irremediablemente se reduce a un problema subjetivo. Sin embargo, actualmente parece que el arte es *arte* en función del mercado, de la ley de la oferta y la demanda. Cuanto más cara resulte una pieza, por extravagante que sea, más «arte» encierra. *Arte* y *mercado* son así dos caras de la misma moneda: por una parte, el mercado es el enemigo del arte, por la otra, es un matrimonio de conveniencia ya que no pueden vivir el uno sin el otro. La edición de ARCO 2015 sorprendió con una nueva polémica[1]: la obra de arte del cubano Wilfredo Prieto «El vaso medio lleno o medio vacío», valorado en 20.000 €, un vaso lleno de agua justo en el límite donde se duda de si está medio lleno o medio vacío, situado en un estante pegado en la pared. ¿Se trata de una obra de arte sólo porque un artista ha tenido la idea de exponerlo en una feria de arte contemporáneo? ¿Por qué lo cotidiano puede convertirse en arte? ¿Cómo se valora la idea que hay detrás de una obra? ¿Se aprecia la pieza o el nombre del artista? Evidentemente, se paga la cotización del artista conformada por su fama y trayectoria, junto con algún otro imponderable que en todo juicio debemos asumir.

Sirva este ejemplo para destacar la dificultad de definir el concepto de obra tanto en el mundo del arte como en el ámbito jurídico en general, y penal en particular.

Una vez definida la *obra* y, unido irremediablemente a ella, el concepto de *autor*, de *originalidad*, de *creación* en función de los diferentes tipos de obra, nos vamos a ocupar de las dos clases de obras de arte que se ven fundamentalmente afectadas por la falsificación: la pintura, la escultura y la obra fotográfica –art. 10 e) y h) LPI–.

Ello nos lleva a analizar el complejo problema de la falsificación. Volviendo al ejemplo anteriormente planteado, «El vaso medio lleno o medio vacío» en el absurdo mundo de la obra conceptual, y sin entrar a discutir la «originalidad» de

1. Sobre esta polémica, vid., *http://www.arte10.com/foro/-t5041.html?Pol%E9mina+en+Arco+2015%3A+El+vaso+medio+vac%EDo*
http://www.elconfidencial.com/cultura/2015-03-04/el-vaso-de-agua-de-wilfredo-prieto-se-le-atraganta-a–la-vieja-guardia-del-arte_721566/

la obra, ¿cómo se falsificaría? ¿Colocando otro vaso idéntico con la misma cantidad de agua? O cuando por efecto de la evaporación nos quedamos sin agua, si procedemos a rellenar el vaso ¿es un plagio? ¿Si lo rellenamos utilizando otra agua? ¿Es una falsificación? ¿Y si un experto certifica que la obra es auténtica cuando se trata del vaso que se ha rellenado del grifo porque el agua originaria se había evaporado? ¿Qué responsabilidad hay en todo ello? Y más allá ¿Hay una necesidad político criminal de castigar estas conductas? ¿En este mundo tan sutil y tan subjetivo, y, a la vez, tan manipulado, la tosquedad del Derecho penal tiene algo que decir?

Destacando diversos aspectos y fases de la complejidad del mundo de la falsificación, se intentará dar respuesta a estas preguntas, en primer lugar delimitando el objeto material de las posibles conductas típicas, para a continuación analizar éstas a través de las posibilidades de subsunción, según los casos, en los delitos contra la propiedad intelectual, en las falsedades así como en las estafas, habida cuenta de que ante un problema de una magnitud tan desmesurada como es el mundo de la falsificación y de la posterior circulación ilícita caracterizada por la transnacionalidad, la respuesta ante algunas de estas conductas no puede ser otra que la vía penal.

En este recorrido, no puede obviarse –y de ello nos ocuparemos detenidamente– en primer lugar, el análisis de la casuística criminal, en segundo lugar la reacción policial, y, en tercer lugar, la respuesta, a nuestro modo de ver, insuficiente y arrastrada por la inercia de una regulación ya derogada, que aporta la Jurisprudencia a la resolución de estos casos. Para solucionar las aparentes lagunas de punibilidad intentaremos demostrar, por el contrario, que nuestro Código penal tiene instrumentos suficientes para dar respuesta a la conducta de falsificar una obra de arte, máxime después de las novedades que respecto a ello ha introducido la reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo. Para ello, en aquellos casos en los que no quepa aplicar los delitos contra la propiedad intelectual, se estudiará la subsunción de la obra de arte en el laxo concepto penal de documento, para poder incardinar estas conductas en los delitos de falsedades.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS: MAGNITUD DEL PROBLEMA SOBRE CIFRAS INEXACTAS

Circula en el mundo del arte pictórico el dicho de que Jean-Baptiste Corot pintó 3.000 cuadros durante toda su vida, 5.000 de los cuales están en Estados Unidos[2]. Sus paisajes obtuvieron tal popularidad en el XIX que su falsificación se convirtió en un gran negocio teniendo en cuenta que el coste de los materiales

2. Vid., Arnau, F.: *El arte de falsificar el arte. Tres mil años de fraudes en el comercio de las antigüedades*, Barcelona-México, Noguer, 1961, pp. 7 y 319-323.

en este tipo de falsificaciones es ínfimo. En otros escritos[3], sin embargo, aludiendo a la misma anécdota, se habla de 10.000 cuadros auténticos de Corot frente a 25.000 atribuidos a este pintor existentes sólo en EEUU.

Esto da muestra de la inmensa cifra negra, imposible de cuantificar, de las falsificaciones en el mundo del arte en general y de la pintura en particular[4], aunque lo que parece cierto es que esta modalidad de arte, el pictórico, encierra la mayor proporción de falsificaciones. Si se estima que más de la mitad de los objetos de las colecciones arqueológicas[5] y de monedas tanto privadas como públicas son falsos, esta proporción parece superior aún en las obras de arte pictóricas. No obstante, nos enfrentamos a datos no contrastados. En el caso de las obras de escultura[6] el índice de falsificación, también inestimable, es mucho menor porque la dificultad de imitación es mucho mayor –por ejemplo, el solo material ya resulta extraordinariamente difícil de encontrar, la imitación de la descomposición

3. Vid., por ejemplo, *http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte*
4. Una interesante selección de las falsificaciones en este ámbito efectuadas a lo largo de la historia vid., Arnau, Frank, *El arte...*, op. cit., pp. 360-397. En las dos últimas décadas, la Fundación Vela Zanetti, entre otras, mantiene una dura batalla por desenmascarar a los «piratas». Desde los comienzos de esta fundación, se han certificado 200 cuadros plagiados, en su mayoría «burdas imitaciones» realizadas en serie. Mientras las falsificaciones incautadas por la policía, al parecer, son destruidas, algunos particulares intentan deshacerse de ellas colocándolas nuevamente en el mercado del arte. En este mercado fraudulento es posible adquirir una obra de Vela Zanetti por 6.000 euros, mientras que el precio mínimo de un original en una subasta no baja de los 18.000 euros por un cuadro de tamaño medio. Ampliamente, *http://www.diariodeleon.es/noticias/cultura/policia-confisca-tres-redadas-40-falsificaciones-vela-zanetti_119067.html*.
5. Existe todo un negocio internacional en este sentido con el objetivo de estafar no sólo al turista (normalmente bajo un precio reducido) sino también al coleccionista privado final por una cantidad aún mayor. Y la forma de proceder del estafador es bien fácil, tal y como manifiesta la directora del Grupo de Investigación de Delitos contra el Patrimonio Cultural de la DIJÍN (Colombia), la subteniente Jennifer Olarte, quien confirma que «los vendedores de piezas hacen réplicas con una mezcla de arcilla y agua, las vuelven a enterrar y les dan un toque de envejecido para venderlas como si fueran precolombinas». La Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL de Colombia (DIJÍN) es una «unidad operativa del nivel estratégico dentro de la estructura orgánica de la Policía Nacional que contribuye a la prevención y control de la criminalidad, ejerciendo las funciones de Policía Judicial que le otorga la Ley en forma permanente y que junto a otros organismos del Estado apoya la investigación criminal en las áreas técnicas, científicas y operativas, por iniciativa propia o según orden impartida por la Fiscalía General de la Nación, para recaudar Elementos Materiales de Prueba o Evidencias Físicas que permitan determinar una conducta punible y la responsabilidad de sus autores o partícipes». *http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/UNIDADES_POLICIALES/Direcciones_tipo_Operativas/Direccion_de_Investigacion_Criminal*.
6. Vid., a este respecto, ampliamente Arnau, Frank, *El arte...,* op. cit., pp. 96-97. Sobre estas cifras también existe disparidad. Los historiadores y arqueólogos especializados en Antigüedad Clásica, según Leon, C.: «El timo de las esculturas clásicas», en *XL Semanal*, 29 de junio de 2014, p. 51, entienden que al menos el 5% de las antigüedades que se mueven en el mercado podrían no ser auténticas. Según esta misma fuente, dentro de las esculturas las mayores falsificaciones se dan en los bronces.

de los materiales con el tiempo, etc.–. Por otro lado, el mercado es mucho más reducido y, en consecuencia, los coleccionistas son a menudo más exigentes y entendidos que en el mundo pictórico.

A la complejidad propia de cualquier falsificación se añade la concreta realizada en este ámbito porque aquélla puede aparecer en cualquiera de las diversas fases que componen este mercado: la relacionada con el pintor o la de la certificación[7], de tal forma que la falsificación puede proceder de un extraño –un pintor menos reconocido, por ejemplo–, pero también del perito, del marchante, de los allegados al artista, etc., e incluso del propio pintor[8], cuyos protagonistas en más de una ocasión actúan en connivencia con el comprador, que lo acepta gustosamente porque el precio que ha pagado es muy inferior al que correspondería por la obra auténtica, y que, sin embargo, le permite presumir ante los demás, normalmente inexpertos, de poseer un «goya» o un «dalí»[9].

De las falsificaciones relacionadas con la primera fase, la de la pintura en sí, tenemos varios ejemplos. La historia, en efecto, está llena de maestros de la falsificación[10] de la pintura como el húngaro Elmyr de Hory[11], el holandés Han van Meegeren (especializado en imitar a Johannes Vermeer) y el británico Tom Keating, capaz de emular a la perfección a Degas, Constable y Samuel Palmer, entre otros. Pero los informes sobre los maestros de la falsificación que da la prensa son casi siempre exageraciones sensacionalistas. Las falsificaciones convincentes son extraordinariamente raras[12].

No menos importantes son las falsificaciones realizadas en la segunda fase de este ciclo. Todos los museos albergan obras de arte mal atribuidas. La falsificación está relacionada con los mecanismos para autenticar la obra de arte. No siempre los que autentican que una obra es o no verdadera son los profesionales sino familiares[13] o galeristas, es decir, personas que tienen intereses económicos

7. Cfr., Verón Bustillo, E.: «Protección del Patrimonio Histórico en la Unión Europea», *Documento de Investigación sobre Seguridad Interior Doc-ISIe,* n.º21/2014,*www.iuisi.es*, p. 7, nota 14.
8. El propio Corot mantuvo respecto de su obra una actitud laxa, animó y consintió que sus alumnos copiaran sus obras.
9. Que sean los allegados o los familiares los principales falsificadores de un artista se demostró con Salvador Dalí o con el pintor burgalés José Vela Zanetti, cuyo falsificador más conocido se ahorcó en su casa en 2008. Vid., al respecto, *Diario el País*, 7 de febrero de 2013. Cfr., *http://elpais.com/tag/falsificaciones_arte/a/*
10. A ello nos referiremos posteriormente de forma más detallada cuando analicemos la casuística criminal.
11. Sobre la trayectoria de Elmyr como pintor y como falsificador, vid., AA.VV., *Proyecto Elmyr de Hory Fake!*, Madrid: Consorcio Círculo de Bellas Artes/Ministerio de Educación, Cultura, Deportes, 2013, pp. 1-145. Proyecto_Fake!_Elmyr_de_Hory_(9617)–2.pdf
12. *http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte*
13. Así, *http://cultura.elpais.com/cultura/2014/06/13/actualidad/1402655746_447909.html/*, reseñando como ejemplo de ello los certificados de autenticidad emitidos por el prestigioso

concretos en la obra. Por tanto, la falsa atribución tiene que ver, en primer lugar, con la falta de profesionalidad. Y en segundo lugar, guarda relación con la demanda, el interés por comprar la pieza[14]. En efecto, la demanda de antigüedades por parte de los coleccionistas está íntimamente relacionada con la falsificación. Independientemente de los motivos por los que se coleccione –un determinado sentido de la belleza, un deseo irreprimible de posesión, un ansia irrefrenable de acumular capital[15], la vanidad, una forma de evadir impuestos lo que, por cierto, puede llegar a constituir delito fiscal[16], etc.–, es evidente que la ley de la oferta y la demanda determina los precios, que aumentan de forma astronómica conforme se incrementa la afición al coleccionismo, y paralelamente se desarrollan las falsificaciones en la medida en que la oferta de obras de arte y antigüedades cada vez es más escasa[17].

Sea cual sea la fase en la que se falsifica, en la circulación de esa obra falsa no hay que perder de vista el foco principal del problema: el perjuicio causado tanto a la víctima adquirente de la obra como al propio autor.

Pensemos en el supuesto de que un cliente adquiere un bien que resulta no ser auténtico u original, sino más bien una copia ilegal. Cuando la víctima toma conciencia acerca de la estafa que ha sufrido, suele aparecer una conducta habitual por la cual no quiere desprenderse de la misma para, acto seguido, intentar «colocar» la obra a otra persona inocente y sin conocimiento de lo ilícito.

En otro caso, si los estafados ponen en conocimiento de las autoridades judiciales el hecho delictivo, se producirán las siguientes consecuencias[18]:

- La obra queda intervenida en depósitos judiciales para su posterior peritación por especialistas que avalen que la obra es falsa.
- Por la acción anterior, la víctima sufrirá un perjuicio económico al perder la obra de arte que, posteriormente, podrá reclamar por la vía judicial a los autores de la estafa (si son localizados y detenidos).

---

experto del mundo del arte y comisario del Museo Kunsthaus de Zúrich (Suiza), *Oliver Wick*, de cuadros firmados por el pintor estadounidense *Mark Rothko*, aportando incluso el visto bueno del hijo del pintor, Christopher Rothko, algo que cuestiona el propio hijo pero que forma parte de la leyenda de verdades y mentiras que caracteriza este mundo.

14. Ampliamente, Fuentes Camacho, V.: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales.* Madrid: Beramar, 1993, pp. 28 y ss.
15. Como indica Arnau, Frank, *El arte...*, op. cit., p. 19, el lucro es el aliciente decisivo para la falsificación.
16. Muñoz Conde, F.: «El tráfico ilegal de obras de arte», en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago: Universidade de Santiago de Compostela, 1993, p. 418.
17. Arnau, F., *El arte...*, op. cit., pp. 20-27 y 36.
18. Información obtenida de la «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.

- La vía judicial puede alargarse en el tiempo hasta que, al fin, se pueda conseguir la indemnización.

Por otro lado, existe el perjuicio consecuente hacia el autor de la obra de arte original o titulares de los derechos sobre esta (en el caso de que el autor ya se encuentre fallecido). Las consecuencias producidas serían las siguientes[19]:

- Se produce una sensación de inseguridad y, por tanto, desconfianza por parte del mercado legal hacia las obras de este autor en el caso de que se extienda el rumor de la existencia de obras suyas falsificadas.
- Esto provoca que existan menos clientes interesados en adquirir obras de este autor concreto y, por tanto, la tasación y valor de las obras decrecen.
- También cabe la posibilidad de que se introduzca la obra falsificada de un autor concreto en el mercado por un precio menor a lo estipulado. Este hecho disminuye el precio de mercado sobre este autor, perdiendo valor sus obras.

Con lo cual, la circulación de falsificaciones en el mercado legal del arte provoca un perjuicio serio sobre los clientes y sobre los artistas, generando desconfianza e inseguridad en el sector.

Nos encontramos, además, ante un mercado caprichoso e impredecible[20], especialmente en las últimas décadas, caracterizadas por la codicia del arte; las inversiones en este ámbito han sido cuantiosísimas. Los millonarios coleccionistas se afanan en recolectar grandes piezas de arte al precio y con los medios que fueran necesarios, lo que ha motivado, por un lado, el aumento del expolio y contrabando de los objetos saqueados y, por otro lado, el incremento de las falsificaciones. Así se comprende el negocio que rodea muchas transacciones encubiertas. Es decir, si las obras de arte alcanzan cifras muy elevadas en las subastas –que en ocasiones actúan sin ningún género de escrúpulos–, estas sumas atraen a los falsificadores, pero a pesar de que éstos sean una maldición para el mundo del arte no se toman excesivas molestias para desenmascarar su actividad. Las casas de subastas guardan silencio porque temen por su negocio. Los museos, porque tienen miedo a perder sus piezas más preciadas tras una prueba de autenticidad. Y los grandes expertos guardan también silencio, temerosos de la vergüenza de quedar desacreditados[21].

No es de extrañar, en consecuencia, la recurrente preocupación Internacional[22]

19. *Ibidem*.
20. Flescher, S.: *El experto frente al objeto*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 131: *«Un cuadro de La masacre de los inocentes (1611-1612) languidecía en un monasterio austríaco como obra de Jan van den Hoecke, seguidor de Rubens, pero cuando recientemente se reatribuyó a Rubens, se vendió en una subasta por 76 millones de dólares»*.
21. Schulz, M.: «El timo de las esculturas clásicas», en *XL Semanal*, 29 de junio de 2014, pp. 48-52.
22. Entre las CONCLUSIONES que arrojó el 8.º Coloquio Internacional sobre Robo y Tráfico Ilícito de Obras de Arte, Antigüedades y Bienes Culturales, celebrado en Lyon (Francia), del 18 al 20 de octubre de 2011 se recomienda a los países miembros: «*6) que comuniquen sistemáticamente la información pertinente sobre robos, falsificaciones e imitaciones de obras de arte*

por el alarmante fenómeno. Interpol[23] alerta como tercera fuente de criminalidad organizada[24] después del tráfico de drogas y de armas, el tráfico ilícito de obras culturales, moviendo esta actividad aproximadamente 12 mil millones de euros al año.

3. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO MATERIAL DE LAS POSIBLES CONDUCTAS TÍPICAS. FALTA DE CONSENSO SOBRE EL CONCEPTO DE «ORIGINALIDAD»

El primer problema al que nos enfrentamos tanto en el mercado del arte como en el Derecho en general y el Derecho penal en particular cuando abordamos este tema, es la falta de consenso sobre los requisitos que deben concurrir para afirmar que una obra de arte es original y para constatar la autoría de un determinado artista. Esta falta de consenso viene provocada o agravada en muchas ocasiones por el interés crematístico de algunos agentes del mercado del arte que se esfuerzan en mantener la confusión sobre estos términos para fomentar la venta de obras mal atribuidas, de reproducciones que se hacen pasar por obras de arte, de obras atribuidas a un solo autor cuando en realidad la han realizado varios, etc. Ello facilita la falsificación y el fraude, al mismo tiempo que dificulta la persecución por parte de los tribunales de las falsificaciones de obras de arte y de las reproducciones ilícitas[25].

3.1. CONCEPTO DE «OBRA DE ARTE»

Para comenzar, es controvertido el concepto de obra de arte en sí: nadie discutirá que *Las Meninas* de Velázquez o *Los fusilamientos del dos de mayo*, de Goya lo son pero ¿lo es también, como acertadamente se pregunta Muñoz Conde[26] la última pintura de un artista vanguardista? En la medida en que no hay que restringirlo a los bienes inventariados o de interés cultural[27] pues

---

a la Secretaría General de INTERPOL, para que esta la registre en sus bases de datos y la analice con fines policiales»; y se recomienda a la Secretaría General *«1) que siga estudiando medidas concretas para luchar contra la falsificación de obras de arte y bienes culturales, como por ejemplo la organización de una conferencia sobre este asunto»*.

23. Vid., *http://www.interpol.int/es/Criminalidad/Obras-de-arte/Obras-de-arte.* Igualmente, Bisquert Cebrián. C., «Interpol y su trabajo en relación con la protección del patrimonio», pp. 93-98. *http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/lcti/capitulos/LCTI_8_Interpol.pdf.* Sobre el tráfico ilícito posterior a la falsificación, vid., Fuentes Camacho, V., *El tráfico ilícito internacional*, op. cit., pp. 26 y ss.
24. Dados los cuantiosos beneficios que reporta este tráfico ilícito. Vid., Lluent, J.: *Expolio y fraude en el arte*, 2.ªed., Asturias: Ediciones Trea, 2013, p. 47.
25. Ampliamente, Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación, en la obra común anterior», en Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.) *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013, pp. 13-15.
26. Muñoz Conde, F.:, «El tráfico ilegal de obras de arte»..., op. cit., p. 403.
27. En efecto, no es necesario que los tipos penales se integren con las categorías de protección

como dice la CE «cualquiera que sea su régimen jurídico o titularidad» se trata de un problema de interpretación a resolver caso por caso lo que conlleva la correspondiente inseguridad jurídica. Ello deja discrecionalidad al juez, que deberá interpretar restrictivamente esta cuestión al igual que cuando se enfrenta a la aplicación de cualquier tipo agravado. En otros términos[28], la definición jurídica de obra de arte aunque sea una tautología, es entender que la obra de arte es un objeto material original creado por un artista que los expertos en arte consideran como una obra de arte, destacándose así la relación del concepto de obra con los de autoría, creación y originalidad, sin olvidar la relevancia económica que siempre debe existir para el propietario de dicha obra de arte. De tal modo que aunando estos tres conceptos necesarios, obra es la creación original con trascendencia económica producto del intelecto donde el autor plasma su personalidad de tal forma que la hace única.

3.2. DIVERSIDAD DE CATEGORÍAS DE OBRAS DE ARTE. SUPUESTOS CONCRETOS

Otra dificultad para determinar el concepto de «obra de arte» es la diversidad de bienes que se incluyen en esta categoría: El art. 10 LPI alude a obras *artísticas*, *científicas* y *literarias*. Dejando a un lado las *científicas* y *literarias*, pues no se corres-

previstas en la LPHE. Esta discusión teórica fue zanjada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/1998, de 17 de septiembre (RTC 1998, 181), afirmando que el principio de legalidad penal no se veía afectado por el hecho de que los bienes de cuyo daño o alteración se tratara no hubieran sido objeto de una específica declaración protectora. Precisamente, y como consecuencia de la doctrina emanada en la mencionada sentencia, la existencia en las leyes autonómicas de otras categorías de protección distintas de las previstas en la legislación del Estado, pone de relieve la relevancia, desde el punto de vista penal, de la tipificación penal construida sobre la expresión «bienes de interés», que permite la inclusión en los tipos penales de bienes históricos o culturales declarados de conformidad a las leyes autonómicas, que, en este sentido, otorgarían (con la ventaja añadida de la ganancia que supone el principio de seguridad jurídica) una protección penal a bienes no declarados según la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, pero que sí lo han sido según las leyes autonómicas.
Los bienes objeto de protección se individualizan, en definitiva, por su valor social, bastando con que tengan signos externos que permitan reconocer su trascendencia o relevancia, desempeñando la LPHE y la normativa autonómica y la normativa internacional sobre la materia únicamente una función indiciaria. Vid., al respecto, mi trabajo «De los delitos sobre el patrimonio histórico», en Álvarez García, F. (Dir.): *Derecho Penal español. Parte especial II,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 993-1030. E igualmente, mi trabajo, Álvarez García, F. (Coautor): «La protección penal del patrimonio cultural en la Constitución española (presupuestos constitucionales a la protección penal del patrimonio histórico», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 35, 1/2012, pp. 35-65. Sobre el bien jurídico protegido en estos delitos, también, Fernández Albor, A.: «El patrimonio artístico y su protección penal», en Homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 702.

28. En palabras de Peñuelas y Reixach, Ll., «Autoría y originalidad...», op. cit., pp. 18, 21 y 22.

ponde con el objeto de esta investigación, se incluirían dentro de aquéllas: *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 cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas. h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía.* No obstante, a efectos de falsificación nos limitaremos fundamentalmente a las letras e) y h). Dentro, por tanto, de estos dos últimos grupos, se contemplan obras tan diferentes como la obra seriada, obras fotográficas, óleos, esculturas, grabados, tapices, etc.[29]. Debe tenerse en cuenta además que se incluyen en el concepto de «obra» las *derivadas* (algunas de ellas también relacionadas con la *obra de arte*, si bien con menos trascendencia a efectos de la posible falsificación): traducciones, adaptaciones, revisiones, arreglos musicales (art. 11 LPI), incluso las colecciones o las antologías y, en general, las transformaciones del original[30], introducidas en el art. 12 LPI, en virtud de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho Español 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. En estos casos, la catalogación como «obra» es *sui generis* en la medida en que concurre un menor elemento de originalidad.

3.2.1. Obra seriada

Centrándonos, pues, en las obras de arte, en concreto, en las obras seriadas se exigirá para considerarse original, además de la firma del autor[31] y de todos los requisitos anteriormente expuestos, la edición total y el número de serie de la obra. Las obras que no cumplan estas condiciones[32] deben considerarse reproducciones[33]. En ellas, el *autor* será el que ha creado y ejecutado una obra incluyendo la aceptación del resultado final, exigiéndose además que la obra pertenezca a una edición limitada. Consecuentemente, en este tipo de obras la originalidad implica que el autor haya creado y ejecutado la obra reflejando de forma novedosa su personalidad *en la edición limitada* de la que ésta forma parte[34].

29. Vid., ampliamente Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad», op. cit., pp. 14-15.
30. En este sentido SAP Zaragoza, sección 3.ª, 548/2000, de 26 de diciembre.
31. Conforme al art. 6 de la LPI, «Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique».
32. Según el Print Council of America, «*What is an original print?*», Nueva York: Print *Council* of America, 1961, p. 29.
33. Sobre el concepto de obra gráfica seriable y/o reproducible, y sobre cuándo comienza a considerarse el concepto de copia como algo peyorativo, vid., Mínguez García, H.: «Copia *versus* original-múltiple. Una relación dialógica en el arte gráfico reproducible», en *Arte, Individuo y Sociedad,* n.º 25 (1), 2013, pp. 77-93.
34. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad», op. cit., pp. 56-57.

3.2.2. Obra fotográfica

A efectos de su trascendencia penal hay que distinguir entre obra fotográfica[35] y mera fotografía[36], de tal forma que el hecho, relativamente frecuente, de estampar en camisetas para su posterior venta, una fotografía realizada por un fotógrafo profesional sin la autorización del mismo, no constituye obra fotográfica, sobre la base del siguiente argumento: la distinta naturaleza legal adjudicada a la obra fotográfica y a la fotografía (ubicadas sistemáticamente en diferentes preceptos y títulos de la LPI) en la medida en que las primeras son verdaderas obras del ingenio sobre las que recae el derecho de autor en sentido estricto mientras las segundas constituyen «meras» fotografías, cuya realización supone una simple actividad mecánica, pero no una auténtica creación intelectual, lo que impide que la protección penal derivada de aquellas disposiciones, se extienda a la segunda clase de las mismas ni a sus respectivos derechos, ya que no son legalmente concebidas como obras del ingenio. Mientras que en la obra se trata de dar forma a las representaciones espirituales del autor, la fotografía consiste en gran medida, en la reproducción de algo previamente existente en la realidad circundante con la ayuda de medios técnicos. Tampoco el criterio de la profesionalidad es adecuado (es decir, no es una pauta válida que se trate de un fotógrafo, cuyo medio de vida es la realización de fotografías poseyendo un equipo especializado para ello) ya que supondría otorgar protección penal a cualquier fotógrafo, abstracción hecha de su aspecto creativo[37].

35. Art. 10.1 LPI: «*1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía*».

36. Artículo 128 LPI: «*De las meras fotografías:*
Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.
Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción».

37. Este problema de delimitación entre obra fotográfica y fotografía a efectos penales se planteó en la sentencia del juzgado n.º 3 de Pamplona, de 24 de junio de 1999 en la que se condenó por un delito contra los derechos de propiedad intelectual al que estampó en camisetas para su posterior venta una fotografía del encierro de las fiestas de San Fermín realizada por un fotógrafo profesional, sin contar con la autorización del mismo. Sin embargo, la SAP Navarra, 3.ª, 96/2000, de 14 de julio, revoca la sentencia recurrida absolviendo al autor de los hechos, precisamente con el argumento señalado en el texto, a saber, la fotografía recoge una estampa de un encierro, mediante la cual el autor consigue transmitir a quien la observe toda la tensión y el peligro que aquél entraña; pero a los efectos jurídico-penales, no puede ser reputada como una obra fotográfica. Ello no significa que el autor de la fotografía no goce de protección respecto a los derechos de explotación y distribución de aquélla, pero ello ha de realizarse en un cauce procesal diferente. En el mismo sentido, AAP Barcelona, 7.ª, 292/2006, de 27 de marzo. En este supuesto, el autor se apropió de unas fotografías

3.2.3. Obra derivada

Como adelantábamos en un epígrafe anterior, el hecho de que se equiparen en el mismo nivel de protección las obras originales y las derivadas resta magnitud al concepto de originalidad[38], es decir, no será necesario un gran nivel de originalidad, bastará con algún elemento peculiar en la estructura o en el contenido, en la forma, etc., que permita diferencia una obra de otra[39].

3.3. AUTOR: CONCEPTO DE «CREACIÓN»

Como consecuencia de la definición anterior, «autor» es el que ha creado la obra intelectual y materialmente. *Materialmente* significa *realmente, enteramente*[40],

tomadas por él, del jugador del Fútbol Club Barcelona, Ronaldinho, las cuales había dejado en uno de los mostradores del club para que este jugador las firmara, para posteriormente explotarlas comercialmente haciendo postales de ellas y lucrándose por ello. Al no reunir la mera fotografía el requisito de originalidad, merecerá únicamente, en su caso, una protección civil.

38. E incluso, según el tipo de obra que analicemos, el grado de originalidad varía. Es más, en determinadas obras –aunque no sean propiamente objeto de este trabajo, pero es conveniente citarlas a efectos de delimitación del objeto material–, no resulta fácil diferenciar el plagio de la simple influencia o de la falta de originalidad. Vid., sobre esta difícil delimitación: SAP Madrid, 23.ª, 58/2003, de 4 de junio. Pensemos especialmente en trabajos científicos; en estos casos una línea de defensa apoyada en la jurisprudencia es la de apelar a lo que en el momento se considera «estado actual de la doctrina o de la ciencia», es decir, si este conocimiento se encuentra en el acervo general no puede ser estimado de plagio (SAP Valencia, 1.ª, 88/2000, de 29 de marzo; STS 20 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1329); STS 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8286); STS 886/1997, de 17 de octubre (RJ 1997, 7468); STS 115/2003, de 26 de noviembre). Igualmente, AAP Barcelona, 10.ª, 15 de enero de 2001, (ARP 2001, 52): «la coincidencia de ideas temáticas entre obras literarias no revela, necesariamente, que unas sean plagio de las otras, pues esta coincidencia es normal cuando versa sobre temas o ideas que son patrimonio del acervo cultural de todos». Sobre el plagio de trabajos científicos, en concreto de tesis doctoral, vid., también, SAP Valencia, 9.ª, 13/2009, de 21 de enero. Y lo mismo ocurre con las obras históricas o geográficas, por lo que en estos casos la jurisprudencia hace una interpretación restrictiva de la conducta de *plagio*. Es decir, en estos supuestos, puede ser fácil llegar a resultados iguales producto del empleo de las mismas fuentes de investigación. En la SAP Toledo, 1.ª, 29/1999, de 4 de junio, se absuelve debido a la interpretación restrictiva del concepto de *plagio* en este ámbito, en la medida en que gran parte de las concordancias entre la obra presuntamente plagiada y la presuntamente plagiadora pueden provenir de la identidad del objeto de estudio y del método empleado. En segundo lugar, la identidad es apreciable por las mismas fuentes históricas utilizadas relacionadas con el románico en Guadalajara. Y en tercer lugar, multitud de parajes analizados constituyen circunstancias objetivas observables por cualquier persona. Todo ello lleva a concluir que las coincidencias no han sido intencionales y, como es sabido, la conducta de plagio es únicamente dolosa.
39. Vid., ampliamente, Carrasco Andrino, M.: «Propiedad intelectual», en Francisco Javier García –Dir.–, *Derecho penal español. Parte especial II*, Valencia: Tiran lo Blanch, 2011, p. 469.
40. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. *http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=materialmente*

lo que *a priori* implica, a su vez, que la ejecución la realice él personalmente. Evidentemente, cuando el autor ejecuta la obra completamente no hay dudas sobre la autoría. El problema se produce cuando el autor que ha creado intelectualmente la obra la ejecuta sólo parcialmente o incluso únicamente determina cómo ha de ser ejecutada por otros. Es decir, sobre lo que no hay consenso[41] en el mundo del arte es el grado de supervisión y dirección de la ejecución que se requiere para considerar a un artista como autor de la obra, esto es, si basta con dar las pautas ejecutándolas otros por completo, si el autor de la idea tiene que dirigir personalmente su ejecución hasta la finalización de la obra o si tiene que aceptar además el resultado final del proceso de ejecución.

Tampoco arroja mucha más luz al respecto la normativa sobre los derechos de autor. En efecto, se considera *autor* según el art. 5.1 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, «a la persona natural que *crea* alguna obra literaria, artística o científica». Sin que se especifique qué significa «crear» a estos efectos. Por su parte, el art. 10 LPI protege las *creaciones originales* [42] y [43], pero deja igualmente abierta la puerta sobre si *crear* incluye o no la ejecución para atribuir la autoría de una obra. Una mayor concreción se deduce del Reglamento de 3 de septiembre de 1880 que desarrolla la LPI de 10 de enero de 1879 al definir el autor[44] como el que «crea y ejecuta». En la medida en que este texto permanece vigente en todo aquello que no se oponga a la actual LPI conforme a la disposición transitoria séptima[45], y que no se ha visto afectada tampoco por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,

41. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad...», op. cit., pp. 25 y ss.
42. Art. 10: *Obras y títulos originales. «1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (...)»*. Cfr., asimismo, la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (vigente hasta el 5 de mayo de 2015. A partir de entonces, entra en vigor la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, pero sin modificar el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1996).
43. Por otro lado, tenemos la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de seguimiento o participación en beneficio del autor de una obra de arte original, que es la norma europea que la Ley 3/2008 adapta a nuestro ordenamiento Jurídico. Así, dice que: 1. «*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por obras de arte originales las obras de arte gráficas o plásticas tales como 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*».
44. Artículo 2 del Reglamento de 3 de septiembre de 1880: «*Se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica ó literaria, ó crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales*».
45. Disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: «El Reglamento de 3 de septiembre de 1880 para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre

puede servir de pauta para interpretar el concepto de *autor*. Así pues, será autor el que crea y ejecuta materialmente[46] la obra con lo cual estamos en el mismo punto en el que empezamos: no hay duda sobre el hecho de que la creación seguida de la ejecución personal determina la autoría. Pero queda por concretar si ha de ejecutarla total o basta parcialmente, si es suficiente con la supervisión final con total ausencia de ejecución, etc. Para ello habrá que averiguar quién es el que plasma la personalidad de la obra de forma que la hace única y diferente a las demás. Desde esta perspectiva, si un autor crea intelectualmente una obra y la ejecuta hasta su finalización pero con la colaboración de otras personas (lo que es habitual en la mayoría de la ejecución de las esculturas de piedra en la que el ayudante transfería el modelo del maestro al mármol[47]), seguirá siendo únicamente autor el creador intelectual siempre que el discípulo no refleje su idea y personalidad sino que simplemente ejecute siguiendo unas directrices concretas. Por el contrario, si alguno de los colaboradores o discípulos tiene la suficiente autonomía como para reflejar su personalidad de forma novedosa en el momento de la ejecución, podrá considerársele coautor del derecho de propiedad intelectual si el colaborador es insustituible en el proceso de ejecución.

La cuestión se complica según el tipo de obra que se analice. En efecto, la LPI distingue tres supuestos de intervención de varias personas en la creación de una obra: la obra en colaboración, la obra colectiva y la obra compuesta. En primer lugar, no se define lo que es obra en colaboración[48]. Tampoco adelanta ningún criterio definitivo sobre la cuestión planteada la definición de obra colectiva[49] y

---

Propiedad Intelectual y demás normas reglamentarias en materia de propiedad intelectual continuará en vigor, siempre que no se oponga a lo establecido en la presente Ley».

46. Ampliamente Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad...», op. cit., pp. 31-32. El mismo autor, «Casos problemáticos de autoría y originalidad de obras de arte» en Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad...», op. cit., pp. 60-64.

47. Y no sólo en las esculturas de piedra. Rubens, por ejemplo, es el paradigma de esta simbiosis de imposible delimitación donde las líneas de separación: obra del maestro-obra del discípulo están completamente desdibujadas. Vid., ampliamente, Arnau, F.: *El arte de falsificar el arte*, op. cit., pp. 81-82.

48. Art. 7 LPI: *Obra en colaboración*
«1. Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos.
2. Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá.
Una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó.
3. 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.
4. Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta Ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes».

49. En cuanto a la obra colectiva, el art. 8 LPI determina que es 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*

de obra compuesta[50] aunque queda claro[51] que tanto en el ámbito de las obras colectivas como en el de las obras en colaboración es necesario que la aportación de cada autor al resultado final tenga entidad suficiente para mostrarse como piezas necesarias y, en algún sentido equiparables, por su carácter decisivo, en el conjunto para que no puedan confundirse con meras colaboraciones o actos de ejecución del proyecto.

En consecuencia, para que una persona pueda considerarse autor de una obra es necesario que haya sido su creador, conforme al art. 5 LPI[52]. A su vez, es necesario que esa creación sea original, tal y como exige el art. 10 LPI[53]. Y finalmente para completar este criterio de autoría ha de intervenir igualmente en la ejecución bien haciéndolo él personalmente en todo o en parte o bien dando órdenes concretas de ejecución supervisando el resultado final de la obra. En definitiva[54], cada uno de los autores que interviene en una obra en colaboración (la ejecuten personalmente o no) han de aportar una creación original al conjunto, sea esa aportación separable o inseparable del todo. Una aportación que careciera de esa originalidad no merecería la protección de la normativa sobre Propiedad Intelectual, con lo que no se podría considerar que esas aportaciones forman parte de una obra en colaboración[55]. En este caso, el reconocimiento de la autoría

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».

50. Se define la obra compuesta, según el art. 9 de la citada ley como *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».*
51. Cfr., STS 738/2000, de 11 de julio.
52. Art. 5 LPI: «*Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica».*
53. Art. 10 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».*
54. STS 738/2000, de 11 de julio.
55. Este supuesto se planteó en la SAP de Islas Baleares, 5.ª, 24/2008, de 22 enero, donde se confirmó la inexistencia de coautoría (tal como se había declarado en la Sentencia 429/03, de 31 de junio de 2006, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Manacor), en relación con los derechos de autor, del ceramista que hizo un mero preparado de arcilla y cocción en la obra del pintor Barceló, donde solicitaba que se declarase que las aproximadamente más de trescientas obras cerámicas creadas en el tejar de *Can Macarra*, y debidamente catalogadas en el «Fons Documental Barceló» de Artá, pertenecían conjuntamente a ambos artistas por el sólo hecho de su creación conjunta, dado que era imposible descifrar, en su opinión, dónde comienza y dónde acaba la creatividad, el talento, el ingenio, la inspiración, etc., de cada uno de los artistas; por lo que consideró que se trataba de una situación prevista en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual donde se incluye las obras resultado de la colaboración de varios autores. En la sentencia se declara que en las cerámicas se plasma formalmente el genio y personalidad original (creación intelectual) de Barceló, de modo que la cerámica es un paso más en su línea evolutiva, que parte de la pintura y escultura y en la que se aprecian los rasgos esenciales de su obra (naturalezas muertas, paso del tiempo, muerte, alimentos, frutas, peces, animales, etc.) no mostrando el ceramista los rasgos característicos antes descritos; por lo que

de cada una de las partes exigiría que cada uno de ellos hubiera aportado una creación original al conjunto.

Desde esta perspectiva, debe considerarse distintivo de la obra en colaboración (que es la que plantea más problemas de identificación de los verdaderos autores *versus* los distintos colaboradores) la creación de la obra en común en un plano relativo de igualdad, sin jerarquía o subordinación alguna, y tanto lo serían si las aportaciones se hallan integradas o fuesen diferenciables. En cuanto a la obra colectiva, se caracteriza por los siguientes presupuestos: iniciativa y coordinación de los trabajos de los distintos autores que se funden en una creación única y autónoma e imposibilidad de atribuir separadamente a cualquiera de los autores su derecho sobre el conjunto. En el ámbito de ambos tipos de obras deben ser objeto de especial examen dos aspectos relevantes: A) si en la intervención material del colaborador en la fase ejecutiva, se aprecia su influencia, es decir, si se aprecian rasgos de su actividad artística. B) Si el autor de la idea creativa asume una situación de dirección y control sobre la labor efectuada por el colaborador, de forma que la obra sea el resultado de una «simbiosis artística» entre los dos autores.

En resumen: si el artista no controla la ejecución no es autor[56] y si el colaborador no plasma su creatividad intelectual sino que interviene en la ejecución de una manera mecánica, por mucho que requiera una gran pericia técnica, no es coautor.

A pesar que conforme al criterio aquí mantenido puedan resolverse casi todos los supuestos de autoría de una obra, un caso que suscitó dudas en la historia continúa sin ser fácil concluido: tras la muerte de Stradivarius[57] sus hijos encontraron unos violines en el taller que el maestro no había terminado. Cuando terminaron los instrumentos pusieron en la etiqueta: Antonio Stradivarius, por tanto, *a priori* podríamos decir, parcialmente son auténticos y parcialmente son falsos. Es decir, si el maestro Stradivarius no pudo controlar la ejecución final no puede considerársele autor,

---

el alfarero no es coautor, sino que se limitó a fabricar ollas, «greixoneres», platos, vasijas, etc., por orden de Barceló, sobre las que éste «plasmaba su imaginación dando forma a la idea que previamente había concebido» y tenía el control y dirección de la ejecución. En definitiva, el ceramista realizó un trabajo mecánico de torno y de cocción, aunque sin ponerse en duda que el trabajo exigía una gran pericia técnica, pero el moldeado definitivo y aplicación de la pintura es exclusivo del pintor Barceló, en la medida en que lleva su impronta y personalidad artística en la fase de ejecución y, en consecuencia, la actuación del alfarero se trataría de colaboración o de actos de ejecución de un proyecto de Barceló. Cfr., asimismo, SAP Madrid, 11.ª, 188/2006, de 12 de mayo; SAP Barcelona, 15.ª, de 10 de marzo de 2000 [AC 2000, 325]: afirmando que concurre la originalidad de una obra únicamente cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el consumidor.

56. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Casos problemáticos», op. cit., p. 64.
57. Sobre esta anécdota, Arnau, F.: *El arte...*, op. cit., p. 343.

como tampoco a los hijos porque no plasmaron en los violines su creatividad intelectual. Serán Stradivarius si lo que adicionaron los hijos a esos violines son meras piezas accesorias ensambladas de forma mecánica, que no variaran la sustancia ni identidad del instrumento, cuestión cuya determinación se reduce a un problema probatorio.

3.4. ORIGINALIDAD

Todo ello nos lleva a analizar el último requisito para que una obra sea considerada como tal: ***la originalidad***.

En el art. 10 LPI se protege la obra en tanto que creación original pero sin definir qué debe entenderse por tal. La Jurisprudencia[58] suele concretar el concepto de originalidad conforme a dos criterios: uno *objetivo* y otro *subjetivo*. Conforme al criterio *objetivo*, se exige un cierto grado de novedad, es decir, crear algo nuevo, que no existía anteriormente, o que constituya una novedad objetiva frente a cualquier otra obra preexistente: esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. De acuerdo con el criterio *subjetivo*, se requiere que la obra sea el resultado del esfuerzo o creación intelectual donde el autor plasme su personalidad[59]. Conforme a este último parámetro, para la protección en concepto de propiedad intelectual no es suficiente que una obra haya sido producida o publicada, sino que debe «ser hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre, con exclusión de lo que por su naturaleza, uso o costumbre está fuera del derecho de una persona y es del dominio de todos»[60], es decir, cuando la personalidad reflejada del autor es debida al esfuerzo creativo de aquel a quien se atribuye.

En definitiva, aunando estos dos criterios, la creación debe ser original en un doble sentido: obra primigenia y ha de ser el resultado de un esfuerzo intelectual propio[61].

Finalmente, para que pueda protegerse esta obra por la vía civil o penal, debe estar materializada en un soporte tangible o intangible. Y más aún; debe estar plasmada en un soporte concreto, con una técnica específica, en un formato determinado y, según qué tipo de obras, también con un argumento o desarrollo

58. Vid., entre otras, STS 563/1995, de 7 junio (RJ 1995, 4628); STS 309/2010, de 30 julio; STS 214/2011, de 5 abril (RJ 2011, 3146); STS 542/2004, de 24 de junio.
59. Este acento sobre «la personalidad de la obra» data aproximadamente del Renacimiento donde el deseo de originalidad venció al principio anterior basado en la imitación de los grandes modelos. Así Leonardo da Vinci destacaba que el carácter de singularidad de la pintura es lo que la elevaba por encima de las ciencias que se hallaban difundidas por doquier. Despreciaba la imitación como algo propio de personas necias: *stultum imitatorum pecus*. Ampliamente sobre este origen, Arnau, F.: *El arte...*, op. cit., pp. 41-42.
60. STS 563/1995, de 7 junio.
61. Por eso, la S Juzgado de lo penal n.º 1 de San Sebastián de 4 de marzo de 2004 determinó que no es punible la copia de una escultura romana, que es a su vez plagiada por terceros con fines comerciales.

propio. Aunque para la protección jurídica no es necesario la inscripción registral[62], para resolver los problemas probatorios suele atenderse principalmente a la existencia o no de la previa inscripción de la obra presuntamente plagiada en uno de los registros públicos de la propiedad intelectual existentes[63], y al resultado de las pruebas periciales[64], que determinan la existencia o no tanto de la originalidad de la misma como de la identidad esencial entre las creaciones.

4. LA FALSIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE

Una vez delimitado el objeto material de las hipotéticas conductas típicas, plantearemos las posibles respuestas jurídico-penales a los diversos modos de manipular una obra de arte o su autor.

4.1. FALSIFICACIÓN EN LA PRIMERA FASE: FALSIFICACIÓN DE LA OBRA. DISTINCIÓN ENTRE LOS DIVERSOS TIPOS DE FALSIFICACIONES

4.1.1. Aproximación al concepto de obra falsa. Delimitación de otros conceptos afines

Definida ya la obra en un epígrafe anterior (cfr., *supra*), aun asumiendo la dificultad de su concreción por la falta de consenso sobre la autoría y originalidad de las obras de arte[65], y asumiendo igualmente las dificultades de detección de la falsedad, debido, entre otras cuestiones, a la profesionalización de los falsificadores[66], obra *falsa* será lo contrario de *auténtica*, esto es aquella que aparenta lo que no es con la intención de engañar a un tercero.

Aunque la frontera entre la obra auténtica y la falsa esté en ocasiones muy diluida, es muy importante la delimitación por varias razones. Las copias provocan nuestro rechazo porque carecen de ese carácter único y valioso que define al trabajo original. La falsificación, incluso aunque sea bella, como objeto considerado aisladamente interfiere en la función del arte como expresión sincera del mundo

62. Vid., Circular FGE 2/1989, de 20 de abril, sobre algunos aspectos de la formulación típica en el delito contra la propiedad intelectual tras la LO 6/1987, de 11 de noviembre.
63. Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en Carmen Lamarca –coord.–, *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, pp. 420-421.
64. Cfr., Circular FGE 2/1989, de 20 de abril.
65. No debe olvidarse que no se trata sólo de distinguir lo auténtico de lo falso sino de determinar numerosas formas mixtas: concretar la cooperación de ayudantes o discípulos, la modificación que sufren con el tiempo algunas obras, como las esculturas sin que implique falsificación, por lo tanto la frontera entre lo falso y lo auténtico, como se ha tratado de poner de manifiesto en el epígrafe anterior, se hace insegura, desdibujada.
66. Sobre este tema, vid., ampliamente, Peñuelas y Reixach, Ll.: «Las obras de arte falsas», en Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.), *Autoría...*, op. cit., pp. 106 y ss.

que tiene el autor, introduciendo un elemento de fraude y de engaño[67]. Se trata, en definitiva, de una obra de arte ejecutada con la intención de inducir a error, de hacerla pasar como creación de una mano diferente. En consecuencia, una copia no tiene por qué ser una falsificación, como tampoco una pintura o un objeto (o una interpretación artística, como hemos visto) ejecutados en un estilo ajeno[68]. Lo importante es la intención que acompaña a esa ejecución. Además de que la copia carece de la originalidad y carácter único de la obra primigenia, por muy fiel que sea, no conserva el valor estético precisamente porque, independientemente de su coste de producción[69] –que a veces, puede llegar a ser el mismo que la obra original– es diferente el precio de mercado de ambas obras (la original y la copia) derivado del nombre de su autor. Todo ello indica que la experiencia del arte y, por tanto, de la falsificación es subjetiva y esa experiencia subjetiva está condicionada, entre otras cosas, por el interés pecuniario de la obra y las posibilidades de la misma en el mercado del arte[70]. De ahí que como dos caras de la misma moneda encontremos de nuevo los dos elementos esenciales de una obra falsa: el engaño y el ánimo de lucro. De modo que la obra falsa adquiere relevancia penal cuando implica un engaño porque significa hacerla pasar por lo que no es, independientemente de que el engaño reúna los requisitos típicos para constituir en su caso un delito de una estafa.

En otras palabras, las obras falsas son las que se producen con la intención de engañar al cliente haciéndole creer que está adquiriendo una obra de arte original y con el objetivo de lucrarse[71].

---

67. Mínguez, J.: «Arte, ostentación y fraude», en *Revista de Libros,* n.º 155, nov. 2009, p. 36.
68. *http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte*
69. Mínguez, Jorge, «Arte, ostentación...», op. cit., p. 36.
70. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad...», op. cit. p. 24.
71. Hay que distinguir, por tanto, la mera reproducción de un objeto original de las actividades que pretendan obtener un fin ilícito. El mismo concepto es expresado por la empresa tecnológica ACTIO, especializada en la *identificación, datación y catalogación* de obras de arte. Fue creada en 2009 en el ámbito de la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC) y declara lo siguiente: «*Se considera que una obra de arte es falsa cuando se tiene la intención de venderla como auténtica de un autor siendo de otro, con plena consciencia de ello. Copiar, pintar "a la manera de" o realizar un pastiche no es un delito y han sido formas de aprendizaje del artista en todas las épocas*», recuperado el día 9 de febrero de 2015 del sitio web: *http://www.actioarteyciencia.com/es/falsificacion.html.* Peñuelas Reixach, Ll.: «Las obras de arte falsas», p. 102, describe las obras falsas de la siguiente forma: «*Para calificar una obra de arte de falsa se deben dar dos requisitos. Uno de carácter físico u objetivo, que atañe a la naturaleza de la obra de arte como objeto físico. Otro, mental o subjetivo, que se refiere a la intención de la persona que realiza la afirmación sobre la creación de la obra*». Con respecto al requisito o elemento físico asegura que *«las obras falsas son obras u objetos en los que falta o no se cumple alguna de las características sobre el origen o la creación que se les atribuyen: no son obras de la autoría del artista al que se atribuyen; la fecha de realización no es la real; no pertenecen a una edición limitada, en el caso de obra seriada... Por estas razones, una obra falsa es siempre una obra que no es auténtica».* Sobre el requisito o elemento mental afirma que *«han de ser objetos u obras en la que esta discordancia (aquí el autor se refiere a objetos que no son lo que aparentan ser con respecto a su creación u origen) haya sido cons-*

Profundizando en este asunto, Dennis Dutton[72] define estas actividades ilícitas de la siguiente forma: «*Una falsificación se define como una obra de arte cuya historia de producción ha sido tergiversada por alguien (no necesariamente el artista) de cara a un público (posiblemente un comprador potencial de la obra), normalmente para obtener un beneficio económico*»[73]. Esta definición deja entrever que no tiene por qué ser el creador de la obra el que esté cometiendo el ilícito, sino que otros –que actúan como intermediarios– pueden ser perfectamente los que la introducen como falsificación en el mercado legal del arte. A esta cuestión nos referiremos en un momento posterior.

En el mundo del arte es preciso distinguir la *obra falsa*, anteriormente definida, de las *reproducciones no autorizadas,* que, si no van acompañadas de ningún otro requisito, suponen simplemente, como veremos posteriormente, una infracción civil relacionada con la vulneración de la ley de Propiedad Intelectual (derechos de autor). Por otro lado, igualmente en el ámbito del arte, la *obra falsa* suele distinguirse de la *falsificación* en sí en la medida en que esta última se identifica como las obras de arte falsas vendidas de manera fraudulenta como auténticas y, por tanto, con la intención de estafar al cliente. Se trata de «*obras hechas por terceros […] que imitan el estilo […] obras engañosas que, adornadas o no con su firma, se suelen vender utilizando su nombre* [74]».

Por su parte, *falsedad documental son los «documentos o inscripciones que algunas veces acompañan a las falsificaciones y copias no autorizadas»*[75].

Las definiciones anteriores engloban como obras falsas a todos los tipos de engaño mediante copias o imitaciones, utilizando los términos *obras falsas* o *falsificaciones* sin ninguna distinción entre ellas; sin embargo, son términos distintos.

Para una mejor comprensión, utilizaremos la analogía con la Grafística[76]. Para sus especialistas, un *cheque falso* es un documento que no se parece físicamente al formato original (no se ha utilizado un patrón o modelo original u oficial) mientras que un *cheque falsificado* es un documento cuyo formato es auténtico u original pero al que se le ha modificado parte de su contenido o información.

Si en el ámbito de la Grafística el uso de esta diferenciación en la terminología es importante aún lo es más en el mundo del arte, sobre todo si se pretenden

ciente afirmada o generada por una persona para engañar a terceros, normalmente con la intención de obtener un beneficio económico» (ibídem, pp. 101-102).

72. Denis Dutton fue profesor de filosofía en la Universidad de Christchurch (Nueva Zelanda) y se especializó en el mundo del arte y, concretamente, en la autenticidad de bienes culturales. Vid., Fox, Margalit. *The New York Times.* 31 de Diciembre de 2010. *http://www.nytimes.com/2011/01/01/arts/01dutton.html?_r=0*
73. *http://www.denisdutton.com/authenticity.htm.*
74. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Las obras de arte falsas...», op. cit., p. 257.
75. *Ibidem,* p. 257.
76. Disciplina forense contemplada dentro de la Criminalística que estudia y realiza el análisis pericial de cualquier tipo de documento o papel moneda.

analizar las consecuencias penales que tendrían cada una de las actuaciones ilícitas. De este modo, a nuestro entender serían mucho más útiles las siguientes distinciones:

- **Obra de arte falsa:** Una persona con dotes artísticas intenta imitar lo más fidedignamente posible la obra de otro autor de mayor prestigio con la intención de engañar al público con fines, normalmente, lucrativos. En estos casos, el creador de la copia se estaría enfrentando en la mayoría de las ocasiones a un delito de estafa[77] y a un delito –según los casos– contra la propiedad intelectual[78]. También se podría incurrir en un delito de falsedad documental[79] si se intenta vender la obra en el mercado mediante documentos o certificados falsos.
- **Obra de arte falsificada:** Obra de arte original en sus orígenes (según las definiciones anteriormente expuestas) que, tras un proceso denominado como «maquillaje» –utilizando documentación falsa u otros métodos–, se termina atribuyendo a otro autor con mayor prestigio con el fin de engañar al cliente y obtener, de esta manera, mayor beneficio económico. Ante estos casos, la práctica jurisprudencial demuestra que los autores del engaño[80] se estarían enfrentando a los delitos de estafa y de falsedad documental.
- **Reproducción sin el consentimiento del autor original:** En este caso se produce únicamente un delito contra la propiedad intelectual al no existir ánimo de engaño o estafa, es decir, «*no se oculta al hipotético comprador que se trata de una copia*»[81]. Cabe destacar que, en cuanto a la prescripción de los derechos de autor de cualquier obra de arte, entra en aplicación lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/96, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual[82], cuando dice en su artículo 26 que «*los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento*».

En otros términos, «*Puede que se engañe sobre la autoría y originalidad, pero también*

77. Arts. 248 y siguientes CP. Según el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil: *«en realidad no existe un tipo penal de falsificación de obras de arte, sino el de estafa...»*. Información obtenida el día 04 de mayo de 2015.
78. Arts. 270 y siguientes CP. En este caso, se entiende que se estaría vulnerando el derecho de explotación de la obra que viene recogido en los artículos 17-21 de la LPI.
79. Regulado en el art. 395 y siguientes del CP.
80. Los autores del engaño no tienen por qué coincidir con el autor original de la obra que, posteriormente, será falsificada mediante este procedimiento de «*maquillaje*». Suelen ser intermediarios que intentan timar al cliente final.
81. Entrevista con el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, el día 04 de mayo de 2015.
82. Como se comentó anteriormente, la ley 21/2014, de 4 de noviembre, modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril pero deja intacto el período de prescripción de los derechos de explotación del autor original de la obra.

cabe considerar falsas aquellas obras en la que se ha faltado a la verdad sobre la fecha o época de su realización, la escuela o la corriente artística o cultural en la que se inscribe, el número de ejemplares de la edición limitada a la que pertenece, en el caso de que sea una obra seriada sobre papel o de esculturas...» [83 y 84].

De lo que no cabe duda es de que en la inmensa mayoría de los casos las imitaciones intentan confundir o inducir al error del cliente en cuanto a la autoría de la obra de arte, debido a la semejanza física del bien cultural, del estilo utilizado o de la manera de trabajar del artista al que se atribuye la obra[85].

Tanto las obras falsas como las reproducciones suelen estar realizadas por verdaderos artistas con gran talento que realizan réplicas bastante parecidas a las reales (cfr., *infra,* donde analizamos algunos ejemplos). Cuando es detectada una actividad en este sentido, se necesita la ayuda de expertos de organismos publico/privados[86] para determinar si esa obra es o no original.

Tan extendida se encuentra la falsificación en el mundo del arte que, en ocasiones, instituciones privadas realizan exposiciones sobre obras falsas que se asemejan con una gran exactitud a las originales o auténticas[87].

En cuanto a la actividad que llevan a cabo los museos a la hora de adquirir obras auténticas y descartarlas de las falsas, nos parece interesante resaltar el pro-

83. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Las obras de arte falsas...», op. cit., p. 104. Igualmente, el mismo autor, vuelve a englobar los diferentes tipos de ilícitos de la siguiente forma: «*En muchos casos, lo hará manipulando directamente la obra. En otros, simplemente los datos y documentos relativos a su origen. Por ello, podríamos hablar, por un lado, de* ***obras en sí mismas falsas,*** *aquellas en las que el engaño se pretende conseguir mediante la alteración de la obra, como puede ser realizando en la misma una firma o anagrama de un artista que no corresponde al autor de la obra. Por otro lado, estarían las* ***obras falsas de forma indirecta,*** *aquellas que el error en la atribución de la autoría es conscientemente buscado mediante elementos que no forman parte de la obra, como pueden ser los documentos relativos a su procedencia o las afirmaciones verbales o escritas sobre su autoría»,* p. 105. Esta segunda opción (*obras falsas de forma indirecta*) parece encajar perfectamente en los que nosotros hemos denominado como *obras de arte falsificadas.*

84. En el mundo anglosajón se distingue más claramente esta diferenciación: por un lado, tenemos lo que los expertos denominan «*forged artworks»,* que es lo que nosotros hemos denominado como obras de arte falsas, mientras que también utilizan el término «*falsified artworks»* cuando quieren referirse a obras originales que han sido posteriormente falsificadas.

85. *Ibidem,* p. 106.

86. Se suele recurrir a expertos y técnicos de organismos oficiales como el Ministerio de Cultura (Dirección General de Bellas Artes), Consejerías de Cultura de las Comunidades Autónomas, fundaciones, etc.

87. «*El museo londinense Dulwich Picture Gallery ha desafiado a los amantes del arte a averiguar cuál de las pinturas situadas estratégicamente en la galería es la impostora. Un estudio chino ha creado una copia idéntica de un cuadro famoso junto a las obras auténticas de los grandes maestros de la pintura. La réplica ha costado 120 libras, unos 154 euros. La "falsificación" será colgada en la pared esta primavera, del 10 de febrero al 26 de julio, esperando a que algún visitante la descubra. Pasados tres meses, la galería revelará cuál ha sido el original reproducido». http://www.elboletin.com/contraportada/110424/arte-londres-pintura-falsiciacion-dulwich.html.*

cedimiento y los consejos que aportan los expertos del Museo Reina Sofía al respecto: «*Cuando una pintura llega al Reina Sofía, explica Juan Antonio Sáez restaurador del museo, el personal especializado estudia el estado en que se encuentra, se toman unas imágenes con distintos tipos de luces y si se tiene alguna sospecha se le hace una placa con rayos X, añade Francisco Lauren, fotógrafo del Reina. No es extraño encontrar una obra sobre papel pegado en un lienzo, señala Sáez, es otra forma de falsificar, suelen presentase con marco y en otros casos con cristal lo que dificulta aún más la identificación, es muy difícil descubrir la textura y en una primera impresión podemos pensar que estamos ante un óleo […]. Una de las claves para poder encontrar una buena obra es no buscar gangas y, sobre todo, informarse a través de un buen experto. En el caso de Sorolla, Alberto Sánchez o de Mompó las obras falsas están controladas ya que la familia está pendiente y cada vez que aparece una pieza de dudosa autoría avisan a la policía y se retira del mercado. En el propio museo Reina Sofía existe un almacén con depósitos judiciales que llegan para su estudio y allí permanecen hasta la celebración del juicio. Entre las obras más falsificadas destacan las de pequeño formato mientras que es escasa la manipulación de las de gran tamaño*»[88].

Como síntesis de este apartado, hemos comprobado que resulta imprescindible catalogar con mayor precisión normativa los diferentes intentos de engaño o falsificación en el mundo del arte para dar a cada uno de ellos la precisa respuesta penal.

4.1.2. Respuesta penal a la falsificación de obras en esta primera fase

4.1.2.1. Los delitos contra la propiedad intelectual

A. Falsificación «versus» plagio. El plagio inverso

Como es sabido, el plagio es la máxima agresión de los derechos de autor pues constituye la negación de la autoría de la obra. Consiste en atribuirse como propia una obra de otro. O lo que es lo mismo, copiar sustancialmente una obra ajena haciéndola pasar como propia. La conducta de plagiar está tipificada en el art. 270 CP[89]. Para que una conducta de plagio quede subsumida en este tipo penal, es necesaria en todo caso la difusión pública de la obra plagiada siendo atípica la

88. Vid., *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.

89. Art. 270 redactado conforme a la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo:
«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el 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 correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.
2. La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la 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 correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados orde-

atribución que se produce para exclusivo uso privado[90]. No olvidemos a este respecto que se trata de un tipo ubicado dentro del Título que lleva por rúbrica *de los delitos contra el orden socioeconómico*, por tanto, tiene que tratarse de conductas con trascendencia económica y con trascendencia ante la colectividad, es decir tiene que incidir sobre la explotación de la obra luego irá acompañado normalmente de la reproducción, distribución o comunicación pública[91].

nados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

3. En estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. 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.

Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.

4. En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas 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 artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

5. Serán castigados con las penas previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, 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, 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.

6. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años 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».

90. Cfr., Circular FGE 1/2006, de 5 de mayo (JUR 2006, 131459) sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la LO 15/2003.
91. Carrasco Andrino, M., «Propiedad intelectual», op. cit., p. 476.

Ello implica, además, que el plagio ha de realizarse con ánimo de lucro (tras la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, se determina concretamente «con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto») en perjuicio de tercero y sin autorización de sus titulares, por lo que necesariamente en su contenido deben resaltarse dos aspectos: la conciencia y voluntad de que se utiliza indebidamente la obra de otro, haciendo aparecer como autor a quien realmente no lo es, y la idoneidad de esa apropiación de titularidad para producir un perjuicio patrimonial.

Copiar sustancialmente implica que haya una identidad estructural y sustancial, la diferencia entre sustancial y accidental sólo puede resolverse a través de informes aportados por peritos, cuya labor se dificulta cuanto mayor es la calidad de la obra supuestamente plagiadora[92].

El plagio de más difícil apreciación es el de una obra plástica[93]. Sus modalidades son muy variadas comprendiendo desde la reproducción total o parcial de la obra de otro que se hace pasar por propia hasta la imitación o copia de las ideas o del estilo o forma de expresión de las mismas, técnica o estructura. Sin embargo en este ámbito de la obra pictórica lo habitual no es el plagio, en donde se finge la autoría, lo más frecuente, por el contrario, son las conductas inversas en las que el autor usurpa la condición del titular del derecho de propiedad intelectual (independientemente de que con esta conducta defraude posteriormente a un tercero, lo que implicará, en su caso, la aplicación del correspondiente delito por ello). Es decir, no se atenta contra la paternidad de la obra (porque uno no se atribuye lo que es de otros sino que inversamente atribuye a otro –al conocido– lo que es suyo) sino contra la identidad (contra el derecho al nombre[94]). Se trata, en fin, de una suplantación de identidad o personalidad, que constituye el denominado *plagio inverso*, producido generalmente cuando un autor poco conocido atribuye la versión propia de una obra al autor de la versión original, con el fin de aprovecharse del prestigio, fama y crédito de éste.

92. Dice el AAP Barcelona, 10.ª, 15 de enero de 2001, (ARP 2001, 52): «El plagio puede surgir de una comparación objetiva entre una obra supuestamente plagiada y una obra supuestamente plagiadora de la que resulten coincidencias desde el punto de vista de la identidad estructural y sustancial. No hay duda –continúa– que cuando se trata de copias serviles es fácil determinar la existencia de plagio, pero su apreciación es mucho más difícil cuando se trata de obras literarias, dificultad que se acrecienta en proporción directa a la calidad literaria del autor de la obra supuestamente plagiadora». En efecto, al derecho penal sólo puede corresponder la identidad sustancial, la diferencia entre lo esencial y lo accidental sólo puede resolverse con informes periciales. Cfr., asimismo, SAP Valencia, 9.ª, 60/2009, de 11 de marzo. Sobre la diferencia entre sustancial y accidental en el ámbito de planos constructivos de viviendas, vid., SAP Toledo, 2.ª, 71/2005, de 12 de mayo.
93. Por ejemplo, el propio pintor José Vela Zanetti no fue capaz de advertir la falsedad de una copia de uno de sus cuadros. Vid., SAP Madrid, 5.ª, 227/2001, de 5 de febrero.
94. Vid., ampliamente Carrasco Andrino, M.:, «De los delitos contra la propiedad Intelectual», op. cit., p. 478.

En otros términos[95], la persona que pinta un cuadro «a la manera de» Picasso descomponiendo las figuras, incluyendo en él la firma de este pintor, envejeciendo (o no) artificialmente el cuadro, será un falsificador pero no un plagiario. Si además lo vende como si fuera original de este pintor será un estafador, siempre que se pueda probar el engaño bastante que haya producido error con el correspondiente acto de disposición en perjuicio propio o de tercero por parte del adquirente de la obra creyendo que es auténtica. Por tanto, en casi todos estos supuestos la Jurisprudencia absuelve del delito de plagio[96], porque en puridad no

95. Cfr., Mestre Delgado, E.: «Delitos contra...», op. cit., pp. 420-421.

96. Por ejemplo, en la SAP Madrid, 5.ª, 227/2001, de 5 de febrero, se absuelve al acusado de un delito contra la propiedad intelectual anulando la sentencia del Juzgado de los Penal n.º 15 de Madrid, 85/2000, de 19 de mayo, por la venta de un cuadro de Vela Zanetti falso. El acusado lo había adquirido por un precio bajísimo y lo vende sin advertir que es una copia: en este caso, se declara la falsedad del cuadro decretándose su comiso pero se niega que haya plagio porque atribuir al artista lo no creado por el artista no es un delito contra la propiedad intelectual; igualmente, SAP Asturias, 8.ª, 7/2006, de 3 de febrero, siguiendo con el mismo argumento de que la falsificación de obras de arte no constituye plagio pues no se niega la autoría sino que se atribuye a su verdadero autor (independientemente de la sanción civil que pueda corresponder por ello). Se castiga por haber pagado mucho más de lo que realmente valían esas obras. Tampoco es reproducción ilícita porque no basta con la imitación del estilo, temática y/o firma habituales del autor, en definitiva, hay diferencias apreciables respecto al original: falta de firma y tamaño diferente, lo que impide apreciar el delito. En el mismo sentido, AAP Madrid, 23.ª, 895/2009, de 17 de julio: imitar el estilo podría ser constitutivo de estafa o falsedad pues se trata de un plagio inverso. Y, en todo caso, atacaría el «buen nombre» del artista, circunstancia que no constituye un bien jurídico protegido a través del citado tipo penal. Tampoco constituye plagio imitar dibujos específicos de Miró en unos platos de cerámica, procurando marcar puntos de diferencia cromática y lineal: SAP Valencia, 1.ª, 264/2001, de 23 de octubre. Asimismo, SAP Madrid, 6.ª, 470/2012, de 5 de noviembre, en el que se imita un cuadro de un afamado pintor, se falsifica su firma y se reproducen varios motivos tomados de su obra, con el propósito de presentarla como un cuadro auténtico del autor al que se imita, a sabiendas de que no lo era. En el mismo sentido, SAP Madrid, 3.ª, 393/2004, de 21 de septiembre, por venta como auténticas de reproducciones de obras pictóricas de pintor de relevancia meramente regional. Igualmente, SAP Madrid, 16.ª, 171/2008, de 14 de noviembre, constituyendo tentativa de estafa la pretendida venta de un cuadro aparentemente valioso atribuyéndole su autoría a un pintor famoso. En este supuesto también se contempla el uso de este cuadro falso –un documento privado falso– a sabiendas de su falsedad, por parte de otro sujeto distinto del que hizo la falsificación. En concreto, acompañó junto con las obras pictóricas en las que aparecía la firma de Miró, sendos certificados de autenticidad rubricados por un experto en este autor, cuya firma había sido a su vez simulada por persona desconocida con la finalidad de otorgar a tales documentos plena apariencia de veracidad. Por lo que la intención del acusado no era otra que la de causar un perjuicio a quien resultara ser adquirente de los cuadros. Y esta intención es, sin duda, típica desde el punto de vista penal conforme al art. 396 que entrará en concurso de normas con el delito de estafa, aplicándose bien la regla 3.ª bien la 4.ª del art. 8, conforme a las SSTS 975/2002, de 24 de mayo (RJ 2002, 5763) y 2015/2001, de 29 de octubre (RJ 2001, 9475), entre otras muchas. Se absuelve en todo caso por el delito contra la propiedad intelectual por no estar tipificado el plagio inverso. En definitiva, debe mantenerse un criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas, y no calificarse como constitutiva de delito contra la propiedad intelectual la puesta en circulación de

cumple los requisitos del mismo, al haber desaparecido en el Código penal actual la incriminación del llamado plagio usurpativo o inverso que sí estaba contemplada en el anterior texto punitivo.

En efecto, el antiguo CP Texto refundido de 1973, en su art. 534 bis b).1 recogía la conducta de quien realizare cualquiera de las acciones tipificadas en el artículo anterior «art. 534 bis a)» (entre las que se encontraba la reproducción o el plagio), concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: «c) *usurpar la condición de autor* sobre una obra o parte de ella o *el nombre* de un artista en una interpretación o ejecución». Es decir, la conducta de plagio directo estaba contemplada en el 534 bis a), y la suplantación o usurpación del nombre (plagio inverso) en el art. 534 bis b).1 apartado c). Por tanto, el plagio inverso en cualquiera de sus versiones (usurpar la condición de autor o el nombre de un artista), constituía una conducta punible bajo el CP anterior conforme al art. 534 bis b).1 apartado c) que quedó, como decimos, destipificada en el actual.

Este plagio usurpativo o de suplantación de la personalidad del autor se configuró, así, como violación del derecho moral del autor o del artista o intérprete comprendiéndose en él la acción de atribuir una obra propia a un autor, con el fin de aprovecharse de su fama y mérito (y se construyó además como un tipo agravado[97]).

---

obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a pintores que con su «buen nombre» puede prestigiar el producto, amparándose para esta conducta en el uso de determinados elementos habituales en esos pintores, por cuanto estos elementos no pueden considerarse exclusivos de estos artistas. Por eso, aunque es reprobable atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, ello no integra «per se» la figura del delito del artículo 270 CP, que lo único que sanciona es la reproducción, plagio, distribución de obras artísticas «originales», sin la autorización de sus titulares.

Cuando no se copia la obra de un artista sino que en una obra propia se imita la firma de otro artista falsificándola y atribuyéndole de esta manera la autoría de una obra ajena ni siquiera hay un plagio encubierto porque no hay similitud con ninguna obra original: en este sentido SAP Burgos, 1.ª, 72/1997, de 15 de julio.

En sentido contrario, esto es, admitiendo que existe plagio (incorrectamente a mi entender): la SAP Madrid, 15.ª, 74/2006, de 22 de febrero, a propósito de unas falsificaciones de unos cuadros, con imitaciones de firmas estampadas en los cuadros no originales atribuidas falsamente a su verdadero autor, y posteriormente vendidos como verdaderos y adquiridos en la creencia de que eran auténticos, castiga además de por estafa al considerar que existe engaño bastante por la venta de estas obras pictóricas no originales, por un delito de plagio. Esta sentencia, es confirmada por la STS 139/2007, de 23 de febrero (RJ 2007, 1922), que condena por estafa pues se da la exigencia de engaño bastante requerida para este delito debido a que la operación realizada con cierta premura generó una apariencia de regularidad que dio lugar a una actitud confiada del comprador –galerista– que, a pesar de ser persona instruida dotada de información y formación suficiente, contrató de buena fe en circunstancias de normalidad, dentro del marco de una actividad negocial presumiblemente regular, sin que ello supusiera falta de diligencia como para haberse percatado de la falta de autenticidad de las obras que adquirieron.

97. Sobre la interpretación de este tipo agravado en el CP anterior, vid., Gómez Benítez, J.: «Los tipos penales cualificados del art. 534 bis b) y sus penas. Otros delitos relativos a la

Así las cosas, este mal llamado «plagio» implica la apropiación ideal de la obra o interpretación ajena[98]; tiene únicamente de plagio el hecho de prescindirse del creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, pero en este tipo de conducta es la persona más que la cosa la que sufre el atentado perpetrado por el plagiario, al ser aquélla la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume[99].

Esta problemática sobre la suplantación de la personalidad del artista se ha suscitado reiteradamente en el ámbito de la interpretación o grabación de canciones[100]. Consiste, al igual que en el caso que nos ocupa, en que un autor poco conocido presenta como propia una obra/canción ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor, de suerte que bajo el CP anterior se producía una doble conducta delictiva: la usurpación de la personalidad intelectual que ataca el elemento espiritual o subjetivo del derecho de autor y la defraudación que ataca el elemento patrimonial de aquel derecho y que, a su vez, presenta una doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede

propiedad intelectual», en Gómez Benítez, J. y Quintero Olivares, G.: *Protección penal de los derechos de autor y conexos,* Madrid: Civitas, 1988, pp. 158-161.

98. Cfr., STS 27 de abril de 1979.

99. Circular de la FGE 2/1989, de 20 de abril.

100. En STS 14 de febrero de 1984, el imputado sin autorización de la cesionaria en exclusiva de los derechos de explotación de toda clase de grabaciones del intérprete Julio Iglesias reprodujo y distribuyó un buen número de cassettes que contenían distintas canciones popularizadas por dicho cantante aunque interpretadas mediante imitación tendente a sembrar la confusión en el público por un tal Tony Márquez. En el envoltorio y en el lomo de la caja que contenía la cinta ponía exclusivamente «Homenaje a J. Iglesias», con la figura del cantante en tamaño grande para mayor sensación de autenticidad, a continuación aparecían los nombres de las canciones y finalmente, en la parte inferior del mismo, en letra de 2 y medio milímetros figuraba el nombre del intérprete «Tony Márquez». La presentación de la cinta apócrifa se verificó con la idea de que se adquiriera como si se tratara de la grabación original, con ánimo de beneficiarse de la venta de la primera. Entonces se condenó conforme al art. 534 bis b) apartado c) por plagio usurpativo. En el mismo sentido, en la STS de 30 de mayo de 1984 se condenó por el mismo tipo penal, en un supuesto similar: la empresa regentada por el acusado ordenó la fabricación de una cassette con canciones que creó y popularizó el cantante Julio Iglesias no obstante haber cedido éste a la empresa «Columbia S.A.» en exclusiva toda clase de grabaciones de dichas canciones. Estas cintas estaban etiquetadas bajo el nombre de «Éxitos de Julio Iglesias» con un dibujo del rostro del artista sin que en los primeros 1000 ejemplares se pusiese otro nombre, si bien en las 7000 restantes copias se sobre imprimió en la parte inferior en tipos menores sobre orla negra la frase «Cover's band con perfecta imitación de la versión de los discos de Columba». Sin embargo, no se apreció engaño suficiente para que pudiera constituir, a su vez, un delito de estafa al no existir perjuicio económico dado el diferente precio de venta de las cassettes (175 pesetas las falsas y 750 las genuinas). Caso prácticamente idéntico a los anteriores se planteó en la STS de 9 de junio de 1990 en el que la cantante Rocío Jurado tenía cedidos en exclusiva los servicios de grabación en favor de una compañía de discos, sin embargo se grabaron cassettes bajo el título «Éxitos de Rocío Jurado» junto a la fotografía de la artista, figurando en caracteres pequeños: «canta Raquel» de tal modo que la presentación de la cinta apócrifa se hizo como si se tratara de la grabación original imitando servilmente el estilo de la artista que divulgó y popularizó esas canciones, con indudable finalidad de inducir a error al público comprador.

causarse al público engañado con la suplantación. Doble ofensa que puede darse cuando la copia se utiliza con fines lucrativos.

Destipificada la usurpación del nombre de forma expresa en el Código Penal actual, este tipo de conductas pueden merecer respuesta penal a través de las siguientes vías, según el tipo de conducta concreta de que se trate. Así,

B. Plagio inverso y reproducción

En primer lugar, tendríamos que tener en cuenta el concepto de *reproducción,* que puede ser definida como una «*copia lo más exacta posible de un bien cultural original*»[101]. Su finalidad no tiene por qué ser la de estafar al comprador o cliente final. Muchas reproducciones de obras de arte se adquieren conociéndose de antemano que no son auténticas. Pero también es cierto, que, en algunas ocasiones, una copia honesta puede ser utilizada a posteriori para engañar, utilizándose como una falsificación de una obra.

El concepto jurídico de *reproducción* se consagra en el art. 18 LPI y consiste en «*la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*». Lo habitual en la reproducción de obras de arte será la fijación –copia– de ésta de modo que permita –no tanto la obtención de copias– como la comunicación pública[102].

En consecuencia, la conducta de plagio inverso sólo podrá castigarse a lo sumo por *reproducción ilícita* por vulneración de los derechos de explotación exclusiva de los cesionarios y/o como estafa siempre que la copia sea exacta y si la venta de las copias de la obra/canción se realiza con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, al precio de lo que costaría la obra original, siempre que se cumplan, además, el resto de los requisitos de esta figura, pero, como decimos, nunca por plagio, puesto que la interpretación ajena imitada no se presenta como propia.

Finalmente, para que pueda subsumirse esta conducta en la modalidad típica de *reproducción* del art. 270.1 CP, han de concurrir dos requisitos más: primero, el derecho de explotación de la obra no ha de haber caducado[103]. En efecto, conforme al art. 26 LPI «los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida

101. Cfr., «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.

102. El art. 20 LPI especifica la conducta de comunicación pública como «*todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*
No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

103. Vid., Roma Valdés, A.: *Comercio y circulación de bienes culturales. Guía jurídica para profesionales y coleccionistas de arte y antigüedades,* Madrid: Difusión Jurídica, 2011, pp. 19-20; Carrasco Andrino, M., «Propiedad intelectual», op. cit., p. 476.

del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento». Y segundo, ha de tratarse de una copia exacta.

La Jurisprudencia viene castigando de forma genérica por delito contra la propiedad intelectual, sin especificar qué conducta en concreto, normalmente en concurso medial con la estafa básica (o con la estafa agravada derivada del alto valor económico de la defraudación) cuando se enajena una obra de arte falsa siempre que se trate de obras de autores vivos o fallecidos cuyos derechos de propiedad intelectual pertenecen todavía al dominio privado (70 años). Así, STS 139/2007, de 23 de febrero (RJ 2007, 1922); SAP Pontevedra, 5.ª, 232/2014, 21 de mayo; SAP Madrid, 15.ª, 74/2006, de 22 de febrero.

C. Plagio inverso: «o de cualquier otro modo "explote económicamente" una obra o su "transformación"»[104]. Ampliación de la conducta típica en la LO 1/2015 de modificación del Código Penal

Cabe una última posibilidad de subsunción de esta conducta de copia no exacta sino de simple imitación del estilo de un autor, ofrecida por la Reforma del Código Penal tras la LO 1/2015, que ha ampliado la conducta típica de los delitos contra la propiedad intelectual añadiendo «o de cualquier otro modo ***explote económicamente***... una obra o ***su transformación***»[105]. La ampliación del ámbito típico de estas conductas, operado por la reforma mencionada, aproxima de manera peligrosa, con dificultades serias de delimitación, el ámbito civil y penal de protección.

De otro lado, cuando el derecho de autor ya ha caducado podrá castigarse por estafa si se dan sus requisitos en concurso –normalmente– de leyes con el delito de falsedad en documento privado. (Este argumento será desarrollado en el epígrafe siguiente).

Sin embargo, la Jurisprudencia no se plantea la posibilidad de aplicar los delitos de falsedades cuando la copia es de una obra cuyos derechos de autor se han extinguido, sino que, por el contrario, cuando esta obra falsificada ya pertenece

104. Art. 21.1 y 21.2 TRLPI: «La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. [...]».
Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.

105. Cfr., Circular Fiscalía General del Estado 8/2015, *sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015.*

ya al dominio público, se condena o se absuelve únicamente por delito de estafa[106].

Cuando, por el contrario, la conducta de reproducción se realice sin ánimo de lucro, de no haber prescrito los derechos de autor –y a salvo de la posibilidad de subsunción en los delitos de falsedades que se detallará en un epígrafe posterior– tendrá relevancia a lo sumo civil conforme a la Ley de Propiedad Intelectual.

En resumen: los supuestos de plagio inverso deben castigarse por principio de especialidad como delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 CP en la modalidad de *reproducción* cuando la copia es exacta, de forma que no haya diferencias apreciables respecto a la obra original y se pruebe además del perjuicio a tercero, el ánimo de lucro[107] del autor. Y siempre que los derechos de autor de la obra no hayan caducado. Por su parte, la imitación del estilo, o simplemente la realización de una obra propia emulando la firma de otro artista falsificándola y atribuyéndole, de esta manera, la autoría de una obra ajena, no puede subsumirse en la *reproducción ilícita* porque no hay similitud con ninguna obra original, pero sí puede subsumirse esa conducta en el nuevo concepto acuñado en el art. 270.1 por la reforma por LO 1/2015: «o de cualquier otro modo *explote económicamente* una obra... o *su transformación*». Lógicamente, ninguno de los dos supuestos anteriores podrá subsumirse en el mentado delito contra la propiedad intelectual (art. 270.1 CP) cuando el derecho de autor de la obra haya caducado. La conducta en estos dos últimos casos puede ser constitutiva de *falsedad* (que se analizará posteriormente).

Y ambas conductas, si se dan los requisitos típicos, podrán conformar asimismo un delito de *estafa*. En el primer caso, *reproducción* o, en su caso, *explotación económica de la transformación de una obra* y *estafa* irán en relación de concurso de delitos (según los casos, ideal medial o real), mientras que en el segundo supuesto, la *falsedad* irá en concurso de leyes con la *estafa*, como se desarrollará posteriormente.

Estos casos en los que se usurpa el nombre son diferentes de aquellos otros, muy frecuentes en el mundo del arte (y en el mundo de la interpretación), en los que se versiona a los pintores o escultores clásicos (o se realizan versiones propias de canciones de intérpretes conocidos), sin intención de suplantar la identidad del autor a quien se versiona –y, por tanto, con autorización de los titulares o sus cesionarios–; probablemente las Meninas sea el cuadro más versionado y probablemente Picasso sea el autor más conocido de los que han versionado esa obra. En general, en el mundo del arte se muestra la estrecha relación que une esta

106. Sin aplicar en ningún caso la agravante del valor cultural, porque se trata de un cuadro falso. Así: STS 305/2004, 8 de marzo (RJ 2004, 2254), en relación con una falsificación de un *goya*.

107. «*Ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*» tras la reforma del CP por LO 1/2015.

práctica vanguardista con el problema del fraude[108] pero no tiene por qué existir esa conexión pues quien versiona una obra sin intención de suplantar la identidad del autor probablemente lo que persiga sea lo contrario, esto es, ensalzar la obra versionada[109]. En efecto, de igual modo, tampoco plagia el cantante que versiona canciones ajenas reconociendo la verdadera autoría de las mismas. Es decir, el denominado *cover version* o versión (en)cubierta, no constituye plagio usurpativo pues se trata de interpretar nuevas versiones de canciones, presentadas como propias pero sin hacerse pasar por el artista creador originario.

4.1.2.2. Los delitos de falsedades

Después de descartar la incriminación de estas conductas a través del *plagio directo*, o en aquellos casos en los que siendo subsumible la conducta en la modalidad típica de *reproducción*, o en la de «*de cualquier otro modo explote económicamente la transformación de una obra*» (porque no se trate de una reproducción total o parcial sino simplemente se emule el estilo de una obra) ésta no pueda aplicarse por haber caducado los derechos de autor, será preciso, como siguiente paso, determinar si la falsificación de una obra de arte puede ser subsumida dentro de las falsedades punibles. Para ello, resulta necesario, en primer lugar, identificar si la obra de arte es *documento* a efectos penales, para pasar a concretar después si este tipo de falsificaciones entran dentro de los delitos de falsedades.

A. Concepto penal de documento. Posible subsunción de la obra de arte

El art. 26 del CP establece que «*a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o con cualquier otro tipo de relevancia jurídica*», de lo que se deduce que los tres caracteres esenciales del documento son el soporte, el contenido y la relevancia jurídica.

En primer lugar, en cuanto al soporte (función de perpetuación), o base física en que se asienta el contenido del documento, dada la vaga redacción por la que opta el Legislador, éste puede consistir en cualquier sustancia o medio material capaz de recoger una información, lo que en el ámbito que nos ocupa, permite incluir obras fotográficas, pinturas o esculturas, con tal de que cumplan las siguientes condiciones: que sea apto para incorporar datos, que sea permanente

108. Sobre este problema, vid., por ejemplo, Lucero, G.: «Picasso alquimista: Una lectura de "Las Meninas"», en *Aisthesis*, n.º 47, 2010, pp. 261-271.

109. Es constatable, además, el hecho de que algunos grandes pintores clásicos realizaron constantemente imitaciones, como Rubens o Miguel Ángel. Con respecto a este último, es conocida la anécdota de que cuando su maestro le pidió copiar un dibujo original por encargo, lo hizo tan perfecto que se quedó con el original creyendo el comprador que lo poseía él cuando sólo tenía la copia de Miguel Ángel. Sólo el pintor distinguía una de la otra. Cfr., Arnau, F.: *El arte...*, op. cit., pp. 45-49.

en el tiempo y que sea inalterable, salvo el natural deterioro por el transcurso del tiempo.

Por lo que respecta a la segunda característica, el contenido, el documento debe comprender datos, hechos o narraciones. Puesto que el precepto no especifica más al respecto, estos datos pueden consistir en un contenido de tipo gráfico o artístico con los que se concreta una información. Los hechos son acontecimientos o sucesos de la vida, con cualquier tipo de contenido. Y las narraciones son composiciones más o menos ordenadas y lógicas sobre una serie de hechos. En definitiva, cualquier declaración de voluntad o de conocimiento, inteligible, esto es, comprensible de acuerdo a los usos sociales (lo que excluiría, por ejemplo, un documento encriptado pero se incluiría, en cambio, un documento extranjero que, si es escrito y no es inteligible, deberá ir acompañado de la correspondiente traducción), destinada a probar algo jurídicamente relevante (se requiere, por tanto, su entrada en el tráfico jurídico) y cuyo autor es, cuando menos determinable o reconocible[110]. Por tanto, lo esencial de esta segunda característica del documento es que debe ser atribuible a una o varias personas (se trata de la llamada función de garantía que se deduce teleológicamente aunque literalmente no lo exija el tipo); ello nos lleva a señalar que el documento anónimo no tiene la condición de documento a los efectos del art. 26 del Código Penal, al no ser identificado su autor[111].

El hecho de que esta función de garantía no se incluya expresamente en el art. 26 CP, a mi modo de ver es criticable porque como es sabido el concepto de autor de documento se relaciona con el de autenticidad –tan difícil de determinar, por cierto, en el ámbito de las obras de arte, como hemos visto–. De las teorías desarrolladas por la doctrina sobre la determinación del autor a efectos del documento, la teoría de la corporalidad o de autoría formal, la teoría de la espiritualidad y la teoría de la imputación jurídica[112], opto, en consonancia con el concepto de autor en las obras de arte, por una híbrida entre la teoría de la espiritualización y la de la imputación jurídica, en virtud de la cual autor del documento será aquel

110. Queralt Jiménez, J.: *Derecho Penal Español, Parte especial*, 6.ª ed., Barcelona: Atelier, 2010, p. 502. Benéytez Merino, L. (et. al.): *Las falsedades documentales*, Granada: Comares, 1994. pp. 48-49. Ampliamente, Echano Baldasúa, J. I.: «Falsedades documentales», en *Delitos contra la Administración Publica* (Edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita), Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 297 y ss. Ocrospoma Pella, L. E.: «Concepto jurídico penal de documento»: *http://www.derecho.com/articulos/2001/09/15/concepto-jur-dico-penal-de-documento/*.

111. En contra Sánchez Tomás, J. M., «Los delitos de falsedad documental», en García, F. J. –Dir.–: *Derecho penal español. Parte especial II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1487, pues en la medida en que no lo exige el art. 26 basta, en su opinión, con que el documento incorpore hechos con relevancia jurídica (es decir, cualquier relación en el tráfico jurídico) aunque no se mencione la autoría del documento.

112. Vid., ampliamente, Villacampa Estiarte, C.: *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Barcelona: Cedecs, 1999, pp. 140-149. García Cantizano, M. C.: *Falsedades documentales...*, op. cit., pp. 82-85.

que, independientemente de que físicamente lo efectúe o utilice total o parcialmente en dicha producción un medio de ayuda técnico o humano, que actúa como instrumento para fijar la declaración, controle la declaración plasmada en el soporte de que se trate. Es decir, el autor no es quien lo ha confeccionado físicamente sino aquella persona que ha plasmado su espíritu, que se encuentra detrás de la declaración, que se adhiere y se siente ligada a la misma. No será pues decisivo para determinar el autor del documento quién lo ha confeccionado, sino quién responde de la declaración, quién plasma la personalidad en la obra.

A ello debe añadirse que para que el documento surta efectos en el tráfico jurídico deberá acompañarse irremediablemente de la firma (pues es difícil en el mundo del arte que del propio documento –pintura, escultura– pueda inferirse la autoría), por lo que a efectos probatorios nos hallamos próximos a la teoría de la imputación jurídica, es decir, que no se parte de un nexo psicológico entre autor y declaración, como ocurría en la teoría de la espiritualización, sino normativo. Conforme a esta teoría, autor es aquella persona a quien se le debe imputar la declaración legalmente[113]. Lo que normalmente ocurrirá, como decimos, con la firma, pues ésta implica la asunción del documento y, por tanto, la paternidad del mismo, y será el dato que pruebe la autoría. A pesar de ello, la firma no en todos los casos es concluyente, pues no siempre los autores utilizan la misma firma a lo largo de la historia[114]. A este respecto, no debemos olvidar que el documento válido es el original, no teniendo este carácter las copias ni las fotocopias, al menos en lo que respecta a las obras de arte.

La tercera nota que se predica del documento es su capacidad (ya sea intencional o simplemente sea ocasional) para intervenir y surtir efectos en el tráfico jurídico (función probatoria). La amplitud con que se regula esta característica, permite incluir, por ejemplo, cualquier documento nacional o extranjero, lo cual es relevante teniendo en cuenta que en el ámbito que nos ocupa, la falsificación de obras de arte –y el posterior tráfico– están caracterizados por la transnacionalidad. En definitiva, el documento, conforme a esta función, debe ser apto para probar una relación jurídica o un derecho.

Sin embargo, es preciso destacar que el último inciso del art. 26 CP determina la eficacia probatoria como un tipo de relevancia jurídica («eficacia probatoria *o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*»). Este matiz ha provocado interpretaciones diferentes por parte de la doctrina[115] aunque coincido con aquellos que manifies-

113. García Cantizano, M. C.: *Falsedades documentales...,* op. cit., p. 85. Sobre este concepto normativo, vid., igualmente, Echano Baldasúa, J. I.: «Falsedades documentales», op. cit., p. 304. Boné Pina, J. F. y Soteras Escartín, R.: *De las falsedades, Comentarios de los artículos 386 al 403 del Código Penal de 1995*, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 170 y ss.

114. Dalí, por ejemplo, utilizó más de 50 firmas distintas a lo largo de su vida, lo que dificulta enormemente la expertización de su obra. Cfr., Casabó Ortí, M. A.: La estafa en la obra de arte, 2014, p. 86 *TMACO.pdf*

115. Bacigalupo Zapater, E.: *El delito de falsedad documental*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 12,

tan la dificultad de encontrar en el documento una relevancia jurídica distinta de la probatoria. Sea como fuere, el amplio concepto penal de documento consagrado en art. 26 CP incluyendo junto con la *eficacia probatoria* cualquier *otro tipo de relevancia jurídica*, permite, a mi juicio, la admisión de documentos que aunque no tengan un especial valor probatorio sí tienen cabida aquellos que plasmen un hecho dato o narración jurídicamente relevante y, en consecuencia, conforme a esta amplitud definitoria, no parece difícil subsumir las obras de arte, pinturas o esculturas, por ejemplo, en el concepto penal de documento. La firma del autor desde esta perspectiva otorga al cuadro o a la obra de arte un contenido declarativo necesario para surtir efectos en el tráfico jurídico.

A pesar de ello, la Jurisprudencia española (como se ha señalado en epígrafes anteriores[116]) ha sido reacia a castigar por un eventual delito de falsedad la copia de obras de arte haciéndola pasar por el autor a quien se imita (plagio inverso), sin plantearse siquiera previamente la posible subsunción de estas obras en el concepto penal de documento. Ello ha conducido a que parte de la doctrina[117] proponga la introducción de tipos penales específicos –la falsedad de obras de arte–, puesto que es evidente que en este ámbito hay una necesidad político criminal de protección.

---

indica que no es fácil imaginar qué otra relevancia puede tener un documento fuera de la probatoria. García Cantizano, M. C.: Falsedades documentales..., op. cit., pp. 55-56, en la misma línea, argumenta que se trata de términos sinónimos, ya que no se puede entender a un documento que tenga eficacia probatoria y que no tenga relevancia jurídica. Echano Baldasúa, J. I.: «Falsedades documentales...», op. cit., pp. 301 y 302, afirma que la aparente contraposición entre ambas expresiones encuentra explicación en la doble vía por la que pueden acceder a la consideración de documento las declaraciones materializadas que dan a conocer su autor (por un lado, las declaraciones que tienen eficacia jurídica desde el momento en que quedan fijadas en su soporte, y, por otro, las declaraciones que en principio carecen de relevancia jurídica, no obstante, cuando los hechos que narran se destinan a la prueba, alcanzan capacidad probatoria y la cualidad de documento) y, con ello, se evita admitir la existencia de documentos que carecen de eficacia probatoria. De opinión contraria se muestra Villacampa Estiarte, C.: *La falsedad documental...*, op. cit., p. 188, para quien la eficacia probatoria responde a una cuestión procesal y la relevancia jurídica expresada en un sentido lato se refiere a la prueba a los efectos del tráfico jurídico.

116. Cfr., 1. Falsificación en la primera fase: falsificación de la obra. 1.1. Falsificación *versus* plagio. El plagio inverso.

117. Falsificación específica, tal como existe, por ejemplo, en Italia, vid., al respecto, Guisasola Lerma, C.: «Los delitos sobre el patrimonio histórico», en Álvarez García, F. J. –Dir.–: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 890-891, quien propone el siguiente tipo de falsificación de obras de arte: «*Los que, con la finalidad de recabar un provecho o ganancia ilícita, creen la falsa apariencia de valor histórico, artístico, cultural o científico en un bien, serán castigados con prisión de dos a cuatro años. La pena se impondrá en su mitad superior de producirse los hechos tipificados en el ejercicio de una actividad comercial*». Se pretende así, en opinión de la autora, abarcar aquellas conductas no recogidas en el delito contra la propiedad intelectual, anticipando la esfera de protección penal, por sus importantes repercusiones culturales, que pueden llegar a transformar la interpretación global de una obra o período.

A pesar de ello, creo que contamos con los suficientes instrumentos de incriminación, ya sea por la vía de los derechos de autor –reproducción ilícita–, ya sea por la vía de los delitos de falsedades –partiendo de la consideración de que la obra de arte es subsumible en el laxo concepto penal de documento derivado del art. 26 CP –, y, en ambos casos, si ha lugar, con las correspondientes relaciones concursales con la estafa.

B. El objeto material de la conducta falsaria. La obra de arte como documento privado

Partiendo de la admisible subsunción de la falsificación de una obra de arte en los delitos de falsedades, y atendiendo, en consecuencia, a la clásica distinción a efectos de estos delitos entre documentos públicos (públicos, oficiales y mercantiles) y privados, es evidente que las obras de arte constituyen documentos privados, puesto que no son emitidos ni por fedatario público o cualquier otro empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley, como los documentos públicos, ni se trata de documentos que, como los oficiales, están expedidos por los funcionarios públicos que están autorizados para ello en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones (debiendo rechazarse el documento oficial por destino[118] por interpretación extensiva en contra del reo). Desde esta perspectiva, las obras de arte son documentos privados pues aunque sean de titularidad pública no reúnen las características anteriormente mencionadas.

C. La simulación como modalidad de falsedad material de la obra de arte

Las conductas falsarias recogidas en el art. 390 CP[119] pueden clasificarse, como es sabido, en materiales (que suponen una alteración del documento en sí, del soporte material) o ideológicas que afectan al contenido del documento por lo que implica habitualmente la creación de un documento *ex novo* con discordancias entre lo plasmado y la realidad. Las primeras atentan contra la autenticidad del documento. La autenticidad permite atribuir la declaración documentada a quien la ha efectuado, esto es, cuando la declaración proviene de quien figura en el documento como su autor. En consecuencia, el documento será falso a estos efectos por falta de autenticidad cuando hay

118. Sobre la evolución jurisprudencial relativa a los documentos oficiales por incorporación, vid., Boné Pina, J. F. y Soteras Escartín, R.: *De las falsedades...*, op. cit., pp. 253 y ss.

119. Artículo 390.1 CP: *«Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: **1.º** Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos».*

una manipulación de la autoría (cuando la autenticidad real no coincide con la aparente). La falsedad ideológica, por el contrario, afecta a la veracidad del documento, al contenido del documento, en la medida en que la declaración no se ajusta a la realidad que debe reflejar[120]. Existe en este último caso una discordancia entre la realidad y lo que refleja el autor del documento.

Según una concepción tradicional, las falsedades ideológicas no son punibles si se realizan por particular en relación con los documentos públicos o cuando se realizan por cualquiera en relación con los documentos privados[121] pero en realidad esto no significa que sólo sea ideológica la prevista en el 4.º del art. 390.1 CP. Es decir, no se destipifica la falsedad ideológica sino sólo la narración inveraz de los hechos siempre que esta narración no esté subsumida en la conducta típica falsaria de los tres primeros números (puesto que la narración inveraz que consista en simulación, por principio de especialidad debe subsumirse en el 390, 1, 2.º CP).

El problema subyacente es la difícil distinción entre la conducta falsaria del n.º 1 y la del n.º 2 del 390.1 CP cuando la simulación es de parte del documento (porque también implica la alteración de un documento en alguno de sus elementos de carácter esencial). En cambio, cuando la simulación es total puede realizarse mediante un nuevo documento, que será lo habitual. El Pleno no jurisdiccional de 26 de febrero de 1999 señaló que la confección completa de un documento que no pueda tener sustrato alguno en la realidad, debe ser considerado falsedad del n.º 2 (por ej., que provenga de autor diferente[122], plasmar una fecha falsa, fingir la firma de un tercero, etc.[123]).

En el ámbito que nos ocupa, la falsificación de una obra de arte consistirá habitualmente en la simulación del documento en todo o en parte (normalmente en todo) que se subsumirá en el tipo del art. 390. 1, 2.ª (simulación), porque se trata de fingir o imitar lo que no es. Es, en fin, una falsedad material que atenta contra la autenticidad del documento.

120. Ampliamente, Echano Baldasúa, J. I.: «Falsedades documentales»..., op cit., pp. 305-307. Sánchez Tomás, J. M.: «Los delitos de falsedad...», op. cit., p. 1489. Armenteros León, M.: *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y Jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código penal por LO 5/2010*, Granada: Comares, 2011, pp. 96 y ss.
121. Bacigalupo Zapater, E.: *El delito de falsedad documental,* op., cit., pp. 47 y ss. Marchena Gómez, M. y Moreno Verdejo, J.: *El delito de falsedad documental en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Jurisprudencia, Madrid: Colex, 1999, pp. 104-107. Sobre la fundamentación, vid., Sánchez Tomás, J. M., *ibídem*, p. 1490.
122. STS 592/1998, de 4 de diciembre.
123. Cfr., STS 1898/2002, 15 de noviembre. Ampliamente Echano Baldasúa, J. I., «Falsedades documentales», op. cit., p. 318. Sánchez Tomás, J. M.: «Los delitos de falsedad...», op. cit., p. 1492.

D. Penalidad y problemas concursales. El concurso de leyes con el delito de estafa

Una vez determinado el hecho de que la falsedad de obras de arte es material (por simulación) en documento privado, para que sea punible es necesario además que se realice en perjuicio de tercero, conforme a lo que establece el art. 395 CP. Ello ocasionará un concurso de leyes con el delito de estafa (cuando se cumplan los requisitos de esta figura), a favor de ésta (normalmente por la vía de la alternatividad de la regla 4.ª del art. 8 CP), al ser el hecho subsumible tanto en el tipo de falsedad en documento privado como en el de estafa, solapándose ambos parcialmente, pues el perjuicio, o la intención de causarlo, forma parte de la tipicidad de la falsedad[124]. Por el contrario, es norma preferente la de falsedad en documento privado (art. 395 CP), cuando dicho perjuicio se ha pretendido con el acto falsario, pero no se ha logrado (por aplicación de la mencionada regla 4.ª del art. 8 CP), o bien, obteniéndose sólo daría lugar a la aplicación de una falta –tras la reforma por LO 1/2015 delito leve– de estafa[125].

Es decir, cuando se falsifique una obra de arte (simulación de documento privado) con la finalidad de venderla por un precio superior al que vale la obra falsa y, por tanto, induciendo al error típico del delito de estafa, siempre que se pruebe el ánimo de lucro constitutivo de este delito, pero sobre todo siempre que pueda probarse el engaño bastante (cuestión más que discutible en el ámbito que nos ocupa cuyos destinatarios de estas obras falsas serán habitualmente los galeristas a los que se exigirán deberes especiales de autoprotección[126]), se castigará únicamente por delito de estafa[127]. Estos deberes mínimos de autoprotección entre galeristas exigirían por parte del comprador la obtención de certificado de

124. Salvo que se hubieran producido con la entrada del documento falso en el tráfico jurídico repercusiones, perturbaciones o perjuicios en otras personas o en otros intereses, en cuyo caso cabe plantearse concurso de delitos por no coincidencia del injusto y no equiparación del engaño a la falsedad (STS 746/2002, de 19 de abril (RJ 2002, 6699)). Vid., comentario al respecto, Goyena Huerta, J.: *Las falsedades documentales. Jurisprudencia comentada*, Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2007, p. 133.

125. Vid., Casabó Ortí, M. A.: *La estafa en la obra de arte...*, op. cit., pp. 172 y ss. Bacigalupo, E.: «La reforma de las falsedades documentales», en *La Ley*, n.º 1, 1996, pp. 1668-1672. Armenteros León, M.: *Los delitos de falsedad documental...*, op. cit., pp. 193 y ss. STS 975/2002, de 24 de mayo (RJ 2002, 5763); 236/2009, de 17 de marzo.

126. SAP Barcelona, 818/2016, de 29 de septiembre, declara la inexistencia de estafa en un caso de ventas de piezas no certificadas; el motivo es la falta de diligencia de las víctimas, que eran marchantes y coleccionistas y, por tanto, perfectos conocedores de las gestiones mínimas habituales a realizar en dichas transacciones.

127. STS 975/2002, de 24 de mayo; STS 1143/2003, de 6 de noviembre; STS 139/2007, de 23 de febrero (RJ 2007, 1922); SAP Asturias, 8.ª, 7/2006, de 3 de febrero; STS 1120/2008, de 3 de enero (RJ 2008, 818); STS 310/2006, de 20 de febrero (RJ 2006, 5196); STS 170/1999, de 2 de febrero (RJ 1999, 964); SAP Barcelona, 6.ª, 260/2006, de 9 de marzo; SAP Zaragoza, 3.ª, 25/2004 de 30 de abril; SAP Madrid, 16.ª, 171/2008, de 14 de noviembre.

expertización[128]. A *sensu contrario*, si no hay engaño bastante, por lo general ni se cumplirá el tipo de falsedad en documento privado en la mayoría de los casos, pues exige hacerlo para perjudicar a otro, ni estafa, por lo que la relevancia de la conducta deberá ser dilucidada en el ámbito de la jurisdicción civil.

El error constitutivo de la estafa puede deberse tanto al caso de generación de una obra de arte o antigüedad falsa (que son los supuestos habituales, que acabamos de destacar) como la alteración de una auténtica dando un aspecto mejorado respecto del original[129] –más infrecuente– y, por tanto incrementando su precio fraudulentamente. En el primero de los casos, obviamente, no puede aplicarse nunca el tipo agravado del art. 250.1. 3.º CP (recaer la estafa sobre bienes que integren el patrimonio histórico o artístico) puesto que estamos ante supuestos de atribución errónea de la autoría y, en consecuencia, la obra que se atribuye falsamente a un autor no puede integrarse en el concepto de patrimonio histórico[130]. En cambio, el segundo ejemplo planteado, en la medida en que se trata de la estafa de una obra auténtica «mejorada»[131] para incrementar fraudulenta y ficticiamente su valor, sí podría constituir una estafa agravada por recaer sobre un bien integrante del patrimonio histórico o artístico.

4.2. FALSIFICACIÓN EN LA SEGUNDA FASE. EL PERITAJE: LA CERTIFICACIÓN FALSA

4.2.1. Sobre la compleja realidad de la autenticación

Autenticar es el –complejo– proceso para establecer si es correcta la atribución de una obra a su autor[132]. En cualquier caso, hay que precisar que una atribución

128. No hay que olvidar otra variable a tener en cuenta dentro de la evaluación de los deberes de autoprotección y es la aplicación de las nuevas tecnologías y especialmente de Internet para falsificar las obras o los certificados.
129. Roma Valdés, A.: *Comercio y circulación*..., op. cit., p. 19.
130. SAP, Madrid, 15.ª 74/2006, de 22 de febrero: de hecho, no se castiga el atentado contra los delitos contra el patrimonio histórico, sino que la estafa recaiga sobre bienes relativos al patrimonio histórico. Vid., igualmente, Roma Valdés, A.: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural,* Granada: Comares, 2008, pp. 103-104. Sí podría aplicarse el art. 250. 1.5.º CP cuando el valor de la defraudación supere los 50.000€.
131. Distinto es el caso en que se *mejore* una obra auténtica sin ningún ánimo de lucro, supuesto que podría constituir, si se dieran los requisitos típicos, un delito imprudente de daños relativos al patrimonio histórico, previsto en el artículo 324 CP. A este respecto, puede traerse a colación el caso del *Ecce Homo* pintado por el artista Elías García Martínez en uno de los muros de la iglesia del Santuario de Misericordia (Borja), que quedó «totalmente destrozado» después de la intervención de una particular no profesional, la octogenaria Cecilia Giménez.
132. Sobre las características y fases de los procesos de autenticación, véase Peñuelas y Reixach, Ll.: «La autentificación de obras de arte», op. cit., pp. 135 y ss. Sobre la realidad compleja de la autenticidad de una obra: la complejidad para averiguar la paternidad del autor sobre su obra y la complejidad del reemplazo de las identidades, vid., Lequette-de Kervenoaël, S.: *L'Authenticité des oeuvres d'art*, Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 95-164.

falsa no constituye necesariamente una falsificación. Las colecciones privadas y los museos están plagados de obras a las que no puede adjudicarse un origen definitivo[133].

Dos ejemplos pueden ilustrar este problema.

Durante el período de 1937 y el final de la 2.ª Guerra Mundial Han Van Meegeren, un pintor menor resentido con el mundo del arte, engañó a los expertos más notables del momento con una docena de falsificaciones de Johanes Vermeer. Aunque las obras eran en realidad pastiches de escaso valor estético, fueron muchos los que las tomaron por verdaderas obras maestras del gran pintor holandés. Cuando finalmente Meegeren fue descubierto, los falsos Vermeer fueron reconocidos como trabajos mediocres. Meegeren no escondió su satisfacción (sobre todo al calificar de excelsa la obra *Los discípulos de Emaús* cuando había sido pintada por el pintor mediocre que descalificaban los expertos), pues había conseguido plenamente su propósito: poner en evidencia a esa institución formada por críticos marchantes y académicos que había despreciado previamente sus pinturas cuando iban firmadas por él mismo, y admirarlas cuando se creían del famoso pintor[134]. Se le condenó y pidió que le dejaran pintar en la cárcel. Fue autorizado y enseguida le encargaron multitud de retratos tanto de EEUU como de Europa, que se interesaban por el hombre que sabía pintar igual que Wermeer. A pesar de todas las pruebas de los expertos, a pesar de la condena del tribunal, se siguió dudando de si todas las obras de Van Meergeren o solamente algunas eran falsificaciones pues hasta se cuestionaba que la confesión de Meegeren fuera verdadera (por muchos el mejor falsificador de la historia). Unos seguían defendiendo la autenticidad de los Vermeer pese a la confesión del falsificador[135].

El segundo caso es el de Otto Wacker, que según la acusación había falsificado y vendido (al precio al que se pagaban las obras auténticas del pintor) 30 cuadros de Van Gogh entre los años 1925 y 1928. El resumen de los dictámenes de los expertos arrojaba resultados opuestos: todos los cuadros son auténticos, todos los

133. Por ejemplo, recientemente, algunos cuadros que antes se creían de John Constable se han atribuido a su hijo Lionel. Lionel jamás pretendió imitar la obra de su padre, sólo pintaba en el mismo estilo. Vid., *http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte*

134. Mínguez, J.: «Arte, ostentación...», op. cit., p. 35.

135. Cfr., Viana, I.: «Van Meegeren: "¡He probado al mundo que un plagio puede ser tan bello como el original!"» *ABC. es Hemeroteca*, 18/10/2013. Cfr., asimismo, *Diario El País:* 22 de mayo de 2010. Sobre esta historia, ampliamente: Arnau, F.: *El arte...*, op. cit., pp. 276-303. Sin embargo, otra opinión en sentido diferente, manifiesta que Meegeren no consiguió engañar a todos. Su éxito temporal se debió en parte al hecho de que pintó sus cuadros inmediatamente antes y durante la Segunda Guerra Mundial. Las insólitas circunstancias impidieron un examen adecuado. *http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte*

cuadros son falsos, algunos son auténticos y otros falsos o finalmente otro dictamen declara como auténticos los que habían sido declarados falsos y viceversa[136].

Estas historias revelan que demostrar que un cuadro es falso es casi tan difícil como demostrar que es auténtico. Esta compleja detección indica, a su vez, la falta de profesionalidad de los que autentican, es decir, la dificultad de acudir a expertos con autoridad[137]. A ello hay que adicionar que los procesos de autenticación son costosos, y la demanda masiva por parte de coleccionistas no porque tengan conocimiento e interés en el arte sino por afán especulativo, determina cada vez en mayor medida la poca formación de los compradores, lo que propicia que se les venda obras de arte falsas. Los perjudicados no siempre tienen interés en denunciar para preservar su imagen en el mercado y ante la sociedad, y no pasar por ignorantes. A los galeristas, por su parte, tampoco les interesa destapar las falsificaciones para no perder prestigio y clientes; y al artista tampoco le conviene que se sepa porque la falsificación perjudica el precio de sus obras y la predisposición de los coleccionistas a adquirirlas[138].

136. Ampliamente, Arnau, F.: *El arte...*, op. cit., pp. 257-275.

137. Sobre esta realidad incierta de la autenticación de las obras: la dificultad de la profesionalización de los expertos y la dificultad de encontrar los medios periciales adecuados para autenticar, vid., Lequette-de Kervenoaël, S.: *L'Authenticité...*, op. cit., pp. 165-259. A ello debe añadirse los intereses económicos que hay detrás de una certificación falsa. Al respecto cabe mencionar un dato reflejado en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2103,* (Diligencias de Investigación Penal al Fiscal General del Estado 22-3-2013), sobre la utilización de cuatro supuestos cuadros de Goya, «retrato de caballero sentado», «retrato de señora», «Adoración» y «retrato de mujer de medio cuerpo», atribuidos por sus propietarios a Francisco de Goya y Lucientes, con los que se anunciaba su aportación al capital de una empresa y se solicitaba información sobre su posible inclusión en catalogo o su inclusión como Bienes de interés cultural (B.I.C.). Con dicho escrito se pretendía dotar de cierta credibilidad a los actos posteriores que se realizaron para apoyar la creencia de que efectivamente eran cuadros atribuidos al genial pintor aragonés. Con los respectivos informes elaborados a modo de expertización por un experto Doctor en Historia del Arte, se establecía como valor total el de 10.080.000 € y se aportaron a la sociedad mercantil en concepto de ampliación de capital, al objeto de participar en un proyecto de construcción, desarrollo y gestión de un futuro «Hospital para lesionados medulares» en Villaviciosa de Odón, de Madrid, sirviendo de referencia el Hospital de parapléjicos de Toledo. La Brigada de Patrimonio Histórico, señalaba las sospechas claras de que se habían sobrevalorado las pinturas, al estar convencidos por los datos aportados desde la Subdirección General de que no se trataba de obras de Goya, (aunque eran pinturas de finales del siglo XVIII) y por tanto existía un peligro claro de sobretasación. Posteriormente se comprobó que se había procedido a solicitar por sus propietarios, (antes de aportar los cuadros a la ampliación de capital de la sociedad mercantil el 24 de enero de 2013), un permiso de Exportación temporal a Suiza. A continuación, se solicitó la opinión de la experta en Goya del Museo del Prado, la cual realizó su concluyente informe el 21 de mayo, en el que tajantemente se rechazaba la posibilidad de que el autor de las obras, que señalaba como de bajísima calidad, pudiese ser Francisco de Goya. Ante la ausencia de contenido relacionado con el Patrimonio Histórico-artístico –curiosa conclusión–, se decretó con fecha 18 de junio, el archivo de Diligencias de Investigación, remitiendo testimonio al Juzgado de Instrucción n.º 45 de Madrid que conocía de la denuncia por estafa.

138. Peñuelas y Reixach, Ll.: «Las obras de arte falsas», en Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.),

Por otro lado, no debe olvidarse la inseguridad en el comercio en el sentido de que nadie sabe cuántas obras han sido almacenadas por los propios artistas, cuántas obras han salido de sus estudios[139], cuántas obras han sido regaladas a los allegados del artista, etc. El testimonio de los propios artistas no siempre es fiable porque puedan estar incapacitados, por equivocación –no siempre recuerdan el número de obras que han creado– y, como se ha adelantado, porque no siempre son honestos[140] por el miedo a perder su reputación en el mercado.

Junto a la profesionalización de los falsificadores y la falta de profesionalidad de algunos «expertos» que autentican las obras, debe tenerse en cuenta otro dato y es el método científico de comprobación. Evidentemente, cuanto más riguroso sea el método más fácilmente puede comprobarse la falsificación, lo que disuade de intentar nuevos procedimientos de engaño o manipulación. En el caso de obras pictóricas, las dataciones se hacen normalmente basándose en pigmentos[141], de modo que cada uno tiene una fecha de aparición. Desde esta perspectiva los avances en los métodos de análisis químicos ponen al descubierto el engaño más fácilmente que la vista humana. A su vez, estos métodos de comprobación resultan más difíciles cuanto más próximo se halla el tiempo de la falsificación al tiempo en que se creó la obra original. Así, con respecto al polvo que introduce el falsificador en las grietas producidas artificialmente en la pintura o en el craquelado artificial puede determinarse exactamente la edad de esas partículas con métodos químicos (es decir si es un polvo contaminado del s. XXI o se trata de unas partículas de otro siglo, según la composición de esa suciedad). En otras palabras, es más fácil imitar una obra contemporánea a la falsificación de una de otra época distinta. Por tanto, en palabras de Arnau[142] el enemigo más poderoso del falsificador es el tiempo.

4.2.2. Los certificados de autenticidad

Hemos visto anteriormente los diferentes procedimientos que se utilizan para imitar la obra original de un artista. También nos hemos referido a cómo las imitaciones, cuando se introducen en el mercado del arte, producen un perjuicio sensible no sólo al cliente que compra la obra sino también al propio artista.

Es por ello que, a pesar de la compleja realidad de la autenticación, cuando se comercia con bienes culturales y copias legales, los propietarios suelen expedir un documento denominado «*certificado de autenticidad*» que podemos definir como un «documento por medio del cual se atribuye una obra a un autor concreto», que garantiza la originalidad de dicha obra y que suele acompañarla[143].

Autoría..., op. cit., pp. 111-113.

139. Arnau, F.: *El arte...,* op. cit., p. 35.

140. Peñuelas y Reixach, Ll., «La autentificación...», op. cit., pp. 141-142.

141. Vid., *http://www.elconfidencial.com/tendencias/actio-falsificaciones-arte-laser-20100105.html*

142. *Ibidem*, p. 219.

143. Pese a que sólo catorce Estados de los EE.UU. hayan promulgado una ley de protección al consumidor, todos los Estados requieren a los vendedores proporcionar cierta infor-

Debido a la proliferación de falsificaciones y reproducciones, muchas ilegales, los artistas han tomado conciencia de la importancia de este documento, por lo que es muy común que acompañe a la pieza. Este hecho parece añadir aún más valor a la obra original o reproducción[144].

Por tanto, podemos definir un certificado de autenticidad como un «*documento por medio del cual se atribuye una obra a un autor concreto*» [145] y [146].

Su valor es muy relativo puesto que se ha demostrado cómo incluso estos certificados se falsifican para amparar una obra falsa. Sin embargo, pueden servir como prueba en los procesos judiciales.

Pese a que no existe un formato estándar[147] y [148], los certificados de autenticidad suelen constar de las siguientes partes[149] y [150]:

---

mación a los consumidores cuando estamos hablando de obras de arte. Se puede decir que las leyes en los EE.UU «*requieren a las galerías y a los marchantes proporcionar certificados de autenticidad cuando se realizan copias o reproducciones de obras de arte originales* [nuestra traducción]» Grant, D.: «Certificates of Authenticity». *American Artist, Nielsen Business Media*, 2006, p. 73. Sin embargo, también afirma el mismo autor (en la misma página) que suele ser menos común encontrar este tipo de certificados en los artistas que trabajan de forma independiente (sin ser representados por alguna galería o marchante), pese a que quien viole la ley referente a los derechos del consumidor será perseguido por el Estado.

144. «*Muchos artistas que ofrecen certificados de autenticidad sostienen que sus clientes creen que estos documentos, por un lado, confirman y, por otro lado, añaden valor a sus obras* [nuestra traducción]» *Ibidem*, p. 74.
145. Información obtenida de la «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.
146. «*Idealmente, los certificados deberían ser firmados y datados por los artistas y entregados físicamente al primer cliente* [nuestra traducción]» Lydiate, H.: «Authenticity Certificates». *Art Monthly*, 2012, p. 37.
147. Quizás sería una medida útil para la prevención de reproducciones ilegales y falsificaciones la creación por algún organismo oficial (Ministerio de Cultura, Unión Europea, UNESCO, etc.) de un formato estándar de certificado de autenticidad (seriado y con un registro central con acceso público), sin el cual fuera imposible vender la obra del artista.
148. Por ejemplo, Grant D.: «Certificates of Authenticity», p. 74, afirma que en los EE.UU. «*muchos certificados de autenticidad de artistas tiene formato libre* [nuestra traducción]».
149. Información obtenida de la «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.
150. Grant D. «Certificates...», op. cit., p. 73 afirma en su artículo que en los EE.UU se suele proporcionar información como, por ejemplo, «*el nombre del artista, el año en el que el trabajo fue realizado, la plancha de imprenta utilizada* (se entiende, en este caso, que para litografías o grabados), *el número de copias que son firmadas y numeradas, el tamaño total de la edición. […] Las normas también requieren que los coleccionistas sean notificados acerca del tipo de impresión (digital, litografía, grabados, por ejemplo), si la edición fue producida después de la muerte del artista, si es una reedición […], si el artista realmente es el que firmó la obra […], el nombre y lugar de la imprenta y si la plancha de imprenta ha sido destruida o está almacenada* [mi traducción]».

- Descripción de la obra (tipo, dimensiones, técnica utilizada, características, etc.),
- referencias sobre el artista,
- comparación con obras del mismo autor,
- número de serie del certificado (no obligatorio).

En ocasiones, cuando no se han confeccionado certificados, los comerciantes aportan otros documentos[151] con el fin de que sirvan para avalar la procedencia legal del bien. Como ejemplos, podemos encontrarnos con:

- Permiso de exportación emitido por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes,
- Catálogos[152] o exposiciones en los que ha podido estar expuesta la obra,
- Facturas de compra-venta anteriores.

De todo lo comentado sobre el certificado de autenticidad se desprende que para evitar adquirir reproducciones ilegales o falsificaciones, los entes público-privados (galerías de arte, marchantes, museos, organismos oficiales de cultura, etc.) tienen a gala revisar concienzudamente cada uno de los aspectos que desvelan el origen de un bien cultural. Podemos decir que estas corporaciones siguen un patrón de análisis habitual, un ritual o protocolo de actuación, cuando se acerca el momento de adquirir un objeto artístico[153].

Por otro lado, debemos hacernos la siguiente pregunta: «¿Quiénes emiten los certificados de autenticidad?» Podemos dividirlos en tres grupos[154]:

151. «*La mayor parte de las obras están bien documentadas: Fotografías realizadas durante la vida del artista, documentación procedente de los archivos del taller del artista, documentación de compras y ventas del/de los marchantes del artista, documentación de compras y ventas de propietarios posteriores, inclusión en exposiciones documentadas durante la vida del artista, ilustración en catálogos de exposiciones, mención e ilustración en críticas publicadas*». Peñuelas Reixach, Ll.: op. cit., p. 171.
152. Hay que ser cautelosos a la hora de tomar el catálogo de un autor como referencia. Pese a ello, muchos parecen contener de forma exacta la prolija producción del artista. A este respecto, Reixach comenta lo siguiente: «*Los exhaustivos catálogos razonados de varios volúmenes dedicados a los autores del s. XX, como Salvador Dalí, Pablo Picasso, Georges Braque, Piet Mondrian, Wassily Kandinsky y muchos otros son considerados mayoritariamente como precisos*», *Ibidem, 171.*
153. A este respecto, Reixach, op. cit., pp. 171-172 comenta lo siguiente: «*Cuando un cliente me trae una obra que desea vender, una de las primeras medidas que tomo es consultar si dicha obra figura en el catálogo razonado del artista. Si no existe tal catálogo, buscaré la obra en catálogos de exposiciones en museos o galerías. Una vez localizada dicha documentación, examinaré la propia obra de arte para determinar mediante la simple observación que la obra que se me ha presentado es un original y no una copia. Este proceso se repite constantemente en las grandes galerías y casas de subastas, y la gran mayoría de las piezas compradas y vendidas en el mercado del arte a nivel mundial día tras día no levanta polémica alguna, ni tan sólo un comentario, respecto al tema de su autenticidad; lo mismo ocurre con las obras expuestas en los grandes museos. No obstante, la experiencia demuestra que la documentación histórica de algunos artistas resulta menos completa o fiable que la de otros*».
154. Información obtenida de la «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio

1. Personas con formación específica en arte[155] (con formación general o especializada en autores concretos).
2. Fundaciones (sobre autores más relevantes)[156].
3. Familiares o personas muy vinculadas al autor[157].

En este punto, es necesario subrayar que aportar documentación no asegura indubitadamente la segura procedencia del bien cultural, ya que estos certificados igualmente pueden ser falsos o falsificados[158, 159 y 160].

Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.

155. Don Thompson, economista y profesor de empresariales, opina a este respecto que existen dos tipos de expertos en los casos de analizar cuadros antiguos: *el entendido* (persona con dilatada experiencia en el artista; examina los colores, textura, etc.) y *el conservador* (somete a la obra a un examen científico con luces negras, rayos X y pigmentos, con el fin de averiguar si el lienzo y la pintura son coherentes con la época en la que fue pintada la obra). Vid., Thompson, D.: *El tiburón de doce millones de dólares*, Barcelona: Ariel, 2009, pp. 250-251.
156. «*Algunas notables fundaciones o corporaciones de artistas han establecido en las últimas décadas "comisiones de autentificación", compuesta por miembros con un gran conocimiento y experiencia sobre el artista fallecido y su trabajo* [nuestra traducción]», Lydiate, H.: «Authenticity Certificates». *Art Monthly*, 2012, p. 37.
157. En este caso, nos gustaría cuestionar los conocimientos técnicos que poseen determinados familiares de artistas para determinar si una obra es auténtica o no lo es. El simple hecho de estar emparentado con el autor no debería suponer un valor añadido a la propia certificación. «*El caso de los expertos que firman certificados de autenticidad es un punto y aparte, se lamenta Montero, debería de ser más serio el tema, cualquiera se permite el lujo de firmar un certificado. Un chófer, un amigo, un vecino…, de un pintor se atribuye la calidad de experto y firma certificados*». Cfr., *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.
158. «*Este documento […] puede ser objeto de falsificación […] para hacer creer que una obra de arte falsa es de la autoría del artista que figura en el certificado*». Peñuelas Reixach, op. cit., p. 139. En el mismo sentido: «*Ni siquiera las obras acompañadas de la certificación pertinente se libran del riesgo de ser falsas. Y no es que los expertos y críticos del arte sea fáciles de engañar, es que, a pesar de todos los avances tecnológicos, demostrar que un cuadro es falso es casi tan difícil como demostrar que es verdadero*»: *http://lapiedradesisifo.com/2013/07/02/las-m%C3%A1s-grandes-falsificaciones-del-mundo-del-arte/*
159. Interpol logró decomisar 105 obras de arte antiguas falsas en Argentina en el mes de octubre de 2016. El procedimiento era el siguiente: Los delincuentes compraban obras antiguas, les cambiaban el nombre del autor por otro de mayor prestigio profesional y falsificaban también los certificados de autenticidad. *http://www.diariopopular.com.ar/notas/270701-interpol-capturo-105-obras-arte-falsificadas–*
160. Con respecto a los certificados falsos, nos gustaría recalcar la siguiente aseveración, realizada en una revista de arte: «*Muchos llegan a España de Suramérica, con logotipos de galerías españolas fantasmas o reales con direcciones falsas, utilizan en algunos casos nombres de pintores importantes para acreditar determinadas obras, emiten certificados en distintos formatos, en papel timbrado, en numerosas ocasiones junto a estos documentos se adjunta un acta notarial que certifica que la firma del presunto experto es auténtica, no que la obra lo sea, los compradores potenciales no caen en este detalle*». Cfr., *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.

También puede ocurrir que certificados de autenticidad auténticos se utilicen para amparar obras falsas[161].

Además, se le une a esta incertidumbre el despropósito a la hora de buscar un experto o especialista para asesorar acerca de la falsificación de un bien cultural y de su certificado[162], sin olvidar que estos trámites suelen ser bastante caros, lo que resulta un inconveniente para las economías medias[163].

En el caso de que se lleve a cabo la autenticación de una obra por un experto, la pericia suele centrarse en discernir acerca de la atribución del objeto en cuestión a un autor concreto, sin entrar en más detalles[164].

161. «*En el año 2005, Ely Sakhai, propietario de la Exclusive Art Gallery de Manhattan, fue condenado por venta de varias obras falsas, entre las que destacaba La nappe mauve (El mantel púrpura, 1972) de Marc Chagall. Este galerista obtenía certificados de los expertos más reputados, por ejemplo del Comité Chagall, de las obras auténticas. Luego las copiaba, y vendía estas copias acompañadas del certificado auténtico, con lo que conseguía engañar más fácilmente al comprador […]. Según la demanda, Sakhai compraba cuadros de artistas tales como Chagall y Renoir, y después, supuestamente, hacía falsificaciones y las vendía por millones de dólares, "llevando a los compradores a creer erróneamente que las falsificaciones eran auténticas, y eso de manera falsa y deliberada". Más tarde vendía las obras auténticas, normalmente en subastas públicas, embolsándose dos veces el precio de venta. En la demanda se mencionaba una venta, La nappe mauve de Chagall, que Sakhai compró en 1992 en una subasta: después supuestamente vendió una falsificación a un marchante de arte de Tokio (junto con un certificado de autenticidad). Más adelante vendió la versión auténtica en una subasta de Christie´s en Londres*». [El texto anterior, pese a pertenecer al artículo original denominado «New York Art Dealer Accused of Forgery Scam», The Art Newspaper, núm. 146, 1 de abril de 2004, en el archivo digital de dicha publicación, véase *www.theartnewspaper.com* (1-1-2013), se encuentra reflejado en Peñuelas Reixach, op. cit., p. 139].

162. Reixach habla acerca de la dificultad de «*encontrar expertos de reconocido prestigio a los que acudir para asesorarse. En primer lugar, porque dejando a un lado el caso de artistas que tienen fundaciones que asumen esta tarea, suele resultar arduo para la mayoría de coleccionistas saber a ciencia cierta cuáles son los expertos con prestigio y honestidad que pueden realizar este peritaje*» Ibidem, p. 109. También estos expertos tienen «*temor a ser demandados […]. En cambio, lo que sí resulta más fácil es encontrar expertos de dudosa autoridad y/u honestidad dispuestos a emitir, a precios módicos y de forma rápida (pues apenas suelen efectuar investigación alguna ni existir ver la obra), opiniones que acaban confundiendo al público no entendido en estas cuestiones*» Ibidem, p. 110.

163. «*Las pruebas para declarar la autenticidad de las obras de arte, entre las que destacan las relativas a procedencia, peritajes estilísticos por expertos y pruebas científicas, en general son caras, lo que constituye un evidente obstáculo para su ejecución en muchos casos. En otros, su coste no compensa. Junto al importe económico, otros factores que desincentivan su realización son las dificultades logísticas y el tiempo necesario para llevarlas a cabo. (Algunas de estas pruebas exigen por ejemplo que la obra sea transportada a lugares lejanos, para lo cual tal vez haya que contratar compañías de transporte especializadas, suscribir seguros de transporte y solicitar permisos de exportación). Todo ello crea graves inconvenientes para que se den procesos de autentificación rigurosos que sirvan para detectar las obras falsas*» *Ibidem*, p. 111.

164. «*Para el filósofo del arte Dennis Dutton, una obra de arte auténtica es aquella cuyo origen, autoría y procedencia están correctamente identificados. De estos tres elementos, íntimamente relacionados, propiamente el que nos interesa a nosotros es el de la autoría, dado que es éste el que juzgarán principalmente los comités de autentificación y expertos en arte cuando realicen su labor de autentificar las obras de arte. […] Autentificar supone en todos los casos efectuar un proceso. Además, cabe resaltar que son acciones que persiguen sólo comprobar si es correcta la atribución de autoría de la obra de arte*

Los especialistas en el análisis de certificados de autenticidad suelen coincidir en los trámites que deben seguirse para la autenticidad de una obra de arte[165]:

- El **asesoramiento de un experto** (basado en su percepción visual, su formación en Historia del arte, consciencia técnica y experiencia empírica),
- La **procedencia** de la obra (basada en la trazabilidad de la obra desde los orígenes del artista, su cultura o localización geográfica pasando por los múltiples propietarios que ha tenido la pieza hasta el definitivo[166]),
- Las **pruebas científicas** (basadas en cuestiones tales como la edad, estructura, material y método utilizado para la fabricación. Esta prueba no es definitiva, ya que solamente puede demostrar que una obra fue realizada en un determinado período de tiempo, pero no por un autor concreto[167]).

A nuestro juicio, debería incluirse en el análisis mediante pruebas científicas el estudio de la firma del autor (en el caso de que exista), peritaje realizado por especialistas en Grafística.

En cuanto a posibles medidas a aplicar para reducir la falsificación de certificados de autenticidad, quisiéramos aportar un estudio realizado por científicos de la Universidad de Roma (Italia)[168] en el que se proponen sustituir el certificado en formato de papel mediante una versión digital, la cual contendría información específica relacionada con la propia obra. Gracias a las ventajas que proporciona la autentificación humana mediante la Biometría y usando algunas características aleatorias inimitables, sería posible, según los autores del estudio, crear un certificado de autenticidad digital seguro.

Por último, expresar que en el último siglo y lo que llevamos de éste, las leyes estatales que abordan la propiedad intelectual han intentado dar cobertura legal a la expedición de certificados de autenticidad. En cuanto a normas de carácter

---

respecto a un artista concreto, es decir, no pretenden resolver quién es su autor en caso de que este juicio sea negativo» Ibidem, p. 133.

165. Clasificación acorde a los comentarios vertidos por el abogado y asesor de comités de expertos de arte Ronald D. Vid., Spencer, R. D.: «Authenticity», en *Trusts and States*, 2005, p. 61.

166. Otros expertos en la materia también han tenido en cuenta estos dos primeros aspectos: «*La experiencia es la principal manera de autenticar una obra. La segunda es la procedencia o sea buscando la historia documentada del objeto». http://www.portafolio.co/tendencias/el-autentico-arte-de-la-falsificacion-502336.*

167. La utilización de las pruebas científicas debe realizarse con la debida cautela. En este sentido, se expresa Luciano Delgado, asesor en legalidad y fiscalidad de arte de WeCollect Club: «*Realmente es un problema muy grave del mercado del arte que se debe intentar solucionar. La detección de falsificaciones no es un método científico porque si lo fuera no habría obras falsas en museos, y todo el mundo sabe que las hay, las ha habido y las habrá»,* comenta. *http://blogs.periodistadigital.com/tresforamontanos.php/2017/03/12/exposicion-sobre-el-arte-de-la-falsifica.*

168. Cozzella, L., Spagnolo, G. S. y Leccese, F.: «Biometric-Libe approach for verifying artworks authenticity», en *Applied Physics Research, Canadian Center of Science and Education.*, 2013, p. 118.

intergubernamental, es útil destacar la Convención de Berna para la Protección de la Literatura y las Obras artísticas firmado en 1886 por la inmensa mayoría de los países desarrollados, entre ellos, el Reino Unido y los EE.UU (países con un gran volumen de transacciones comerciales artísticas).

Para la Guardia Civil, la existencia de un certificado de autenticidad que acompañe a una obra de arte ya es, por sí misma, sospechosa de encubrimiento para cometer estafas, empleando obras falsas o falsificadas. A juicio de uno de sus expertos, «*una obra original no necesita ningún documento para acreditar que es buena y que la existencia de uno de estos certificados es el primer indicio de que podemos encontrarnos ante una falsificación. Lógicamente un particular (coleccionista) que quiera asegurarse de que va a adquirir una obra de arte auténtica, debe asesorarse por especialistas, pero es fundamental que estos especialistas sean elegidos por el comprador y no por el vendedor, ya que en el segundo caso, es muy probable que certifique lo que quiera el poseedor de la obra, que es quien le paga*»[169].

4.2.3. Relevancia penal de la falsa autenticación

En este proceso es preciso distinguir el peritaje subjetivo del objetivo. Quien falsifica a través de un peritaje subjetivo, emitiendo su opinión sobre la autoría de la obra aplicando rigurosamente los conocimientos técnicos que se le suponen, aunque llegara a una conclusión equivocada, evidentemente no puede dar lugar a ningún tipo de responsabilidad penal[170], salvo que pudiera probarse el dolo, en cuyo caso podría ser constitutivo de un delito de estafa o bien de uno de falsedad, lo que concretaré a continuación.

Por el contrario, el peritaje objetivo (que suele acompañar al subjetivo) esto es, el basado en métodos científicos de expertización, si los resultados de estos métodos o el método mismo han sido manipulados para apoyar la opinión del experto, esta manipulación ya puede constituir el engaño de la estafa[171] si se cumplieran los requisitos de esta figura. Sin embargo, esta manipulación difícilmente constituye falsedad documental salvo que el documento tenga la categoría de público u oficial porque esta falsedad, en la medida en que consiste en una declaración mendaz, debe calificarse como ideológica[172], que, cometida en documento privado, no adquiere relevancia penal, salvo que esta falsedad se subsuma en la simulación del art. 390.1.2.º CP (cuestión analizada anteriormente).

169. Entrevista con el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, el día 04 de mayo de 2015.
170. Muñoz Conde, F.: «El tráfico ilegal...», op. cit., p. 415.
171. Roma Valdés, A.: *Comercio y Circulación...*, op. cit., p. 20. Muñoz Conde, F.: «El tráfico ilegal...», op. cit. p. 415. Molins Raich, M. y González García, J.: «Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría», en Peñuelas y Reixach, Ll.: op. cit., p. 305.
172. Vid., Muñoz Conde, F.: «El tráfico ilegal...», op. cit., p. 415.

Por tanto, descartamos que este proceso falso doloso de autenticación pueda constituir un delito de falsedad de certificados (arts. 397 y ss. CP) que gozan de una penalidad atenuada en relación con las falsedades documentales. En efecto, ante la ausencia de definición legal del término *certificado,* la RAE[173] lo define como el «documento en que se asegura la verdad de un hecho»[174]. Sin embargo, la Jurisprudencia hace una interpretación restrictiva[175] *in malam partem* de este concepto vinculándolo a la gravedad y trascendencia de la certificación debido al tratamiento punitivo privilegiado de la falsificación cuando afecta a este objeto material lo que significa que cuando esta falsificación tiene gran trascendencia (sin especificarse el límite de la misma) la falsificación se subsumirá en la de documentos privados dado que aquéllos son una subespecie de éstos. Se trata ésta de una delimitación apoyada en una burda argumentación.

Por el contrario, creemos que un documento en que se «certifica» falsamente la autoría de una obra de arte por un experto, en realidad no es un certificado en el sentido de los arts. 397 y ss. CP, pues estos tipos penales exigen que se trate de certificados de los que libra un facultativo. La definición de facultativo está prevista en los arts. 303 y 372 CP –*«a tal efecto se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes»*–. Desde este punto de vista, el certificado que pueda emitir el experto de la obra de arte no es la certificación a la que hacen referencia los arts. 397 y ss., porque ha de identificarse únicamente con aquellos certificados que emiten los facultativos. Ni siquiera son certificaciones que puedan equiparase a la laxa definición que la Jurisprudencia[176] efectúa con respecto al facultativo: Es decir, la emisión de certificados por facultativos, conforme a la vaga definición de éstos por la Jurisprudencia como la que expide aquella persona con titulación reconocida por el Estado tampoco se equipararía a la labor que hacen los expertos de autenticación de las obras de arte.

A estos efectos, para subsumir la conducta en la falsedad de certificados de los arts. 397 y ss., el sujeto activo en cuestión y en relación con el documento emitido

173. *http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=0yVLvfuu6DXX2Be9T4Xl#0_2*
174. La Jurisprudencia lo ha ido perfilando como «aquellos en los que se hace constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, o por su correspondencia con datos previamente registrados» (STS 279/2010, de 22 de marzo (RJ 2010, 2327), caso YAK 42).
175. STS 2001/2000, 27 de diciembre (RJ 2000, 10340); STS 1/2004, de 12 de enero (RJ 2004, 672); ahondando en esta distinción, el criterio diferenciador se encuentra en que en los tipos atenuados de certificación falsa lo librado sólo cumple la función de adverar o acreditar hechos sin otras finalidades, y, en cambio, en la falsedad de documentos se da la transcendencia de la alteración del instrumento documental atendidas la alteración de bienes jurídicos de particular relevancia, lo cual permite calificar de especial gravedad la falsificación.
176. Así, la Jurisprudencia ha considerado que *facultativo* es aquella persona con titulación reconocida por el Estado que le capacita para expedir certificados con relevancia jurídica (SAP 3.ª, 96/2001, 20-12: aparejadores, por tanto, fuera del ámbito de la medicina).

debe tener legalmente atribuida esa función de certificación (o puesta en evidencia) bien sea en virtud de ser custodio de registros (que será la función más habitual) bien sea en virtud de la aplicación de simples procedimientos técnicos (por ejemplo, una certificación de eficiencia energética). En consecuencia, en el caso del experto, en realidad lo que emite no es un certificado en el sentido del art. 397 CP, sino el resultado de una mera labor pericial que según los casos tendrá la consideración de documento público o privado. Es decir, es una función anudada al propio documento que certifica. En estos casos, se trata, por tanto, de una falsedad de documento privado en sentido penal. Y ello fundamentalmente por dos razones: primera porque el «certificado» no es más que una especie de etiqueta «conclusiva» de un informe pericial, por lo que no puede desligarse de esa naturaleza de documento. Y segunda, con la restricción tan notable que está teniendo el concepto de certificado en la Jurisprudencia, encajaría mejor con esa línea de interpretación la idea de que son documentos.

Cuestión distinta es que, por ejemplo, un director de un museo o de una casa de subastas emita un documento en que certifique que de acuerdo con un informe elaborado por terceros la obra ha sido adjudicada a tal autor, siendo eso inveraz. En tal caso, sí se trataría de un certificado.

4.3. TERCERA FASE: USO DEL DOCUMENTO FALSO

Como es sabido, la falsificación del documento y el uso propio del mismo constituyen concurrencia normativa que se suele resolver por principio de subsidiariedad a favor de la primera. Más propiamente, constituye un acto de agotamiento del delito de falsedad anteriormente consumado: SSTS 1015/2009, de 28 de octubre (RJ 2009, 5757) y 536/2009, de 19 de mayo (RJ 2009, 4195), entre otras.

Sin embargo, lo habitual en el tráfico de obras de arte, será el uso del documento falso cuando previamente no se ha falsificado y sin que sea precisa la connivencia con el falsificador. Estos casos serán subsumibles en la conducta de uso de documento privado del art. 396 CP siempre que a sabiendas de su falsedad se use para perjudicar a otro, lo que determinará, a su vez, en la mayoría de los casos, un concurso de leyes con la estafa a favor de ésta última (STS 552/2012, de 2 de julio (RJ 2012, 7072); STS 236/2009, de 17 de marzo (RJ 2009, 1350); STS 640/2007, de 6 de julio (RJ 2007, 3895), entre otras). No así cuando se presente en juicio puesto que no requiere un especial ánimo de perjuicio STS 1461/2004, de 9 de diciembre (RJ 2005, 263): puede haber aquí concurso de delitos Excluidas las conductas de falsificación de obras de arte del concepto de falsedad de certificados, la relevancia penal del uso de estos certificados falsos no se subsumirá, en

coherencia con lo mantenido, en el art. 399.2 CP[177] sino en efecto, en el mencionado art. 396 CP.

Evidentemente, si una incorrecta atribución imprudente de una obra a su autor no adquiere relevancia penal, tampoco constituye delito el uso imprudente de una certificación.

4.4. ACTOS PREPARATORIOS

Por último, es preciso destacar que la fabricación y tenencia de útiles específicamente[178] destinados a falsificar (art. 400 CP[179]), tan frecuente en el mundo del arte, desplaza la tentativa de falsificación por criterio de especialidad (STS 279/2008, de 9 de mayo (RJ 2008, 3582)). Se trata de uno de los supuestos previstos expresamente en el Código penal en los que se adelanta la barrera punitiva equiparando a efectos de penalidad los actos preparatorios a la categoría de consumación[180].

5. CASUÍSTICA CRIMINAL

5.1. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

La falsificación de obras de arte supone una de las tipologías criminales más comunes relacionadas con el Patrimonio Cultural. Pese a ello, no llegan a producirse tantas denuncias de falsificaciones como de hechos relacionados con robos, daños o expolios de yacimientos arqueológicos[181]. Además, las falsificaciones

177. Precepto que exige, por cierto, que se conozca la falsedad y de otro lado, no se requiere ánimo de perjudicar. En cuanto al conocimiento de la falsedad, parece una exigencia innecesaria si tenemos en cuenta que los demás casos de uso de documentos falsos requieren realizarlo «en perjuicio de» lo que es inherente al conocimiento de la falsedad. De ello se deduce que también en el caso de uso de certificados aunque no se imponga expresamente debe exigirse ánimo de perjudicar, en la medida en que además tiene la misma pena la falsificación y el uso. En definitiva, *traficar* ya es inherente al *perjuicio*. Vid., Sánchez Tomás, J. M.: «Los delitos de falsedad...», op. cit., p. 1515.
178. Si no tiene este fin específico –que no exclusivo– la conducta no puede ser constitutiva de delito: SAP Málaga (2.ª) 153/2000, de 4 de mayo. Este fin no excluye otros fines. Debe probarse la aptitud y cualidad del objeto para servir específicamente a ese fin: STS 576/2006, 9 de mayo de 2006; STS 507/2007, de 8 de junio (RJ 2007, 5653); STS 1229/1999, de 26 de julio.
179. Artículo reformado por LO 1/2015: *«La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores»*.
180. Sánchez Tomás, J. M.: «Los delitos de falsedad...», op. cit., p. 1529.
181. Esta casuística variará dependiendo del área de responsabilidad de cada Institución Policial. Por ejemplo, el número de robos y expolios en yacimientos arqueológicos aumentará en áreas de demarcación competentes a la Guardia Civil por la idiosincrasia de su propio ámbito de actuación.

parecen crear menor alarma social que estas dos anteriores[182], lo cual no debe restarles importancia.

En cuanto a este tipo concreto de fraude, como mencionamos anteriormente, suelen aparecer en un mayor número en las obras pictóricas[183], sin descartar que también puedan encontrarse en otros ámbitos artísticos (obras escultóricas, grabados...)[184]. En algunos casos, los estafadores tienen vinculación con el mercado del arte, «*entremezclando la actividad lícita con la ilícita y aprovechándose de su prestigio profesional*»[185] que termina siendo afectado por llevar a cabo esta actividad ilegal: «*aunque puedan entremezclar la actividad lícita con la ilícita, de lo que no cabe ninguna duda es que su prestigio profesional es nulo; es decir, llegan a ser conocidos tanto por las Unidades Policiales Especializadas, como por el mercado del arte*»[186]. Por ello, mientras no se descubra la estafa, una falsificación podría acceder al mercado del arte en varias ocasiones hasta que sea detectada[187].

Pero, ¿por qué resulta tan difícil detectar esta estafa antes de que se produzca la transacción entre cliente y vendedor? El hecho de que los estafadores puedan formar parte del mercado del arte como intermediarios, unido a la gran exactitud que existe en las copias o reproducciones, hacen muy difícil su detección. Además, los mejores falsificadores poseen una gran habilidad para reproducir

182. Para comprobar la magnitud del interés que puede alcanzar en la Sociedad el robo o expolio arqueológico de bienes culturales, no cabe más que recordar la sustracción del Códice Calixtino en la Catedral de Santiago de Compostela en 2011 o el expolio de miles de monedas de oro y plata del pecio hundido «Nuestra Señora de las Mercedes» por el buque cazatesoros Odyssey en el año 2007.

183. GUARDIA CIVIL, «Manual de Ciencias Forenses II», en Grado de Ingeniería de la Seguridad del Centro Universitario de la Guardia Civil y Servicio de Criminalística, 2013, pp. 670.

184. Con respecto a las pinturas falsificadas, son importantes los consejos que se ofrecen desde algunos medios especializados: «*Hasta mediados del siglo XX los bastidores los hacían los propios pintores, después ya comienzan a utilizar los industriales. A este respecto los expertos recomiendan, a la hora de adquirir un lienzo, mirar siempre por detrás ya que muchas veces proporcionan información muy precisa, como firmas del artista, sellos y etiquetas de exposiciones, aduanas, galerías, papeles de periódicos pegados, apuntes, etc. A veces los cuadros hablan más por detrás que por delante y es importante tener en cuenta que los reentelados pueden ocultar una obra falsa*». *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.

185. Información obtenida de la «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil.

186. Entrevista con el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, el día 04 de mayo de 2015.

187. «*Cualquier obra puede volver a entrar en el mercado del arte secundario varias veces. En caso de que el objeto en cuestión no sea auténtico, sólo se convierte en un fraude cuando la persona que negocia su venta sabe que no es auténtico. Por lo tanto, teóricamente es posible que la misma obra de arte se venda varias veces y no siempre se vea involucrada en un fraude» (*Peñuelas Reixach, Ll.: op. cit, p. 103), aunque es una aseveración textual extraída de la siguiente obra: Chappell, D. y Polk, K.: «Fakers and Forgers, Deception and Dishonerty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud», en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 20, 2008-2009, p. 402.

fielmente cada uno de los detalles que posee una obra de arte original. Estos dos motivos hacen indetectables muchas obras falsas[188].

A todo esto, se ha unido en las últimas décadas la difusión que tiene el mercado del arte el uso de Internet, que ha sido aprovechado por la criminalidad como un medio mucho más sencillo, amplio y lucrativo de introducir género falso en el mundo artístico[189].

Además de ello, expertos policiales asienten que, como hemos adelantado, ha aumentado la falsificación de obras de arte tanto a nivel nacional como internacional (vid., la estadística en un epígrafe posterior). ¿Y cuáles son las razones que han motivado un incremento de esta tipología?

A nuestro juicio, la proliferación en la falsificación de bienes culturales se debe a varios factores:

188. «*Los falsificadores son artistas con una capacidad especial para imitar estilos de otros, no sólo son copistas, crean obras propias utilizando el estilo del pintor al que falsifican. Pero no todos estos artistas falsifican, es decir, pintan cuadros al estilo de..., pero no firman. Hasta ese momento no existe nada que sea ilegal, […], es una obra original suya pero sin firma. Estas pinturas comienzan entonces un proceso complejo hasta convertirse en un fraude, en un principio no suelen ser los propios pintores los que les añaden la firma. La obra sale del estudio de un pintor –primer paso del engaño– y es trasladada a otro lugar, en algunas ocasiones viaja hasta el otro lado de la Península, donde espera turno para pasar por las manos del especialista en firmas. La pieza puede cambiar sucesivamente de manos esperando el momento propicio para entrar en el mercado. Algunas llevan hasta certificados de dudosa legalidad para embaucar a los incautos. […] La Policía tiene acreditado que las mayores estafas se cometen entre particulares, en seudo-anticuarios sin establecimiento especializado estable. A este respecto el portavoz policial destaca que los catálogos que publican las casas de subastas son un magnífico instrumento para el seguimiento del mercado. […] "La destreza de algunos imitadores de dibujos es impresionante, en muchas ocasiones es simple cuestión de entrenarse y aprender algunos rasgos concretos y ya está. El papel donde los realizan es de época y, además, puede salirles gratis ya que utilizan hojas de cortesía y en blanco que arrancan de libros de bibliotecas o de ejemplares adquiridos en ferias y mercadillos. Sin embargo para las litografías o técnicas similares están utilizando cartulinas malas", señala Tomás Antón.[…] Las bandas familiares ubicadas en Galicia, Navarra, Valencia, Madrid, Cataluña y sobre todo la Costa del Sol, trabajan a través de intermediarios que colocan las obras en distintos puntos de España o en el extranjero. Si la obra que quieren vender es de gran envergadura se hacen pasar por herederos o se atribuyen, en algunos casos, títulos nobiliarios, alquilan lujosos coches y se instalan en magníficos hoteles. Si la obra es menor la parafernalia es mucho más simple, se intenta colocar a través de un amiguete o se vende en ferias de antigüedades itinerantes. Estas mafias actúan también amparándose en marcos legales, esto es lo que sucedió hace unos años cuando un particular decidió acudir a un restaurador con un cuadro de Sorolla que había sufrido un rasguño, cuando se terminó la restauración también se concluyó una copia exactamente igual al original, incluido el rasguño y su restauración, esta copia ha estado en posesión de un banco que la adquirió sin saber que era falso, en la actualidad se encuentra en proceso judicial». http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/.*

189. «*Para los falsificadores de arte, Internet ha supuesto una gran fuente de clientes*». Vid., Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.): *Autoría...*, op. cit., pp. 109, aunque es una aseveración textual extraída de la siguiente obra: Gioconda, J. C.: «Can Intellectual Property Laws Stem the Rising Tide of Art Forgeries?», *Hasting Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 31, 2008-2009, pp. 57-58.

- Mayor demanda[190] por parte de las economías medias para la compra de arte sin una preparación adecuada[191].
- Rentabilidad económica de las falsificaciones[192]. En estos casos, debe tenerse en cuenta la amplia variedad de falsificaciones: desde la falsificación de obras únicas de gran valor económico hasta las copias o reproducciones ilegales de obras seriadas que tiene menor valor pero que se venden en grandes cantidades[193].
- Elevado número de casos sin conocer, como también hemos adelantado, ya que muchos casos no son denunciados por el adquiriente de la obra falsa[194]. No interesa a los coleccionistas estafados ni a los intermediarios (repercute sobre el mercado[195]). Pese a esto, en opinión de un experto

190. Como se ha adelantado anteriormente en el ejemplo del pintor Corot, «*como la demanda es la que dirige el mercado del arte, cuando la demanda supera la oferta, esta oferta debe inventarse*», aunque es Peñuelas Reixach, op. cit., p. 112. Aunque es una aseveración textual extraída de la siguiente obra: Spencer, R. D. (ed.): El experto frente al objeto, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 138-139.
191. Se evidencia una falta de formación clara por parte de los compradores: «*La entrada en el mercado del arte de una gran cantidad de coleccionistas que compran, no tanto porque tengan un conocimiento e interés en las obras y en el arte, sino por una cuestión especulativa o de estatus social, ha motivado un incremento considerable de personas que adquieren arte sin una mínima formación sobre lo que están comprando si sobre las garantías que deben exigir al hacerlo, factores que facilitan que se les vendan obras de arte falsas*», *ibídem,* p. 111.
192. «*En cuanto a la falsificación, posiblemente sea la que produce más beneficios ilegalmente obtenidos. Está motivada por la fuerte demanda de compra de determinados bienes, pudiéndose obtener grandes beneficios con este ilícito motivado por los bajos costes de fabricación, su dificultad de identificación por el comprador medio y a veces el profesional, la necesidad de blanquear beneficios, la inversión con fines de aminorar la presión fiscal...»:* Prieto de Pedro, J., et al. «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales» *I Encuentro profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales.* Madrid: Secretaría General Técnica de la Subdirección General de Documentación y Publicaciones (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). NIPO: 030-13-290-9, 2013, p. 62.
193. Peñuelas Reixach, Ll.: *Autoría...*, op. cit., p. 112.
194. No parece interesar al adquiriente de una obra falsa que se conozca que ha sido estafado. Esto ocurre tanto si el receptor es un coleccionista privado (por orgullo o para incluso vender la obra de nuevo en el mercado) como si ha sido víctima un profesional del mundo del arte (por temor a minar su prestigio en el gremio y su volumen de negocios). A este respecto se pronuncia Reixach cuando dice: «*El coleccionista que descubre que ha sido engañado, lo que a veces ocurre sólo después de muchos años, no siempre optará por denunciar la lesión de sus intereses. En ocasiones, para preservar su imagen en el mercado y ante la sociedad y no pasar por un ignorante estafado, o incluso para intentar revender o donar la obra, preferirá guardar silencio*». Peñuelas Reixach, Ll.: *Autoría...*, op. cit., pp. 112-113. En otras ocasiones, la víctima desiste de denunciar el caso debido a que, como ya hemos expresado anteriormente, el proceso pericial y judicial suele ser bastante lento y costoso. En este sentido, Reixach comenta lo siguiente: «*Los procesos judiciales sobre falsificaciones pueden alargarse mucho en el tiempo y provocar gastos que no se compensen con los ingresos de una sentencia favorable*». Ibidem, p. 115.
195. Sobre esto, Reixach comenta lo siguiente: «*Los galeristas afectados tenderán a no hacer público ningún caso de falsificación por temor a perder clientes o no poder revender la obra. Además, en general los galeristas no están interesados en que haya noticias sobre falsificaciones de obras de arte,*

de la Guardia Civil en este ámbito, se puede confiar en el conjunto de tratantes de arte: «*la mayoría de los comerciantes de arte (anticuarios, galeristas) son personas perfectamente íntegras que colaboran con la Justicia y denuncian los hechos, aunque puedan perjudicarles económicamente*»[196].

– Deficiente regulación legal nacional e internacional. Como se ha destacado, aunque existen en el Código penal otras vías de punición, los delitos relacionados con la falsificación de obras de arte son tratados a lo sumo como un delito de estafa con las dificultades probatorias que encierra, en vez de ser considerado como un delito específico realizado contra el Patrimonio Histórico[197].

Con el fin de evitar la estafa, sería recomendable que los clientes obtuvieran un asesoramiento personal acerca de la obra a adquirir con el apoyo de especialistas en la materia. A este respecto, hay quienes consideran que: «*Para evitar fraudes es importante la colaboración no sólo de expertos o de la familia sino también de Fundaciones que defienden la obra del autor*»[198].

Algunas fuentes especializadas no consideran que existan organizaciones criminales o grupos criminales organizados responsables de la mayoría de casos en los que se producen falsificaciones de arte[199]. Sin embargo, durante el proceso en el que se crea una obra falsa y es colocada en el mercado legal, varios delincuentes se asocian entre sí y pueden entrar dentro de esta acepción[200] (delincuencia organizada), cumpliendo con los siguientes requisitos:

---

ya que piensan que ello puede provocar una pérdida de confianza en el mercado del arte a muchos potenciales compradores. [punto y aparte] A los artistas tampoco les conviene que se sepa que son objeto de falsificación, pues ello puede perjudicar el precio de sus obras y la predisposición de los coleccionistas a adquirirlas». Ibidem, p. 113.

196. Entrevista con el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, el día 04 de mayo de 2015.

197. A este respecto, Reixach comenta lo siguiente: «*Al no existir un delito de falsificaciones de las obras de arte y a pesar de que el Código Penal ofrece otras posibilidades, las falsificaciones se han perseguido tradicionalmente a través del delito de estafa. […] exige tanto que se demuestre la intención de defraudar o engañar como que el engaño haya sido bastante para provocar la transacción patrimonial, lo que no siempre se puede probar. […]Apenas existen sentencias al respecto», Ibidem,* p. 116.

198. *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/.*

199. En un encuentro profesional entre expertos en la lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales, al analizar cada uno de las tipologías delictivas que nos podemos encontrar que atenten contra el patrimonio cultural, se comentó que: «*En todos los casos, se está hablando de delincuencia convencional, más o menos especializada, alejada en muchos casos de lo que se conoce como delincuencia organizada*» Prieto de Pedro, op. cit., p. 64.

200. La reforma del Código Penal español llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio tipificó, por primera vez, el delito de *delincuencia organizada* de forma autónoma en el artículo 570 bis, ter y quáter. Posteriormente, este articulado ha sido modificado en la reforma realizada por la Ley Orgánica LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» 31 marzo). De este modo se determina la posibilidad de sanción por la mera pertenencia a un grupo u organización criminal, con independencia del resto de ilícitos penales que hubieran cometido sus integrantes. Es decir, generalmente se produce un concurso real de delitos, en

- Los delincuentes conforman en muchas ocasiones una pluralidad de personas (más de dos personas) para llevar a cabo sus actividades,
- Además, tienen una finalidad clara (la comisión de delitos o reiteradas faltas penales),
- La organización tiene cierta jerarquía y disciplina con distribución de roles o funciones (uno tiene talento para copiar las obras de otro autor, otro falsifica los certificados de autenticidad, aparece un tercer sujeto que transporta las obras de un lugar a otro, otro se encarga de introducirla en el mercado del arte, etc.).
- Sus miembros suelen estar asociados por un período de tiempo lo suficientemente importante como para delinquir de forma reiterada (la permanencia y estabilidad son factores de relevancia).

Y, respecto al concepto de grupo criminal, en su art. 570 ter.1, el Código Penal español establece: *«....se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos»*.

En opinión de especialistas de la Guardia Civil, podría haber dudas sobre la pertenencia de este tipo de delincuentes a organizaciones o grupos criminales, siendo más adecuado hablar de una delincuencia especializada: «*En cualquier caso, sus niveles de organización estarían muy alejados del de otras tipologías delictivas, como el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, robos violentos, delitos económicos, etc.*»[201].

En relación con lo anterior, en el epígrafe posterior, denominado «*Operaciones policiales relevantes*» de este artículo de investigación, se describirá un muestrario de operaciones policiales relacionadas con esta casuística y en la que se observará cómo la mayoría se puede catalogar como desarrolladas por grupos criminales.

5.2. ESTADÍSTICA

Intentar contabilizar los casos de falsificación que se producen en el mundo del arte supone un reto enormemente complicado al existir, como se ha destacado, una cifra negra en este sector bastante elevada. Suelen ser situaciones en las cuales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actúan reaccionando una

el que se acumulan las penas de los delitos de autoría individual con la de autoría colectiva de pertenencia a una red criminal; salvo determinados supuestos donde se haya previsto como subtipo agravado (ejemplos: tráfico de drogas, blanqueo de capitales, TSH, pornografía infantil, etc.), escogiendo, entre la primera posibilidad y la segunda, la que conlleve una mayor pena en virtud de lo establecido 570 quáter 2, 2.º párrafo CP.

201. Entrevista con el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, el día 04 de mayo de 2015.

vez se produce la denuncia a instancia del perjudicado. Por este motivo, aparecen tan pocos casos en sus estadísticas[202].

A esto se une el hecho de que los datos que se recogen en la estadística que elabora el Ministerio del Interior no parecen reflejar claramente las falsificaciones de obras de arte, al ser un tipo de delito demasiado concreto. En este sentido, con los datos recogidos del año 2015, las estafas[203] sufren un incremento desde el año 2011 (106.262 casos) al año 2015 (165.267)[204].

El mismo Anuario establece que el número de falsedades[205] parece haber llegado a su límite máximo en el año 2011 con 20.175 casos, teniendo cifras muy similares en años sucesivos, llegando a tener 19.224 casos en el año 2015[206].

Por otro lado, resulta difícil convencerse de que sólo se hayan producido 115 acciones contra «profesionales del arte y la literatura» en el período comprendido entre el año 1993 hasta 2015[207]. Un razonamiento lógico hace creer que muchos de los supuestos que afectan al gremio de la cultura son catalogados dentro de otros supuestos más generales como «delitos contra el patrimonio» o «delitos de estafa».

Visto lo poco aclaratorio que resultan las fuentes oficiales para el fin que pretendemos, nos es obligado recurrir a la experiencia y sensaciones de los expertos del gremio del arte para obtener una idea más clara sobre la magnitud de este problema. Revisando varias fuentes, cabe concluir que las cifras son muy variadas: algunos expertos tasan las falsificaciones entre el 1% al 10% del total de las transacciones que se producen en el mercado del arte[208] y otros lo llegan a cifrar hasta

202. La Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil es la Unidad encargada de realizar el recuento de los casos relacionados contra el Patrimonio Histórico en su demarcación, no constando prácticamente supuestos relacionados con falsificaciones de bienes culturales, excepto aquellos que se expondrán en el apartado denominado (Operaciones policiales más relevantes).
203. En cuanto a estafas, se comprenden todas las tipologías penales definidas en los artículos 248 a 251 CP. De esta forma, se incluyen desde estafas bancarias, como estafas con tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje u otras estafas. Lo cual resulta poco claro para contabilizar los casos de estafas relacionados con el patrimonio cultural.
204. MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario estadístico del Ministerio del Interior año 2015*, Bilbao: Secretaría General Técnica, 2016, pp. 163.
205. Al igual que lo aseverado en la nota a pie anterior, los tipos penales relacionados con las falsedades vienen recogidos de forma genérica en el Título XVIII del Código Penal español, desde el artículo 386 al 403, inclusive. Desde nuestro punto de vista, como hemos puesto de manifiesto, los relacionados con el patrimonio cultural están contemplados en los que relacionan la falsificación de documentos privados y certificados (arts. 395 a 399), por lo que la contabilización general tampoco resulta útil.
206. Ibídem, pp. 163.
207. Ibídem, pp. 58.
208. Reixach muestra esta cifra en su libro de la siguiente forma: «*Se estima que entre el 1% y un 10% de todas las transacciones de arte implican falsificaciones o imitaciones. Aunque el porcentaje pueda parecer pequeño, la cantidad de dinero que mueve es impresionante. Se ha sugerido que todas*

en un 70 %[209]. Sin embargo, una mayoría considera que rondará en torno a un 40%[210]-50%[211] de los casos[212].

En conclusión e independientemente de la cantidad, lo que sí podemos aseverar con rotundidad es que la falsificación de obras de arte, sea cual sea su formato (pinturas, esculturas, etc.), es una actividad delictiva que está arraigada en el mercado del arte y que parece tener un peso específico dentro de este mercado. Por último, queremos concluir diciendo que las falsificaciones se han convertido en un problema generalizado, que afecta a todos los países y mercados por igual[213].

---

las colecciones de arte nuevas tienen como mínimo una falsificación; algunas colecciones contienen poco más. Aunque hace siglos que se realizan falsificaciones, actualmente han alcanzado proporciones epidémicas. Quizás el aumento del fraude en el mundo del arte pueda achacarse a la emergencia del arte como un instrumento de inversión». Peñuelas Reixach, Ll.: *Autoría...*, op. cit., 2013, p. 108, aunque es una aseveración textual extraída de la siguiente obra: Duboff, L. D.: «Controlling the Artful Con: Authentication and Regulation», en *Hastings Law Journal*, vol. 27, 1975-1976, pp. 973-974.

209. «*Más del 70% de las piezas resultan falsas»*, revela Yan, director de Fine Arts Expert Institute, una empresa suiza que emplea tecnología de vanguardia para desenmascarar fraudes. *http://elpais.com/elpais/2014/12/01/eps/1417449293_488899.html.*

210. Según Thomas Hoving, historiador y anterior director del Museo Metropolitano de Nueva York, «el 40% del mercado del arte se compone de falsificaciones». http://lapiedradesisifo.com/2013/07/02/las-m%C3%A1s-grandes-falsificaciones-del-mundo-del-arte/.La mismacifra se puede encontrar en una revista especializada sobre arte y ciencia. Recuperado el día 9 de febrero de 2015 del sitio web: http://www.actioarteyciencia.com/es/falsificacion.html.

211. En un encuentro profesional entre expertos en este ámbito y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se afirma lo siguiente: «*Algunos expertos consultados cifran el número de falsificación en el 50 por ciento de las se ofrecen en el mercado (arqueología y numismática)»*. Prieto de Pedro, J., et al.: «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales», op. cit., 2013, p. 63.

212. Vemos que esta similitud en cuanto a las cifras es muy similar independientemente del ámbito geográfico en el que nos encontremos. Por un lado, el perito Gustavo Perino, creador del Grupo Interdisciplinario de Valuación de Obras de Arte (GIVOA), primera consultora argentina de peritaje internacional, apunta lo siguiente: «*Es posible que el 50% de las obras de arte a nivel mundial sea falsa o esté mal atribuida. Pasa que a veces la obra no es falsa pero su documentación es apócrifa. O sea que en cuanto a las casas de subastas y demás, hay un riesgo del 50% de que la obra no sea lo que se piensa. El dato proviene de los expertos que trabajamos en esto a nivel mundial»*. Por otro lado, Colette Coll, historiadora de arte decorativo del Corcoran College of Art and Design (Universidad de Washington), fundadora de la consultora Art Fraud Insights y experta en crimen internacional del arte piensa lo siguiente: «*Yo diría que no se puede hablar de cifras definitivas, pero siempre me inclino por pensar que entre el 35% y el 40% del arte mundial puede ser falso». http://www.entornointeligente.com/articulo/9748908/Traacute;fico-de-bienes-culturales-las-claves-del-cuarto-comercio-ilegal-del-mundo-19032017.* Otros, como Ramón Fernández Gallego, Jefe de la Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo Nacional de Policía, de una manera más prudente, estima que sobre el 30% de las obras de arte que hay en el mercado son falsas. *http://blogs.periodistadigital.com/tresforamontanos.php/2017/03/12/exposicion-sobre-el-arte-de-la-falsifica.*

213. Reixach dice que «*el mercado de los grandes artistas es global, por lo que las falsificaciones circulan de país en país. […] Por otra parte, se han multiplicado los países en donde se crean los falsos, algunos de ellos muy alejados y con sistemas legales muy poco combativos contra las falsificaciones, ya por lo endeble de sus administraciones o por pertenecer a culturas en las que sus valores sobre la*

5.3. MODUS OPERANDI DE LOS FALSIFICADORES. EJEMPLOS CONCRETOS

La falsificación de obras de arte se convirtió en un *modus vivendi* de muchos delincuentes, destacando algunos por la precisión de las imitaciones. Algunos de ellos tomaron este camino como forma de venganza al no ser sus obras originales apreciadas por el mercado legal del arte.

Como muestra de ello, a continuación se expondrá algunos ejemplos de delincuentes que se han dedicado a producir obras falsas o falsificadas[214].

5.3.1. Sujetos que realizaron obras falsas[215]

a) Yves Chaudron: Pintor francés que durante el tiempo en el que estuvo robada *la Mona Lisa* de Leonardo Da Vinci (durante 1911), se dedicó a realizar reproducciones y venderlas como si fueran originales.

b) Anthony Gene Tetro (conocido como Toni Tetro): Estadounidense de nacimiento, focalizó su actividad delictiva en las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX. De formación autodidacta, está considerado como uno de los mayores falsificadores del mundo. Tal fue la perfección de sus obras que éstas fueron vendidas por marchantes y casas de subastas sin levantar sospecha.

c) Otto Wacker: Respetado marchante alemán de la década de los años 20, introdujo falsificaciones en el mercado legal, especializándose en reproducciones de pinturas de Van Gogh. Según parece, estas actividades ilícitas las realizó con la ayuda de su hermano Leonhard (pintor con talento y restaurador, verdadero creador de las falsificaciones). Tal realismo obtuvieron sus falsificaciones que, una vez descubierta la trama criminal, expertos de todo el mundo siguieron escudando que las falsificaciones eran las obras auténticas.

d) Ely Sakhai: De origen iraní, emigró a los EE.UU en 1962 donde se convirtió en marchante de arte, regentando una galería de arte en Manhattan (Nueva York-EE.UU). Tuvo trabajando a inmigrantes chinos en el ático de su galería de arte reproduciendo obras de artistas impresionistas y post-im-

---

originalidad y las copias son muy diferentes a los de los países occidentales». Peñuelas Reixach, Ll.: *Autoría...*, op. cit., 2013, p. 108.

214. La información de los delincuentes ha sido obtenida de los siguientes sitio web: *http://www.businesspundit.com/10-most-infamous-art-forgers-in-history/ http://lapiedradesisifo.com/2013/07/02/las-m%C3%A1s-grandes-falsificaciones-del-mundo-del-arte/ http://elpais.com/elpais/2014/12/01/eps/1417449293_488899.html http://salamancartvaldia.es/not/66180/-arte-verdadero-arte-falso-#sthash.bp2XiVVi.dpuf*. Además, se ha obtenido información del artículo científico de Durney, M. y Proulx, B.: «Art Crime: a brief introduction», en *Springer Science + Business Media B.V., Crime Law Soc. Change, n.º 56*, 2011.

215. Acorde a nuestra definición de *obra de arte falsa* como copia o reproducción de una obra de arte original (cfr., *supra*).

presionistas. Vendía los originales en países occidentales y las copias a países orientales. Fue detenido por el FBI[216] en el año 2000 cuando se descubrió que la misma obra (una vasija de flores de Paul Gauguin[217]) estaba siendo expuesta en las dos casas de subastas más importantes: Christies[218] y Sotheby´s[219].

e) John Myatt y John Drewe: John Myatt (británico de nacimiento) fue un artista con un gran talento que recreaba a la perfección obras de otros artistas bajo el título de «*imitaciones genuinas*». Al conocer al también británico John Drewe, pseudónimo de J. Cockett, éste le introdujo en el mundo de la criminalidad; juntos, llegaron a falsificar más de 200 obras de grandes artistas de la talla de Bissiere, Chagall, Le Corbusier, Giacometti y otros. Su actividad ilícita alcanzó tal magnitud que fue conocido como «*el mayor fraude en el arte del siglo XX*», por el que obtuvo un gran beneficio económico. Arrestado por Scotland Yard[220] y convicto en 1999, cuando fue excarcelado cuatro meses más tarde, dedica su tiempo a producir «*retratos y copias legales*» de otros artistas. Actualmente, John Myatt tiene su propia página web donde ensalza su imagen y actividad profesional.

f) Tom Keating: Pintor y restaurador inglés que no triunfó con sus propias creaciones artísticas (llegó a pintar fachadas de edificios para poder subsistir). Como venganza, intentó colapsar el mundo del arte contemporáneo con sus reproducciones ilegales y sus obras contenían algún error intencionado con el propósito de que algún día fueron descubiertas como falsificaciones. Reprodujo obras de Samuel Palmer[221], François Boucher, Edgar

216. Policía Federal de los EE.UU.
217. Paul Gauguin (1848-1903) fue un pintor francés perteneciente al movimiento postimpresionista. Con su forma de pintar ejerce influencia sobre el movimiento expresionista y fauvista. *http://www.arteespana.com/gauguin.htm.* Como anécdota comentar que su obra Nafea Faa Ipoipo (¿Cuándo te casarás?) es el cuadro más caro de la historia al ser vendido por 262 millones de euros. *http://www.elperiodico.com/es/noticias/ocio-y–cultura/cuadro-gauguin-mas-caro-historia-300-millones-3916077.*
218. Fundada en 1766 por James Christie en Londres (Reino Unido). Esta firma llevó a cabo las subastas más importantes de los siglos XVIII, XIX y XX. Realiza unas 450 subastas al año sobre 80 categorías distintas. Tienen 52 sucursales en 32 países distintos destacando las sedes que poseen en Londres (Reino Unido), Nueva York (EE.UU), París (Francia), Ginebra (Suiza), Milán (Italia), Dubai (EAU) y Hong Kong (China). En España, se encuentran en Madrid y Barcelona. Fuente: *http://www.christies.com/about-us/company/overview/.*
219. Fue fundada en Londres (Reino Unido) en 1744 por Samuel Baker. Esta casa de subasta posee 90 sucursales en 40 países del mundo, entre las que destacan las que regentan en ciudades como Nueva York (EE.UU), Doha (Qatar), Pekín (China), Hong-Kong, (China) y las que posee en la propia ciudad de Londres (Reino Unido). En España, la firma tiene sucursales en Madrid y Barcelona. Realizan, aproximadamente, 250 subastas al año en 10 salas de subastas diferentes, disponiendo de más de 70 categorías distintas. Fuente: *http://www.sothebys.com/en.html.*
220. Policía metropolitana de Londres (Reino Unido).
221. Samuel Palmer (1805-1881) fue «*dibujante y pintor británico. Discípulo de Blake. Su obra se*

Degas, Amedeo Modigliani y Rembrandt. Reconoció haber creado unas 2000 falsificaciones pero se negó a identificarlas. Como anécdota, contar que pasó largas temporada viviendo en Vilaflor (Tenerife).

g) Han van Meegeren: Pintor holandés, considerado como uno de los falsificadores más ingeniosos del s. XX. Comenzó a falsificar probablemente a partir del momento en que se produjo su enemistad con la crítica especializada holandesa que despreció sus obras por su escasa originalidad (coincidió con el momento en que se produjo su divorcio con su mujer). Acusado por el gobierno holandés de colaborar con los nazis, fue considerado en el año 1947 (año de su muerte) la segunda persona más popular de Holanda, al haber conseguido engañar con sus falsificaciones tanto a los expertos como a los nazis[222]. Utilizaba lienzos de la época de Vermeer (procedentes de cuadros sin valor artístico a los que le quitaba la pintura) para reutilizarlos en sus falsificaciones. Utilizaba pinturas similares a las originales y trataba el cuadro, una vez terminado, para que se asemejara aún más al auténtico. En sus últimas declaraciones a la prensa holandesa, Van Meegeren concluyó con una inquietante reflexión: «*Aunque se olviden de mí, puedo asegurarles que ya nunca podrán saber con seguridad cuáles Vermeers son auténticos y cuáles pinté yo*».

h) Lothar Malskkat: Pintor alemán y restaurador de arte que falsificó y vendió como auténticas obras de artistas de la talla de Rembrandt, Watteau, Toulouse Lautrec, Picasso, Henri Rousseau, Corot, Chagall y otros grandes pintores. De él se cuenta que, en una ocasión, *«un marchante de arte había comprado un cuadro de Chagall y viendo que le faltaba la firma fue a ver al autor y le pidió que lo firmara. Chagall, al no reconocer el cuadro, le contestó: "Bonito trabajo, pero he pintado tanto que no lo recuerdo". Después lo firmó. Tiempo después se descubrió que el cuadro era en realidad obra de Malskat, pero la anécdota hizo que alcanzara un precio muy parecido al que hubiera tenido un Chagall auténtico»*[223].

i) Robbert Driessen: Holandés de nacimiento, pronto se dio cuenta de que tenía talento para el arte pero, como otros muchos artistas, sus propias obras no tuvieron éxito en el mercado. Sin embargo, su carrera artística tuvo otra suerte reproduciendo las obras auténticas de otros autores. Se especializó en copiar obras de Alberto Giacometti y engañó a museos, galerías y casas de subastas con sus falsificaciones. En la actualidad, se encuentra huido de la justicia viviendo en Tailandia, donde sigue realizando

inscribe dentro de un arte visionario que se manifiesta en pequeños paisajes inspirados en la tradición medieval». http://www.biografiasyvidas.com/biografia/p/palmer.htm.

222. Confesó que el cuadro *Cristo y la mujer adúltera,* de Johannes Vermeer, que él le había cambiado al mariscal alemán Göering por 137 pinturas de origen flamenco, era en realidad una falsificación.

223. *http://lapiedradesisifo.com/2013/07/02/las-m%C3%A1s-grandes-falsificaciones-del-mundo-del-arte/.*

reproducciones ilegales. Ante la entrevista que le realiza un medio de comunicación, asevera lo siguiente: «*Las galerías lo sabían. Todo es una cuestión de dinero; dinero y nada más [...] El mundo del arte está podrido. Al menos 300 o 400 de mis falsificaciones se colocaron a través de ellas*»[224].

5.3.2. Delincuentes que realizaron obras falsificadas[225]

a) Elmry de Hory: De origen húngaro, comenzó intentando vender sus propias obras pero no tuvo éxito. De esta forma, «*vendía sus cuadros originales haciéndolos pasar como obras de Picasso, Matisse, Renoir y otros. Algunos museos están revelando al público cómo incluso los expertos y conservadores pueden confundirse con obras falsas y falsificadas [mi traducción]*»[226].

b) Giovanni Bastianini: Escultor italiano del s. XIX, llegó a ser reconocido como el primer gran falsificador de arte del mundo. Se dedicó a esculpir bustos con el mismo estilo que utilizaban los grandes artistas del Renacimiento y los envejecía artificialmente. Finalmente, fue delatado por uno de sus colaboradores resentidos.

c) Eric Hebborn: Fue un pintor británico que se dedicó a falsificar cuando sus obras no fueron apreciadas por los críticos del mercado del arte. Más que copiar, Eric se dedicó a crear sus propias obras al estilo de los grandes maestros de la pintura. Fue descubierto por un conservador cuando observó que existían dos obras pintadas en el mismo lienzo. Publicó un libro denominado el «*Manual del falsificador de arte*» con la intención de denigrar el mercado del arte. Fue encontrado asesinado en 1996 en un callejón de Roma (Italia) con la cabeza aplastada.

d) Shaun Greenhalgh: Falsificador de origen británico que formó una organización criminal con su propia familia para estafar a los intermediarios del mundo del arte. De todos los falsificadores, Greenhalgh puede que sea el delincuente que se atreviera con obras más diversas y dispares: pinturas, esculturas y otros objetos raros. Después de amasar una gran fortuna con sus falsificaciones, fue descubierto cuando intentó colocar tres relieves asirios bajo la misma procedencia.

Analizando la nacionalidad de estos impostores, la mayoría provienen de países que ostentan un gran volumen de negocios en cuanto al mundo del arte se refiere: Los EE.UU., el Reino Unido, Alemania, Holanda o Francia. Esto no significa que no existan falsificadores en otros países (como se dijo anteriormente, se trata de un problema de carácter global), pero sí parece evidenciarse que los

224. *http://elpais.com/elpais/2014/12/01/eps/1417449293_488899.html.*
225. Acorde a nuestra definición de *obra de arte falsificada* consiste en una obra de arte original que intentará ser atribuida a un artista de mayor prestigio mediante documentos falsos u otros métodos (cfr., supra).
226. Durney, M. y Proulx, B.: «Art Crime...», op. cit., 2011, p. 122.

falsificadores de relevancia aparecen con mayor frecuencia en lugares con una mayor tradición artística, donde es común que no sólo las economías más pudientes inviertan en arte, sino también las economías medias que, aunque poseen una menor preparación, consideran el mundo del arte como referencia y como forma de inversión. Tampoco hay que olvidar que muchos de los falsificadores que hemos citado anteriormente han empezado a realizar este tipo de actividades ilegales como forma de despecho y venganza en el momento en que los críticos del mundo del arte les dieron la espalda.

Por otro lado, nos gustaría dejar claro que ni los grandes museos ni las aseguradoras se han librado de ser víctimas de este tipo de delincuencia[227].

5.4. IMPLICACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS

En el pasado, no existían intermediarios entre artista y cliente, siendo la relación mucho más directa donde, tanto el encargo de la obra como la fecha de entrega, eran pactados entre ambos. En la actualidad, sin embargo, el artista se ha independizado y trabaja para un cliente que desconoce. En este punto, juegan un papel esencial tanto la publicidad como la figura del *intermediario*. Es aquí donde las casas de subasta, las ferias de arte contemporáneo o las galerías de arte conforman el escaparate ideal para los artistas y en donde el marketing pasa a jugar un papel fundamental.

Por tanto, debemos entender con el término de *intermediario* a aquellas personas o entes que representan al artista y con el que han llegado a un acuerdo para representar sus obras. Entran dentro de esta definición casas de subastas, galerías de arte, marchantes, ferias de arte, anticuarios, supermercados del arte, etc.

Los intermediarios suelen ser personas con una gran cualificación (suelen poseer una titulación universitaria superior) y con una amplia experiencia profesional[228]. El problema surge cuando los canales de distribución se diversifican tras

227. A este respecto, una revista especializada de arte comenta lo siguiente: «No sólo los particulares son objeto de engaño, ya que entre leyendas y verdades los mejores museos del mundo también han dado de qué hablar, se han llegado a señalar como falsos cuadros emblemáticos tales como la "*Adoración de los Reyes*" de Andrea Mantegna de la Galería Nacional de Escocia; "*Cristo coronado de espinas*" de Van Dyck, en el British Museum; "*Mujer en el tocador*" de Juan Gris que por un cortísimo tiempo formó parte del Museo Reina Sofía; El Prado también tuvo que justificar la autoría de "*La lechera de Burdeos*" y "*El coloso*" de Goya; "*Virgen con el Niño*" de Van der Weyden del museo de Bellas Artes de Tournai, o, "*Los Girasoles*" de Van Gogh, por el que una compañía de seguros japonesa pagó 5.000 millones de pesetas del año 1987, y que poco después se puso en tela de juicio su autoría atribuyendo su realización a Claude Emile Schyffenecker». *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.

228. «*Un comerciante de arte es un profesional de la cultura; alguien que entiende las obras como bienes patrimoniales que deben ser protegidos ante la ilegalidad*». Prieto de Pedro, J., et al.: «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales», op. cit., 2013, p. 81.

la aparición de las nuevas tecnologías, hasta tal punto que se pierde el control absoluto de lo que se vende[229]. Este hecho se ha agravado sustancialmente con la aparición de la denominada como Dark Web o red Tor, sitios web clandestinos donde los delincuentes pueden negociar con bienes culturales de ilícita procedencia donde se produce un control menos exhaustivo de las autoridades o del mercado legal del arte.

A lo dicho anteriormente se le une el hecho de que, en ocasiones, el intermediario no pone todo el celo necesario en comprobar la procedencia y autenticidad de los bienes que se le ofrecen, lo que supone un grave error[230].

De esta forma, algunos intermediarios han preferido actuar al margen de la ley; conforman el eslabón necesario para introducir las falsificaciones en el mercado del arte y, por tanto, el gremio se ha visto salpicado, en ocasiones, por escándalos relacionados con actividades ilegales. En estos casos de ilegalidad, la actuación del *perista*[231] es fundamental. Es debido a estos casos por los que los intermediarios obtienen, en ciertas ocasiones, una dudosa reputación[232]. De todos modos, pese a que la manera de introducir una obra falsa suele ser a través del intermediario, tampoco sería justo criminalizar de una manera generalizada al mercado del arte, puesto que la realidad es bien distinta.

A continuación, nos gustaría mostrar dos ejemplos claros de cómo actúan los intermediarios en los casos de falsificaciones de obras de arte:

229. «*Internet posibilita que cualquiera pueda ofrecer reproducciones ilegítimas para comercializarlas internacionalmente, sobre todo desde países donde la protección de los derechos de autor no ocupa un lugar prioritario*». Peñuelas Reixach, Ll.: *Autoría...*, op. cit., 2013, p. 255.

230. En unas Jornadas organizadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes sobre Tráfico Ilícito de Bienes Culturales se aseguraba que «*el comerciante tiene una responsabilidad directa sobre la procedencia de las obras que se propone comprar. […]No solo es imprescindible cerciorarse muy bien del origen de las piezas sino también de la propiedad de las obras o su autenticidad. […]Debe hacerse un esfuerzo por conocer por qué manos ha pasado antes de llegar hasta nosotros. […] Lamentablemente, en nuestro mercado, que a día de hoy sigue siendo poco transparente, muchas veces es muy difícil conocer con precisión el origen de las obras. […] Si hay alguna duda acerca de este origen, es mejor no adquirir la pieza en cuestión*». Prieto de Pedro, J., et al.: «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales», op. cit., 2013, pp. 82-83. Además, en estas Jornadas se explicaron los filtros de seguridad que hay que aplicar: No adquirir nunca una obra si existen dudas acerca de su procedencia; comprar siempre con una factura que actúe como garantía del origen de la pieza adquirida; estudiar y documentar bien la pieza antes de ponerla en el mercado. *Ibidem*, p. 83.

231. Los peristas son individuos que intermedian entre aquellos que poseen obras de procedencia ilícita y el mercado legal de arte. Son, por tanto, los encargados de introducir bienes culturales obtenidos fraudulentamente en el mercado del arte dotándoles de una apariencia legal a toda la operación, adjuntando documentos falsos o falsificados tales como certificados de exportación, facturas de compra-venta, certificados de autenticidad, etc.

232. «*El comerciante ha sido visto como un sospechoso habitual, más proclive a aparecer en las páginas de sucesos de los periódicos que en las de cultura. […] Como en todas las profesiones, de anticuarios hay buenos, malos y regulares*». *Ibidem*, p. 81.

En primer lugar, comentaremos un caso ocurrido en los EE.UU en el año 2014 y que salpicó a una prestigiosa galería de arte de Nueva York. En esta ocasión, la investigación se inició tras la denuncia interpuesta por un cliente, Frank III Fertitta III[233], que había adquirido el cuadro *Untitled (Orage, Red and Blue)* de Mark Rothko[234] por la cantidad de 5,3 millones de euros mediante la intervención de la galería de arte Knoedler and Company[235] y que, posteriormente, se demostró que se trataba de una falsificación. Al parecer, reproducciones de pinturas de grandes maestros americanos como Pollock, Motherwell o Rothko fueron pintados por Pei-Shen Quian[236], realizados por encargo para Carlos Bergantiño Díaz[237] quien, a su vez, se los suministraba a la intermediaria Glafira Rosales[238] que era la persona encargada de introducir las falsificaciones a la galería Knoedler. Para mostrar una mayor confianza de cara a los clientes se autentificaba la originalidad de las obras mediante las periciales realizadas por Oliver Wick. Se estima que la galería le compensó con la cantidad de 400.000 euros (cifra inusual en el mundo del arte) por certificar como auténticos cuadros firmados por Mark Rothko[239].

En segundo lugar, nos gustaría poner como ejemplo las falsificaciones que realizaba Wolfgang Beltracchi[240] con la colaboración de su esposa Helene. No se dedicó a crear obras falsas de artistas de prestigio sino más bien copiaba pinturas en paradero desconocido con el mismo estilo que sus autores[241] originales: Max Ernst, Heinrich Campendonk, André Derain, Max Pechstein y Jean Metzinger, entre otros.

Para pasar desapercibidos en el mercado del arte, crearon su propia colección: la colección Jägers[242]. Esta colección fue supuestamente comprada al galerista

233. Se trata de un multimillonario americano que actualmente dirige un casino en Las Vegas (EE.UU).
234. Mark Rothko (1903-1970) fue un pintor estadounidense de origen letón, considerado como uno de los máximos representantes de la abstracción americana y miembro de la emergente Escuela de Nueva York. «*A través de su personal lenguaje pictórico, que enlazaba con la tradición europea de lo sublime, el artista quería expresar las más básicas emociones universales, como la tragedia o el éxtasis» http://www.museothyssen.org/thyssen/ficha_artista/493.*
235. Una de las galerías más venerables en el mercado del arte que operaba en Nueva York desde 1846 y que fue creada en Francia, con clientes del prestigio del Barón Thyssen (*http://www.elmundo.es/cultura/2014/04/23/5357788d22601d82318b456d.html*). Cerró en noviembre de 2011 acusado de varios casos de falsificación.
236. Artista callejero chino del barrio de Queens (Nueva York-EE.UU).
237. Marchante y empresario gallego. Al parecer, el Gobierno español ha dado el visto bueno para su extradición a los EEUU. *http://www.lavozdegalicia.es/noticia/galicia/2014/06/20/gobierno-acepta-extraditar-falso-marchante-parga/00031403292048523816509.htm.*
238. Marchante afincada en Long Island (EE.UU). Acusada y declarada culpable en septiembre de 2014 de nueve cargos, entre ellos: fraude electrónico, fraude fiscal y blanqueo de capitales. *http://www.afanews.com/home/item/2539-swiss-expert-sued-over-rothko-painting.*
239. *http://cultura.elpais.com/cultura/2014/06/13/actualidad/1402655746_447909.html.*
240. Pintor alemán de gran talento y falsificador de obras de arte.
241. Se trataba más bien de obras falsificadas más que de obras falsas, según nuestro parecer.
242. Werner Jägers fue abuelo de Helene Beltracchi pero nunca se pudo demostrar que había sido poseedor de ninguna obra de arte.

Alfred Flechtheim[243]. Para estafar a sus clientes, compraban cuadros antiguos y les quitaban la pintura para pintar encima con colores similares a los de la época de los pintores originales. Obtuvo beneficios de millones de euros con sus falsificaciones. Al parecer, fue descubierto mediante la combinación del análisis realizado por un experto y de la ciencia: «*Ralph Jentsh, un experto de la galería de Alfred Flechtheim, declaró que esa etiqueta sustitutoria era "irrisoria" y el análisis químico de algunas obras reveló la existencia de pigmentos que no se usaban en la época de su supuesta creación*»[244].

6. REACCIÓN POLICIAL

6.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN OPERATIVA

La investigación de falsificaciones de obras de arte por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se caracteriza por varios aspectos: En primer lugar, se necesita el apoyo de expertos que certifiquen que una obra es falsa y/o requieren pruebas científicas[245]. En segundo lugar, porque las obras falsas suelen ir acompañadas de certificados de autenticidad que también pueden ser falsificados[246]. En tercer lugar, porque en ocasiones se necesitan vulnerar ciertos derechos fundamentales[247] –como el derecho a la intimidad mediante la intervención de las comunicaciones, interceptación de la correspondencia, etc.– y estas vulneraciones no las suelen conceder las Autoridades Judiciales a no ser que tengan como trasfondo la comisión de delitos mayores que los de estafa o falsedad documental, como puedan ser: pertenencia a organización criminal, terrorismo, robos con violencia, etc.

De tal forma que podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿De dónde obtienen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la información necesaria para iniciar la investigación? Tal y como comenta una fuente de la Policía Nacional española, el inicio de las actuaciones policiales suelen producirse debido a una denuncia previa por parte de un cliente que se siente engañado o autor de la obra

243. Se trataba de un galerista judío alemán que tuvo varias galerías en Alemania y Austria. Sus obras fueron requisadas por los nazis antes de la Segunda Guerra Mundial.

244. Peñuelas Reixach, op. cit., 2013, p. 177.

245. «*El policía especializado en delitos culturales no puede ser un especialista en todas las facetas del mundo artístico y en todos los autores, sino que debe conocer y tener los contactos para dirigirse y solicitar el apoyo de los mayores expertos en la materia que esté tratando en cada momento, ya sean funcionarios de museos, profesores universitarios, técnicos científicos, galeristas, etc.*». Entrevista con el Teniente Coronel D. Antonio Cortés Ruiz, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, el día 04 de mayo de 2015.

246. «*Existen grandes dificultades de investigación puesto que los objetos falsos van acompañados de certificaciones que avalan su autenticidad, certificados que están también falseados pero que suponen una dificultad añadida el demostrar su falsedad*». Prieto de Pedro, J., et al.: «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales», op. cit., 2013, p. 64.

247. Para estudiar la posible limitación de derechos fundamentales se aplica el *principio de proporcionalidad* por el que se valora si una medida limitativa de tal gravedad se ajusta a las circunstancias delictivas que se pretenden investigar.

original[248]. A este motivo hay que añadirle uno más que resulta fundamental: la labor preventiva que realizan los Cuerpos e Instituciones policiales.

Por ello, podemos decir que: «*Los canales de información sobre actividades ilícitas que le llegan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden ser de tres tipos: Fruto de la actuación preventiva policial (registro a mercadillos, rastros, exposiciones temporales...), por denuncia o colaboración ciudadana (normalmente realizada por los propios autores de las obras o por clientes) o por información de fuentes vivas (colaboradores –entre los que incluimos comerciantes legales, asociaciones, etc.–, informadores policiales o intermediarios que comercian de forma ilegal y que a veces colaboran con la justicia)*»[249].

En resumen, la información sobre este tipo de delitos y otros relacionados con el patrimonio cultural y su consecuente investigación se puede iniciar básicamente desde dos puntos de vista: realizando una labor preventiva y otra reactiva (de reacción ante el conocimiento de la comisión de un delito).

Una vez se inicia la investigación, la labor principal consistirá en averiguar la identidad fidedigna de los investigados y de su entorno (contactos, actividades que realizan, etc.)[250]. El siguiente paso consistirá en realizar una serie de gestiones conducentes a averiguar la autenticidad de la obra[251]. Para ello, deberá ser estudiada por expertos pertenecientes a organismos competentes una vez intervenida ésta[252]. Simultáneamente, se llevará a cabo una inspección de los locales[253] de compra-venta de obra de arte[254] (si fuera el caso).

248. «*La actuación de la policía puede estar motivada por una denuncia previa o ante una sospecha*». *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.
249. Información obtenida de la «I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español», celebrada en Madrid, del 6 al 10 de mayo de 2013, para miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, organizadas por la Unidad Técnica de Policía Judicial y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil
250. En el supuesto de detectar un posible caso de falsificación de obras de arte, un funcionario policial experto en la investigación de estos ilícitos asevera lo siguiente: «*En el caso de que aparezca en el mercado algún indicio de que la pieza que se pone a la venta es de dudosa autenticidad [...] acudimos a personas cualificadas para que estudien la obra. Ante la certeza de que no es auténtica se formula la denuncia y se procede a su retirada. Otra forma de actuación es de seguimiento y control de determinadas personas propensas a comercializar con mercancía de dudosa calidad y autenticidad, casos que se dan con mucha frecuencia tanto en España como en otros países*». *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/*.
251. Adquiere mucha importancia la colaboración y asesoramiento procedente de organismos público-privado (anticuarios, salas de subastas...) y de policías extranjeras.
252. «*Las valoraciones que se vienen haciendo por los expertos autentificando una obra, van acompañadas de aquellas pruebas científicas, más objetivas y precisas*». Prieto de Pedro, J., et al.: «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales», op. cit., 2013, p. 64.
253. Una pista muy significativa será si en el registro del local o del domicilio del supuesto autor de la falsificación encontramos utensilios que se han podido utilizar para falsificar las obras (pinturas características del estilo que se quiere imitar, herramientas, moldes, tipos de lienzos, etc.).
254. En este sentido, se hace fundamental el análisis del libro-registro que poseen todos los comercios para comprobar los movimientos realizados con las obras sospechosas, los cer-

Adquiere especial relevancia la toma de manifestación de las personas investigadas: comprobar sus coartadas, averiguar el precio de compra venta de las obras falsificadas, indagar acerca de la procedencia de las obras, etc.

Aparte de todas estas gestiones, de forma paralela se iniciará una investigación patrimonial averiguar los bienes gananciales que están a nombre de los investigados y de su entorno con el fin de detectar alguna discordancia significativa.

Todo lo expuesto anteriormente sugiere que estas investigaciones deben ser puestas en marcha por unidades policiales especializadas españolas como son: la Brigada de Patrimonio Histórico de la Policía Nacional y el Grupo de Patrimonio Histórico de la Guardia Civil.

6.2. OPERACIONES POLICIALES RELEVANTES

El propósito de este apartado es el de describir algunas de las operaciones policiales más representativas de los últimos años llevadas a cabo por Unidades especializadas en la lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales. Pero, antes de entrar de lleno a describirlas, se nos antoja necesario recalcar las conclusiones a las que se llegó en el apartado correspondiente a «*Introducción a la problemática*» de este trabajo, acerca de la consideración de los sujetos investigados en cada uno de los casos que se describirán a continuación como pertenecientes a una organización o grupo criminal, de acuerdo con la definición y requisitos establecidos en el Código Penal español.

Todas estas investigaciones van a tener una serie de características en común:

- Conformadas por más de dos personas que se asocian con la clara voluntad de delinquir engañando a sus clientes ofreciéndoles falsificaciones de obras de arte en vez de sus originales.
- La organización criminal suele adquirir una estructura bien definida en la que todos los miembros tienen unas funciones o roles distintos: Unos actúan copiando obras de otros autores aprovechando el talento que han desarrollado. Otros, falsifican la firma del autor original o el certificado de autenticidad. Aparte, existen algunos miembros de la organización que se dedican a introducir las obras en el mercado del arte. Por último, están aquellos que blanquean el dinero negro obtenido con estas operaciones de compra-venta de obras falsificadas.
- Suelen actuar por un período de tiempo prolongado, lo que les permite delinquir de forma reiterada.

A continuación, se hará una breve exposición de algunas operaciones relevan-

tificados de autenticidad y cualquier otro tipo de documentación (certificados de importación-exportación, contratos de compra-venta, etc.).

tes desarrolladas en los últimos años por Unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el Tráfico Ilícito de bienes culturales:

- «**Operación Sagún»:** Explotada por **la Guardia Civil** (Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operativa) en noviembre de 2011 en Madrid y Granada en la que se produjo la detención de ocho personas por la comisión de delitos de estafa, contra la propiedad intelectual y blanqueo de capitales. Con este operativo se produjo la desarticulación de una organización criminal que vendía obras pictóricas falsas de autores de la Generación del veintisiete como Federico García Lorca, Manuel Ángeles Ortiz e Ismael de la Serna. Se intervinieron 19 pinturas y dibujos falsificados. Los autores materiales de estos delitos se encargaban de introducir en el mercado legal del arte las obras falsas aprovechándose de la credibilidad obtenida durante años como intermediarios: anticuarios, coleccionistas, marchantes de arte, etc. Para hacer más creíble las falsificaciones, utilizaban certificados de autenticidad falsos. Para el desarrollo de la operación policial se necesitó la colaboración de Técnicos de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía. Para obtener más información sobre esta operación policial, consultar el sitio web: *https://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/historico2/3248.html*.
- **Operación policial del Cuerpo Nacional de Policía:** Explotada por el Cuerpo Nacional de Policía (Brigada de Patrimonio Histórico de la Comisaría General de Policía Judicial y otras Unidades) en mayo de 2014 en Madrid y Alicante, en la que se produjo la detención de siete personas por delitos de estafa. Con este operativo se produjo la desarticulación de un grupo dedicado a estafar a vendedores y compradores de arte, actuando como intermediarios para cometer las estafas. Se realizaron varios registros en los que se intervinieron: un supuesto bajorrelieve romano del s. I, dos iconos griegos de plata, diferentes esculturas realizadas en marfil y diez óleos sobre lienzos aparte de contratos, peritajes falsos y actas notariales falsificadas. El grupo criminal contaba con falsos especialistas en arte, captadores de clientes, depositarios e incluso un tasador que, a conveniencia de la operación a realizar, inflaba el valor de las obras que se disponía a vender. Para obtener más información sobre esta operación policial, consultar el sitio web: *http://policia.es/prensa/20140521_1.html#*.
- «**Operación Mirones»:** Explotada por **la Guardia Civil** (Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operativa en colaboración con otras Unidades) en enero de 2015 en Zaragoza y Tarragona, en la que produjo la detención de tres persona, entre ellas, un galerista de arte de Zaragoza que presuntamente colaboraba como intermediario en la venta de las obras falsas. Estas personas han sido acusadas por la comisión de delitos de estafa y contra la propiedad intelectual por intentar vender por

cientos de miles de euros dibujos falsificados atribuidos a Miró[255], Picasso y Matisse. Durante el transcurso de la operación, la Guardia Civil ha intervenido 9 pinturas falsificadas (6 de Miró, 2 de Matisse y 1 de Picasso), así como un certificado de autenticidad, igualmente falso, correspondiente a la pintura de Picasso. Para concluir con éxito el operativo policial, se solicitaron informes a expertos en la obra de los artistas antes reseñados, que confirmaron que se trataba de falsificaciones. Para obtener más información sobre esta operación policial, consultar el sitio web: *https://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5208.html.*

- **Operación policial del Cuerpo Nacional de Policía:** Explotada por el Cuerpo Nacional de Policía (Brigada de Patrimonio Histórico de la Comisaría General de Policía Judicial y otras Unidades) en febrero de 2015, en la que se produjo la detención de nueve personas entre las que se encuentran los autores materiales de las falsificaciones e integrantes de la cadena de distribución, como algunos intermediarios encargados de la introducción de las imitaciones en el mercado del arte. Las falsificaciones se ofertaban directamente o mediante subastas online, tanto a particulares como a propietarios de galerías de arte en Valencia y Madrid. Gracias a este operativo policial se han incautado 271 imitaciones de obras pictóricas, esculturas y obras gráficas de artistas como Picasso, Andy Warhol, Miró, Sorolla, Pinazo, Apple, Saura, Chillida o Tapies, entre otros. Para obtener más información sobre esta operación policial, consultar el sitio web: *http://www.policia.es/prensa/20150228_1.html.*
- **Operación policial conjunta «Valentine»:** Explotada por el Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil y por la Unidad Central de Patrimonio Histórico de los Mossos d´Esquadra, en febrero de 2017, llevada a cabo en Barcelona, Madrid y Valencia, se han detenido a 6 personas como presuntos autores de delitos de estafa, contra la propiedad intelectual, blanqueo de capitales, pertenencia a grupo criminal y falsedad documental. Los detenidos habrían conseguido cuantiosos beneficios falsificando y comercializando más de cien pinturas atribuidas a autores como: Ramón Casas, Isidre Nonell, Eliseu Meyfren, Joaquim Mir, Santiago Rusiñol, etc. En Madrid existían dos talleres de pintura donde se elaboraban las obras. Para dar mayor credibilidad al engaño, los detenidos emitían certificados de autenticidad falsificados en los que plasmaban algunos sellos originales que previamente habían sido sustraí-

255. Joan Miró (1893-1983) fue un pintor, escultor, grabador y ceramista español. Estuvo influenciado por varios movimientos artísticos como el expresionismo, el fauvismo o el cubismo, centrada en los paisajes, retratos y desnudos, aunque también fue afín al surrealismo y al preciosismo. Obtuvo un gran reconocimiento tanto nacional como internacional en vida y posee su propia fundación, la Fundación Miró. *http://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/miro.htm.*

dos, avalando de esta manera la originalidad de las obras de arte. Tras este proceso, solo quedaba firmarla atribuyéndosela al autor en cuestión y envejecerla, añadiendo un marco adecuado a la tablilla, cartón o lienzo de aspecto antiguo empleado como soporte de la pintura. Por último, las obras y su documentación eran enviadas principalmente a Barcelona y Valencia, donde distribuidores afincados en esas ciudades se encargaban de vender las obras, entregando parte de los beneficios obtenidos en la estafa a los falsificadores. Para obtener más información sobre esta operación policial, consultar el siguiente sitio web oficial de la Guardia Civil: *http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/6106.html?versionImprimible=true*.

6.3. INICIATIVAS INTERNACIONALES

En contra de lo que pueda pensarse, las iniciativas policiales internacionales en la lucha contra la falsificación de bienes culturales no han sido muy abundantes. Y todo ello pese a que INTERPOL confirma que se ha producido un aumento de esta tipología delictiva en los últimos años[256]. Probablemente, ésta sea la organización de carácter policial e internacional que más iniciativas haya impulsado para la salvaguardia de la originalidad y autenticidad de las obras de arte y evitar el mercado ilícito de las falsificaciones. Las principales acciones con las que INTERPOL ha contribuido a estos fines han sido las siguientes:

- La creación de un grupo de trabajo constituido por expertos policiales para tratar aspectos relacionados con la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales, abierto a todos los países socios (en la actualidad, más de 190 países). En su última reunión, el grupo de expertos recomienda a la Secretaría General de esta organización que «*continúe apoyando a los países miembros en la lucha contra los delitos relacionados con la falsificación de obras de arte, en particular mediante la centralización de la información pertinente sobre expertos reconocidos, titulares de derechos e instituciones forenses*»[257].
- La realización de seminarios relacionados con la falsificación de bienes culturales[258].

256. De esta forma se reconoce en la 11.ª reunión del Grupo de Trabajo de INTERPOL de Expertos en Bienes Culturales Robados, celebrada en Lyon (Francia), entre los días 27 y 28 de febrero de 2014. *http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Works-of-art/Conferences-and-meetings*.
257. *Ibidem,* p. 2.
258. Durante los días 22 y 23 de octubre de 2012 se celebró un seminario internacional en Lyon (Francia) en el que participaron cerca de 70 representantes pertenecientes a cuerpos policiales, instituciones privadas y organizaciones internacionales procedentes de 22 países, donde se reconoció la necesidad de incrementar el intercambio de información y de concienciación de la sociedad en general contra la falsificación de bienes culturales. *http://www.interpol.int/es/Centro-de-prensa/Noticias/2012/N20121025*.

– La centralización de los bienes culturales robados en los países socios a través de la creación de la base de datos de obras de arte robadas[259] en 1995.

Aparte, contamos con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito[260] (en adelante, UNODC). En este sentido, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas encomendó a UNODC, bajo la Resolución 42/2011 denominada «Fortaleciendo la prevención del delito y la respuesta judicial para proteger la propiedad cultural, especialmente en relación con su tráfico», la creación de una guía para la prevención de los delitos y una mejor respuesta judicial con respecto al tráfico ilícito de bienes culturales. En la actualidad, el documento se encuentra en versión borrador, pero dentro del mismo plantea una acción muy interesante en la lucha contra las falsificaciones de obras de arte. Concretamente, en la directriz n.º 20 recomiendan que «*los Estados deberían considerar introducir en su legislación criminal otros delitos relacionados con el patrimonio cultural móvil*»[261]. Entre estos delitos, incluyen como propuesta que los sistemas penales de cada país endurezcan las penas contra la falsificación de bienes culturales puesto que repercute de forma muy negativa sobre las obras originales.

En cuanto a la UE, no existe una normativa específica para la lucha contra la falsificación de las obras de arte[262]. Incluso dentro de la Agencia Europea EUROPOL, compuesta por grupos de análisis criminal denominados *Focal Points (FP)*, no existe un grupo concreto dedicado a impulsar acciones específicas relacionadas con la protección del Patrimonio Cultural. Este hecho resulta incomprensible cuando el tráfico ilícito de bienes culturales aparece en el Anexo I del Reglamento (UE) 2016/794 de 11 de mayo de 2016, como uno de los delitos graves contra los que deberá actuar Europol.

Es dentro de uno de estos grupos, el FP FURTUM (dedicado al análisis criminal de todo tipo de delitos relacionados contra el patrimonio) en el que se ha

259. Pese a que esta base de datos contribuye principalmente al control de las obras de arte robadas, también es cierto que contribuye de manera indirecta a la detección de obras falsas que intentan venderse, sobre todo cuando se sabe, gracias a la base de datos de obras de arte robadas de INTERPOL, que la obra está en paradero desconocido.

260. Comúnmente conocido con las siglas anglosajonas UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), la organización de las Naciones Unidas la creó en 1997 para liderar la lucha contra las drogas ilícitas y el crimen internacional. *http://www.unodc.org/documents/frontpage/UNODC_Annual_Report_2010_LowRes.pdf.*

261. TRAFFICKING IN CULTURAL PROPERTY. Guidelines for crime prevention and criminal justice responses in relation with trafficking and other illicit behaviours in cultural property. UNODC, 2012, p. 41.

262. La Unión Europea ha dedicado sus esfuerzos al control de la exportación e importación de objetos culturales robados o expoliados, actuando como un único Estado contra el Tráfico ilícito de bienes culturales. De esta forma, ha dictado normas tan importantes como 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).

realizado alguna acción encaminada a la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales en general[263], a instancias de algún país concreto. Además, bajo los diferentes programas marco desarrollados por la Unión Europea para la investigación, desarrollo tecnológico y demostración se ha desarrollado algún proyecto específico para luchar contra las obras de arte falsas[264].

Llama poderosamente la atención, sin embargo, que en los grandes tratados multilaterales internacionales firmados en el último siglo en relación con la protección del patrimonio cultural no se mencione las falsificaciones de obras de arte. Nos estamos refiriendo a la Convención de la UNESCO de 1970[265], al Convenio de UNIDROIT[266] de 1995 o el Código Internacional de ética para marchantes de bienes culturales de la UNESCO adoptado en 1999, en los cuales no aparecen acciones relativas a la lucha contra la falsificación.

En un plano nacional, llama la atención cómo algunos Juzgados españoles están adoptando medidas para evitar, de nuevo, la inclusión de una obra de arte falsa en el mercado legal[267].

7. EXCURSO: BREVE REFERENCIA A LA TRANSNACIONALIDAD DE ESTAS CONDUCTAS

Como es sabido y así lo hemos adelantado, la falsificación de obras de arte guarda una íntima relación con la demanda de estos objetos, lo que conlleva inevitablemente que esas falsificaciones se realizan para traficar con ellas. Ello deter-

263. Como ejemplo, la Operación AUREUS coordinada por Europol y desarrollada en dieciséis países (once de ellos europeos) propuesta por España (Guardia Civil) y Chipre para la inspección coordinada de todos los países a los establecimientos de compra-venta de bienes culturales con el fin de detectar diferentes irregularidades. *http://www.guardiacivil.es/en/prensa/noticias/5219.html.*

264. El proyecto europeo denominado «Fingartprint» del 6.º Programa Marco (2002-2006) de desarrollo e innovación tecnológica de la Unión Europea pretende crear un sistema de reconocimiento de falsificaciones de las obras de arte. *http://hipertextual.com/2013/03/la-herramienta-fingartprint-que-evitara-las-falsificaciones-artisticas.*

265. Convención de la UNESCO, aprobada en París el 14 de noviembre 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.

266. Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, firmada en Roma el 24 de junio de 1995.

267. Sobre la intervención de diferentes obras de arte falsas en la Comunidad valenciana en fechas recientes, los Juzgados que instruyen la causa han decidido marcarlas para evitar que vuelvan a ser introducidas en el mercado legal: «*Ocho juzgados han autorizado a la Policía Autonómica el borrado de las firmas o la marcación como falsas de más de una treintena de esculturas, óleos y dibujos atribuidos a importantes artistas como Mariano Benlliure, José Segrelles y Wifredo Lam. Las resoluciones de estos juzgados evitarán que sus propietarios puedan ponerlas nuevamente a la venta, como hacían algunos de los investigados o detenidos por estafa en los últimos años en Valencia, y todo parece indicar que sentarán también jurisprudencia con el fin de evitar el perjuicio que sufren los herederos o fundaciones de los artistas plagiados*». *http://www.lasprovincias.es/sucesos/201701/09/policia-borra-firmas-obras-20170108234943-v.html.*

mina una dimensión transfronteriza de estas conductas que si bien no es objeto del presente trabajo y cuyos problemas constituirían por si solos una contribución independiente, sí conviene apuntar someramente las consecuencias posteriores a la propia falsificación.

En primer lugar, el tráfico posterior a la falsificación requiere una cadena de intermediarios[268] (nexo entre los falsificadores y los grandes marchantes de bienes culturales, que abastecen a los coleccionistas y a los museos), a los cuales hemos hecho referencia en su papel con respecto a la falsificación de certificados, y que pueden llegar a operar a través de bandas organizadas a nivel internacional. Estos intermediarios suelen ser personas de reconocido prestigio, entre otras razones por la importante clientela con la que cuentan, que, a su vez, supone el movimiento de ingentes cantidades de dinero. Esta globalización del fenómeno está implicando en la última década una relación de estas conductas con el crimen organizado[269]. Y, no obstante, aunque este vínculo no llegue a probarse, el proceso suele comenzar bien con la exportación ilegal por el mismo propietario o con su anuencia y eludiendo las normas de protección del Estado de origen, o, bien, al menos, con la comercialización ilegal dentro del propio país.

Por lo que respecta a la exportación ilegal[270], debe destacarse la aplicación del delito de contrabando conforme a la Ley 6/2011, de 30 de junio, de Represión del Contrabando que consagra la existencia de este delito en los casos de salida del territorio nacional de bienes del patrimonio histórico español incluso si su destino es otro estado miembro de la UE. Esta inclusión se hace posible en virtud de lo prevenido en la Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de BBCC que deja libertad a cada Estado miembro para ejercer las acciones civiles y penales

268. Fuentes Camacho, V.: *El tráfico ilícito internacional...*, op. cit., pp. 33-38. Dentro de ellos hay que mencionar a las casas de subastas que pueden tener un papel distorsionador del mercado, al promover una demanda ficticia creando records mediante la concesión de facilidades de pago. Este autor, especialmente, p. 37, añade que a diferencia de las galerías de arte, las casas de subastas no promocionan al artista con la finalidad de mejorar su cotización de forma global, tan sólo de aumentar la cotización puntual de obras individuales.

269. Por poner sólo un ejemplo, el Grupo de Patrimonio de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Palencia, a través de la operación «Fogata», procedió a desmantelar una organización delictiva dedicada al robo de patrimonio histórico en Castilla y León. La Fiscalía de Palencia detalla esta operación que se continúa instruyendo (*Memoria Fiscalía Especializada*, pp. 804-811).

270. Sobre los problemas de la conducta típica de *exportación* a propósito del delito de contrabando, vid., Orts Berenguer, E.: «Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico», en *Comentarios a la Legislación penal (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal).Tomo III: Delitos e infracciones de contrabando,* Madrid: EDERSA, 1984, pp. 95-96. También sobre este delito en el ámbito que nos ocupa, Pérez Alonso E. J.: «El delito de contrabando de bienes culturales», en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 52, 2008, pp. 45-61. Renart García, F.: «Aspectos sustantivos de delito de contrabando», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 10, 2002, pp. 143-197.

oportunas[271], que entrará en concurso real con los anteriores desarrollados, en la medida en que el bien jurídico protegido en el delito de contrabando[272] es diferente al tutelado en las demás conductas analizadas[273]. En este caso, es el interés del Estado por ejercer un control aduanero de unos bienes que pertenecen al legado cultural de un pueblo cuyo Patrimonio Histórico se ve, de este modo, gravemente mermado.

A este respecto, La citada Ley de Represión del Contrabando, puede ser un buen punto de partida para tomar conciencia de la gravedad de estas conductas, primero porque prevé expresamente, y con una penalidad agravada (pena de 3 a 5 años de prisión), la exportación ilegal de bienes relativos al Patrimonio histórico cuando la misma supere los 50.000 € «artículo 2.2. a)»[274], segundo, porque ha contemplado la comisión imprudente[275] (para incriminar los supuestos en los que concurra error de tipo vencible sobre el valor histórico de los bienes) aplicándose en estos casos la pena inferior en un grado (de un año y medio a 3 años), y tercero porque construye un tipo hiperagravado[276] (imponiéndose la pena superior en grado) cuando estas conductas se cometan –como es lo habitual en el caso de actividades transnacionales– por medio o en beneficio de personas u organizaciones de las que pudiera derivarse una especial facilidad para cometer el delito, para acoger la gravedad del injusto.

No obstante, llama la atención que se imponga un límite de 50.000 € de valor de los bienes exportados ilegalmente para que exista delito de contrabando,

271. Lluent, J. M.: *Expolio...*, op. cit., p. 62.
272. Sobre el bien jurídico protegido en el delito de contrabando a propósito de la protección del patrimonio histórico, vid., Gómez de Liaño Polo, G.: «Delitos contra el patrimonio cultural, especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico», en *Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 12, 2006, pp. 10 y ss.
273. Sin olvidar que el contrabando o el tráfico ilícito en general suele ocasionar el traslado de la obra en pésimas condiciones, el ocultamiento de la obra, el transporte inadecuado, el desmontaje del lienzo (en el caso de obras pictóricas) que puede conllevar, a su vez, delitos dolosos o imprudentes de daños conforme a los artículos 321 y ss. CP.
274. Artículo 2.2 «*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».*
Artículo 3. 1. «*Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos. En los casos previstos en las letras a), b) y e), salvo en esta última para los productos de la letra d), del artículo 2.1 las penas se impondrán en su mitad inferior. En los demás casos previstos en el artículo 2 las penas se impondrán en su mitad superior».*
275. Art. 3.1 último inciso «*En los casos de comisión imprudente se aplicará la pena inferior en un grado».*
276. Artículo 3.2: cuando el delito se cometa «*por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo»* (en este caso, sin exigirse el límite de los 50.000 euros del valor de los bienes).

(por debajo del cual estaríamos en infracción administrativa) sin atender al valor cultural del bien. Esta opción de nuevo parece incoherente con el interés jurídico protegido en estos delitos como es valor social y cultural de los bienes. En consecuencia, no se debería establecer ningún límite, castigando simplemente la transferencia a un Estado miembro de la Unión Europea o la exportación a terceros países de cosas de interés artístico, histórico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico, documental o archivístico sin haber obtenido la preceptiva autorización de libre circulación o la licencia de exportación. A pesar de todo ello, la práctica jurisprudencial ofrece una realidad diferente: las escasas sentencias penales relativas al contrabando de bienes culturales[277] suelen ser absolutorias en la medida en que aun habiéndose probado la exportación de bienes de interés histórico se absuelve por error de tipo –normalmente vencible– por desconocimiento del valor cultural de los bienes. Al haberse juzgado los hechos bajo la LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando (previa a la Reforma por LO 6/2011) en la que no se contemplaba el tipo imprudente, la vencibilidad del error de tipo determinó la absolución. La nueva tipificación del contrabando previendo la imprudencia de esta conducta ayudará, como se ha señalado, a condenar muchos supuestos en los que no pueda probarse el dolo o en los que se determine el error de tipo vencible.

Por otro lado, el hecho de que las obras normalmente no sean entregadas por su creador aumenta las posibilidades del blanqueo de bienes culturales de procedencia ilícita, unido a la actitud de secreto sobre la identidad de las personas que les confían los bienes subastables y la ausencia de colaboración activa con las autoridades en cuanto a la averiguación del origen de los mismos. Para castigar estas conductas contamos como es sabido con el delito de blanqueo de capitales[278] que cuenta como complemento la nueva regulación del comiso en el art. 127 bis tras la modificación por LO 1/2015. Además de ello, hay que tener en cuenta que el artículo 302 CP vigente acoge un tipo agravado de blanqueo cuando las perso-

277. Reseñamos al respecto dos únicas sentencias, una absolutoria para uno de los dos acusados y la otra absolutoria. La primera, (SAP Madrid, Sección 1.ª, 274/2002, 12-6), condena a uno de los dos acusados por este delito por exportar obras de arte pese a conocer una resolución administrativa acordando la adquisición por el estado de las pinturas, el precio a abonar y el depósito para su inclusión en el inventario del patrimonio español. Sin embargo, al otro de los acusados le aplica el principio «in dubio pro reo» al no poder probarse el dolo dado que únicamente se probó la gestión de un presupuesto para el transporte de las obras de arte y el hecho de tenerlas depositadas y embaladas en su despacho profesional. Vid., comentario a esta sentencia, Roma Valdés. A.: *La aplicación de los delitos...*, op. cit., pp. 108-109. En la segunda sentencia (SAP Girona, Sección 3.ª, 479/2000, 7-11) se absuelve a los acusados por error de tipo vencible sobre el delito de contrabando (ante la inexistencia de tipo imprudente expresamente previsto cuando transcurrieron los hechos bajo la ley de represión del contrabando antes de la reforma por LO 6/2011) por desconocimiento por parte de los acusados de pertenecer al patrimonio nacional español una colección de medallas que sacaron de España.

278. Proponiéndose, *de lege ferenda*, un subtipo agravado de forma análoga a la prevista en la LO 5/2010 para los delitos sobre la ordenación del territorio.

nas que cometen estos hechos pertenezcan a una organización delictiva dedicada a los fines señalados en el tipo básico de blanqueo[279]. Agravación que entra en concurso de leyes con los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal, introducidos en los artículos 570 bis y ss., CP tras la reforma por LO 5/2010. En estos casos, en cumplimiento de la regla penológica específica prevista en el artículo 570 quáter 2 último inciso CP, que aplica prioritariamente el principio de alternatividad (cfr., nota a pie n.º 195), se resuelve este concurso de normas en favor de la que imponga la pena más grave (bien el tipo básico de blanqueo –art. 301.1. CP – junto con el delito de pertenencia a organización o grupo criminal – arts. 570 bis y ss.–, o bien el tipo agravado de blanqueo realizado por personas que pertenezcan a una organización dedicada a estos fines –art. 302.1 CP –).

Finalmente, no debe olvidarse –por referirnos sólo a cuestiones de derecho sustantivo– que cuando nos encontramos ante conductas transnacionales, para que la tipificación nacional sea eficaz, debe hacerse un esfuerzo por armonizar la legislación existente en la materia, al menos, a nivel de la Unión Europea, compatibilizando la normativa comunitaria sobre libre circulación de bienes con la normativa protectora de este tipo de bienes en favor de esta última. En cambio, es constatable la falta de uniformidad en la tipificación europea[280] y más aún fuera de este marco geográfico.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: La falsificación de obras de arte supone una de las tipologías criminales más comunes relacionadas con el patrimonio cultural junto con los robos y el expolio de yacimientos arqueológicos. Tal es así que supone el *modus vivendi* de muchos delincuentes. Este tipo de delito suele aparecer en las obras pictóricas (sin descartar que se produzcan en otro formato) y los defraudadores suelen tener vinculación con el mercado del arte.

279. Prescindo de plantear la posible aplicación de un delito de receptación, tipificado en el art. 298 CP, porque se analizan conductas posteriores a la falsificación. Si la conducta previa por el contrario fuera un hurto de estos bienes, la posterior adquisición de los mismos por parte de cualquier comerciante o agente podría subsumirse en esta figura, teniendo en cuenta que hay que probar el conocimiento de la comisión de ese delito previo contra el patrimonio. En el ámbito de los anticuarios será difícil alegar al respecto error de tipo pues tienen un conocimiento muy aproximado del valor real en el mercado de las obras con las que trafican. Hay que tener en cuenta, además, que el Código penal (art. 298.2) prevé un subtipo agravado de receptación cuando se adquiera los efectos del delito con el fin de traficar con ellos, para castigar la comercialización ilícita, y un hiperagravado cuando se realizare el tráfico utilizando un establecimiento o local comercial, para incriminar con más dureza la profesionalidad. A mayor abundamiento, la LO 1/2015 de Modificación de CP de 2013 contempla una agravación cuando el delito de receptación recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, cultural o científico.

280. Interesante el estudio comparado de la legislación penal europea en la materia realizado por Roma Valdés, A.: «La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales», en *AFDUAM*, n.º 19, 2015, pp. 405-412.

Esta tipología criminal posee una elevada cifra negra ya que muchos casos son difíciles de detectar por la elevada calidad de las falsificaciones o porque no son denunciados por los adquirientes de los objetos.

SEGUNDA: Para determinar la relevancia penal de la falsificación de obras de arte ha sido preciso previamente concretar qué es una obra de arte auténtica u original y quién o quiénes son sus autores. En este proceso se ha puesto de manifiesto la dificultad de la definición de obra, de la definición de autor, de los distintos grados y modalidades de falsificación, de la dificultad de delimitación entre lo falso y lo auténtico, entre lo parcial y lo total, entre lo esencial y lo accidental.

Se ha delimitado, así, el objeto material de las posibles conductas típicas, la obra de arte, como objeto original (en tanto obra primigenia y resultado del esfuerzo intelectual propio) materializada en un soporte tangible o intangible, creada intelectualmente por un autor, que refleja en ella su idea y personalidad, y la ejecuta total o parcialmente o, al menos, controla o supervisa la ejecución final mediante unas directrices concretas.

De igual modo, ha sido preciso determinar la conducta típica de la falsificación de obras de arte distinguiendo si el hecho ha consistido en una reproducción sin consentimiento del autor original, la creación de una obra falsa (imitando el estilo de un autor) o de una obra falsificada («maquillando» una obra original).

TERCERA: A pesar de que parte de la Doctrina propone la creación de tipos específicos para castigar las conductas de falsificación de obras de arte, se ha pretendido poner de manifiesto que no hay zonas de impunidad sino que esta dinámica encuentra perfecta incriminación en nuestro Código Penal.

Así, cuando se copia una obra de un autor cuyos derechos de propiedad intelectual no se han extinguido, introduciéndola en el tráfico como si fuera una obra del autor al que se imita, si bien no puede subsumirse en el concepto de plagio al tratarse de un plagio inverso o usurpativo, sí puede incluirse en el concepto de *reproducción* ilícita por vulneración de los derechos de explotación exclusiva de los cesionarios prevista en el art. 270.1 CP siempre que se realice con ánimo de lucro (tras la modificación del CP por LO 1/2015: ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto) y en perjuicio de tercero. Este tipo penal es de preferente aplicación por relación de especialidad (regla 1.ª del art. 8 CP) al correspondiente, en su caso, delito de falsedad documental. Si la copia de la obra de arte se vende en el mercado como si fuera un original, la conducta de reproducción ilícita entrará en concurso ideal medial con la estafa (si se dan los requisitos de esta figura) pues ésta no absorbe ni es consumida por los derechos de autor.

Cuando, por el contrario, la conducta de reproducción se realice sin ánimo de lucro, de no haber prescrito los derechos de autor –a salvo de la posibilidad de subsunción en los delitos de falsedades– tendrá relevancia a lo sumo civil conforme a la Ley de Propiedad Intelectual.

Aquellos supuestos en los que no se copia una obra sino que simplemente se imita el estilo de un autor o aquéllos en los que se «maquilla» una obra de arte original con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, encuentran acomodo en el inciso «o de cualquier otro modo exploten económicamente una obra... o su *transformación*» introducido por la LO 1/2015, de modificación del Código penal.

Cuando, con ánimo de obtener un beneficio económico, se copia una obra de un autor cuyos derechos de propiedad intelectual han caducado y, por tanto, no es posible subsumir la conducta en ninguna de los delitos contra la propiedad intelectual, todavía es posible su subsunción en los delitos de falsedades basándonos en los siguientes argumentos:

1. Porque, como hemos pretendido demostrar, la amplitud del concepto de documento (art. 26 CP), permite subsumir la obra de arte en el mismo, aunque para que surta efectos en el tráfico jurídico ha de ir acompañada irremediablemente de la firma pues ésta implica la asunción del documento y, por tanto, la paternidad del mismo, y será el dato que pruebe la autoría.

2. Una vez identificada la obra como documento penal, su falsificación permite subsumir esta conducta (a pesar de que la Jurisprudencia no se lo plantee) en la falsedad material de documentos privados (normalmente a través de la conducta de simulación del art. 390.1.2.º CP en tanto creación *ex novo* de un documento falso), siempre que se pruebe que se realiza para perjudicar a tercero por lo que normalmente quedará desplazada esta figura por la aplicación de la estafa si se cumplen sus requisitos (por virtud de la regla 4.ª del art. 8: principio de alternatividad). Para ello, habrá que probar especialmente el engaño bastante (cuestión más que discutible en el ámbito que nos ocupa cuyos destinatarios de estas obras falsas serán habitualmente los galeristas a los que se exigirán deberes especiales de autoprotección, principalmente la obtención de certificado de expertización).

CUARTA: La aportación de un certificado de autenticidad no asegura indubitadamente la procedencia del bien cultural. A este respecto no existe una regulación específica sobre los certificados de autenticidad ni siguen un formato estándar, pese a que suelen constar de apartados similares. Se propone que, para evitar reproducciones ilegales y falsificaciones, se creara un registro centralizado en algún organismo nacional o internacional reconocido en el que conste el número de serie de estos certificados y donde se formalice el formato de los mismos.

En el estudio de la autenticidad de una obra de arte se suele realizar las siguientes acciones: asesoramiento de un experto, comprobación de la procedencia o trazabilidad de la obra y/o la realización de pruebas científicas que confirmen la fecha de la pieza.

La falsa autenticación de una obra a través de un peritaje objetivo es difícil que constituya falsedad, en la medida en que al consistir en una declaración mendaz

debe calificarse como ideológica. No obstante, si los resultados de estos métodos o el método mismo han sido manipulados para apoyar la opinión del experto, esta manipulación ya puede constituir el engaño de la estafa. En consecuencia, no se trata en el caso del experto, de una falsedad de certificados de los arts. 397 y ss. CP sino del resultado de una mera labor pericial que tendrá la consideración de documento privado. Es decir, es una función anudada al propio documento que certifica. En estos casos, se trata, por tanto, de una falsedad de documento privado en sentido penal. Y ello fundamentalmente por dos razones:

1.ª Porque el «certificado» no es más que una especie de etiqueta «conclusiva» de un informe pericial, por lo que no puede desligarse de esa naturaleza de documento.

2.ª Con la restricción tan notable que está teniendo el concepto de certificado en la Jurisprudencia, encajaría mejor con esa línea de interpretación la idea de que son documentos.

QUINTA: Lo habitual en el tráfico de obras de arte, será el uso del documento falso cuando previamente no se ha falsificado y sin que sea precisa la connivencia con el falsificador. Estos supuestos serán subsumibles en la conducta de uso de documento privado del art. 396 CP siempre que a sabiendas de su falsedad se use para perjudicar a otro, lo que determinará, a su vez, en la mayoría de los casos, un concurso de leyes con la estafa a favor de ésta última.

SEXTA: Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado suelen actuar de manera reactiva gracias a la denuncia previa de la ciudadanía ante un supuesto, por lo que se justifica de esta forma los escasos ejemplos encontrados en la estadística oficial. Esta estadística no deja claro el volumen de casos encontrados a este respecto, siendo algunos de ellos contabilizados dentro de otros supuestos más globales como «delitos contra el patrimonio» o «delitos de estafa». Si recurrimos a la opinión de expertos en arte, la mayoría considera que entre el 40% y el 50% de las transacciones en este mercado aparecen obras falsas/falsificadas o reproducciones ilegales.

La inmensa mayoría de los delincuentes más famosos analizados en este documento provienen o realizan su actividad criminal en países con un gran volumen de negocios en cuanto al mercado del arte se refiere, especializándose en obras falsas o falsificadas.

Para cometer un delito de falsificación, la figura del intermediario es fundamental, puesto que es la persona encargada de introducir las falsificaciones en los diferentes canales de distribución que posee el mercado del arte. Así, la actuación del perista es esencial.

SÉPTIMA: Durante la investigación operativa que llevan a cabo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se necesita el apoyo de expertos en arte que certifiquen la autenticidad o falsedad de los objetos investigados. En ocasiones,

se necesita limitar ciertos derechos fundamentales (siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad de la medida) en los que es difícil obtener la autorización judicial pertinente, motivado por la relativa escasa gravedad del hecho punitivo. El inicio de las actuaciones, por tanto, suelen iniciarse mediante una denuncia previa por parte del perjudicado, por información obtenida de fuentes vivas o por una actuación policial preventiva.

En la investigación operativa del *modus operandi* e identificación de los delincuentes se debe iniciar, de forma paralela, una investigación patrimonial sobre los bienes gananciales o lucro obtenido por estos mediante la comisión de los delitos. Todo esto supone que las investigaciones deben ser llevadas a cabo por agentes con una preparación adecuada y especializada, como es el caso de la Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo Nacional de Policía o el Grupo de Patrimonio Histórico de la Guardia Civil.

OCTAVA: En las operaciones policiales de relevancia sobre esta casuística queda probada una serie de características comunes: se trata de organizaciones o grupos criminales conformadas por más de dos personas, con una estructura, funciones o roles bien definidos y que suelen actuar por un período de tiempo prolongado.

NOVENA: Podría haber dudas acerca de si los autores materiales de este tipo de supuestos forman parte de organizaciones o grupos criminales. Es quizás más adecuado referirse a hechos cometidos por una delincuencia especializada.

A pesar de ello, la transnacionalidad del fenómeno detectado en las últimas décadas, caracterizado por la actuación protagonista de la cadena de intermediarios, está implicando cada vez en mayor medida una relación de estas conductas con el crimen organizado, lo que exige dar una respuesta penal adecuada en tres direcciones:

– En primer lugar, a la exportación ilegal, a través de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando modificada por LO 6/20911, que prevé un delito agravado de exportación ilegal de bienes relativos al Patrimonio histórico cuando la misma supere los 50.000€; una modalidad imprudente imprescindible para incriminar supuestos en los que concurra error de tipo vencible sobre el valor histórico de los bienes; y, finalmente, un tipo hiperagravado cuando estas conductas se cometan –como es lo habitual en el caso de actividades transnacionales– por medio o en beneficio de personas u organizaciones de las que pudiera derivarse una especial facilidad para cometer el delito, para acoger la gravedad del injusto.

– En segundo lugar, para castigar las conductas relacionadas con el blanqueo contamos como es sabido con el delito de blanqueo de capitales que se complementa con la nueva regulación del comiso en el art. 127 bis tras la modificación por LO 1/2015, teniendo presente, además, que el artículo 302 CP vigente acoge

un tipo agravado de blanqueo cuando las personas que cometen estos hechos pertenezcan a una organización delictiva.

– En tercer lugar, en aquellos casos en los que se pruebe efectivamente la comisión de estos delitos en el seno de organizaciones o grupos criminales, contamos con los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal, introducidos en los artículos 570 bis y ss., CP tras la reforma por LO 5/2010. En estos casos, en cumplimiento de la regla penológica específica prevista en el artículo 570 quáter 2 último inciso CP, que aplica prioritariamente el principio de alternatividad, se aplicará concurso de normas en favor de la que imponga la pena más grave (bien el tipo básico, por ejemplo, de blanqueo –art. 301.1. CP – junto con el delito de pertenencia a organización o grupo criminal –arts. 570 bis y ss.–, o bien el tipo agravado de blanqueo realizado por personas que pertenezcan a una organización dedicada a estos fines –art. 302.1 CP –).

DÉCIMA: Existe una deficiente regulación legal en este ámbito en el plano internacional. Tal es así que no aparece ni tan siquiera, una mención específica en la Convención de la UNESCO de 1970, al Convenio de UNIDROIT de 1995 o el Código Internacional de ética para marchantes de bienes culturales de la UNESCO adoptado en 1999. A pesar de ello, existen organizaciones internacionales que han impulsado iniciativas para la lucha contra los delitos que afectan al patrimonio cultural, como es el caso de Europol, Interpol o UNODC.

Igualmente, es constatable la falta de uniformidad en la tipificación europea y más aún fuera de este marco geográfico. Para que la tipificación nacional sea eficaz, debe hacerse, por tanto, un esfuerzo por armonizar la legislación existente en la materia, al menos, a nivel de la Unión Europea, compatibilizando la normativa comunitaria sobre libre circulación de bienes con la normativa protectora de este tipo de bienes en favor de esta última.

9. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

AA.VV., *Protección del Patrimonio histórico. La Guardia Civil y la conservación de bienes culturales*, (Ávila 1997), Junta de Castilla y León y Guardia Civil, Valladolid, 1998.

AA.VV., *Proyecto Elmyr de Hory Fake!*, Madrid: Consorcio Círculo de Bellas Artes/ Ministerio de Educación, Cultura, Deportes, 2013, pp. 1-145. *Proyecto_Fake!_Elmyr_de_Hory_(9617)–2.pdf*

Armenteros León, M.: *Los delitos de falsedad documental. Comentarios y Jurisprudencia. Adaptado a la reforma operada en el Código penal por LO 5/2010*, Granada: Comares, 2011.

Arnau, F.: *El arte de falsificar el arte. Tres mil años de fraudes en el comercio de las antigüedades*, Barcelona-México: Noguer, 1961.

«Arte España». *Arte España*. s.f. *http://www.arteespana.com/gauguin.htm* (último acceso: 15 de marzo de 2015).

ARTEHISTORIA. «ARTEHISTORIA». *ARTEHISTORIA*. 19 de diciembre de 2005. *http://www.artehistoria.com/v2/personajes/2516.htm* (último acceso: 15 de marzo de 2015).

ASESORES DE PUBLICACIONES SL *El Boletín.com*. 1992. *http://www.elboletin.com/contraportada/110424/arte-londres-pintura-falsiciacion-dulwich.html* (último acceso: 04 de febrero de 2015).

B., Catalina Oquendo. *EL TIEMPO*. 29 de mayo de 2014. *http://www.eltiempo.com/entretenimiento/arte-y–teatro/robo-de-patrimonio-historico-en-colombia/14049358* (último acceso: 04 de mayo de 2015).

Bacigalupo Zapater, E.: «La reforma de las falsedades documentales», en *La Ley*, n.º 1, 1996, pp. 1668-1672.

– *El delito de Falsedad Documental*, Madrid: Dykinson, 1999.

Benéytez Merino, Luis (et. al.), *Las falsedades documentales*, Granada: Comares, 1994.

«BIBLIOGRAFÍA Y VIDAS (La enciclopedia biográfica en línea)». *BIBLIOGRAFÍA Y VIDAS (La enciclopedia biográfica en línea)*. 2004. *http://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/corbusier.htm* (último acceso: 15 de marzo de 2015).

BUSINESS PUNDIT: *Business Pundit*. 04 de mayo de 2011. *http://www.businesspundit.com/10-most-infamous-art-forgers-in-history/* (último acceso: 13 de febrero de 2015).

Bisquert Cebrián, C.: «Interpol y su trabajo en relación con la protección del patrimonio». *http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/lcti/capitulos/LCTI_8_Interpol.pdf*

Boné Pina, J. F. y Soteras Escartín, R.: *De las falsedades, Comentarios de los artículos 386 al 403 del Código Penal de 1995*, Barcelona: Bosch, 2000.

Carrasco Andrino, M.: «Propiedad intelectual», en *Derecho penal español. Parte especial II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 461-494.

Casabó Ortí, M.ª. A.: *La estafa en la obra de arte*, Universidad de Murcia, 2014. *TMACO.pdf*

Chappell, D. y Polk, K.: «Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An exploration of the Murky World of Art Fraud», en *Current Issues in Criminal Justice*, 2008-2009..

CIRCULAR 8/2015 Fiscalía General del Estado, *sobre los delitos contra la propiedad*

intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015.

Cortés, Antonio (Teniente Coronel de la Guardia Civil), entrevista de Comandante Emilio Verón Bustillo. *La falsificación de obras de arte* (4 de mayo de 2015).

Cozzella, L., Spagnolo, G. S. y Leccese, F.: «Biometric-Libe approach for verifying artworks authenticity», en *Applied Physics Research, Canadian Center of Science and Education.*, 2013, pp. 118-130.

CUERPO NACIONAL DE POLICÍA. «POLICÍA NACIONAL». *POLICÍA NACIONAL.* 21 de mayo de 2014. *http://policia.es/prensa/20140521_1.html#* (último acceso: 08 de marzo de 2015).

– «POLICÍA NACIONAL». *POLICÍA NACIONAL.* 28 de febrero de 2015. *http://www.policia.es/prensa/20150228_1.html* (último acceso: 08 de marzo de 2015).

De Horna, L.: «Salamanca RTV al día». *Salamanca RTV al día.* 29 de diciembre de 2014. *http://salamancartvaldia.es/not/66180/-arte-verdadero-arte-falso-#sthash.bp2XiVVi.dpuf* (último acceso: 30 de diciembre de 2014).

Diario El País: 22 de mayo de 2010 y 7 de febrero de 2013. *http://elpais.com/tag/falsificaciones_arte/a/*

Dirección de Investigación Criminal e Interpol. *República de Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. Policía Nacional de Colombia.* 14 de Mayo de 2015. *http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/UNIDADES_POLICIALES/Direcciones_tipo_Operativas/Direccion_de_Investigacion_Criminal* (último acceso: 14 de Mayo de 2015).

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. (s.f.).

Driessen, R.: «Driessen Art», en *Driessen Art.* s.f. *http://driessenart.com/* (último acceso: 28 de febrero de 2015).

Durney, M. y Proulx, B.: «Art Crime: a brief introduction», en *Springer Science + Business Media B.V., Crime Law Soc. Change, n.º 56*, 2011, pp. 115-132.

Dutton, D.: «Authenticity in Art.», en *The Oxford Handbook of Aesthetics, Oxford University Press, Nueva York.*, 2003.

Echano Baldasúa, J. I.: «Falsedades documentales», en *Delitos contra la Administración Publica* (Edición al cuidado de Adela Asúa Batarrita), Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

EL *PERIÓDICO.COM. EL PERIÓDICO (OCIO Y CULTURA).* 10 de julio de 2006. *http://www.elperiodico.com/es/noticias/ocio-y–cultura/cuadro-gauguin-mas-caro-historia-300-millones-3916077* (último acceso: 16 de marzo de 2015).

Fernández Albor, A.: «El patrimonio artístico y su protección penal», en Homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 701-716.

Flescher, S.: *El experto frente al objeto*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Fox, M.: *The New York Times*. 31 de Diciembre de 2010. *http://www.nytimes.com/2011/01/01/arts/01dutton.html?_r=0* (último acceso: 14 de mayo de 2015).

Fuentes Camacho, V.: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales,* Madrid: *Beramar*, 1993.

Gamero, A.: «La Piedra de Sísifo (Gabinete de Curiosidades)», en *La Piedra de Sísifo (Gabinete de Curiosidades)*. 02 de julio de 2013. *http://lapiedradesisifo.com/2013/07/02/las-m%C3%A1s-grandes-falsificaciones-del-mundo-del-arte/* (último acceso: 13 de enero de 2015).

García Cantizano, M.ª. C.: *Falsedades Documentales (en el Código penal de 1995),* Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

García Vega, M. A.: «El País». *El País*. 02 de diciembre de 2014. *http://elpais.com/elpais/2014/12/01/eps/1417449293_488899.html* (último acceso: 05 de diciembre de 2014).

Gómez Benítez, J. M. y Quintero Olivares, G.: *Protección penal de los derechos de autor y conexos,* Madrid: Civitas, 1988.

Gómez de Liaño Polo, G.: «Delitos contra el patrimonio cultural, especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico», en *Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 12, 2006, pp. 1-28.

Goyena Huerta, J.: *Las falsedades documentales. Jurisprudencia comentada*, Pamplona: Thomson/Aranzadi, 2007.

Grant, D.: «Certificates of Authenticity», en *American Artist, Nielsen Business Media*, 2006, pp. 73-75.

GUARDIA CIVIL. «GUARDIA CIVIL», el 29 de noviembre de 2011. *https://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/historico2/3248.html* (último acceso: 06 de marzo de 2015).

– «GUARDIA CIVIL». *GUARDIA CIVIL*. 13 de enero de 2015. *https://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/5208.html* (último acceso: 09 de marzo de 2015).

GUARDIA CIVIL: «MANUAL DE CIENCIAS FORENSES II. Grado de Ingeniería de la Seguridad», del Centro Universitario de la Guardia Civil y Servicio de Criminalística. Aranjuez (Madrid), 2013.

GUARDIA CIVIL, Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operati-

va: «Falsificación de Bienes Culturales». *I Jornada de actualización sobre protección del Patrimonio Histórico Español.* Madrid: Guardia Civil, 2013.

Guisasola Lerma, C.: «Los delitos sobre el patrimonio histórico», en Francisco Javier Álvarez García –Dir.–, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal,* de 2012, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 886-891.

INTERIOR, MINISTERIO DEL. *Anuario estadístico del Ministerio del Interior 2015*. Anuario estadístico, Bilbao: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior., 2016.

INTERPOL. «INTERPOL». *INTERPOL.* 2002. *http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Works-of-art/Conferences-and-meetings* (último acceso: 10 de marzo de 2015).

Leon, C. y Schulz, M.: «El timo de las esculturas clásicas», en *XL Semanal*, 29 de junio de 2014.

Lequette-de Kervenoaël, S.: *L'Authenticité des oeuvres d'art*, Paris: L.G.D.J., 2006.

Lluent, J. M.: *Expolio y fraude en el arte*, 2.ªed., Asturias: Ediciones Trea, 2013.

LOGOPRESS COMUNICACIÓN, S.L. *Revista de arte-Logopress.* 2015. *http://www.revistadearte.com/1999/01/30/falsificaciones-de-obras-de-arte/* (último acceso: 5 de febrero de 2015).

Lucero, G.: «Picasso alquimista: Una lectura de *Las Meninas*», en *Aisthesis*, n.º 47, 2010, pp. 261-271.

Lydiate, H.: «Authenticity Certificates», en *Art Monthly*, 2012.

Marchena Gómez, M. y Moreno Verdejo, J.: *El delito de falsedad documental en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Jurisprudencia, Madrid: Colex, 1999.

Memoria de la Fiscalía Especializada de Medio ambiente, urbanismo y patrimonio histórico, 2012.

Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2013.

Mestre Delgado, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Madrid: Colex, 2012.

Mínguez García, H.: «Copia *versus* original-múltiple. Una relación dialógica en el arte gráfico reproducible», en *Arte, Individuo y Sociedad,* n.º 25 (1), 2013, pp. 77-93.

Mínguez, J.: «Arte, ostentación y fraude», en *Revista de Libros*, n.º 155, nov. 2009.

Molins Raich, M. y González García, J.: «Medidas penales contra las falsificaciones de obras de arte y las atribuciones erróneas de la autoría», en Peñuelas

y Reixach, Ll. (ed.): *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013, pp. 305-309.

Muñoz Conde, F.: «El tráfico ilegal de obras de arte», en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago: Universidade de Santiago de Compostela, 1993, pp. 395-421.

«MUSEO THYSSEN-BORNEMISZA». *MUSEO THYSSEN-BORNEMISZA*. 2009. *http://www.museothyssen.org/thyssen/ficha_artista/153* (último acceso: 15 de marzo de 2015).

Ocrospoma Pella, L. E.: «Concepto jurídico penal de documento», en *http://www.derecho.com/articulos/2001/09/15/concepto-jur-dico-penal-de-documento/*.

Orts Berenguer, E.: «Exportación sin autorización de obras u objetos de interés histórico o artístico», en *Comentarios a la Legislación penal (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal).Tomo III: Delitos e infracciones de contrabando,* Madrid: EDERSA, 1984, pp. 87-100.

Otero González, P.: «De los delitos sobre el patrimonio histórico», en *Derecho Penal español. Parte especial II,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 993-1030.

– «La protección penal del patrimonio cultural en la Constitución española (presupuestos constitucionales a la protección penal del patrimonio histórico», (Coautor Francisco Javier Álvarez García), en *Revista de Derecho Penal*, n.º 35, 1/2012, pp. 35-65.

Peñuelas y Reixach, Ll.: «Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación, en la obra común anterior», en Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.) *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013.

– «Casos problemáticos de autoría y originalidad de obras de arte», en Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.) *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí, pp. 60-69.

– «Las obras de arte falsas», en Peñuelas y Reixach, Lluís (ed.) *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013, pp. 101-131.

– «La autentificación de obras de arte», en Peñuelas y Reixach, Ll. (ed.) *Autoría, autentificación y falsificación de las obras de arte*, Barcelona: Ediciones Polígrafa y Fundació Gala-Salvador Dalí, 2013, pp. 133-161.

Pérez Alonso E. J.: «El delito de contrabando de bienes culturales», en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 52, 2008, pp. 45-61.

Prieto de Pedro, J. et al.: «La Policía en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales». *I Encuentro profesional sobre Lucha contra el Tráfico Ilícito de Bienes*

Culturales. Madrid: Secretaría General Técnica de la Subdirección General de Documentación y Publicaciones (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). NIPO: 030-13-290-9., 2013. 1-87.

PRINT COUNCIL OF AMERICA: «*What is an original print?»,* Nueva York: Print *Council* of America, 1961.

Queralt Jiménez, J.: *Derecho Penal Español, Parte especial*, 6.ª ed. Barcelona: Atelier, 2010.

Renart García, F.: «Aspectos sustantivos de delito de contrabando», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 10, 2002, pp. 143-197.

Rodríguez, Conxa. «El Mundo». *El Mundo*. s.f. *http://www.elmundo.es/cultura/2014/04/23/5357788d22601d82318b456d.html* (último acceso: 23 de abril de 2015).

Roma Valdés, A.: *La aplicación de los delitos sobre el patrimonio cultural,* Granada: Comares, 2008.

– «La recuperación de bienes de valor cultural por la jurisdicción penal», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 12, 2008.

– *Comercio y circulación de bienes culturales. Guía jurídica para profesionales y coleccionistas de arte y antigüedades*, Madrid: Difusión Jurídica, 2011, pp. 19-20.

– «La cooperación judicial frente al tráfico ilícito de bienes culturales», en *AFDUAM*, n.º 19, 2015, pp. 393-419.

Sánchez Tomás, J. M.: «Los delitos de falsedad documental», en Francisco Javier Álvarez García –Dir.–, *Derecho Penal español. Parte especial II,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1483-1533.

Spencer, R. D.: «Authenticity», en *Trusts and States*, 2005, pp. 59-63.

– *El experto frente al objeto*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

Thompson, D.: *El tiburón de doce millones de dólares*. Barcelona: Ariel, 2009.

UNESCO. *UNESCO.ORG (La colección de obras de arte de la UNESCO)*. 1995. *http://www.unesco.org/artcollection/NavigationAction.do?idOeuvre=2919&nouvelleLangue=es* (último acceso: 16 de marzo de 2015).

UNODC. *TRAFFICKING IN CULTURAL PROPERTY. Guidelines for crime prevention and criminal justice responses in relation with trafficking and other illicit behaviours in cultural property*. Directrices., Viena: UNODC, 2012.

– «UNODC-United Nations on Drugs and Crime». *UNODC-United Nations on Drugs and Crime*. 1997. *http://www.unodc.org/documents/frontpage/UNODC_Annual_Report_2010_LowRes.pdf*. (último acceso: 11 de marzo de 2015).

Verón Bustillo, E.: «Protección del Patrimonio Histórico en la Unión Europea», *Documento de Investigación sobre Seguridad Interior Doc-ISIe,* n.º 21/2014, *www.iuisi.es*

Viana, I.: «Van Meegeren: ¡He probado al mundo que un plagio puede ser tan bello como el original!», en *ABC. es Hemeroteca*, 18/10/2013.

Villacampa Estiarte, C.: *La Falsedad Documental: análisis jurídico-penal*, Barcelona: Cedecs, 1999.

SITIOS WEB

http://blogs.periodistadigital.com/tresforamontanos.php/2017/03/12/exposicion-sobre-el-arte-de-la-falsifica

http://cultura.elpais.com/cultura/2014/06/13/actualidad/1402655746_447909.html/

http://es.calameo.com/read/00007533510bb0788ccf5

http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=materialmente

http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=0yVLvfuu6DXX2Be9T4Xl#0_2

http://www.arte10.com/foro/-t5041.html?Pol%E9mina+en+Arco+2015%3A+El+vaso+medio+vac%EDo

http://www.criminalistica.com.mx/areas-forenses/documentoscopia/1106-las-falsificaciones-en-la-historia-del-arte

http://www.elconfidencial.com/cultura/2015-03-04/el-vaso-de-agua-de-wilfredo-prieto-se-le-atraganta-a–la-vieja-guardia-del-arte_721566/

http://www.entornointeligente.com/articulo/9748908/Traacute;fico-de-bienes-culturales-las-claves-del-cuarto-comercio-ilegal-del-mundo-19032017

http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/6106.html?versionImprimible=true

http://www.interpol.int/es/Criminalidad/Obras-de-arte/Obras-de-arte. http://www.lasprovincias.es/sucesos/201701/09/policia-borra-firmas-obras-20170108234943-v.html

http://www.portafolio.co/tendencias/el-autentico-arte-de-la-falsificacion-502336