



Y EL VANDALISMO SE HIZO ARTE: LA PROTECCIÓN DEL GRAFITI POR EL DERECHO DE AUTOR

Julián LÓPEZ RICHART¹

RESUMEN: A medida que aumenta la popularidad del grafiti y éste se consolida como una de los movimientos artísticos más importantes del siglo XXI, se intensifica el debate en torno a su protección por el Derecho de autor. El presente artículo defiende que el grafiti creado ilegalmente está sujeto a derechos de autor, pero al mismo tiempo destaca los problemas específicos a los que se enfrentaría el artista para hacer valer estos derechos.

ABSTRACT: As graffiti grows in popularity and consolidates as one of the most prominent artistic movements of the XXI century, so does the debate about its protection through copyright law. This article argues that illegal graffiti art is subject to copyright, and outlines the specific challenges that graffiti artists would face in attempting to enforce their rights.

PALABRAS CLAVE: Grafiti. Arte callejero. Derechos de autor. Derechos morales. Obras situadas en espacios públicos. *Droit de suite*.

KEY WORDS: Graffiti. Street Art. Copyright. Moral rights. Freedom of panorama. *Droit de suite*.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. 3. EL GRAFITI COMO OBJETO DE DERECHOS DE AUTOR. 4. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS SOBRE LA OBRA. 4.1. Atribución al autor de los derechos

En caso de cita: LOPEZ RICHART, J., "Y EL VANDALISMO SE HIZO ARTE: LA PROTECCIÓN DEL GRAFITI POR EL DERECHO DE AUTOR", RIIPAC, nº 10, 2018, páginas 53 -87 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac/> /]

¹ Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de Alicante.

sobre su creación. 4.2. La distinción entre los derechos de autor y la propiedad (material) sobre la obra. 5. EL DERECHO MORAL DEL AUTOR A LA INTEGRIDAD DE SU OBRA. 5.1. Consideraciones previas. 5.2. El alcance del derecho moral a la integridad. 5.3. La destrucción de la obra. 5.4. Descontextualización y desnaturalización. 6. EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LA OBRA. 6.1. Los derechos patrimoniales exclusivos. 6.2. Limitaciones y excepciones a los derechos de explotación. 6.3. Derechos de simple remuneración: el *droit de suite*. 7. RECAPITULACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La proliferación de grafitis y otras manifestaciones de arte callejero (*street art*) ha sido una constante en los grandes núcleos urbanos de todo el mundo desde las últimas décadas del siglo XX. En un primer momento, los grafitis eran vistos exclusivamente como actos vandálicos, de degradación del espacio urbano, e incluso se llegó a especular que podían estar en el origen de otras actividades criminales².

En los últimos años, sin embargo, el arte callejero ha ido ganando popularidad, dando lugar al nacimiento de todo un mercado alrededor de él, que va desde las pinturas especiales que utilizan este tipo de artistas, hasta revistas monográficas, películas o videojuegos. Hoy son muchas las ciudades en las que se ofrecen visitas guiadas para conocer las obras esparcidas por sus calles, obras que aparecen reproducidas en libros, postales, posters, camisetas, tazas... Por otro lado, la imagen transgresora del grafiti y la cultura asociada a él también se utilizan de forma recurrente como herramienta publicitaria para comercializar los más variados productos³. Pero estas formas de expresión artística no sólo han despertado el interés del gran público, también han conseguido reconocimiento en los círculos especializados, lo que explica que las obras de estudio de algunos artistas que se habían dado a conocer por sus actuaciones callejeras –como Jean-Michel Basquiat, Blek la Rat, Keith Haring, Barry McGee o Shepard Fairey, por citar sólo a algunos– sean hoy muy

² Una de las teorías de política criminal más discutidas en los últimos tiempos, la teoría de las ventanas rotas (*broken windows*), parte de la idea de que los signos visibles de un comportamiento antisocial generan un ambiente que fomenta crímenes y desórdenes más graves. Por lo tanto, la teoría sugiere que si se pone freno a conductas incívicas, como la acumulación de basura, las pintadas en las paredes o el consumo público de alcohol, se crea una atmósfera de orden y legalidad, que evita la comisión de crímenes más serios. Esta teoría, que tiene su origen en un experimento desarrollado en 1969 por el psicólogo Philip Zimbardo, fue desarrollada en un artículo publicado en 1982 por James Q. Wilson y George L. Kelling y se popularizó en la década de los 90, cuando el jefe de policía de Nueva York, William Bratton, asumió sus postulados para terminar con la criminalidad en las calles de la ciudad.

³ Son muchas las empresas que han utilizado la imagen del arte callejero y los grafitis en sus campañas publicitarias, desde una conocida marca de bebidas carbonatadas (<https://www.youtube.com/watch?v=07T5hryi5yM>) o una cadena de restaurantes de comida rápida (<https://www.youtube.com/watch?v=64np54uzlil>), hasta productos de limpieza (<https://www.youtube.com/watch?v=JaUPAxbtLU>), pasando por una de las mayores multinacionales farmacéuticas (<https://www.youtube.com/watch?v=gVUkbRng7fo>) [última consulta 02/06/2018].

cotizadas en el mercado del arte⁴ y que en los últimos años hayamos asistido a una proliferación de exposiciones y subastas de obras originariamente emplazadas en la calle⁵. Conscientes de su valor y del atractivo que suponen para las ciudades, vemos cómo en muchos casos son los propios vecinos⁶ e incluso –aunque pueda resultar paradójico– las autoridades locales las que tratan de preservar algunos de estos grafitis⁷.

Precisamente ha sido el creciente interés por estas nuevas formas de expresión artística lo que ha hecho que afloren toda una serie de problemas jurídicos que tienen que ver fundamentalmente con la protección de los grafitis por el Derecho de autor. El presente artículo no pretende ocuparse de las acciones legales frente a quienes realizan este tipo de obras en una propiedad ajena, sino, al contrario, determinar si, independientemente de éstas, corresponden al autor ciertos derechos sobre su creación y dónde se encuentra el límite de esos derechos.

2. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Etimológicamente, grafiti proviene de la palabra griega γραφειν que significa escribir. Y es que, desde sus orígenes a finales de la década de los sesenta del pasado siglo, lo que hoy conocemos como grafiti ha consistido básicamente en escritos realizados con aerosoles o rotuladores permanentes en muros, vagones de metro, puentes... Normalmente esos escritos se limitan a recoger la firma del autor, su apodo o el nombre del grupo (*crew*) al que pertenece. El autógrafo (*tag*) es la forma originaria que adoptaron los grafitis en sus inicios y todavía hoy su manifestación más extendida. Al principio esas firmas eran todas muy parecidas, pero a medida que crecía el número de grafitis, su estilo fue evolucionando y haciéndose más personal, como una forma de destacar entre los demás, y cuando el estilo no fue suficiente para distinguirse, los escritores (*writers*), como

⁴ Se ha acuñado el término «arte urbano» (*urban art*) para referirse a obras comerciales de artistas asociados de un modo u otro al «arte callejero» (*street art*), aunque algunos de ellos no tengan en verdad experiencia previa pintando en la calle, *vid.* BENGTSSEN, P., «Stealing from the public. The value of Street art taken from the street», en Ross, J. I., (ed.) *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, Routledge, London/ New York, 2016, p. 416.

⁵ Sirva como ejemplo la exposición *Stealing Banksy?*, celebrada en un hotel del centro Londres en 2014 y en la que se exhibían una veintena de obras atribuidas al popular artista de Bristol, que habían sido literalmente arrancadas de su ubicación originaria con la finalidad de ser subastadas al término de la exposición, *vid.* VINCENT, A., «Banksy condemns 'disgusting' Stealing Banksy exhibition on opening day», *The Telegraph*, April 24, 2014, accessible en <https://www.telegraph.co.uk/culture/art/art-news/10785417/Banksy-condemns-disgusting-Stealing-Banksy-exhibition-on-opening-day.html> [última consulta 30/05/2018].

⁶ En 2006 la ciudad de Bristol llevó a cabo una encuesta entre la población y el 97% de los residentes preguntados votaron a favor de que se conservara el célebre *stencil* que Banksy pintó en la fachada de una clínica de salud sexual. La obra representa a un hombre desnudo colgado del quicio de una ventana, mientras en el interior del cuarto se aprecia a una mujer en ropa interior y a un hombre vestido con traje, dando a entender que se trata de la esposa infiel sorprendida *in flagranti* por su marido.

⁷ En nuestro país, el caso más reciente es el de una concejal del Ayuntamiento de Madrid que ha pedido que se proteja un *tag* del célebre grafitero Juan Carlos Argüello, conocido como Muelle, descubierto durante la reforma de un céntrico edificio de la capital, *vid.* CONSTANTINI, L., «Descubren una nueva firma del Muelle en la calle Moratín de Madrid», *El País* [en línea], 05.06.2018 disponible en https://elpais.com/ccaa/2018/06/04/madrid/1528134346_678703.html [última consulta 15/06/2018].

ellos mismos se denominan, comenzaron a realizar obras de mayor tamaño, a buscar ubicaciones más visibles y a experimentar con el color⁸. Nace así una segunda categoría de grafitis más sofisticados, conocidos como *throw-ups* (o *throwies*), en los que las letras que componen el nombre o seudónimo, generalmente con formas redondeadas, se dibujan en dos colores, uno para el borde y otro para el relleno. Cuando el diseño de las letras es aún más elaborado y se utiliza una pluralidad de colores los grafitis son denominados *pieces* (abreviatura de *masterpieces*)⁹. En ellos el nombre o la firma pueden aparecer acompañados de otros elementos gráficos y figurativos, e incluso puede ocurrir que esos otros elementos asuman el protagonismo, dando lugar a auténticas pinturas o murales¹⁰. Precisamente estos últimos son los que más han contribuido a elevar el grafiti a la categoría de arte.

No resulta sencillo, sin embargo, definir qué es el grafiti¹¹. Generalmente se considera que el grafiti queda restringido a aquellas obras que se centran en el texto escrito, mientras que otras formas de expresión artística que tienen lugar en las calles, como murales, *stencils*¹², carteles no comerciales, adhesivos o mosaicos adheridos a las fachadas de edificios, se englobarían dentro de la categoría más amplia del arte callejero (*street art*) o post-grafiti¹³. Algunos autores, sin embargo, incluyen también dentro de la categoría del grafiti las obras de aquellos artistas que, aunque no contengan letras o palabras, están realizadas con la misma técnica que se utiliza para escribir en las paredes o que responden a la mismas consideraciones estéticas¹⁴. Sólo por un afán de síntesis, en las páginas que siguen utilizaremos esta acepción más amplia del término grafiti, sin desconocer las razones que justifican la distinción apuntada.

En cualquier caso –aunque también es una cuestión discutida¹⁵–, el principal rasgo definitorio del grafiti y del arte callejero en general es su carácter ilícito¹⁶,

⁸ WACLAWEK, A., *Graffiti and Street Art*, Tames & Hudson, London, 2011, p. 16.

⁹ *Id.*, p. 18.

¹⁰ MORGAN, O. J., «Graffiti – Who Owns the Rights?», Working Paper, September 2006, p. 2.

¹¹ Cfr. ROSS, J. I., «Introduction. Sorting it all out», en Ross, J. I. (ed.), *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, Routledge, London/ New York, 2016, pp. 1-3.

¹² El *stencil* es una técnica que consiste en elaborar previamente una plantilla sobre una superficie de cartón, plástico o metal, que luego se coloca sobre la pared y se rellena con pintura en aerosol. Lo que se persigue con ello es tardar el menor tiempo posible en materializar la obra para evitar ser sorprendido.

¹³ En este sentido, WACLAWEK, A., *op. cit.*, pp. 28-32, apunta que, además de la preponderancia del nombre o del seudónimo y de las distintas técnicas empleadas, una diferencia fundamental entre el grafiti y el *street art* es que este último no va solamente dirigido a otros artistas, sino que pretende llegar a un público más amplio; DANYSZ, M., *From Style Writing to Art. A Street Art Anthology*, Drago, Rome, 2011, p. 19; ILJADICA, M., *Copyright Beyond Law. Regulating Creativity in the Graffiti Subculture*, Hart Publishing, Oxford/ Portland (Oregon), 2016, pp. 10-13. Esta última reconoce, no obstante, que la línea divisoria entre el grafiti y otras manifestaciones del *street art* es a veces difusa, pues el primero puede incluir manifestaciones pictóricas más propias del segundo y éste, en ocasiones, utiliza las mismas técnicas y materiales que el grafiti.

¹⁴ WELLS, M. M., «Graffiti, street art, and the evolution of the art market», en Ross, J. I. (ed.), *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, Routledge, London/ New York, 2016, p. 465.

¹⁵ Vid. YOUNG, A., *Street Art, Public City. Law, Crime and the Urban Imagination*, Routledge, London/ New York, 2014, p. 4.

¹⁶ En este sentido, vid. PHILLIPS, S. A., «Graffiti Definition: The Dictionary of Art», *Art Crimes*, [en línea], 1996, disponible en <https://www.graffiti.org/faq/graf.def.html> [última consulta 20/04/2018]; GRANT, N. A., «Outlawed Art: Finding a Home for Graffiti in Copyright Law», *ExpressO*, 2012, p. 4, disponible en https://works.bepress.com/nicole_grant/1/, [última consulta 02/06/2018]; Ross, J.

en el bien entendido de que la ilegalidad no se refiere al contenido o mensaje de la obra, sino al hecho de estar realizada sobre una propiedad ajena sin contar con el consentimiento del propietario. Es indiferente a la hora de juzgar la ilicitud el hecho de que se haya causado o no un perjuicio económico al propietario – pensemos en la obra de un conocido artista, que puede llegar a aumentar el valor del soporte sobre el que se realiza, o en el grafiti realizado en la fachada de un inmueble en ruinas y que no supone ninguna merma de su valor–.

Quedan, pues, fuera del objeto de este estudio otras manifestaciones artísticas en las que el autor actúa por encargo o, al menos, con el consentimiento previo del propietario del soporte sobre el que se realiza la obra, ya sea un particular o la administración pública¹⁷. Los problemas que éstas plantean son en muchos casos similares, pero en ocasiones la solución a los mismos puede variar debido a que en estos casos es preciso tener en cuenta el acuerdo, expreso o implícito, existente entre las partes.

3. EL GRAFITI COMO OBJETO DE DERECHOS DE AUTOR

Para determinar si el grafiti se halla protegido por derechos de autor es preciso responder a dos preguntas. La primera es si estas formas de expresión reúnen los requisitos para merecer la consideración de “obras” en el sentido que le da a este término la Ley de Propiedad Intelectual y, en el caso de responder afirmativamente a esta cuestión, habría que plantearse si existe alguna razón (en particular, la circunstancia de que hayan sido creadas en contra de la ley) que lleve a excluir de protección a esta categoría de obras.

La Ley de Propiedad Intelectual expresamente reconoce como objeto de derechos de autor a «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» y añade a continuación una enumeración meramente ejemplificativa, en la que se incluyen, entre otras, «las esculturas y obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas,

I., «Street Art», en Ross, J. I., *Encyclopedia of Street Crime in America*, Sage Publications, Thousand Oaks, 2013, pp. 392-393; WELLS, M. M., *op. cit.*, pp. 465 y 466, que pone de manifiesto que la ilicitud es un elemento esencial cuando se habla de grafiti en un contexto coloquial e incluso académico, pero no es relevante en el mercado del arte; ILJADICA, M., *Copyright Beyond Law...*, *cit.*, p.12.

¹⁷ Puede ocurrir que el propietario dé su consentimiento *ex post facto*, esto es, después de que la obra haya sido realizada. En este caso, la ilicitud inicial, que es la que para muchos califica la obra como un grafiti, desaparece, por lo que el propietario ya no podría después ejercitar una acción de responsabilidad civil frente al artista. Esta situación es más frecuente de la que pudiéramos imaginar. Pensemos que el artista que está detrás de un grafiti actúa muchas veces con el ánimo de embellecer la ciudad o el inmueble sobre el que actúa. En cierto modo, él considera su obra como un regalo y así puede entenderlo también el propietario. Un claro ejemplo es la obra que Banksy realizó en la fachada de un colegio que había puesto su nombre a un edificio. El grafiti apareció una mañana junto con una nota para los alumnos del colegio en la que se podía leer: «Por favor, aceptad esta pintura. Si no os gusta, no dudéis en añadir cosas, estoy seguro de que a los profesores no les importará». El director de la escuela afirmó que su intención era conservar el mural, *vid.* «Banksy paints Bridge Farm Primary Bristol wall as “present”», *BBC News* [en línea], 06.06.2016, disponible en <https://www.bbc.com/news/uk-england-bristol-36457647> [última consulta 118/05/2018].

tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas sean o no aplicadas» (art. 10 TRLPI).

El grafiti entraría, en principio, dentro esta categoría –la de las obras plásticas–, independientemente de la técnica empleada en su realización. La misma conclusión se extiende a los grafitis que se limitan a plasmar un nombre o una firma, porque también en ellos lo que se está protegiendo no es el contenido, el texto en sí mismo, sino la forma, el estilo en el que éste se plasma¹⁸. Distinto es el caso de aquellos grafitis que contienen un texto más complejo, como una frase, un eslogan o un poema, que podrían llegar a protegerse también como obra literaria, si bien es preciso tener en cuenta que cuanto más breve sea el texto más difícil será apreciar en él el requisito de la originalidad¹⁹.

De esta forma, incluso la más simple expresión del grafiti representada por una firma (*tag*), puede estar protegida por derechos de autor si la forma en la que está expresada es original y distinta de otras precedentes²⁰. No debemos desconocer que, aunque a los ojos de un observador inexperto todas esas firmas puedan parecer iguales, una de las formas de ganarse una reputación dentro de la comunidad de *escritores* es a través de la elaboración de un estilo propio de los caracteres con los que cada artista escribe su nombre o su apodo, tratando que sea perfectamente identificable y distinto de todos los demás²¹, lo que le llevaría a superar el test de la originalidad, tanto si se sigue el criterio de la novedad²², como si se aplica el estándar propuesto por el TJUE de estar ante

¹⁸ Vid. SEAY, J. E., «You Look Complicated Today: Representing an Illegal Graffiti Artist in a Copyright Infringement Case against a Major International Retailer», *J. Intell Prop.*, Vol. 20, 2012, p. 84, cuando afirma que, aunque una firma o el nombre de una persona no sean protegibles en sí mismos por los derechos de autor, sí puede serlo el entero diseño en su conjunto siempre que éste supere el umbral de originalidad requerido por la ley.

¹⁹ BONADIO, E., «Copyright Protection of Street Art and Graffiti under UK Law», *Intellectual Property Quarterly*, 2017, Issue 2, p. 195.

²⁰ En este sentido, RYCHLICKI, T., «Legal questions about illegal art», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2008, Vol. 3, No. 6, p. 397; BONADIO, E., *op. cit.*, p. 193. En Derecho norteamericano, por el contrario, la doctrina tiende a negar la consideración de obra protegible a las meras firmas o *tags*, *vid.* GRANT, N. A., «Outlawed Art: Finding a Home for Graffiti in Copyright Law», *ExpressO*, 2012, pp. 24-25 accessible en https://works.bepress.com/nicole_grant/1/; SCHWENDER, D. D., «Promotion of the Arts: an argument for limited copyright protection of illegal graffiti», *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, Vol. 55, 2008, pp. 264-265, que extiende esta misma conclusión también a las firmas expresadas en forma de *thrown-up*; CLOON, S., «Incentivizing graffiti: extending copyright protection to a prominent artistic movement», *Notre Dame Law Review*, Vol. 92, Issue 1, 2017, p. 56. En primer lugar, se dice que una simple firma no supera el estándar mínimo de originalidad requerido por la ley. Por otro lado, se considera que este tipo de grafitis tiene una naturaleza utilitaria, en la medida en que su función es dejar constancia de que su autor ha estado ahí, y ya se sabe que el derecho norteamericano excluye la protección del *copyright* a los artículos de utilidad, salvo que los elementos artísticos sean conceptualmente separables de los elementos funcionales. Por último, también se tiende a hacer un paralelismo entre las firmas y las tipografías, que según leyes del *copyright* de los Estados Unidos carecen de protección, *vid.* 37 *Code of Federal Regulations* § 202.1, que considera excluidas del ámbito de protección del *copyright* «las palabras y frases cortas como nombres, títulos y lemas; símbolos o diseños familiares; meras variaciones de ornamentación tipográfica, rótulos o colores».

²¹ Vid. ILJADICA, M., *Copyright Beyond Law...*, *cit.*, p. 150, quien pone de relieve que un buen *tag* ha de tener un estilo propio y ser ejecutado con precisión, lo cual puede requerir años de práctica.

²² Debemos recordar que en nuestro país, tanto la doctrina, como la jurisprudencia se decantan por una concepción objetiva de la originalidad, materializada en el requisito de la novedad, si

la «creación propia del autor»²³. Podríamos hacer aquí un paralelismo con los signos tipográficos, a los que en alguna ocasión, y pese al silencio de la Ley de Propiedad Intelectual²⁴, nuestros tribunales han considerado dentro de su ámbito de protección si reflejan la capacidad creativa del autor, en el sentido de reunir las notas identificadoras e individualizadoras que las doten de singularidad²⁵. Ni qué decir tiene que en el caso de las tipografías no son las letras en sí mismas las que se protegen –éstas, lógicamente, son de libre utilización–, sino la reelaboración artística de las mismas y sólo en la medida en que ésta sea original²⁶.

Más allá de la expresión de la obra por cualquier medio o soporte y de su originalidad, la ley no exige ningún otro requisito para su protección. A diferencia de cuanto sucede con los derechos de propiedad industrial –marcas, diseños, patentes–, el derecho de autor surge en el mismo momento en que la obra es creada, sin que la protección que se otorga al autor quede sujeta a ningún tipo de registro o formalidad. El registro de la obra es meramente facultativo y cumple una función probatoria en caso de un ulterior conflicto sobre su titularidad o autoría²⁷.

bien, se suele exigir que esta novedad tenga una relevancia mínima, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, pp. 163-165; CÁMARA ÁGUILA, P., «La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto *Infopaq*», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8-2012, pp. 123-124; STS (Sala 1ª) de 24 de junio de 2004 (RJ 2004/4318); STS (Sala 1ª) de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9707). En contra, HERNANDO COLLAZOS, I., «Aproximación del Derecho de autor al arte performativo», *RIIPAC*, n. 5-6, 2015, [en línea <http://www.eumed.net/rev/riipac/05/derecho-autor.pdf>] pp. 41 y 42, que recuerda que el único órgano competente para interpretar el sentido del requisito de la originalidad contemplado en la Directiva 2001/29/CE es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y éste entiende que la obra original es la que constituye una manifestación personal del autor, lo que obliga a comprobar la existencia de una libertad de elección al realizar su obra.

²³ STJUE (Sala 4ª) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08 *Infopaq*. Sobre el concepto de originalidad en la jurisprudencia del TJUE, *vid.* ampliamente HERNANDO COLLAZOS, I., «Patrimonio fotográfico. originalidad y dominio público. una aproximación desde el derecho de autor en España», *RIIPAC*, n. 2, 2013, [en línea <http://www.eumed.net/rev/riipac/02/propiedad-intelectual.pdf>] pp. 89 y ss.

²⁴ A diferencia del ordenamiento español, en Francia las obras tipográficas están expresamente recogidas en el catálogo de obras protegidas del art. L. 112-2 del *Code de la Propriété Intellectuelle* y en el Reino Unido se establece para ellas un régimen especial por las secc. 54 y 55 de la *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988. Por su parte, el Acuerdo de Viena relativo a la protección de los caracteres tipográficos y su depósito internacional, adoptado el 12 de junio de 1973, y que no ha entrado en vigor por no reunir el número exigido de ratificaciones, dispone en su art. 3 que los Estados miembros se comprometen a proteger los caracteres tipográficos, estableciendo un sistema especial de depósito o adaptando el aplicable a los diseños industriales o a los derechos de autor, sin que tales sistemas de protección sean incompatibles.

²⁵ SAP (Secc. 28ª) Madrid, de 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013/313786), que reconoció la tipografía creada por el actor como obra artística protegida por reunir el requisito de la originalidad, si bien desestimó sus pretensiones por considerar que éste había autorizado su uso por la empresa demandada.

²⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 61.

²⁷ Dispone el art. 145.3 TRLPI que la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual establece la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular, aunque se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

Si la obra puede ser considerada original, su protección no queda tampoco sujeta a ninguna valoración acerca de su calidad o cualidades artísticas²⁸. El mérito o valor de la obra es algo ajeno a las apreciaciones que el juez debe realizar para determinar si estamos ante una obra protegible, pues lo contrario conduciría a valoraciones subjetivas en detrimento de la aplicación uniforme de la protección de las creaciones intelectuales²⁹. Son célebres las palabras con las que el juez Holmes justificaba por qué la protección del derecho de autor no se puede hacer depender del mérito o el valor artístico de la obra: «sería una tarea peligrosa para las personas formadas sólo en el Derecho, constituirse en jueces finales del valor de ilustraciones pictóricas, fuera de los límites más estrechos y obvios. En un extremo, algunas genialidades serían seguramente incomprendidas. Su absoluta novedad las haría repulsivas hasta que el público aprendiera el nuevo lenguaje en el que su autor se expresó. Por ejemplo, es más que dudoso que los grabados de Goya o las pinturas de Manet hubieran estado seguros de protección cuando se vieron por primera vez. En el otro extremo, se denegaría la protección del derecho de autor a aquellas obras que atraen a un público menos educado que el juez»³⁰.

Del mismo modo, tampoco representa un obstáculo para la protección que otorga el derecho de autor la circunstancia de que la obra tenga carácter efímero o no esté llamada a perdurar indefinidamente. Quien crea un grafiti es consciente de que su obra puede tener una duración muy limitada, ya que no sólo está sujeta a las inclemencias meteorológicas y a la acción de otros artistas callejeros, sino que es muy probable que el propietario del soporte en que se halla plasmada la obra decida borrarla en cualquier momento para restablecer el estado original de su propiedad³¹. La cuestión se ha podido plantear en el Reino Unido, donde algunas decisiones judiciales parecen exigir una cierta permanencia para que una obra pueda ser objeto de protección por el derecho de autor³². Esto es así porque en los países de tradición anglosajona se exige la *fijación* de la obra en un soporte tangible como presupuesto para su protección.

²⁸ En Francia el *Code de la Propriété Intellectuelle* (Ley núm. 92-597 de 1 de julio de 1992) afirma expresamente en su art. L.112-1 que «las disposiciones del presente código protegen los derechos de los autores sobre todas las obras del espíritu cualquiera que sea su género, forma de expresión, *mérito* o destino». En parecidos términos se pronuncia en Portugal el art. 2º.1 del Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos (DL n.º 63/85, de 14 de marzo) y en el Reino Unido la *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988 define la obra artística como una «obra gráfica, fotografía, escultura o collage *independientemente de su calidad artística*» [sec. 4(1)(a)].

²⁹ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos del autor de obras de arte*, Cívitas, Madrid, 1996, p. 67.

³⁰ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* [188 U.S. 239 (1903)].

³¹ En palabras de un artista callejero, «cuando te vuelves escritor (*writer*), sabes que tu trabajo no va durar por siempre. Hay escritores que lo aceptan y otros que no. La batalla y la competencia siempre han sido parte del grafiti desde sus inicios. La mayoría del grafiti se basa en eso. Se trata de la acción de poner tu expresión en la pared de otra persona. El grafiti es una forma de arte temporal, como un teatro improvisado. Le tomas una foto a tus piezas para recordarlas e intercambiarlas con otros escritores, pero sabes que tu pieza desaparecerá pronto» (SCHMOO), en FARRELL, S., «Graffiti Q & A», *Art Crimes* [en línea], disponible en https://www.graffiti.org/faq/graffitiquestions_es.htm [última consulta 15.06.2018]

³² Sobre este particular *vid.* BONADIO, E., *op. cit.*, pp. 190-192, quien pone de manifiesto que los tribunales ingleses no han seguido un criterio uniforme en este punto y que incluso aquellas decisiones que rechazaron la consideración de obra protegida a determinadas creaciones efímeras no excluyen definitivamente la protección del arte callejero en la medida en que éste no es *intrínsecamente* efímero, por más que corra el riesgo desaparecer en un espacio relativamente breve de tiempo.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, como sucede en los que siguen la tradición del *Droit civil*, no se exige este requisito, basta con que la obra haya sido *expresada* por cualquier medio tangible o intangible. Por lo tanto, si una alocución pública o una improvisación musical son objeto de protección, no hay razón para que no lo esté una obra fijada en un soporte tangible, pero efímero, como una escultura de hielo o un monumento de madera y cartón destinado a ser quemado en la hoguera la noche de San Juan³³.

Mayores dudas suscita la cuestión de si el carácter ilícito de una obra –ilicitud que en el caso del grafiti, como vimos, está referida a su realización en una propiedad ajena sin contar con el consentimiento de su titular– debe llevar a negarle la protección por el Derecho de autor.

En nuestro país, la doctrina es unánime al considerar que la ilicitud de una obra no excluye su tutela por el derecho de autor³⁴. Para justificar esta conclusión se invoca, por un lado, el derecho a la libertad de creación artística reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución y, por otro, el hecho de que nuestra Ley de Propiedad Intelectual, a diferencia de cuanto sucede, por ejemplo, en la Ley de Marcas³⁵ o en la Ley de Patentes³⁶, no contenga expresamente una norma que excluya la protección de las obras contrarias a la ley, el orden público o las buenas costumbres. Además, denegar la protección al autor de una obra ilícita significaría hacer de peor condición al que infringe la norma a través de una creación original que a quien la infringe sin más, porque el primero además de la sanción que lleve aparejada la norma infringida se vería privado de sus derechos de propiedad intelectual³⁷.

Ahora bien, el reconocimiento de la condición de obra a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, no impide que puedan verse restringidas en mayor o menor medida algunas de las facultades que ésta reconoce al autor, por aplicación de las normas que protegen aquellos derechos que han sido vulnerados. Como ha dicho algún autor «las obras ilícitas son en verdad obras, cuya protección queda limitada sólo en la medida requerida por la ilicitud de que se trate»³⁸. Por ejemplo, el autor de una obra que atente contra el derecho al honor o a la intimidad personal o familiar de otra persona podría ver prohibida su divulgación por aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, viéndose

³³ Vid., por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10», *cit.*, p. 182.

³⁴ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 78; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, pp. 327 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10», *cit.*, pp. 171-172.

³⁵ Dispone el art. 5.1.f) Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas que no pueden registrarse como marcas los signos «que sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres».

³⁶ No podrán ser objeto de patente a tenor del art. 5.1 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes «las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres», aunque a renglón seguido puntualiza que no puede considerarse como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria.

³⁷ En este sentido, *vid.* BONADIO, E., *op. cit.*, pp. 216-217, quien además considera que sería injusto negar la protección a las obras creadas de manera ilícita porque ello significaría que otras personas distintas del artista podrían aprovecharse de ello para explotar dichas obras comercialmente en beneficio propio.

³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Artículo 10», *cit.*, p. 172.

limitados de este modo sus derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, pero, sin embargo, él mismo podría hacer valer esos derechos frente a quien pretenda explotar comercialmente la obra sin su consentimiento³⁹. La misma conclusión puede aplicarse a las obras que, como es el caso de los grafitis, vulneran el derecho de propiedad de un tercero: esta circunstancia no las excluye de la tutela por el Derecho de autor, pero, como veremos, puede llevar a restringir algunas de las facultades atribuidas a este último.

El argumento de que una obra creada de forma ilícita no debe estar protegida por las leyes del *copyright* ha sido sostenido particularmente por una parte de la doctrina norteamericana⁴⁰, sin duda debido a la concepción utilitarista del *copyright* predominante en aquél país⁴¹. Según esta concepción, la atribución de una serie de derechos exclusivos que aseguran al autor de una obra original el monopolio de su explotación, sirve como un incentivo para la creación, lo cual revierte a su vez en beneficio de la propia sociedad. Ahora bien, resulta difícil justificar que la ley pretenda incentivar una conducta ilícita. Partiendo de este razonamiento, se ha dicho que la manera de desincentivar la creación de obras basadas en una conducta ilícita y, por tanto, lesivas para la sociedad, es rechazar su protección por las leyes del *copyright*⁴². Sin embargo, la doctrina norteamericana se muestra mayoritariamente partidaria de incluir los grafitis dentro del ámbito de protección de la *Copyright Act*, por considerar que no hay base suficiente en la ley ni en la jurisprudencia para afirmar lo contrario⁴³. En efecto, los tribunales estadounidenses nunca han afirmado categóricamente que los grafitis deban estar excluidos de la protección que otorgan las leyes del *copyright*, y los pocos casos que se citan como apoyo de esta tesis no son en absoluto concluyentes. El primero de estos casos es *English v BFC&RE 11th St. LLC* en el que seis artistas, que habían realizado en un jardín comunitario una serie de murales y esculturas, solicitaron la paralización de las obras cuando el

³⁹ SÁNCHEZ ARISTI, R., «Lesión del derecho al honor a través del texto de una canción: responsabilidad de los coautores (Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000)», *Pe. i.*, núm. 7, 2001, p. 77.

⁴⁰ *Vid.* HABER, E., «Copyright Crimes: The Copyrightability of illegal Works», *Yale J. L. & Tech.*, Vol. 16, 2014, pp. 454 y ss.; ROUNDTREE, A., «Graffiti Artists Get Up in Intellectual Property's Negative Space», *Cardozo Arts & Ent. L J.*, Vol. 31, 2013, p. 968.

⁴¹ MORGAN, O., *op. cit.*, pp. 12-13, que señala que desde una concepción iusnaturalista, en la que la obra se protege como una expresión de la personalidad del autor, resulta más fácil justificar la inclusión del grafiti dentro del ámbito de protección de la ley, que si se parte de una concepción utilitarista, que considera el derecho de autor como un incentivo económico para la promoción de un objetivo que beneficia a la sociedad en su conjunto. En el mismo sentido, *vid.* DAVIES, J., «Art crimes? Theoretical perspectives on copyright protection for illegally-created graffiti Art», *Main Law Review*, Vol. 65, 2012, p. 47.

⁴² *Vid.* HABER, E., *op. cit.*, p. 483, cuando afirma que «las leyes del *copyright* pueden disminuir la criminalidad reduciendo el incentivo económico para las obras ilegales».

⁴³ Entre otros, LERMAN, «Protecting Artistic Vandalism: Graffiti and Copyright Law», *NYU J. Intell. Prop. & Ent. L.*, Vol. 2, 2013, p. 316, que considera que el derecho de autor debe ser neutral frente a la cuestión de la ilicitud de la obra, porque la obra es un bien inmaterial que se protege independientemente del soporte que la recoge y de que éste pertenezca a otra persona; SCHWENDER, D. D., «Promotion of the arts...», *cit.*, p. 277, puntualiza que esa protección cubriría los derechos de explotación de la obra, pero no el derecho a impedir la modificación o destrucción de su obra; CLOON, S., *op. cit.*, p. 69, que pone el acento en que excluir de la protección del *copyright* al grafiti supondría un freno a una manifestación artística cada vez más apreciada, lo que se opone a la concepción del *copyright* como incentivo para la creación.

propietario del terreno –el Ayuntamiento de Nueva York– decidió urbanizarlo, invocando para ello la especial protección que la *Visual Artists Right Act* (VARA) introdujo en 1990 contra la destrucción de las obras de artes plásticas⁴⁴. Sin embargo, la Corte de Apelación del Segundo Circuito se alineó con el argumento esgrimido por los demandados y consideró que la citada ley no era aplicable al caso, porque las obras en cuestión habían sido realizadas en una propiedad ajena sin el consentimiento del propietario⁴⁵. Sin embargo, el tribunal no afirma que los murales no estuviesen protegidos por el *copyright*, sino tan sólo que no puede invocarse la especial protección que la VARA otorga a las obras plásticas contra su destrucción por el propietario –nada impediría, pues, que pudiese hacerse valer frente a un tercero⁴⁶– y además puntualiza que esto es así en el caso de que la obra no pueda ser retirada de la propiedad⁴⁷. El segundo asunto que se trae a colación es *Villa v. Pearson Education*, en el que el conocido artista Hiram Villa demandó a la editorial de un libro en el que se reproducían algunos de sus grafitis sin contar con su autorización. La demandada había alegado, entre otras cosas, que la obra no podía estar protegida por las leyes del *copyright* puesto que había sido creada ilegalmente. La pretensión del actor fue rechazada por razones procesales, aunque el tribunal afirmó *obiter dictum* que para apreciar el argumento de la defensa de que la obra no era protegible por haber sido creada ilegalmente sería necesario determinar previamente, como una cuestión de hecho, las circunstancias en las que ésta había sido creada⁴⁸, lo que ha sido considerado por algunos autores como una afirmación de que la obra ilegalmente creada no sería objeto de protección⁴⁹. Esta conclusión aparece, sin embargo, contradicha por otras decisiones que implícitamente reconocen que una obra creada o distribuida ilegalmente sí puede ser objeto de derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, en *Seltzer* el autor de un poster, que él mismo había pegado por las calles de Los Ángeles como manifestación de *street art*, demandó a la conocida banda de punk rock *Green Day* por utilizar la imagen del mismo en un video que se proyectaba en unas pantallas gigantes durante sus conciertos⁵⁰. La Corte de Apelación del Noveno Circuito desestimó la pretensión del actor aplicando la doctrina del *fair use*, lo que implícitamente

⁴⁴ Como resultado de esta reforma, dispone el § 106A(a)(3)(B) que el autor de una obra plástica de reconocido valor (*recognized stature*) tiene derecho a impedir que su obra sea destruida. En el caso de las obras incorporadas a un inmueble el § 113(d)(2) dispone que, si la obra no puede ser retirada del mismo sin dañarse o destruirse y la incorporación se hizo con el consentimiento del autor, éste no ostenta el derecho reconocido en el § 106A(a). Por el contrario, si la obra es susceptible de ser separada del inmueble, el propietario de éste, antes de su destrucción, deberá conceder un plazo de noventa días para retirarla.

⁴⁵ *English v BFC Partners*, 1999 US App. Lexis 23697 (2nd Cir. 1999).

⁴⁶ LERMAN, C., *op. cit.*, p. 334.

⁴⁷ De hecho, en *Pollara v. Seymour* [150 F. Supp. 2d 293 (N.D.N.Y. 2001)], un asunto relativo a un cartel ilegalmente colocado en el *Empire State Building* con motivo de una protesta, el tribunal rechazó expresamente aplicar la doctrina sentada en *English* porque ésta se circunscribe a las obras que están indisolublemente unidas a una propiedad ajena, llegando a la conclusión de que «no hay base legal para reconocer un derecho a destruir obras de arte colocadas en una propiedad ajena sin permiso del propietario».

⁴⁸ *Villa v. Pearson Educ., Inc.*, 2003 WL 22922178 (N.D. Ill. Dec. 9, 2003).

⁴⁹ Cfr. SCHWENDER, D. D., «Promotion of the Arts...», *cit.*, p. 269, nota 109.

⁵⁰ *Seltzer v. Green day, Inc.*, 725 F. 3d 1170 (2013). Puede verse una reseña de este asunto en *Pe. i.*, núm. 54, 2016, pp. 156-158.

supone asumir que la obra en cuestión estaba protegida por las leyes del *copyright*⁵¹.

Por otro lado, la concepción del *copyright* como un incentivo económico tropieza también con el hecho de que quienes se dedican al grafiti no actúan normalmente movidos por un deseo de explotar económicamente sus obras, sino que sus motivaciones son muy distintas, desde el deseo de lograr la fama y el reconocimiento del grupo social al que pertenecen, la explosión de adrenalina que resulta de saber que se está infringiendo la ley o la simple necesidad de expresión que es común a todo artista⁵². Es por ello que los grafitis y otras manifestaciones del arte callejero han proliferado en las últimas décadas, completamente al margen del Derecho de autor. Algunos autores han puesto de relieve que los artistas callejeros se rigen por sus propias reglas –que en muchos aspectos no son tan distintas de las que provienen del Derecho de autor⁵³–, lo que en cierto modo haría innecesaria la aplicación de estas últimas para proteger sus creaciones⁵⁴. Incluso se ha llegado a afirmar que aplicar al grafiti las reglas del Derecho de autor podría generar un rigor excesivo y suponer un freno a la creatividad⁵⁵.

Ciertamente, existen códigos no escritos que rigen dentro del grupo social al que pertenecen los artistas callejeros y que sirven para ordenar las conductas de sus miembros e incluso es posible que se adapten mejor a su manera de concebir el arte y a sus particulares motivaciones, pero sólo el ordenamiento jurídico puede proteger al artista cuando la vulneración proviene de un agente que no pertenece a ese grupo social⁵⁶ y la prueba la encontramos en el creciente número de asuntos que llegan a los tribunales en los que los propios artistas denuncian un uso in consentido de sus obras invocando las normas que regulan los derechos de autor.

⁵¹ A tenor del § 107 *Copyright Act* «el uso leal de una obra protegida por derechos de autor, incluida la reproducción de copias o grabaciones fonográficas o por cualquier otro medio especificado en esa sección, para fines tales como crítica, comentario, informe de noticias, enseñanza (incluidas copias múltiples para uso en el aula), erudición o investigación, no es una infracción de los derechos de autor». Para determinar cuándo un uso ha de considerarse leal, el propio precepto sugiere cuatro factores que han de ser ponderados por el juzgador: el propósito y el carácter del uso, la naturaleza de la obra protegida, la cantidad y sustancialidad de la porción tomada de la obra en relación con el conjunto y el efecto que pueda tener dicho uso en el mercado potencial y el valor de la obra.

⁵² MORGAN, O. J., «Graffiti – Who Owns the Rights?», Working Paper, September 2016, p. 13.

⁵³ Sobre las reglas que rigen la actividad de los integrantes de este grupo social, así como sobre los mecanismos para hacerlas cumplir *vid.* ampliamente ROUNDTREE, A., *op. cit.*, pp. 979 y ss.

⁵⁴ ROUNDTREE, A., *op. cit.*, p. 977; SMITH, C. Y. N., «Street Art: An Analysis under U.S. Intellectual Property Law and Intellectual Property's "Negative Space" Theory», *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, Vol. 24, Issue 2, 2014, pp. 282 y ss.; ILJADICA, M., *Copyright Beyond Law...*, *cit.*, *passim*.

⁵⁵ En este sentido, *vid.* DAVIES, J., *op. cit.*, p. 44; GRANT, N. A., *op. cit.*, pp. 41-44; ROUNDTREE, A., *op. cit.*, p. 978. Este último autor pone de relieve que la exclusividad que se deriva de las leyes que protegen los derechos de autor puede llegar a socavar la fama –si proteger una obra significa poner ese trabajo fuera del alcance de potenciales copistas, muchos de los cuales son miembros de la comunidad del grafiti– y puede significar también un freno para la creatividad, dado que el estilo en el grafiti se desarrolla a partir del trabajo e incluso a veces sobre los trabajos realizados por otros artistas.

⁵⁶ SCHWENDER, D. D., «Does copyright law protect graffiti and street art?», en Ross, J. I. (ed.), *Routledge Handbook of Graffiti and Street Art*, Routledge, London/ New York, 2016, p. 458.

4. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS SOBRE LA OBRA

4.1. Atribución al autor de los derechos sobre su creación

La titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra corresponde al autor por el mero hecho de la creación (art. 1 TRLPI). El autor es, pues, el titular originario de los derechos de propiedad intelectual y además el único titular pleno de estos derechos, puesto que, así como los derechos de contenido patrimonial pueden transmitirse a terceros, los derechos morales que la ley atribuye al autor son irrenunciables e inalienables.

Por otro lado, la ley presume que el autor es quien aparece como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique (art. 6.1 TRLPI). El problema surge cuando la obra no está firmada, o cuando la firma no permite conocer la identidad real del autor, que es lo que sucede precisamente en muchas ocasiones con los grafitis. No olvidemos que éstos, por definición, son obras creadas ilegalmente y que, por esta razón, sus autores se exponen a sanciones civiles⁵⁷, administrativas⁵⁸ e incluso penales⁵⁹, por lo que no es de extrañar que oculten su identidad en el anonimato o bajo un seudónimo.

⁵⁷ La sanción derivada de la causación de un daño a otro desde el punto de vista civil viene representada por la obligación de reparar el daño causado al propietario del soporte sobre el que se ha realizado la pintada o grafiti (art. 1902 CC), obligación de reparar que es compatible con la vía penal, *vid.* a modo de ejemplo, SAP Madrid (Sección 12ª) de 18 de septiembre de 2014 (JUR 2014/288407); SAP (Secc. 215ª) de 8 de julio de 2015 (AC 2015/1270). Recientemente hemos conocido otro caso en el que Renfe, después de que se archivara la causa penal, recurrió a la vía civil para exigir la indemnización de daños causados por un grafitero que actuaba sobre vagones de tren de la compañía, *vid.* DE LA PEÑA, C., «'Yomis', uno de los grafiteros más activos, condenado a pagar 60.000 euros a Feve», *El Diario Montañés* [en línea], 13.03.2017, disponible en <https://www.eldiariomontanes.es/hemeroteca/noticia/yomis.html> [última consulta 12.04.2018].

⁵⁸ Las ordenanzas municipales suelen sancionar la realización de pintadas y grafitis. Por ejemplo, la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos de la ciudad de Madrid prohíbe «cualquier clase de pintadas, grafitis e inscripciones, tanto en los espacios públicos como sobre el mobiliario urbano, o sobre muros, paredes de edificios, fachadas, estatuas, monumentos, arbolado urbano público y, en general, cualquier elemento integrante de la ciudad». La propia norma dispone que el coste del servicio por su limpieza se imputará a quienes realicen las mismas y subsidiariamente, en el caso de menores de edad, a quienes ostenten su patria potestad o tutela, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, procedan. Por otro lado, conforme al art. 37.13 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, se considera infracciones leves «los daños o el deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública, cuando no constituyan infracción penal», infracciones leves para las que el art. 39.1 prevé una sanción de 100 a 600 euros.

⁵⁹ Tras la reforma operada en el Código penal por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no está clara la calificación penal de la conducta consistente en realizar grafitis en propiedades ajenas. Con anterioridad a dicha ley, el art. 626 CP sancionaba como falta contra el patrimonio a quienes «deslucieren bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios». La derogación de dicho precepto no significa, sin embargo, la absoluta despenalización de estas conductas, pues, como indica la Exposición de Motivos de la propia ley, éstas «pueden reconducirse al delito de daños u otras figuras delictivas *cuando revistan cierta entidad*», mientras que en otros casos habrá que acudir al resarcimiento civil y/o a la sanción administrativa. Por lo tanto, si la conducta reviste *cierta entidad* podría ser calificada como un delito de daños, sancionado por el art. 263 CP con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, o de multa de uno a tres meses, cuando la cuantía del daño no excediere de los 400 euros. En general, la doctrina

La facultad de divulgar la obra bajo seudónimo o de forma anónima constituye la vertiente negativa del derecho de paternidad, consagrado en el art. 6 *bis* del Convenio de Berna (en adelante, CB) y que nuestro ordenamiento reconoce expresamente en el art. 14.1.2º TRLPI al disponer que corresponde al autor del derecho irrenunciable e inalienable a determinar si la obra se divulga «con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente». La norma no valora ni discrimina las razones por las que el autor ha decidido ocultar su identidad⁶⁰.

Una peculiaridad del régimen jurídico de las obras anónimas o seudónimas es que la duración del derecho de explotación sobre las mismas es de setenta años desde su divulgación (art. 27.1 TRLPI), a menos que antes de cumplirse dicho plazo fuera conocido el autor, en cuyo caso se aplicaría la regla general, según la cual el plazo es de setenta años desde la muerte del autor (art. 26 TRLPI).

Pero desde un punto de vista práctico, el principal problema que plantea la obra anónima es cómo garantizar la protección de los derechos sobre la misma sin que ello suponga que el autor tenga que salir del anonimato. A tal fin, dispone el artículo 6.2 TRLPI que cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad. La norma parece estar pensando en obras literarias o musicales divulgadas o sacadas a la luz por un editor⁶¹, sin embargo, su ámbito de aplicación no puede quedar restringido a estos supuestos, sino que ha de aplicarse a cualquier otro tipo de obra y cualquiera que sea la forma en que una persona aparece como divulgador de la obra anónima⁶². Por ejemplo, algunos artistas callejeros mantienen oculta su identidad, pero se comunican con el público a través de su propia página web, que utilizan, entre otras cosas, para confirmar la autoría de sus obras. En este caso, cabe entender que quien aparezca como titular de la web o la persona natural o jurídica a quien ésta atribuya dicha función, estaría legitimada para actuar en representación del autor.

sentada por los tribunales es que, para delimitar el delito de daños de la derogada falta de deslucimiento de bienes, lo determinante es si el grafiti o la pintada son susceptibles de ser borrados, quedando reservado el delito de daños para aquellos casos en los que para reponer el objeto dañado a su situación originaria es necesario proceder a pintarlo de nuevo, *vid.*, entre las más recientes, SAP de Soria (Secc. 1ª) de 30 de abril de 2015 (JUR 2015/149588); SAP Madrid (Secc. 16) de 15 de mayo de 2015 (JUR 2015/300526); SAP de Guipúzcoa (Secc. 1ª) de 17 de mayo de 2016 (JUR 2016/188890); SAP de Guadalajara (Secc. 1ª) de 11 de mayo de 2017 (JUR 2017/173719); SAP Cáceres (Secc. 2ª) de 16 de octubre de 2017 (JUR 2017/287545); Auto AP de Barcelona (Secc. 6ª) de 17 de enero de 2018 (JUR 2018/106354). En sentido distinto se pronunció, no obstante, la SAP de Toledo (Secc. 1ª) de 14 de diciembre de 2016 (JUR 2017/19304).

⁶⁰ CARRASCO PERERA, A./ DEL ESTAL SASTRE, R., «Artículo 6», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 118.

⁶¹ En este sentido se pronuncia expresamente el art. 15.3 CB, que también exige que el nombre del editor aparezca estampado en la obra, en cuyo caso se presume que ostenta la representación del autor.

⁶² CARRASCO PERERA, A./ DEL ESTAL SASTRE, R., *op. cit.*, p. 118; LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 15.3», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 1340, que propone la misma interpretación extensiva para el art. 15.3 CB.

Por otro lado, muchas veces los artistas callejeros no trabajan de manera aislada, sino en equipo (*crew*), normalmente para poder actuar con mayor rapidez. En estos casos, el resultado será por lo general una obra en colaboración, de la que todos los miembros del grupo serán coautores. A tenor del art. 7 TRLPI, los derechos de propiedad intelectual sobre la obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen y, en defecto de pacto, les serán atribuidos a todos por partes iguales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 393.2 CC. Otra particularidad de las obras en colaboración tiene que ver con el plazo de duración de los derechos, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.1 TRLPI es de setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente.

No obstante, es preciso puntualizar que la categoría de la obra en colaboración comprende situaciones muy distintas. En el caso de inseparabilidad de las aportaciones de cada uno de los autores (incluidos aquellos en que la aportación de cada uno no es identificable) estaremos ante una sola obra, cuya titularidad corresponde a todos los coautores, mientras que si la aportación de cada uno es identificable y susceptible de explotación separada, además de la obra en colaboración, habrá tantas obras como aportaciones individuales. Pensemos por ejemplo en un mural en el que coexisten personajes creados por diversos artistas. Dispone el art. 7.3 TRLPI que en este caso, en defecto de pacto, los coautores podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común.

4.2. La distinción entre los derechos de autor y el derecho de propiedad (material) sobre la obra

Hemos dicho que el autor de un grafiti adquiere por el mero hecho de la creación los derechos de propiedad intelectual sobre su obra. Pero una cosa son los derechos de autor, que atribuyen a su titular una serie de facultades sobre una creación intelectual (*corpus mysticum*), y otra muy distinta el derecho de propiedad sobre el objeto material, el soporte que contiene la obra (*corpus mechanicum*). Esta distinción se da siempre que una obra está representada sobre un soporte tangible (pensemos, por ejemplo, en el caso de un libro o un disco), pero cobra si cabe más importancia en el caso de las obras de artes plásticas en las que hay un ejemplar único (un cuadro o una escultura)⁶³.

El art. 3.1º TRLPI afirma que los derechos de propiedad intelectual sobre la obra son *independientes* del derecho de propiedad, cuyo objeto es una cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. Insiste en esta misma idea el art. 56.1 TRLPI, cuando dispone que el adquirente del derecho de propiedad sobre el soporte no ostenta, por ese sólo título, ninguna de las facultades que la ley atribuye a su autor. Sin embargo, esa pretendida independencia no es absoluta, sino que en muchas ocasiones observamos cómo se producen

⁶³ ESPÍN CÁNOVAS, D., *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 96.

interferencias entre estos derechos⁶⁴. Por ejemplo, en relación con las obras de artes plásticas y fotográficas, el propio artículo 56.1 TRLPI dispone que el propietario del original de la obra ostenta el derecho de exposición pública, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. Del mismo modo, como veremos, el derecho de autor comporta ciertas facultades morales, que pueden llevar consigo importantes restricciones para las facultades del propietario y viceversa.

La representación física de la obra, el *corpus mechanicum*, como cualquier otro objeto tangible susceptible de valoración económica, está sujeto a derechos reales, que se rigen por las normas ordinarias del Derecho civil. Lo normal es que su adquisición se produzca como consecuencia de determinados contratos por medio de la tradición o por vía sucesoria a la muerte de su anterior titular (uno adquiere la propiedad de un cuadro porque lo ha comprado, porque se lo han regalado o porque lo heredó). Sin embargo, en el caso de los grafitis la titularidad originaria de la obra en sentido material corresponde al propietario del soporte sobre el que se ha realizado y ello es así en virtud de la accesión⁶⁵. La accesión es un modo de adquirir la propiedad de una cosa accesorio por parte del propietario de otra de mayor valor a la que aquélla se une o incorpora⁶⁶. Nuestro Código civil no contempla específicamente el supuesto que nos ocupa, pero podríamos llegar a la conclusión propuesta tanto por aplicación de las reglas de la accesión de bien mueble a bien inmueble, como de las que regulan la llamada especificación.

El Código civil español no regula de manera genérica la accesión de bien mueble a bien inmueble, sino que contempla el caso particular de las construcciones o plantaciones realizadas por un tercero en suelo ajeno. Partiendo de la premisa de que en este caso el inmueble es lo principal y la construcción, siembra o plantación lo accesorio, el art. 362 CC atribuye al dueño del terreno la propiedad de lo construido, plantado o sembrado, pudiendo si lo prefiere exigir la reposición del terreno a su estado originario en el caso de que la incorporación se haya hecho mala fe, esto es, sabiendo el tercero que el terreno era ajeno (art. 363 CC). Si aplicamos el mismo principio (*accessorium sequitur principale*) al grafiti realizado sobre un inmueble ajeno⁶⁷, habremos de concluir que el propietario de éste adquiere por accesión la propiedad de aquél⁶⁸.

⁶⁴ GINSBURG, J. C., «Droit d'auteur et support matériel de l'œuvre d'art en droit comparé et en droit international privé», en AA. VV., *Propriétés Intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 246.

⁶⁵ A esta misma conclusión llega para el Derecho francés, COPAIN, C., «Street art et le droit français: entre réprobation e bienveillance», *Les Cahiers de Droit*, Vol., 58, nn. 1-2, 2017, pp. 300-301.

⁶⁶ Dispone el art. 353 CC que «la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen o se les une o incorpora, natural o artificialmente».

⁶⁷ En este sentido, ANGUIA VILLANUEVA, L. A., «La realización de obras plásticas con materiales ajenos. Teoría de la accesión. Unión y especificación», en Anguita Villanueva, L. A. (coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, Reus, Madrid, 2016, p. 35.

⁶⁸ Lógicamente si el propietario transmite después su derecho sobre el inmueble, el adquirente también adquiere la propiedad de las pinturas realizadas en la fachada del mismo, *vid.* en este sentido la STS de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8134).

A la misma solución llegaríamos aplicando por analogía el régimen de la especificación, que el Código civil contempla como un caso de accesión respecto de bienes muebles. La especificación tiene lugar cuando una persona, que no es propietaria de una cosa, ni actúa de acuerdo con su dueño, pone en ella su trabajo y la convierte en una cosa distinta. El ejemplo clásico es el del escultor que transforma un bloque de mármol en una estatua⁶⁹. En el caso de que el escultor (especificante) hubiera actuado de mala fe, es decir, a sabiendas del carácter ajeno de la materia, el dueño de ésta tiene derecho a quedarse con la obra sin pagar nada a su autor o a exigir que éste le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que le haya podido ocasionar (art. 383.3 CC).

La atribución de la propiedad sobre la obra es importante si consideramos que, por un lado, el valor en el mercado de algunos grafitis puede ser muy elevado⁷⁰ y, por otro, que hoy día existen técnicas que permiten extraer las pinturas realizadas sobre un muro, retirando la capa superficial de éste para luego adherirla a otro soporte. El tema se planteó recientemente en el Reino Unido en un interesante caso que tiene su origen en un grafiti atribuido al cotizado artista conocido como Banksy⁷¹, que apareció una mañana sobre la fachada exterior de un edificio de la localidad costera de Folkestone. El arrendatario de dicho inmueble, sin contar con el consentimiento del propietario, procedió a extraer la parte exterior del muro que contenía la obra, que fue posteriormente trasladada a los Estados Unidos para su venta. El tribunal que conoció del asunto entendió que no podía justificarse la conducta del arrendatario en el deber de mantenimiento del inmueble, como pretendía el demandado, dado que si de lo que se trataba era de restituir la fachada a su estado originario lo razonable era proceder a pintar encima o limpiarla utilizando algún producto químico⁷². Pero incluso aunque la retirada del mural pudiese justificarse en ese deber de reparación, ello no significa que el arrendatario pueda hacer suya la parte extraída del muro, sino que ésta sigue perteneciendo al propietario del edificio⁷³. Sin decirlo expresamente, el fallo parece partir de la premisa de que el mural es

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./ GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, 5ª ed., Tecnos, Madrid. 1992, p. 189.

⁷⁰ El último ejemplo lo encontramos en cinco murales de Banksy por los que un comprador de Oriente Medio pagó más de tres millones y medio de euros, *vid.* «Banksy Liverpool murals sold for £3.2m to Qatari buyer», *BBC News* [en línea] 21.09.2017 <https://www.bbc.com/news/uk-england-merseyside-41351209> [última consulta 15/05/2018].

⁷¹ El propio Banksy reconoció la autoría de la obra, un *stencil* que muestra de espaldas a una mujer mayor con auriculares mirando un pedestal sobre el que aparece borrada la obra que debía estar en él de la manera en la que en ocasiones se borran los grafitis pintando sobre ellos. De hecho, su título, *Art Buff*, es un juego de palabras, ya que literalmente podría significar algo así como «experto en arte», pero *buff* también es el nombre que recibe en el argot la acción de eliminar un grafiti pintando sobre él.

⁷² Sobre este asunto, *vid.* ILJADICA, M., «Street art belongs to the freeholder», *JILPL*, 2016, Vol. 11, No. 2, pp. 90-91, quien pone de manifiesto la difícil situación en la que queda el arrendatario, pues su pasividad le podía llevar a incumplir la obligación que pesa sobre él en virtud del contrato de mantener y conservar adecuadamente el inmueble, mientras que si optaba por limpiar el grafiti empleando cualquiera de las alternativas que plantea el tribunal, podría ser demandado por vulnerar el derecho moral del autor a la integridad de su obra.

⁷³ *Creative Foundation v Dreamland & Others* [2015] EWCH 2556 (Ch), 11 de septiembre de 2015.

parte del inmueble, cuya propiedad, por accesión, corresponde al dueño del mismo⁷⁴.

5. EL DERECHO MORAL DEL AUTOR A LA INTEGRIDAD DE SU OBRA

5.1. Consideraciones previas

El derecho de autor comprende, junto con las facultades patrimoniales que atribuyen al autor la exclusiva en la explotación comercial de su obra, una serie de facultades espirituales o morales, que lo que persiguen es proteger el especial vínculo que surge entre el autor y su creación.

En nuestro país, aunque ya con anterioridad se recogían de manera dispersa y fragmentaria algunas manifestaciones del derecho moral, fue la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 la que supuso su consagración definitiva. Tras disponer ya en su art. 2 que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial», el art. 14 contiene una generosa enumeración de las facultades integrantes del derecho moral. De entre esas prerrogativas que integran el derecho moral del autor destacan por su carácter esencial, el derecho de paternidad y el derecho a la integridad de la obra, ambos consagrados en el orden internacional en el art. 6 *bis* CB, cuyo párrafo primero dispone que «independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación». Del derecho de paternidad nos ocupamos ya al hablar de la atribución de los derechos sobre la obra, por lo que centraremos nuestra atención en el derecho a la integridad.

5.2. El alcance del derecho moral a la integridad

El derecho moral a la integridad de la obra protege al autor frente a cualquier alteración apreciable de la misma, independientemente del juicio positivo o negativo que puedan merecer los cambios realizados⁷⁵. Como dijo la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao en el conocido asunto *Zubi Zuri*, «gustará..., o disgustará... pero se ha alterado, sin duda, la obra del demandante»⁷⁶.

⁷⁴ En este sentido, WICKENDEN, S., «Graffiti Art: The Rights of Landlords, Tenants and Artists: Creative Foundation v Dreamland Leisure Ltd», *E.I.P.R.*, 2016, Issue 2, p. 121, quien, sin embargo, trata de justificar en la doctrina de la accesión una posible atribución del derecho de propiedad sobre la obra a favor del autor (*ibid. loc. cit.*).

⁷⁵ CÁMARA ÁGUILA, M. P., *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998, p. 274; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos...*, *cit.*, p. 89.

⁷⁶ SJM n.º1 Bilbao de 23 de noviembre de 2007 (AC 2007/2062). En el mismo sentido, la STS (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10149), afirma que, aunque la modificación que se juzgaba «no quite belleza a la que irradia de la obra original, altera la concepción artística del autor».

Pero para que se entienda vulnerado el derecho a la integridad no basta la mera deformación, mutilación, modificación o atentado contra la obra. A tenor de lo dispuesto en el art. 6 *bis* CB es necesario además que se haya causado un daño al autor, representado por un «perjuicio a su honor o a su reputación». Los trabajos preparatorios del Convenio de Berna no permiten conocer con claridad qué ha de entenderse por un perjuicio al honor o la reputación del autor, aunque todo parece indicar que lo que se pretendía con la inclusión de esta expresión era introducir un criterio objetivo, dado que la fórmula empleada fue el resultado de las transacciones entre la propuesta inicial de la delegación italiana y la de los países del *common law*, que se oponían a introducir una referencia genérica a los «intereses morales» del autor, por considerar que ello suponía un criterio excesivamente vago e incierto⁷⁷. En cualquier caso, la expresión utilizada por el art. 6 *bis* CB podría considerarse demasiado estrecha⁷⁸, por lo que algunos ordenamientos nacionales han buscado formulaciones más amplias. En este sentido, el § 14 de la ley alemana reconoce al autor el derecho a impedir toda alteración o menoscabo de la obra que puedan perjudicar «los legítimos intereses personales o intelectuales del autor»⁷⁹ y en nuestro país el art. 14.4 TRLPI habla de «perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación». Sin duda, estas expresiones permiten dar cabida a supuestos en los que, sin estar en juego el honor o la reputación del autor, podría entenderse lesionado un interés del autor a que la integridad de su obra sea respetada en su integridad⁸⁰, como por ejemplo cuando se destruye el ejemplar único de una obra, aunque ello se haga en la más absoluta intimidad. Y lo mismo podríamos decir de aquellos casos en los que la modificación de una obra eleva la reputación de un autor a costa de desvirtuar su personal concepción artística.

Sin embargo, no se debe caer tampoco en una generalización excesiva, que llevara a considerar que cualquier modificación o alteración de la obra lesiona un presunto interés legítimo de su autor⁸¹, porque entonces estaríamos ante un requisito superfluo. Incluso en el Derecho francés, que, partiendo de una

⁷⁷ El texto finalmente adoptado está inspirado, a decir del propio PIOLA CASELLI (*Actes de la Conférence réunie a Rome, du 7 mai au 2 juin 1928*, Bureau de l'Union Internationale pour la Protection des Oeuvres Littéraires e artistiques, Berne, 1929, p. 204), en la necesidad de «s'approcher d'une précision plus facilement intelligible».

⁷⁸ LIGI, F., «La protection de la personnalité de l'auteur dans l'intégrité de son œuvre», *DA* 1962, p. 195; FABIANI, M., «Le droit de l'auteur a l'intégrité de son œuvre» *RIDA* (42), enero 1964, pp. 87 y 89; DIETZ, A., «Le droit moral de l'auteur (droit civil). Rapport général», en *Le droit moral de l'auteur. Actes du Congrès d'Anvers de l'ALAI (19-24 septembre 1993)*, Paris, 1994, p. 48.

⁷⁹ § 14 UrhG (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*) de 9 de septiembre de 1965 (BGBl. I S. 1273).

⁸⁰ DIETZ, A., *Das Droit Moral des Urhebers im neuen französischen und deutschen Urheberrecht*, C. H. Besck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1968, p. 92.

⁸¹ En este sentido, se ha pronunciado, no obstante, parte de nuestra doctrina, *vid.* ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos del autor...*, *cit.*, p. 89, para quien «debe presumirse, a mi juicio, el interés del autor en que se respete la integridad de su obra sin modificación alguna y como este interés es legítimo, presuntamente toda modificación de la obra lesiona un interés legítimo del autor»; MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El derecho moral a la integridad de la obra», *PJ*, nº 43-44, 1996-II, p. 488; GALÁN CORONA, E., «Artículo 3», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 44, que llega a afirmar que «no puede pasarse por alto que la obra constituye una emanación del espíritu creador, de la personalidad del autor que se proyecta en el tiempo, de manera que toda alteración supone un atentado a sus legítimos intereses morales, generalmente irreparable al tratarse de ejemplar único».

concepción personalista del derecho de autor, impide la modificación de la obra sin exigir ningún otro requisito, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de puntualizar que el autor no puede oponerse a cualquier modificación, sino sólo a aquellas que sean incompatibles con el espíritu de la obra y que puedan falsear la impresión que ésta transmite⁸², llegando a afirmar la Corte de casación que corresponde a la autoridad judicial apreciar si la alteración de la obra es o no legítima, atendiendo a su naturaleza, a su importancia y a las circunstancias en que se ha producido⁸³.

5.3. La destrucción de la obra

Puesto que el grafiti, por definición, se realiza sobre una propiedad ajena, es lógico pensar que el propietario quiera borrarlo para reponer dicha propiedad a su situación anterior, surgiendo inmediatamente la cuestión de si con ello estaría vulnerando el derecho moral del autor a la integridad de su obra.

Partiendo del tenor literal del art. 14.4 TRLPI, no cabe duda de que la destrucción de una obra protegida por derechos de autor representa una vulneración del derecho moral a la integridad⁸⁴. En este sentido, el legislador español, siguiendo lo dispuesto en el Convenio de Berna, recogió una fórmula más amplia que la de otros ordenamientos de nuestro entorno⁸⁵, otorgando al autor la facultad de impedir no sólo la deformación, modificación o alteración de la obra, sino también cualquier «atentado» contra la misma, lo que, sin duda, incluye su destrucción⁸⁶. De hecho, la destrucción de una obra puede considerarse el atentado más grave que ésta puede sufrir⁸⁷.

Ahora bien, ello no significa que el autor pueda oponerse en todo caso a la destrucción de la obra, pues para llegar a esa conclusión es necesario valorar,

⁸² Vid. BERTRAND, A., *Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*, 2ª ed, Dalloz, Paris, 1999, p. 273; LUCAS, A./ LUCAS, H. -J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3ª ed., Litec, Paris, 2006, p. 347. En la jurisprudencia, el origen de dicha concepción se suele situar en el célebre asunto «Salvador Dalí», que enfrentó a éste con el *Théâtre Royal de la Monnaie* de Bruselas. El artista había diseñado una serie de trajes y decorados para una representación a los que el teatro añadió posteriormente otros inspirados en los creados por el pintor. La Corte de casación (Cass. civ., 5 de marzo 1968, *D.* 1968, pp. 382-383), recogiendo el criterio de la de apelación [CA Paris (1^{re} Ch.), 11 de mayo de 1965, *D.* 1967, pp. 555 y ss. nota FRANÇON], señaló que no se había vulnerado el derecho moral del artista porque no se daba una idea inexacta de su obra, reconociendo implícitamente que la alteración sufrida por la obra ha de tener la entidad suficiente para falsear el juicio del público sobre la misma.

⁸³ Cass. civ., 7 de enero de 1992, *RIDA* (152), abril 1992, p. 194.

⁸⁴ En este sentido, *vid.* STS (Sala 1ª) de 28 de enero de 2000 (RJ 2000/455) relativa a la destrucción de los originales de unas piezas de escultura entregadas para su reproducción y explotación; SAP Baleares (Secc. 5ª), de 22 de octubre de 2015 (AC 2015/1612), sobre la desaparición de dos esculturas originales cuya titularidad había sido adquirida por la Administración pública.

⁸⁵ Por ejemplo, en Alemania el § 14 UrhG habla de alteración (*Entstellung*) o menoscabo (*Beeinträchtigung*), lo que ha generado intenso debate sobre si la destrucción de la obra puede considerarse o no un atentado al derecho moral del autor, *cfr.* DIETZ, A., «§ 14 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte», en Schrickler, G. (coord.), *Urheberrecht Kommentar*, 3ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 2010, pp. 335-338.

⁸⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., «Artículo 14», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 280; GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, pp. 44-45.

⁸⁷ BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., Cívitas, Madrid, 1993, p. 574.

en primer término, si se han visto perjudicados sus legítimos intereses o su reputación y, en segundo lugar, si existen intereses contrapuestos –en particular los del propietario de la obra– que deban primar sobre el derecho moral del autor.

Respecto de la primera cuestión, ya apuntamos que parece difícil que la destrucción de la obra representada en un ejemplar único pueda superar el test de los «legítimos intereses» del autor a los que se refiere el art. 14 TRLPI, dado que la destrucción de una obra supone la ruptura del vínculo espiritual que une al autor con una de sus creaciones. Por otro lado, el argumento –sostenido particularmente por un sector de la doctrina alemana– de que la destrucción de una creación intelectual no supone un perjuicio para el honor o la reputación del autor porque lo que ya no existe no puede tener una incidencia ni positiva ni negativa sobre aquél⁸⁸, no es predicable de las obras destinadas a ocupar un lugar público y que de esta forma contribuyen a promover la reputación del artista, algo que no será ya posible en el caso de la desaparición de la obra.

Así pues, la admisibilidad de la destrucción de una obra va a depender casi exclusivamente de la concurrencia de un interés preponderante del propietario⁸⁹. Y es que el derecho moral a la integridad de la obra no es un derecho absoluto, como todo derecho subjetivo está sometido a ciertos límites, límites que en ocasiones vienen impuestos por la concurrencia de otros derechos. En este sentido, el § 39.2 de la ley alemana reconoce la licitud de las modificaciones de la obra a las que el autor no pueda negarse sin faltar a la buena fe, lo que se interpreta como una invitación a confrontar los intereses del autor con los intereses contrapuestos del titular de los derechos de explotación o del propietario. Este mismo criterio de ponderación de intereses ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia a la hora de decidir ante un supuesto concreto si una lesión del derecho a la integridad de la obra ha de ser o no consentida. Es decir, que puede darse el caso de que se haya producido una vulneración del derecho a la integridad de la obra, por haberse producido una modificación apreciable de la misma que además atenta contra los legítimos intereses de su autor, y que, sin embargo, éste no pueda hacer nada ante esta situación por concurrir un interés preponderante que justifique la actuación del propietario.

Siempre que se han enfrentado al conflicto que se plantea entre el autor y el propietario en el caso de la destrucción de obras de artes plásticas incorporadas de manera permanente a un edificio, ya fueran murales u obras escultóricas diseñadas para integrar un espacio arquitectónico, nuestros tribunales han recurrido al criterio de la ponderación de intereses⁹⁰, barajando una serie de

⁸⁸ Entre otros, *vid.* GERSTENBERG, E., *Die Urheberrechte an Werken der Kunst, der Architektur und der Photographie*, C. H. Beck, München, 1968, p. 73; GOLDMANN, B. C., «Das Urheberrecht an Bauwerken. Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten im Konflikt mit Umbauvorhaben», *GRUR* 8/2005, p. 648; LOCHER, H., *Das Recht der bildenden Kunst*, Kart Thiemig KG, München, 1970, p. 74; REHBINDER, M., *Urheberrecht*, 15 ed., C. H. Beck, München, 2008, p. 154.

⁸⁹ En este sentido, *vid.* CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, 284; GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, pp. 44-45; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 38.

⁹⁰ En este sentido, la SAP Santander (Secc. 1ª) de 3 de noviembre de 1992 (*RGD*, XLIX, Núm 583, abril 1993, pp. 4140-4145) alude expresamente a la necesidad de ponderar los derechos del propietario y del autor cuando entran en conflicto, para tratar de «encontrar la solución que aparezca como expresión del equilibrio, la armonía y, en definitiva, la justicia». Sin embargo, el

variables, como la finalidad perseguida por el propietario del inmueble, el estado de conservación de la obra, el tiempo transcurrido desde su creación o la posibilidad y el coste económico que supondría su retirada, sin olvidar las circunstancias que rodean la propia realización de la obra, en particular, el hecho de que ésta haya sido ejecutada por encargo del propietario o sin contar con su consentimiento⁹¹.

Resulta especialmente significativa en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006⁹², que resuelve un caso cuyos orígenes se remontan a 1985, cuando una cooperativa agraria convocó un concurso de pinturas murales con el objetivo de facilitar la posibilidad de realización artística en una parcela de la pintura de difícil materialización como es la de los murales y así “sacar” la pintura del reducido ámbito de las salas especializadas para su mayor divulgación. Los ganadores del concurso materializaron los murales en un edificio propiedad de la organizadora, que en 1988 fue vendido a un tercero sin comunicación alguna a los pintores del mural y sin advertir al adquirente de la cualidad artística de los mismos. Contando con la correspondiente licencia del Ayuntamiento, el nuevo propietario del edificio llevó a efecto obras de reforma para la rehabilitación del mismo, con arreglo a un proyecto en el que se preveía que «en la fachada se realizará un chorreo de arena para sacar la pintura existente actualmente y aplicar después un revestimiento continuo, tipo Cotegran», lo que dio lugar a que desaparecieran las pinturas al quedar tapadas por el tratamiento citado. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda contra el actual propietario por los daños morales ocasionadas con

tribunal parte de una concepción muy restrictiva de los intereses del propietario, lo que le llevó a la conclusión de que los motivos económicos invocados no justificaban la destrucción, con ocasión de la remodelación de un edificio, del mural cerámico que recubría una de las fachadas del inmueble. La sentencia entiende que «el antijurídico comportamiento de la demandada apelante no viene justificado por causa de necesidad, urgencia, imposibilidad de contactar con el autor de la obra, fuerza mayor, catástrofe o circunstancia de análoga entidad que obligase a retirar aquella calificación de su conducta». Destaca asimismo la sentencia el carácter «prematureo» de la destrucción (a los 20 años de su construcción) y es que «al incorporar su obra de modo definitivo e indisoluble a la edificación, es de suponer que, conforme a la naturaleza de las cosas y la razón humana el creador pretendió que su obra pudiera ser contemplada durante el tiempo de vida normalmente esperable de un edificio moderno».

⁹¹ Vid. SAP Guadalajara (Secc. 1ª) de 13 de octubre de 2003 (AC 2004/369), relativa a la destrucción de una obra escultórica con ocasión de la remodelación del inmueble al que se hallaba incorporada y en la que el tribunal resuelve en favor del autor porque la entidad demandada no había ofrecido motivos que permitieran justificar su actuación, «más allá del invocado derecho de propiedad inmueble, lo cual en modo alguno ampararía *por sí solo* la actuación enjuiciada en cuanto infractora del derecho de autor del demandante»; SAP Málaga (Secc. 4ª) de 7 de junio de 2005 (JUR 2006/31301), relativa a un mural de grandes dimensiones adquirido por el ayuntamiento de Fuengirola para su integración en el denominado «Museo Abierto» de la ciudad, en la que el tribunal afirma que «la responsabilidad que cabe exigir al adquirente de una obra artística por infracción del derecho moral del autor a la integridad de la misma es de distinta intensidad en atención a las características del propietario», poniendo de relieve que la Administración pública soporta un plus de diligencia en la conservación de las obras integrantes de su patrimonio, dado que entre sus cometidos está la divulgación de la cultura, un argumento que se repite en la SAP Alicante (Secc. 8ª) de 11 de marzo de 2011 (AC 2011/1159).

⁹² STS (Sala 1ª) de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8134). Al respecto, *vid.* VENTURA VENTURA, J. M., «Derecho moral de autor versus propiedad inmobiliaria: reflexiones a propósito de la fundamentación jurídica del recurso de casación resuelto por la STS de 6 de noviembre de 2006», *RCDI*, Nº 702, julio-agosto 2007, pp. 1871 y ss.

motivo de la destrucción de los murales. La Audiencia Provincial de La Coruña en su sentencia de 8 de febrero de 1999 estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado, al entender que «el deficiente estado del edificio precisando de reparaciones que exigían demoliciones y reconstrucciones justifica la demolición del mismo y, por tanto, del conjunto en que se integra la obra –adherida inseparablemente al inmueble sin posibilidad de extracción sin daño–»⁹³. Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los autores del mural afirmando que «obviamente, en principio, la demolición del muro en el que se encuentra la obra plasmada en virtud de un concurso –no se trata del mero “grafiti” relativo a inscripción o dibujo callejero, generalmente anónimo–, puede ser constitutivo de una violación del derecho moral del autor, y dar lugar a una compensación económica de la lesión producida. Sin embargo, *habida cuenta de las circunstancias concurrentes* en el caso no cabe estimar que se ha producido un acto antijurídico porque concurre una causa de justificación que excluye su hipotética ilicitud». En particular, la Sala tiene en cuenta las circunstancias del muro y del edificio, cuya situación de deterioro exigía la reconstrucción; el estado de notable deterioro de las pinturas como consecuencia de su exposición a los agentes climáticos y actuaciones de descontrolados; y que, dadas las características de la obra, inseparable de su soporte, su duración queda sujeta a la del elemento en que se plasma, por lo que no nace con vocación de perennidad, sino con una vida efímera.

Expresamente el Tribunal Supremo entra a valorar otras circunstancias relevantes porque se trataba de una obra realizada a raíz de un concurso promovido por la empresa propietaria del inmueble, dando a entender que si se hubiese tratado de la destrucción de un grafiti realizado en una propiedad ajena sin el consentimiento del propietario, habrían de primar en todo caso los intereses de este último sobre el derecho moral a la integridad de la obra. Este criterio había sido avanzado ya por una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de febrero de 1991, en el caso de un mural realizado por un artista en la fachada exterior de un edificio de viviendas en régimen de propiedad horizontal con la mera tolerancia de la comunidad de propietarios, pero sin contar con su autorización⁹⁴. Al cabo de un tiempo la propiedad decidió pintar el muro haciendo desaparecer con ello el citado mural, por lo que su autor interpuso una demanda contra la comunidad de propietarios por atentar contra su derecho a la integridad de su obra. La pretensión fue desestimada por considerar la Audiencia Provincial de Granada que «mal puede éste (el autor) pretender la defensa de sus intereses de una manera preferente, con olvido de los muy legítimos que aquéllos (los demandados) ostenten». La sentencia pone de relieve que la obra se realizó en un inmueble ajeno con la mera tolerancia de la comunidad, así como la ausencia de un compromiso atinente a la conservación, y concluye que en esas circunstancias no puede establecerse una relación de subordinación del derecho de propiedad al derecho moral del autor.

El derecho moral del autor no puede, pues, llevar a imponer al dueño del inmueble el deber de conservar una obra realizada en él por un tercero sin

⁹³ SAP La Coruña (Secc. 1ª), 8 de febrero de 1999 (AC 1999/312) FD 3º.

⁹⁴ SAP Granada (Secc. 4ª), 20 de febrero de 1991 (ROJ:SAP GR 1/199).

contar con su consentimiento y menos aún sin su conocimiento⁹⁵, que es precisamente lo que sucede en el caso de los artistas callejeros, que se sirven de la propiedad ajena para plasmar en ella sus creaciones⁹⁶. Parece evidente que en este caso no se puede impedir al propietario su eliminación, restituyendo el inmueble a su estado originario, y ello no ya porque esas pinturas no puedan ser objeto de derechos de autor, sino porque en la ponderación de intereses jugará de una manera determinante la ilicitud de la conducta de su creador⁹⁷. Por el contrario, cuando se trata las obras creadas sobre una propiedad ajena por encargo del propietario o con su consentimiento, las facultades de este último pueden verse restringidas por la concurrencia de los derechos morales del autor, debiendo justificar adecuadamente cualquier medida que entrañe la modificación o destrucción de la obra.

5.4. Descontextualización y desnaturalización

El 13 de junio de 2018 se inauguraba en Toronto una exposición que recogía 80 obras de Banksy, exposición que se hizo sin contar con el consentimiento del autor⁹⁸. Probablemente sea la más reciente, pero no es la primera vez que las

⁹⁵ En la jurisprudencia francesa es célebre el asunto de los frescos de Juvisy, en el que el cura de la parroquia de Santo Domingo de Juvisy y un benefactor encargaron a un pintor la decoración de una capilla sin contar con el consentimiento de las autoridades de la diócesis propietaria de la iglesia. Éstas decidieron posteriormente eliminar la obra realizada por considerarla inapropiada y los tribunales apreciaron que estaban en su derecho. La sentencia de primera instancia condenó a la diócesis a indemnizar (aunque fuera simbólicamente) a los demandantes por no haberles dado la oportunidad de retirar la obra antes de proceder a su destrucción (Trib. civ. Versailles, 23 de junio de 1932, *D. H.* 1932, pp. 487-488), sin embargo, la Corte de Apelación rechazó la indemnización, basando su decisión en la falta de consentimiento del propietario y la ausencia de una intención maliciosa en su conducta. El tribunal llega a afirmar que el derecho de propiedad comprende la facultad de disponer de la cosa e incluso de destruirla y que, a falta de una convención especial, los derechos reconocidos al artista no implican la obligación para el propietario de conservar la obra (CA Paris, de 27 de abril de 1934, *D. H.* 1934, pp. 385-386).

⁹⁶ *Vid.* TGI Paris (3^e Ch, 2^e sect.) de 13 de octubre de 2000 (*Comm. Comm. Électr.*, oct. 2002, pp. 25-27, nota de CARON, Ch., «Le squatter artiste et le propriétaire: petit fable moderne de droit d'auteur»), relativa a un mural realizado por los ocupantes ilegales de un inmueble antes de ser desalojados. Tras afirmar que la ilicitud no es obstáculo para considerar el mural como obra protegida, el tribunal consideró que el propietario del inmueble «no puede ver cómo se le opone un derecho sobre una obra realizada de manera ilícita sobre un soporte que no pertenece a los autores». No obstante, concedió a los demandantes un plazo de dos meses para retirar la obra, transcurridos los cuales el dueño podría disponer libremente de su propiedad.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* FRANK, R.: «Der Wandbesprayer und das Urheberrecht», *SJZ* (75) 1979, p. 224; SCHMIEDER, H. -H., «Kunst als Störung privater Rechte», *NJW* 12/1982, p. 630; SCHACK, H., «Geistiges Eigentum contra Sacheigentum», *GRUR* 2/1983, p. 60; ILJADICA, M., «Graffiti and the Moral Right of Integrity», *Intellectual Property Quarterly*, 2015, Issue 3, pp. 268-269, quien sostiene que incluso en el caso de obras realizadas con el consentimiento del propietario, la circunstancia de que, en general, el grafiti se considere como algo marginal y socialmente indeseable puede jugar en contra de la protección del derecho moral del autor, al menos en aquellos ordenamientos, como en el Reino Unido o EE. UU., donde la tutela del derecho a la integridad se hace depender, respectivamente, de que el autor haya sufrido un menoscabo en su honor o su reputación [sec. 80(2)(b) CDPA] o de que la obra sea de «reconocido valor» [17 U.S. § 106A(A)(3)(B)]; BONADIO, E., *op. cit.*, p. 205.

⁹⁸ MUDHAR, R., «Giant Banksy exhibition is coming to Toronto», *The Star*, May 7, 2018, accessible en <https://www.thestar.com/entertainment/visualarts/2018/05/07/giant-banksy-exhibition-is-coming-to-toronto.html> [última consulta 29/05/2018].

obras de un artista son sacadas de la calle para llevarlas a un museo o una sala de exposiciones⁹⁹.

Generalmente los artistas callejeros, pese a asumir que sus obras tienen carácter efímero y que pueden ser borradas por los propietarios o desaparecer bajo la obra de otros artistas, no aceptan que sean llevadas a un museo o a una sala de exposiciones¹⁰⁰. En algún caso han preferido incluso destruir ellos mismos sus trabajos antes de ver cómo corrían esa suerte, porque consideran que su emplazamiento es lo que las dota de sentido y se resisten a ver sus obras dentro del circuito comercial o encerradas en un museo. Esta fue la reacción del artista italiano conocido como Blu, tras ver cómo los grafitis que había realizado en una vieja fábrica abandonada a las afueras de Bolonia fueron cuidadosamente retirados para ser expuestos de manera permanente en el museo *Palazzo Pepoli*. A los pocos días, en señal de protesta, el propio Blu cubrió con pintura todas las obras que había realizado en las calles de la ciudad de Bolonia¹⁰¹. Otro sonado ejemplo tuvo lugar en Buenos Aires en 2011, cuando el artista peruano José Carlos Martinat, representante del movimiento apropiacionista, expuso en una galería de arte contemporáneo grafitis y fragmentos de murales que habían sido arrancados de las calles de la ciudad. El mismo día de la inauguración artistas urbanos locales asaltaron la exhibición y destruyeron todas las obras allí expuestas¹⁰².

Casos como éstos nos llevan a plantearnos si el autor de un grafiti dispondría de alguna herramienta jurídica para impedir que su obra sea retirada del lugar en que se encuentra para exponerla en otro entorno y, en particular, si el derecho moral a la integridad de la obra ampararía esta pretensión.

En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en señalar que el derecho a la integridad de la obra protege al autor no sólo ante una modificación tangible de la propia obra, sino que también le faculta para oponerse a que su obra sea presentada de una manera o en un contexto susceptible de ofrecer una impresión desvirtuada de la misma, pese a que ello no suponga una alteración o modificación material de obra¹⁰³. Se habla en estos

⁹⁹ Pueden verse muchos más ejemplos en BONADIO, E., *op. cit.*, p. 201, nota 135.

¹⁰⁰ En una entrevista concedida hace unos años por *Invader*, conocido por sus icónicos mosaicos de aspecto pixelado realizados con teselas de colores que imitan la estética de los videojuegos de los 80, el popular artista francés, al ser preguntado por cómo se sentía cuando un propietario arrancaba una de sus obras, afirmaba: «si es porque no le gusta me parece bien. Si es para venderla en eBay o para ponerla en su sala de estar, eso no me hace feliz. Las obras callejeras están hechas para la calle y para que la gente de la calle pueda disfrutarlas», *cfr.* TURCO, B., «From the Streets to the Stratosphere: An Interview With “Space Artist” Invader», *Animal*, 04.11.2013, disponible en <http://animalnewyork.com/2013/streets-stratosphere-interview-space-artist-invader/>, [última consulta 30/05/2018].

¹⁰¹ Puede verse un completo documental sobre este caso en <http://thegrifters.org/inflvencers-restoration-blu-street-art-banksy-co/> [última consulta 20/05/2018].

¹⁰² *Cfr.* DOS SANTOS, M. L., «Friends Vandals... ¿de quién es el arte? Vandalismos en la escena del Street Art local», en 2º Congreso Nacional sobre Arte Público en Argentina. Grupo de estudio sobre arte público en Argentina (GEAP-Argentina), Instituto de Teoría e Historia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, disponible en <https://www.aacademica.org/lalys/4> [última consulta 20/05/2018]

¹⁰³ CAFFARENA LAPORTA, J., *op. cit.*, p. 280; CASAS VALLÉS, R., «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, t. I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 269; CÁMARA ÁGUILA, M. P., *El derecho moral del autor...*,

casos de *modificaciones indirectas*. Como ha dicho algún autor, el derecho a la integridad de la obra implica que ésta «ha de ser respetada en la forma y en el fondo»¹⁰⁴. Así, nuestra jurisprudencia ha apreciado que la violación del derecho a la integridad tiene lugar, por ejemplo, en el caso de la reproducción de un mural fotográfico sobre mujeres cubanas para ilustrar un artículo periodístico sobre la prostitución en Cuba¹⁰⁵ o por la utilización in consentida de la imagen de una conocida heroína de videojuegos desprovista de ropa y en un contexto que suponía una evidente degradación de los rasgos conformadores del personaje¹⁰⁶.

De nuevo¹⁰⁷, esta conclusión es posible gracias a que nuestro Derecho contiene una generosa definición del derecho a la integridad, cuya vulneración incluye no sólo la deformación, modificación o alteración de la obra, sino cualquier otro «atentado» contra la misma, expresión que, como vimos, tiene su origen en el párrafo primero del art. 6 *bis* CB. Precisamente se ha dicho que esta cláusula abierta incorporada al Convenio de Berna en la revisión de Bruselas en 1948 pretendía que el autor pudiera oponerse a que su obra fuera ubicada o expuesta en un contexto que resultase perjudicial para los intereses del autor o su reputación¹⁰⁸.

Partiendo de esta premisa, resulta legítimo preguntarse si en el caso de las obras artísticas concebidas para su ubicación en un lugar concreto (*site-specific art*), el mero cambio de ubicación supone un atentado contra el derecho a la integridad de la obra.

Como regla general, el autor no tiene derecho a exigir que su obra sea mantenida en el mismo lugar y ello aunque hubiese sido creada para un emplazamiento determinado, salvo lógicamente que se hubiese pactado expresamente con el adquirente que la obra se ubicaría en un lugar concreto, puesto que en este caso el autor podría invocar los términos del contrato. Sin embargo, el cambio de ubicación sí puede suponer un atentado contra la integridad de la obra cuando la nueva ubicación altera la impresión general de la obra tal y como fue concebida por su autor¹⁰⁹. Así lo ha confirmado nuestro Tribunal Supremo al afirmar que «tratándose de obras plásticas concebidas y ejecutadas por su autor para la colocación del soporte material en un lugar

cit., p. 282; MARÍN LÓPEZ, J. J., *El Conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre su Obra*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 182.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ ESPÍN, P., «Artículo 14», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 242. Desde este punto de vista, la terminología empleada por el legislador francés, que habla genéricamente del derecho al «respeto de la obra» y no al «derecho a la integridad», es más representativo del alcance de las facultades inherentes al derecho moral del autor, *vid.* art. L. 121-1 del *Code de la propriété intellectuelle*.

¹⁰⁵ SAP Madrid (Secc. 14ª) de 14 de octubre de 2003 (AC 2004/833).

¹⁰⁶ SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 28 de mayo de 2003 (AC 2003/960).

¹⁰⁷ Recuérdese lo que se dijo en relación con la destrucción de la obra.

¹⁰⁸ RICKETSON, S./ GINSBURG, J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, 2ª ed., Vol. I, Oxford University Press, Oxford/ New York, 2006, p. 603.

¹⁰⁹ *Vid.*, entre otros, CORNU, M., «L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres», *RTD civ.*, 2000-4, p. 712; CUERVA DE CAÑAS, J./ CASTELLVÍ LAUKAMP, L., «Arquitectura de autor: un análisis de ciertos problemas suscitados en torno a la obra arquitectónica y la propiedad intelectual», *Pe. i.*, Núm. 36, 2010, p. 47; MARTÍNEZ ESPÍN, P., *ibid. loc. cit.*

específico –“site-specific works”–, el cambio de emplazamiento *puede* atentar a su integridad en la medida en que altere o interfiera en el proceso de comunicación que toda obra de arte comporta, al modificar los códigos comunicativos, distorsionando los mensajes que transmite y las sensaciones, emociones, pensamientos y reflexiones que despierta en quienes la perciben»¹¹⁰. Ahora bien, esto no quiere decir que en todo caso el cambio de ubicación deba ser calificado como un atentado a la integridad de la obra, pues ello dependerá de las circunstancias del caso y, particularmente, de la nueva ubicación¹¹¹.

En el caso del grafiti, no cabe duda de que éste pierde todo su significado fuera de la calle. En muchos casos la ubicación específica de ciertas obras es esencial para transmitir un determinado mensaje, a veces irónico, a veces de denuncia. Pensemos por ejemplo en el *stencil* realizado por Banksy en una fábrica en ruinas en la que aparece un niño con un cubo de pintura que acaba de escribir sobre la misma pared la frase «I remember when all this was trees» (recuerdo cuando todo esto eran árboles) o en cualquiera de las icónicas imágenes plasmadas por este autor en el muro de Cisjordania. Pero incluso fuera de estos casos más evidentes, todo grafiti está hecho para sorprender al público en un contexto *donde no debería estar* y es por ello que fuera de ese contexto la reacción que produce en el observador es absolutamente distinta.

Algún autor ha llegado a decir que, aunque sea posible extraer un grafiti de su ubicación original sin destruirlo materialmente, la obra quedaría destruida ideológicamente, falseada y, en consecuencia, carecería de valor tanto en sentido conceptual como económico¹¹².

También puede ocurrir que un grafiti sea arrancado del lugar en el que estaba originariamente emplazado no sólo sin el consentimiento del autor, sino también

¹¹⁰ STS (Sala 1ª) de 18 de enero de 2013 (RJ 2013/925).

¹¹¹ En este sentido la SAP Vizcaya (Secc. 4ª) de 28 de julio de 2009 (AC 2009/1949), de la que trae causa la decisión del Tribunal Supremo citada en la nota precedente, había considerado ya que «resulta muy discutible que el mero cambio de ubicación de la escultura de que se trata suponga siempre y en todo caso una afrenta a su integridad», llegando a la conclusión de que, puesto que el traslado de la obra no se había realizado todavía, ni se sabía cuál sería el nuevo emplazamiento, no era posible pronunciarse sobre la posible afectación del derecho moral a la integridad, criterio éste que es mantenido por el Tribunal Supremo. Por su parte, la SAP Pontevedra (Secc. 1ª), de 17 de marzo de 2015 (AC 2015/364) consideró que, en el caso enjuiciado, el cambio de ubicación de la obra no suponía un atentado contra el derecho a la integridad de la misma, pues no quedó acreditado que la obra en cuestión sólo tuviera razón de ser en un determinado emplazamiento, ni que la obra fuera concebida en razón exclusivamente de dicho lugar. Por el contrario, la SAP Zamora (Secc. 1ª), de 29 de septiembre de 2015 (AC 2015/1605) sí estimó que la modificación del trono de andas sobre el que se carga una imagen religiosa creada para procesionar en los pasos de Semana Santa suponía un atentado contra la integridad de la obra, por cuanto que quedó acreditado que su autor la concibió para que apareciera rodeada por los cargadores y hacerlo de otro modo supone alterar la concepción artística del autor.

¹¹² BENGTSSEN, P., «Site Specificity and Street Art», en Elkins, J./ McGuire, K. (eds.), *Theorizing Visual Studies: Writing Through the Discipline*, Routledge, New York/ London, 2013, p. 252. Según este mismo autor, ello explicaría en parte por qué en muchas ocasiones estas obras no llegan a venderse cuando son comercializadas, *vid.* BENGTSSEN, P. «Stealing from the public...», *cit.*, p. 423.

sin contar con el consentimiento del propietario¹¹³. En este caso, además del potencial atentado contra el derecho moral del autor, habría también una violación del derecho de propiedad, que podría ser sancionada penalmente como un delito de daños o incluso de hurto, si consideramos que el mural extraído de un muro es un bien mueble. En cualquier caso, el propietario dispone de una acción civil para exigir la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados por aplicación del principio sentado en el art. 1902 CC.

6. LA EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LA OBRA

6.1. Los derechos patrimoniales exclusivos

La Ley de Propiedad Intelectual otorga al autor una serie de derechos exclusivos que le garantizan el monopolio en la explotación comercial de su obra y, consiguientemente, la facultad de prohibir esos mismos actos de explotación a quien no cuente con su autorización. A tenor del art. 17 TRLPI «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», por lo que para realizar cualquiera de estos actos de explotación es preciso contar con el consentimiento del autor. De esta forma, en principio, sólo el autor puede realizar una réplica de su obra, permitir que se incluya una fotografía de la misma en una retrospectiva sobre su trayectoria artística o ceder su imagen para un anuncio publicitario. Esos derechos tienen una duración de setenta años, que empiezan a contar tras la muerte del autor o desde el momento de la divulgación de la obra, en el caso de las obras anónimas o seudónimas¹¹⁴. Una vez que transcurre ese plazo la obra cae en el dominio público y podrá ser ya libremente utilizada por cualquiera sin necesidad de obtener el consentimiento del autor o de sus derechohabientes.

6.2. Limitaciones y excepciones a los derechos de explotación

Pero, tras atribuir al autor la exclusiva en la explotación comercial de su obra, el inciso final del art. 17 («...salvo en los casos previstos por la ley»), deja claro que esos derechos exclusivos no tienen un carácter absoluto, sino que están sujetos a ciertas limitaciones o excepciones que vienen determinadas por la propia ley, excepciones que, sin embargo, no afectan a los derechos morales del autor, como lo demuestra el hecho de que la ley exija expresamente en muchos casos que, para que resulten aplicables, la obra ha de estar divulgada¹¹⁵, que ha de mencionarse el nombre del autor¹¹⁶ o que no se debe ocasionar un daño a la obra original o a su autor¹¹⁷.

¹¹³ En el Reino Unido un hombre fue juzgado al tratar de vender a través de una cuenta de *eBay* una obra atribuida a Banksy que había sido arrancada de la fachada de un céntrico hotel de Londres, *vid.* MCDERMOTT, K., «Man ripped Banksy artwork from four-star hotel wall and put it on sale on eBay for £17,000», *Mail En línea*, 13.08.2013, disponible en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2187721/Banksy-theft-Man-ripped-Banksy-artwork-star-hotel-wall-sale-eBay-17-000.html> [última consulta 30/05/2018].

¹¹⁴ Arts. 26 y 27 TRLPI.

¹¹⁵ Arts. 31.2, 31 *bis* 2, 32.1, 32.2, 32.3.b) TRLPI.

¹¹⁶ Arts. 32.1, 32.3.d), 33.1 TRLPI.

¹¹⁷ Art. 39 TRLPI.

Algunas de estas excepciones o limitaciones serían perfectamente aplicables a las obras de artes plásticas y, en particular, a los grafitis que se encuentran en lugares accesibles al público. Por ejemplo, en virtud del art. 31 TRLPI, cualquiera podría realizar una copia de un grafiti a través de cualquier técnica de reproducción, siempre que sea para uso exclusivamente privado, no profesional ni empresarial y sin fines directa o indirectamente comerciales. Por su parte, el art. 32.1 TRLPI autoriza la inclusión en una obra propia –por ejemplo, en un libro sobre arte contemporáneo– de obras aisladas de carácter plástico, siempre que éstas estén ya divulgadas, que su inclusión se haga a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico y que se persiga con ello una finalidad docente o de investigación¹¹⁸. De igual modo, el art. 32.3 TRLPI autoriza a profesores y personal investigación a reproducir, distribuir y comunicar públicamente obras aisladas de carácter plástico (entre otras) para ilustrar sus actividades educativas –tanto en la enseñanza presencial como a distancia– o con fines de investigación científica. Pensemos en el profesor que proyecta la imagen de una obra de arte que está comentando en clase.

También podemos imaginar la aplicación al ámbito que nos ocupa del límite recogido en el art. 35.1 TRLPI que se refiere a la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra con ocasión de acontecimientos de actualidad en la medida justificada por la finalidad informativa, si, por ejemplo, junto con la noticia que da cuenta de la aparición del último grafiti de un conocido artista, se incluye una imagen del mismo¹¹⁹.

No obstante, en el caso particular de las obras situadas permanentemente en la vía pública es preciso detenerse especialmente en el análisis del art. 35.2 TRLPI, pues en él se contempla un límite que, dados los amplios términos en los que está redactada la norma, puede vaciar prácticamente de contenido los derechos de explotación sobre las mismas, fuera del derecho de transformación por la íntima conexión que éste tiene con el derecho moral a la integridad de la obra. Dispone el art. 35.2 TRLPI que «las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales».

Nuestro Derecho no restringe el ámbito objetivo de este límite, conocido como la *libertad de panorama*, a determinadas categorías de obras¹²⁰, por lo que sería

¹¹⁸ Obsérvese que en este caso es preciso que la inclusión de una obra ajena tenga carácter accesorio, esto es, que la obra propia conservaría su sentido si se suprimiera aquélla, por lo que este límite no ampararía una mera recopilación de imágenes de obras ajenas, *vid.* MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual. Evolución jurisprudencial», en AA. VV., *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 424-425.

¹¹⁹ *Vid.*, a modo de ejemplo, la noticia aparecida recientemente en el diario *El País* informando de la aparición de un grafiti atribuido a Banksy en las calles de la localidad coruñesa de Ferrol, «¿El primer Banksy en España?», *El País* [en línea], 18.04.2018 disponible en https://elpais.com/cultura/2018/04/17/actualidad/1523984395_367947.html [última consulta 15/06/2018].

¹²⁰ En el Reino Unido, por ejemplo, la libertad de panorama sólo se aplica a esculturas, edificios y obras de artesanía, pero no otras obras pertenecientes a las artes plásticas, como el dibujo o la pintura [sec. 62(1)(b) CDP]. En Francia, la *Loi pour une République Numérique* [Ley n.º 2016-1321 de 7 de octubre] introdujo esta excepción en el art. L. 122-5.11º del *Code de la Propriété*

perfectamente aplicable a pinturas o murales, como es el caso de los grafitis, siempre que estén situados con carácter permanente en la vía pública.

Determinar qué debe entenderse por estar «situados con carácter permanente en la vía pública», no es, sin embargo, una cuestión pacífica. Es claro que el requisito de la *permanencia* excluye que el límite pueda aplicarse a las obras situadas en lugares públicos de manera ocasional o circunstancial, como en el caso, por ejemplo, de una escultura que se encuentra en la vía pública con ocasión de su traslado de un lugar a otro o los cuadros que un artista expone en la calle para su venta. Sin embargo, no hay motivo para negar la aplicación del límite contenido en el art. 35.2 TRLPI a obras situadas en un lugar público con carácter temporal¹²¹, máxime si se tiene en cuenta que la libre utilización de las mismas sin contar con el consentimiento del autor sólo está permitida mientras la obra permanezca en ese lugar. Lo determinante no es, por tanto, el tiempo que la obra vaya a estar emplazada en un lugar público, sino el sentido objetivo que haya de darse a la colocación de la misma en dicho lugar, que ha de ser el de formar parte del paisaje (urbano o no), aunque sea por un espacio limitado de tiempo¹²². Pensemos, por ejemplo, en la iluminación navideña de las calles de una ciudad o las obras realizadas en un material perecedero, como un tapiz de flores.

Tampoco resulta pacífico cómo deba interpretarse el requisito de que la obra se halle «situada en parques, calles, plazas u otras *vías públicas*». En general, la doctrina entiende que se trata de una enumeración ejemplificativa, pero mientras que algunos autores consideran que lo determinante es la titularidad pública del lugar en el que se halle la obra¹²³, la mayoría opina que lo que ha de ser público es el acceso a dicho lugar, aunque sea de titularidad privada, de manera que, por ejemplo, estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la norma el patio de un edificio o el vestíbulo de una estación cuyo acceso sea libre para cualquiera sin exigirse ningún requisito ni contrapartida alguna¹²⁴. También se

Intellectuelle pero con contornos muy estrechos, puesto que queda limitada a la reproducción y representación de obras de arquitectura y esculturas, siempre que sean realizadas por personas físicas y con exclusión de todo uso de carácter comercial. El art. 5.3.h) de la Directiva 2001/29/CE alude expresamente a las obras de arquitectura y escultura, si bien lo hace de una manera meramente ejemplificativa («tales como» reza el precepto), por lo que no se opone a que las legislaciones nacionales extiendan este límite a otras categorías de obras.

¹²¹ En este sentido, LÓPEZ MAZA, S., «Artículo 35», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 703, que considera que «lo importante es que su destino sea esa ubicación, aunque sea por poco tiempo». Sin embargo, la posición más generalizada entre nuestra doctrina es que la permanencia excluye del ámbito de aplicación del límite las obras situadas temporalmente en lugares públicos, *cfr.* DÍAZ ALABART, S., «Artículo 35 Ley de Propiedad Intelectual», en Albaladejo García, M./ Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, Vol. 4ºA, EDESA, Madrid, 1994, p. 584; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Artículo 35», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 555; PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, C., «Artículo 35», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 621.

¹²² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 556.

¹²³ PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, C., *op. cit.*, p. 621.

¹²⁴ DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 585, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 403; LÓPEZ MAZA, S., *op. cit.*, p. 702. Señala este último autor que normalmente se tratará de obras colocadas al aire libre, si bien no es necesario que sea así. Sin embargo, la SAP Barcelona (Secc. 15ª) de 28 de marzo de 2006 (AC 2006/1723) negó que la regla contenida en el art. 35.2

acepta comúnmente que la excepción se aplica a aquellas obras que, sin estar situadas en un lugar abierto al público, son visibles desde la vía pública, como un jardín privado que se puede observar desde la calle, siempre que no sea necesario para ello utilizar ningún medio auxiliar (una escalera, unos prismáticos...) ¹²⁵, conclusión que sería extensible a las obras que están expuestas de forma permanente sobre vehículos que circulan por la vía pública ¹²⁶, como puede ser un vagón de tren.

Con todo, el principal problema interpretativo que suscita la regla contenida en el art. 35.2 TRLPI viene motivado por el hecho de que la norma no exija para la aplicación de este límite que la reproducción, distribución o comunicación de la obra se haga con una finalidad determinada, lo que llevaría a considerar que está amparado por la norma todo acto de reproducción, distribución o comunicación pública de las obras situadas en la vía pública, incluso los que se hacen con una finalidad comercial ¹²⁷. Esta interpretación es coherente con la justificación del límite recogido en el art. 35.2 TRLPI, si consideramos que el fundamento del mismo reside en la incorporación de las obras situadas de modo permanente en un lugar público al espacio urbano, a sus plazas, calles, etc., cuya imagen entra a formar parte del acervo común y no puede, por tanto, quedar sometida al monopolio de nadie, ni siquiera del autor ¹²⁸. Pensemos, por ejemplo, en la venta en forma de postales de fotografías de un mural emplazado en una vía pública, su aparición en una obra audiovisual o su reproducción en camisetas, tazas o llaveros ¹²⁹. A favor de esta interpretación juega también el

TRLPI fuera aplicable al interior del templo de la Sagrada Familia, «pues la teleología del precepto va encaminada a excluir de la tutela las obras sitas en la vía pública, y este concepto no se aviene con el interior del templo».

¹²⁵ DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, pp. 585-586; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 403; LÓPEZ MAZA, S., *op. cit.*, p. 703. En contra, MARTÍN SALAMANCA, S., «Artículo 35», en Rodríguez Tapia, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Thomson/ Cívitas, Madrid, 2007, p. 294.

¹²⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 404.

¹²⁷ *Vid.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 556, que considera que «la libre utilización no encuentra límite alguno en nuestra ley»; BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 405; *Id.*, «Los derechos de explotación», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 114. Acogiendo esta tesis, la SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3ª) de 9 de septiembre de 1995 (AC 1995/1583) aplicó el límite hoy recogido en el art. 35.2 TRLPI a la comercialización en forma de postales de fotografías de un conjunto escultórico ubicado en una plaza pública.

¹²⁸ En este sentido, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 401, que hace el paralelismo con la limitación del derecho a la propia imagen de los personajes públicos en el art. 8.2.a) de la LO 1/1982, de 5 de mayo. *Vid.* también DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Información gráfica sobre acontecimientos de actualidad. Fotografías de obras situadas en la vía pública», Serrano Fernández, M. (coord.), *Fotografía y derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, pp. 212-213. Como alternativa para conciliar los intereses del autor con la libre utilización de las obras espacios públicos, se ha propuesto permitir su uso en todo caso, pero reservar un derecho de simple remuneración en favor del autor cuando el uso de la obra persiga una finalidad lucrativa, *vid.* DIETZ, A., *El Derecho de autor en España y Portugal*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Madrid, 1992, p. 139.

¹²⁹ En este sentido, VON LEWINSKI, S./WALTER, M. M., «Information Society Directive», en WALTER M. M./VON LEWINSKI, S. (ed.), *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 1053, que, en relación con el art. 5.3.h) DDASI, consideran, sin embargo, que la réplica en tres dimensiones de una escultura o un edificio habrían de quedar excluidas del ámbito de aplicación de este límite, porque en estos casos el autor se ve privado de la esencia de su derecho, lo que es contrario al test de las tres etapas recogido en el art. 5.5 DDASI.

hecho de que en relación con otras excepciones o limitaciones la ley sí exige expresamente la ausencia de una finalidad lucrativa por parte de quien utiliza la obra, cosa que, como hemos visto, no sucede en el caso del art. 35.2 TRLPI¹³⁰.

La mayoría de la doctrina española considera que se debería hacer una interpretación restrictiva del precepto, puesto que admitir el uso libre de las obras situadas en lugares públicos con una finalidad comercial o lucrativa tropezaría con la regla de los tres pasos recogida en el art. 40 *bis* TRLPI, a tenor del cual «los artículos el presente Capítulo [Capítulo II, Título III, Libro I, en el que se incluye el art. 35.2] no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a las que se refieran»¹³¹. Ahora bien, no debemos desconocer que son muchos los que consideran que se debe evitar una lectura del test de las tres etapas que sólo contemple los intereses de los titulares de derechos, porque ello sería contrario al justo equilibrio que el derecho de autor está llamado a alcanzar entre éstos y los intereses de los usuarios de las obras y prestaciones protegidas y de la sociedad en su conjunto¹³². Por otro lado –y en estrecha conexión con lo anterior–, limitar la excepción del art. 35.2 TRLPI a los usos no comerciales llevaría consigo graves consecuencias prácticas, no sólo para muchos profesionales, como fotógrafos y cineastas, que no podrían ya utilizar los espacios públicos para desarrollar su actividad sin obtener previamente la autorización de todos los titulares de derechos sobre aquellas obras protegidas que pudieran ser captadas por sus cámaras, sino también para muchas otras personas que actualmente suben videos o imágenes a una página web o las comparten a través de redes sociales¹³³.

¹³⁰ V. *gr.* arts. 32.3, 34.2.b) y 37.1 TRLPI.

¹³¹ En este sentido, DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 586; CASAS VALLÉS, R., *op. cit.*, p. 276, quien pone de relieve que la tramitación parlamentaria de este artículo demuestra que se estaba pensando en actuaciones inocuas, como el aficionado que pinta un monumento o el turista que lo fotografía, por lo que no debería aplicarse a la comercialización de reproducciones realizadas sin consentimiento del autor; RIBERA BLANES, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 314-315; PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, C., *op. cit.*, p. 622; SERRANO FERNÁNDEZ, M., «Obras situadas permanentemente en vías públicas. La falta de ánimo de lucro como posible restricción a la libre utilización del art. 35.2 TRLPI», en Rogel Vide, C. (coord.), *Los límites del derecho de autor*, Reus, Madrid, 2006, p. 233; MARTÍN SALAMANCA, S., *op. cit.*, p. 295. Por lo que se refiere a nuestra jurisprudencia, la SAP Sevilla (Secc. 1ª) de 31 de enero de 2006 (APR 2005/807) estimó, en un procedimiento penal, que la limitación del art. 35.2 TRLPI debía ponerse en conexión con la regla de los tres pasos del art. 40 bis TRLPI, por lo que no apreció la licitud del uso de la famosa imagen del toro de Osborne, pese a que concurrían todos los requisitos exigidos por la limitación regulada en aquel precepto.

¹³² *Vid.* en este sentido la declaración «Por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el Derecho de autor», disponible en https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf [última consulta 11/06/2018].

¹³³ *Vid.*, en este sentido, REDA, J., «Freedom of Panorama Under Threat», disponible en <https://juliareda.eu/2015/06/fop-under-threat/> [última consulta 12/06/2018], quien pone de relieve, entre otras cosas, que tiene carácter comercial una página web personal o un blog que se financia a través de publicidad, incluso si no genera beneficios, o que, según los términos de uso de Facebook, sus usuarios autorizan a ésta para usar con fines comerciales las imágenes que suben a la plataforma, por lo que aquéllos serían los responsables de adquirir los derechos correspondientes antes de publicar una imagen en la que aparece una obra protegida por derechos de autor.

En cualquier caso, aun admitiendo que el límite recogido en el art. 35.2 TRLPI ampare también la reproducción, distribución o comunicación pública realizada con ánimo de lucro, ello no significa que cualquiera pueda apropiarse de una obra para utilizarla como marca o signo distintivo o como imagen en una campaña publicitaria¹³⁴, aunque para impedirlo el autor tendría que ampararse en su derecho moral a la integridad de su obra, que, como vimos, comprende la facultad de impedir que ésta sea presentada en un contexto que altere o modifique su sentido originario con perjuicio para su autor¹³⁵.

6.3. Derechos de simple remuneración: el *droit de suite*

Al lado de los derechos patrimoniales exclusivos, la ley contempla los denominados derechos de simple remuneración, que no suponen un derecho exclusivo a autorizar o prohibir el uso de la obra, sino tan sólo el derecho a recibir una compensación económica por ciertos usos que están permitidos por la ley. Dentro de estos derechos de simple remuneración se encuentra el derecho de participación en el precio de la reventa de las obras de arte, o *droit de suite*, regulado en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

El derecho de participación es una consecuencia de la facultad de libre disposición que ostenta el titular del derecho de propiedad sobre una obra de arte. Y es que, en virtud de la doctrina del agotamiento del derecho de distribución, una vez que el original o una copia de una obra se pone en circulación por el titular del derecho de distribución o con su consentimiento, éste ya no podrá impedir su ulterior transmisión a terceros (art. 19.2 TRLPI). Alguna consideración merece el hecho de que en el caso del grafiti la adquisición de la propiedad material sobre la obra tenga lugar, de una forma un tanto atípica, en virtud de la accesión. El art. 19.2 TRLPI dispone que el derecho de distribución se agota cuando quien ostenta este derecho pone a disposición del público el original o una copia de la obra mediante «venta u otro título de transmisión de la propiedad». En nuestro caso no hay transmisión de un derecho de un sujeto a otro, sino que, como vimos, el propietario del soporte adquiere a título originario la propiedad material sobre la obra en el mismo momento de su creación. Sin embargo, no creemos que ello sea un obstáculo para considerar que se ha producido el agotamiento del derecho de distribución, pues en realidad, lo que pretende el artículo 19.2 TRLPI es excluir el agotamiento cuando la comercialización de la obra ha tenido lugar mediante alquiler o préstamo, ya que

¹³⁴ No se trata de un supuesto hipotético, recientemente el autor de un grafiti demandó a McDonalds por utilizar sin su consentimiento la imagen de su obra en una campaña publicitaria de la conocida cadena de restaurantes, *vid.* BOUCHER, B., «Not Lovin' It: Street Artists Slam McDonald's for Using Their Work in New Ad», *artnet*, 19.04.2017 [en línea] disponible en <https://news.artnet.com/art-world/nyc-graffiti-artists-mcdonalds-929855> [última consulta 15/06/2018] y en 2015 el artista callejero afincado en Brooklyn Joseph Tierney, conocido como Rime, demandó al diseñador Jeremy Scott y a la firma de moda Moschino por reproducir uno de sus grafitis en un vestido de alta costura, *vid.* STEADMAN, R., «Moschino Tagged with Lawsuit by Graffiti Artist», *Observer* 08/05/2015 [en línea] <http://observer.com/2015/08/moschino-tagged-with-lawsuit-by-graffiti-artist/> [última consulta 15/06/2018].

¹³⁵ *Vid.* BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., *Obra plástica...*, *cit.*, p. 406, poniendo de manifiesto que la utilización de la obra plástica en una campaña publicitaria provoca en el receptor una asociación mental que hace que la obra no sea vista ya sólo como tal, sino como el símbolo de un producto o de una empresa.

entonces el destinatario del acto de distribución adquiere unas facultades muy limitadas en el plano material y no estaría justificado que el titular viera agotado su derecho¹³⁶. Lo determinante en nuestro caso es, por lo tanto, que el autor ha dispuesto libremente de su obra al fijarla sobre una superficie ajena¹³⁷ y que un tercero ha adquirido la propiedad material sobre la misma y no un derecho de uso limitado, porque la finalidad de la doctrina del agotamiento del derecho de distribución consiste precisamente en evitar que la facultad de disposición, inherente al derecho de propiedad sobre el soporte material de la obra¹³⁸, pueda verse restringida por los derechos de propiedad intelectual que un tercero ostenta sobre ésta¹³⁹.

En virtud del derecho de participación, las sucesivas transmisiones de una obra de artes plásticas generan para el autor un derecho a recibir una parte del precio de la reventa, siempre que concurren ciertas condiciones, en particular, que en la operación intervenga un «profesional del mercado del arte» –ya sea como vendedor, comprador o intermediario– y que el precio de la venta sea de, al menos, 1200 euros.

Nada se opone a que el autor de un grafiti creado ilegalmente pueda ejercer el derecho de participación, lógicamente si decide no hacer valer el derecho moral a la integridad de la obra para impedir que ésta sea separada del inmueble en que se halla y transmitida de manera independiente de éste. Esto último sería perfectamente posible, pues el carácter irrenunciable e intransmisible de los derechos morales, no debe llevar a considerar nulo el consentimiento del autor a la modificación o alteración de su obra, ya sea antes de que ésta se produzca o con posterioridad. Se puede hacer aquí un paralelismo con los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, a los que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, califica en su art. 1.3 como «inalienables, irrenunciables e imprescriptibles» y, sin embargo, a renglón seguido el art. 2.2 considera que cuando su titular hubiere otorgado su consentimiento expreso no se apreciará la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por estos derechos. Además, la propia Ley de Propiedad Intelectual contempla el derecho de transformación como un derecho patrimonial y, por tanto, transmisible, algo que no sería posible sin restringir parcialmente la facultad moral del autor a impedir la alteración de su obra.

¹³⁶ SÁNCHEZ ARISTI, R., «Artículo 19», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 366.

¹³⁷ En este sentido, KARME, D., «Off the Wall: Abandonment and the First Sale Doctrine», *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, Vol. 45, 2012, p. 377, considera que el autor de un grafiti ejercita su derecho de primera distribución cuando intencionalmente renuncia a la propiedad de su obra de una manera que demuestra su intención de que ésta sea adquirida por otro. No contradice esta interpretación el Tribunal Supremo alemán al considerar que, en el caso de la venta de fragmentos del muro de Berlín con los murales realizados en él antes de la caída del muro, no cabía apreciar el agotamiento del derecho de distribución, porque el tribunal basa su decisión en el hecho de que en el momento de la realización de la obra el muro de Berlín era «propiedad socialista», o lo que es lo mismo, propiedad pública esencialmente inviolable, según los §§ 17, 18 DDR-ZGB, por lo que el autor no podía contar con la posibilidad de que su obra pudiese ser explotada económicamente, *vid.* BGH 23.02.1995, Az.: IZR 68/93 [JurionRS 1995, 15629].

¹³⁸ Dispone el art. 348 CC que «la propiedad es el derecho de gozar y *disponer* de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes».

¹³⁹ SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, p. 365.

7. RECAPITULACIÓN

Nacido como una forma de protesta y de autoproclamación de la propia identidad en medio del anonimato de los grandes núcleos urbanos, la evolución experimentada por el grafiti desde sus orígenes en los años sesenta y setenta del pasado siglo lo ha llevado a ser considerado como la mayor revolución en el mundo del arte desde el cubismo o como el heredero del *pop art*.

En cuanto manifestación de la creatividad humana, no cabe duda de que el grafiti cae dentro del ámbito de protección del Derecho de autor, sin que constituya un obstáculo para ello su carácter efímero, el anonimato que suele caracterizar a estas obras o el hecho de que su proceso de creación conlleve la vulneración del derecho de propiedad que un tercero ostenta sobre el soporte material en el que la obra se plasma.

Los mecanismos de tutela de los que goza el autor de esta categoría de obras son, no obstante, limitados. En primer lugar, la ilicitud que conlleva su creación sobre una propiedad ajena juega en contra del autor cuando su interés en que se respete la integridad de la obra tropieza con la voluntad del dueño de reponer su propiedad a la situación originaria. Por otro lado, como toda obra emplazada en un lugar público, el grafiti entra a formar parte del paisaje urbano, por lo que su imagen podrá ser reproducida, distribuida y comunicada libremente sin necesidad de contar con el consentimiento de su autor y sin que éste se vea compensado por el uso de su obra.

El autor sí podrá, en cambio, ejercitar su derecho moral a la integridad de la obra para evitar que ésta sea utilizada en un contexto que suponga desvirtuar o falsear el sentido que aquél quiso expresar con su creación, lo que podría predicarse de los casos en que la obra es sacada de la calle para ser comercializada o expuesta en un museo o aquellos en que se utiliza la imagen de la obra asociada a ciertas ideas, actitudes, marcas, productos o servicios.