CULTUS ET IUS
Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes

N.º EXTRAORDINARIO

SEPTIEMBRE 2026

Presentación. El *Art Brut*, el arte urbano y el arte callejero en el Proyecto «Artistas marginales: propuestas de regulación jurídica para un colectivo olvidado» 3
Julia Ammerman Yebra

Conservar sin traicionar: debates en torno a la conservación del arte urbano 27
Rita L. Amor García

Financiar para crear: algunas cuestiones de interés sobre la hipoteca de propiedad intelectual 47
Laura Sancho Martínez

Entre la expresión artística y el acto vandálico. Grafitis y daños constitutivos de la infracción penal del art. 263 CP..... 79
María Castro Corredoira

La autoría de las obras no exime del conocimiento 99
Luis Javier Capote Pérez

La imagen de artistas, intérpretes y ejecutantes en la era de la inteligencia artificial 113
Paula Vega García

El la 440, los *castrati* en la iglesia y la prohibición de representar óperas en cuaresma. Normas técnicas, normas sociales y normas jurídicas en la práctica musical 147
Jesús Delgado Echeverría

https://revistas.colex.es/index.php/cultusetius

CULTUS ET IUS. REVISTA DE DERECHO, CULTURA Y BELLAS ARTES

© Editorial Colex S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

910 600 164 info@colex.es

revistacultusetius.colex.es revistacultusetius@colex.es

DIRECCIÓN

Antonio José Quesada Sánchez
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga

SUBDIRECCIÓN

Ana Sedeño Valdellós
Profesora Titular de Comunicación Audiovisual (Acreditada a Catedrática) Universidad de Málaga

CONSEJO EDITORIAL

José Francisco Alenza
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

José Manuel Cabra Apalategui
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga.

Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho Procesal, UNED.

Cristian Cerón Torreblanca
Profesor Contratado Doctor de Historia Contemporánea, Universidad de Málaga.

Rafael Malpartida Tirado
Profesor Titular de Literatura Española, Universidad de Málaga.

Pedro Moreno Brenes
Letrado del Tribunal Supremo, Profesor Titular. Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga.

Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche.

Mercedes de Prada Rodríguez
Profesora Titular (Acreditada) de Derecho Procesal y Directora Académica del Centro de Estudios Garrigues.

Carlos Pranger
Profesor Sustituto Interino en el Departamento de Didáctica de las Lenguas, las Artes y el Deporte, Universidad de Málaga.

Carlos Rivas Sánchez
Profesor Contratado Doctor de Hacienda Pública, Universidad de Málaga.

Benjamín Rivaya García
Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Oviedo.

Francisco Ruiz Noguera
Catedrático de Lengua y Literatura, Profesor Titular de Lingüística Aplicada, Universidad de Málaga, y Director de la Cátedra María Zambrano.

José Manuel Ruiz-Rico Ruiz
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Málaga.

Chiara Vitucci
Catedrática de Derecho Internacional/Professoressa Ordinaria di Diritto Internazionale, Università della Campania Luigi Vanvitelli (Italia).

La revista no se hace responsable de las opiniones, imágenes, textos y trabajos de las personas autoras, que serán responsables legales de su contenido, autenticidad y carácter inédito.

Proyecto realizado con la Beca Leonardo para Investigadores y Creadores Culturales 2022 de la Fundación BBVA. La Fundación BBVA no se responsabiliza de las opiniones, comentarios y contenidos incluidos en el proyecto y/o los resultados obtenidos del mismo, los cuales son total y absoluta responsabilidad de sus autores.

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2990-0255 | DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-1

Presentación. El *Art Brut*, el arte urbano y el arte callejero en el Proyecto «Artistas marginales: propuestas de regulación jurídica para un colectivo olvidado»

Art Brut, Urban Art, and Street Art in the Project "Marginalized Artists: Proposals for Legal Regulation for a Forgotten Community"

Julia Ammerman Yebra
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Resumen: En este texto se da cuenta de las actividades y publicaciones surgidas del proyecto "Artistas marginales: propuestas de regulación jurídica para un colectivo olvidado". En él se estudiaron, desde el punto de vista jurídico, tres manifestaciones artísticas: el *Art Brut*, compuesto por quienes se encuentran fuera de los contornos habituales del arte; el arte del grafiti y el arte urbano, expresiones artísticas hoy ya consolidadas, pero con límites legales difusos; y el arte callejero en su vertiente performativa. En el trabajo resumimos las principales conclusiones alcanzadas, a la vez que recogemos los testimonios de varios de los juristas, artistas y profesionales de otros ámbitos que participaron en el proyecto.

Palabras clave: art brut, artistas callejeros, grafitis, propiedad intelectual, libertad artística.

Abstract: This text provides an overview of the activities and publications resulting from the project "Marginal Artists: Proposals for Legal Regulation of a Forgotten Group." The project examined, from a legal perspective, three artistic expressions: Art Brut, created by those who fall outside the usual boundaries of art; graffiti and urban art, artistic expressions that are now well-established but have blurred legal boundaries; and street art in its performative form. In this paper, we summarize the main conclusions reached, while also compiling the testimonies of several of the legal experts, artists, and professionals from other fields who participated in the project.

Keywords: art brut, street artists, graffiti, intellectual property, artistic freedom.

1. Germen del proyecto y líneas temáticas

Las contribuciones de este número extraordinario nacen del proyecto desarrollado entre los años 2022 y 2025 denominado «*Artistas marginales: propuestas de regulación jurídica para un colectivo olvidado*». El germen fue la obtención de una Beca Leonardo para investigadores y creadores culturales de la Fundación BBVA, gracias a la cual se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela varios seminarios y un congreso en los que se estudiaron, desde el punto de vista jurídico, las manifestaciones artísticas de tres colectivos.

En primer lugar, a los que integran el fenómeno conocido como *Art Brut*, compuesto por quienes se encuentran fuera de los contornos habituales del Arte; los que se sitúan, para algunos, «en los márgenes» de la cultura. No obstante, y aunque resulte una paradoja, que este tipo de arte podamos calificarla como *outsider*, intuitiva o marginal, para nosotros —y para muchos desde que Jean Dubuffet puso el foco en estas obras desde mediados del siglo pasado— son manifestaciones artísticas igual de válidas que cualquier otra, pues partimos de un concepto de Arte subjetivo y abarcador de cualquier expresión original que provoque un impacto estético. Para ello, contamos desde el principio con la colaboración de las profesionales y miembros del Proyecto *Arte Espida*, surgido en el seno del Hospital Psiquiátrico de Piñor (Ourense), del que hablaremos más adelante.

En segundo lugar, nos propusimos estudiar el arte del grafiti y el arte urbano. Manifestaciones estas que se encuentran muchas veces en los límites de lo legal, lo alegal o lo ilegal, pero que constituyen expresiones que nadie duda ya de calificarlas como artísticas. Pudimos escuchar testimonios de artistas de estos dos mundos que nos mostraron los problemas legales con los que se enfrentan, pero también la mayor aceptación del arte callejero por parte de administraciones, particulares y sociedad en general. Además, tratamos de alejarnos de la visión tradicional de este tipo de arte para ofrecer una más feminista, para la que fue fundamental contar con la participación del colectivo 7H Cooperativa Cultural que, entre otras actividades, organiza desde el año 2019 en Galicia el *Delas Fest*, el primer festival feminista de arte urbana contextual en Europa.

Por último, quisimos acercarnos a los artistas callejeros en su vertiente performativa, especialmente a aquellos que diariamente ambientan con música en directo muchos de los rincones de nuestras ciudades. Con una regulación muy particular (cuando existe), derivada de normativa municipal, las expresiones artísticas que englobamos en este pilar del proyecto incluían no solo a los músicos, sino también a los mimos, artistas de circo, bailarines, etc. En concreto, tuvimos la suerte de contar con los testimonios del escritor David Uclés, quien durante muchos años vivió de sus actuaciones con el arpa, la guitarra o el acordeón en las calles de ciudades españolas —entre ellas la nuestra— y europeas, y del historiador del arte Mano Pereira, gaiteiro de Compostela que desde hace al menos una década ambienta la entrada de los peregrinos en la praza do Obradoiro tocando en el Arco del Palacio de Xelmírez.

Con estas tres manifestaciones sobre la mesa fuimos construyendo un diálogo entre juristas, artistas, e incluso profesionales de otras disciplinas (médicos, gestores culturales) que derivó en la celebración de tres seminarios temáticos y un Congreso internacional que aunó los tres ámbitos. A continuación, damos cuenta de estos y de las principales conclusiones que se alcanzaron en ellos. Algunas de las ponencias y comunicaciones se transformaron en las contribuciones que podrán leer en este número extraordinario de la revista *Cultus et Ius*.

2. Aproximación jurídica al *Art Brut* y a los artistas con discapacidad

La literatura psiquiátrica recoge desde finales del siglo XIX la utilidad de las obras artísticas, especialmente pinturas, de los enfermos mentales para el diagnóstico clínico, pero no es hasta principios del siglo XX cuando las vanguardias artísticas empiezan a valorarlas. Así, en 1945 el artista francés Jean Dubuffet acuñará el término *art brut* para referirse a las creaciones de las personas sin formación académica, especialmente a los pacientes internados en hospitales psiquiátricos[1]. No obstante, ya desde finales del siglo XIX tenemos constancia de que doctores como Benjamin Pailhas, en el asilo de Bon-Sauveur de Albi, habían empezado a recopilar las creaciones de sus pacientes, conservadas en esa misma institución en la que fueron creadas —de forma diferente a Dubufett, que, aunque le debemos el mérito de difundir las obras, ello fue a costa de exponerlas fuera de dichas instituciones—. También Francesc Tosquelles, psiquiatra español que estallada la guerra civil se refugió en Francia, trabajó en el Hospital de Saint-Albain y transformó notablemente la práctica médica que había entorno a los internos, haciendo del arte, de la escritura y del teatro un instrumento básico de la terapia. Entre otras cuestiones, fomentó la expresión cultural como herramienta para despertar el vínculo social de los enfermos, creando un taller propio dentro del hospital. En él, Auguste Forestier —quien vivió hospitalizado en el psiquiátrico de Sain-Albain entre 1914 y hasta su muerte en 1958, tras haber provocado el descarrilamiento de un tren— produjo un gran número de esculturas que se podían adquirir en el contexto de una economía de trueque como la que predominaba en el hospital[2].

El *art brut* no será simplemente una terapia en el sentido literal del término, aunque por supuesto que puede producir en determinados sujetos efectos terapéuticos, por ser una de las formas de tratar el sufrimiento psíquico o ser el modo de conseguir la estabilización sintomática; además de ello, muchas creaciones llegarán a adquirir entidad de obra artística, como veremos después. Por lo que estas obras alcanzarán una dimensión triple: científica, terapéutica y cultural.

Yayoi Kusama es una de las mayores representantes del *art brut*[3]. Artista genial que nos dejó el pasado mes de agosto de 2026, canalizó su neurosis a través de un arte que trascendió fronteras, estilos y todo tipo de barreras culturales. Describe en su libro *La red infinita* episodios en los que no

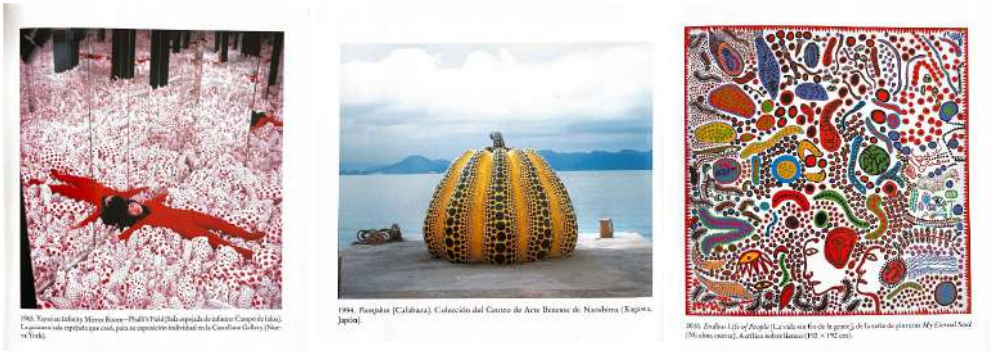
1 Sobre los comienzos del fenómeno del art brut, puede consultarse el catálogo *L'Art Brut de Jean Dubuffet, aux origines de la collection,* Collection de L'Art Brut Lausanne, Sophie Laporte (Dir.), Sarah Lombardi, (Comisaria), 2020. El artista Jean Dubuffet reunió estas obras en forma de colección y después las donó en 1971 a la ciudad de Lausana, que inauguró la «Collection de l'Art Brut» en febrero de 1976. Para una nota biográfica y bibliográfica sobre Dubuffet, véase *Dubuffet, e l'arte dei graffiti*, Renato Barilli, Ed. Gabriele Mazzota, Milán, 2002, pp. 129-132.

2 Información extraída de la Exposición «Francesc Tosquelles. Como una máquina de coser en un campo de trigo», *Museo Reina Sofía,* celebrada entre el 28 septiembre 2022 hasta el 27 de marzo de 2023. Se pueden consultar hojas de sala y fotografías de varias de las obras aquí: https://www.museoreinasofia.es/exposicion/francesc-tosquelles

3 Si bien es cierto que su éxito ha sido tal, que la mayoría de las ocasiones se prescinde de su encuadramiento en el art brut, describiéndola como una artista vanguardista, conceptual, y precursora del arte pop de (entre otros) Andy Warhol. Pero es debido a sus conocidas alteraciones psíquicas, que ella misma describe, lo que permite que podamos incluirla, también, dentro del movimiento del art brut.

hacía más que pintar durante el día y la noche, parando apenas para comer y dormir brevemente: «*Todos los días me levantaba antes del amanecer, trabajaba hasta bien entrada la noche y no me detenía más que para comer. Poco después tenía el estudio repleto de lienzos, todos y cada uno de ellos cubiertos exclusivamente de redes. Con el tiempo, mis amigos comenzaron a inquietarse y a mirarme con cara de preocupación. «Yayoi, ¿te encuentras bien?» me decían un tanto angustiados. «Por qué pintas lo mismo todos los días?». Lo cierto es que sufría frecuentes episodios de una severa neurosis: llenaba un lienzo de redes, y acto seguido continuaba pintándolas en la mesa, en el suelo, y al final me las pintaba también por todo el cuerpo. Iba repitiendo este proceso una y otra vez, y aquellas redes empezaban a expandirse hacia el infinito. Me envolvían, y yo me olvidaba de mi misma, se me adherían a los brazos, a las piernas, a la ropa, y llenaban la habitación entera. Una mañana me desperté y me encontré con las redes que había pintado el día anterior, pegadas a las ventanas. Maravillada ante aquello, fui a tocarlas, y las redes comenzaron a reptar y se me metieron por la piel de las manos. Se me aceleró el pulso. En plena agonía de un ataque de pánico de los gordos, llamé a una ambulancia, que me llevó al hospital Bellevue. Por desgracia, este tipo de situaciones empezaron a producirse con una cierta regularidad, y me vi llegando en ambulancia al hospital cada pocos días. Al verme, los médicos ya ponían los ojos en blanco, como si dijeran* «¿Otra vez tú?». *Terminaron diciéndome que en el Bellevue no trataban enfermedades como la mía. Me aconsejaron que buscara ayuda psiquiátrica y me adelantaron que tendría que internarme en un hospital para enfermos mentales. Pero lo que hice fue seguir pintando como loca*»[4].

Los profesionales de la psiquiatría han descrito la locura como uno de los mayores dramas humanos, suponiendo además «la más intensa de las soledades, la alteridad absoluta»[5]. La manera de abordarla a lo largo de la historia ha sido variada y, en general, poco respetuosa con el individuo que padece estas alteraciones subjetivas. Con la aparición de la psiquiatría social a principios del s. XX se produjo un cambio de paradigma, viendo que la pobreza, la desigualdad o la exclusión social son factores con una alta incidencia en la aparición de psicopatologías, por lo que reconocerlo sería el primer paso no solo para dejar de estigmatizar a quien las padece, sino también para buscar métodos de prevención y tratamiento. Uno de ellos es canalizar los trastornos a través de la creación artística, como tan bien supo hacer Kusama.



Algunas de las obras de Yayoi Kusama, reproducidas en su libro *La red infinita (2022)*

4 Yayoi Kusama, *La red infinita,* Penguin Random House, Barcelona, 2022, pp. 28-29.

5 Arquivo de Galicia, *Mentes no labirinto. Saúde mental, cultura e inclusión: catálogo de exposición,* Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2024, p. 6.

Partiendo de este contexto, el 9 de marzo de 2023 celebramos el primero de los seminarios del proyecto[6], realizando una primera aproximación a esta manifestación artística que, afortunadamente, en Galicia tiene ya una consolidada presencia y recorrido gracias al colectivo *Arte Espida*. Capitaneado por Chus Gómez, Psiquiatra jefa de sección del Hospital de Piñor (Ourense), y cuidado con mimo por Alcira Cibeira, Antón Casais, Luisa Peleteiro, todos ellos psiquiatras del mismo centro, además de otros profesionales como el terapeuta ocupacional Martín Estévez, la psicóloga Marta García, y muchos otros médicos residentes, enfermeras y psicólogos, llevan años fomentando un taller de arte en el hospital, a la vez que rescatando obras desperdigadas por diferentes lugares, lo que culminó en la creación de la colección de *Art Brut* Toén-Piñor. De este proyecto y colección de arte nos hablaron las dos primeras, así como Antón Casais en el posterior Congreso, poniendo el foco en el cambio de paradigma que ha supuesto la arteterapia como herramienta socioterapéutica, así como su proyección en su dimensión artística a la sociedad, más allá de los muros del psiquiátrico. Por lo que con el Proyecto Arte Espida no solo estudian el efecto clínico estabilizador que el arte puede proporcionar a determinados pacientes, sino que además pretenden dar a conocer la enorme colección de *Art Brut* y de obras realizadas en el hospital para que se valore por toda la ciudadanía la capacidad artística por sí misma[7].

El cartel del citado seminario se diseñó a partir de uno de los artistas participantes en el proyecto, David González, y que también nos acompañó durante los seminarios.

6 Dejamos constancia del seminario en la web del grupo de investigación *De Conflictu Legum*: http://deconflictulegum.usc.gal/es/de-conflictu-legum/actividades-y-actualidad/actividades/Seminario-de-aproximacion-Juridica-al-Art-Brut-y-a-los-Artistas-con-Discapacidad-Marzo-2023/

7 Entre otras exposiciones, destacamos las que realizaron en el Centro Cultural Marcos Valcárcel de Ourense, «Escoitar cos ollos. Arte e loucura» (mayo-junio 2023), y la «II Exposición Internacional de Art Brut – AL CUBO» (abril-mayo 2026), estando representadas en esta última también otros dos colectivos de artistas, los de Andar de Nones (Zaragoza) y Alpha Cultures (Burdeos). En 2024, la Cidade da Cultura de Santiago acogió otra exposición que reunía documentos históricos de los Hospitales de Conxo (Santiago de Compostela), Toén (Ourense) y Piñor (Ourense), salientando las iniciativas socioterapéuticas que progresivamente se fueron poniendo en marcha en los mismos, como los talleres de arteterapia. El catálogo de la exposición fue publicado posteriormente por Arquivo de galicia, *Mentes no labirinto. Saúde mental, cultura e inclusión: catálogo de exposición,* Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2024. Entre otras cuestiones, en ella explicaban que en España fue en la década de los años sesenta del siglo pasado cuando una serie de movilizaciones en los psiquiátricos, además del impulso de profesionales comprometidos, provocaron un debate alrededor del tratamiento de la locura, propiciando la recepción de un movimiento antipsiquiátrico y la incorporación de la psicoanálisis, la psicología social y la antropología cultural como forma de abordar las enfermedades mentales (p. 6 del Catálogo citado).

Pintura de David González – Artista. Autor participante del Proyecto *Arte Espida*, que se utilizó para ilustrar el cartel del seminario «Aproximación jurídica al *Art Brut* y a los artistas con discapacidad»

Pintura mural de 8 x 3 metros en los vestuarios de hombres. Hospital de Toen

Colección Art Brut Toén-Piñor

Autor(a) desconocido/a. Colección Art Brut Toén – Piñor

Autor(a) desconocido/a. Colección Art Brut Toén – Piñor

Autora: Rosa. Colección Art Brut Toén - Piñor

Desde el prisma jurídico, Jesús Delgado Echeverría, Catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, incidió sobre la importancia de la toma en consideración de este tema por los juristas —con independencia de su necesaria o no regulación legal específica—. A algunas de las dudas jurídicas planteadas por las profesionales médicas se refirieron las profesoras María Paz García Rubio, catedrática de Derecho civil de la USC, y Eugenia Torres Costas, investigadora de la UPO. En sus intervenciones se centraron en cuestiones contractuales como el consentimiento de los artistas para la exposición de sus obras[8], o la posibilidad de expresar por medio de los poderes preventivos, como medida de apoyo voluntaria que es, la voluntad del artista que prevé una discapacidad futura[9]. Por su parte, la investigadora Fernanda Magalhães, de la Universidade do Porto, nos ilustró sobre la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes como medios para fomentar la inclusión de los artistas con discapacidad[10]. Y finalmente quien escribe ahora, ejemplificó con un caso real

8 Entre otros trabajos de María Paz García Rubio, puede consultarse «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad», *Estudios de derecho de contratos*, Emilio Blanco Martínez (coord..); Antonio Manuel Morales Moreno (Dir.), 2022, pp. 333-358.

9 Eugenia Torres Costas, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Publicaciones del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

10 Fernanda de Araujo Meirelles Magalhães, «El uso de los Contratos Inteligentes (Smart Contracts): Nuevos Caminos para el Derecho Contractual (?) [The use of Smart Contracts: New Directions for Contract Law (?)]», *Desafíos del Derecho en la Sociedad Actual: Reflexiones y Propuestas,* Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2022, pp. 317-329. Durante el Congreso celebrado en octubre de 2023 también tuvimos ocasión de escuchar las ponencias de Covadonga López Suárez, de la Universidad de Cádiz («La responsabilidad de los artistas con discapacidad en la organización de eventos») y Ana Rodríguez Álvarez, de la Universidad de Santiago de Compostela («El caso de Aurora Rodríguez Carballeira y su hija Hildegart: proceso judicial, locura y feminismo en la España de la II República»).

las previsiones o ajustes que se podrían contener en los contratos con artistas que sufran episodios de alteraciones psíquicas.

El caso del músico Daniel Johnston es paradigmático y podría ser un modelo a seguir en la contratación de artistas con alguna alteración psíquica o discapacidad[11]. En él se contenían cláusulas que establecían, por ejemplo, que debería velarse por «*Daniel's best interest*»[12]; también debería salvaguardarse su salud mental, ofreciéndole un médico en caso de descompensación; que no tendría que ir de gira si no era ese su deseo, pues se le daba flexibilidad para acordarlas; o, en fin, que la compañía discográfica no podría resolver el contrato en caso de que Daniel no promocionase el disco[13]. Finalmente, el contrato ofrecido por la empresa discográfica nunca llegó a firmarse por las «interpretaciones delirantes» del músico, que por cierto acabó firmando otros contratos que terminaron resueltos por «comportamiento inestable»[14].

Tanto en el seminario como en el Congreso, en el que también participó en este pilar el abogado y catedrático de Derecho mercantil Carlos Lema Devesa, hablamos de propiedad intelectual. En síntesis, analizamos dos cuestiones con respecto al *art brut* y a sus creadores: una relativa a qué se considera protegido por el derecho de autor y desde qué momento, y otra respecto al sujeto o sujetos al que pertenece la obra creativa, y la capacidad de actuación que tendrán las instituciones respecto a dichas obras[15].

Por un lado, y de acuerdo con el art. 1 LPI, es el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica lo que genera el derecho de propiedad intelectual sobre la misma. Es decir que, producido el hecho de la creación, el Derecho se limita únicamente a reconocer tal

11 Daniel Johnston fue un singular artista estadounidense, dibujante, músico y cantautor, una figura influyente del country americano de finales del s. XX. Aunque hay escasa documentación sobre su enfermedad mental, se sabe que fue diagnosticado por distintas instituciones psiquiátricas, entre otros trastornos, de psicosis maníaco-depresiva, aunque también de trastorno bipolar severo y de esquizofrenia

12 Aunque es cierto que esta expresión no sería actualmente acorde con el modelo establecido por la Ley española 8/2021, que pretende evitar el paternalismo anterior a la reforma, que hacía prevalecer el «mejor interés» de la persona con discapacidad, como si de un menor de edad se tratase (haciendo un paralelismo con el «mejor interés del menor»).

13 Jeff Feuerzeig, *The devil and Daniel Johnston,* 2005. Documental autobiográfico (EE. UU.). Disponible en: https://www.dailymotion.com/video/x2hv6zm

14 Quizá, como mencionamos en su día, la validez de estos dos contratos sí firmados por el músico podría verse cuestionada -siguiendo a María Paz García Rubio, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LVIII, p. 185; y «Las primeras aplicaciones por el Tribunal Supremo de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las discrepancias en la exégesis de dos Convenios internacionales de derechos humanos» —por falta de, en su caso, los apoyos que debería haber tenido el músico en la firma del contrato, además de que se debería analizar si ha habido o no un aprovechamiento o ventaja injusta por la contraparte—. Sobre el caso Daniel Johnston y otros de artistas con discapacidad, puede verse Julia Ammerman Yebra/ Fernando Vázquez Asper, «Artistas vulnerables», *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística,* La Cultivada, 2023, pp. 833-884, en especial pp. 870-871.

15 Cuestiones que ya reflejamos en Julia Ammerman Yebra/ Fernando Vázquez Asper, «Artistas vulnerables», *op. cit.*, en especial pp. 867-869.

hecho y a atribuirle unas consecuencias jurídicas, sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, pues este tiene carácter meramente declarativo. Se atribuyen al autor una serie de derechos morales y de explotación por ese simple hecho, que se produce incluso al margen de la voluntad creativa de su autor. Así, se protege por igual la creación de un niño de cinco años que la de otro que crea bajo los efectos de sustancias estupefacientes, o la de aquel que en el momento de crear estaba en medio, por ejemplo, de un episodio psicótico[16].

En el modelo vigente hasta la Ley 8/2021, los autores hablaban de que cuestión diferente sería «el complemento de capacidad que requiriesen determinados sujetos para realizar actos de disposición de los derechos sobre la creación»[17]. Hoy, con la entrada en vigor de la citada Ley, afortunadamente la institución de la incapacitación ha desaparecido, por lo que no se puede ya hablar de complementos de capacidad, aunque podrán ser tomados en consideración los apoyos que, de ser el caso, esa persona pueda necesitar para realizar ese específico acto jurídico. Por lo tanto, las creaciones que están, por ejemplo, en los hospitales psiquiátricos, son obras protegidas por los derechos de autor por el mero hecho de existir con cierto grado de originalidad. En cuanto a este último concepto, se ha dicho que es de apreciación subjetiva, siendo la marca de la personalidad resultante del esfuerzo creador. Pero como ello no es suficiente —dado que, si lo fuese, cualquier esfuerzo inocuo podría generar una obra protegida— la doctrina añade otros criterios para complementar el concepto de originalidad y cuantificar el grado de esfuerzo creador o aportación personal del autor. Así, la forma en la que se expresan las ideas, o la manera de ordenarlas[18]. En las obras plásticas, algunos autores estiman que su mera ejecución ya se considera *per se* de carácter creativo[19].

En cuanto a qué sujetos pueden ser considerados autores, el principio general sobre autoría, recogido en el art. 5.1 LPI, indica que el derecho de autor nace a favor de la persona que efectivamente crea la obra, la que realiza la tarea puramente humana y personal de composición de la obra. Sobre ella se reconocen de manera imperativa una serie de facultades morales en el art. 14 LPI entre las que se encuentra la paternidad de la obra, y que son intransmisibles e irrenunciables[20]. Como no se puede pactar la condición de autor, quien pretenda reclamar su derecho de paternidad compartida respecto de una obra deberá probar que intervino en su generación, que colaboró de manera creativa; no llegará, en general, con el mero encargo, sugerencia o inspiración en un tema[21]. En caso de que una obra sea divulgada en forma anónima o bajo seudónimo o signo, lo cual sucederá frecuentemente en el *art brut,* según el art. 6.2 LPI, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento de su autor, mientras

16 En similares términos se expresa Javier Plaza Penadés, «Comentario al art. 1 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Tirant lo Blanch, Valencia, p. 18.

17 Javier Plaza Penadés, *op. cit.,* p. 19.

18 Por todos, Javier Plaza Penadés, *op. cit.,* pp. 20-36.

19 En este sentido, Germán Bercóvitz Álvarez, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Tecnos, Madrid 1997; Concepción Sáiz García, «Comentario al art. 5 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 117.

20 Por eso, en el fenómeno de la autoría fantasma, se afirma que las cláusulas del contrato celebrado entre el autor verdadero y el fantasma que se refieran a la transmisión del derecho de paternidad sobre la obra, son nulas de pleno derecho, por ser una facultad irrenunciable e intransmisible. Véase Alejandro Nieto Cruz, «El autor fantasma: determinación de la autoría y derechos morales», *Actualidad Civil,* núm. 1, enero 2022, pp. 1-18.

21 Concepción Sáiz García, *op. cit.,* p. 116.

este no revele su identidad. Y si se crease una obra colectivamente por varios de los internos, estaríamos ante la previsión del art. 8 LPI, que califica de obra colectiva a aquella creada por iniciativa y coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre, aun estando constituida por aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponden a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre.

Por último, nos podríamos preguntar sobre los derechos que podrían ostentar los propietarios de los soportes materiales de una obra de arte, en los casos en los que las instituciones se hayan convertido en propietarias de alguna de estas obras. En principio, y de acuerdo con el art. 56 LPI, «el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última». Esto es, quien adquiere un cuadro no tiene, por el solo título de su adquisición, derechos de explotación sobre el mismo. Esto es acorde con el art. 3 LPI, que contiene el principio de separación entre los derechos de propiedad intelectual sobre una obra y la propiedad material sobre la cosa a la que se incorpora. Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con otros derechos, en particular «con otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual» (art. 3.1 LPI). Pero el art. 56.2 LPI contiene una excepción, y es que el propietario del original sí que tendrá el derecho de exposición pública de la obra, que es un subtipo del derecho de divulgación, incluso aunque esta no haya sido divulgada[22].

3. Aproximación jurídica al arte urbano y al grafiti

El segundo de los pilares del proyecto estaba dedicado a los y las artistas urbanos y del grafiti. Como bien señala Rita L. Amor García, conservadora-restauradora de Arte e investigadora, en «**Conservar Sin Traicionar: Debates en Torno a la Conservación del Arte Urbano**», primero de los artículos de este número extraordinario de *Cultus et Ius*, el grafiti y el arte urbano son dos prácticas artísticas distintas. Mientras que las primeras manifestaciones de grafitis podemos situarlas en los años 60 del siglo pasado, en ciudades de Estados Unidos como Filadelfia o Nueva York, el arte urbano surge dos décadas más tarde, y no se consolida hasta casi entrado el nuevo milenio, con técnicas que irán más allá de la escritura con aerosol y un diálogo más amplio con el público general, y no solo con aquel público relacionado directamente con el movimiento, como sucedía con el grafiti. La restauradora, con la que contamos tanto en el seminario como en el Congreso de octubre de 2023, analiza en este artículo las implicaciones de musealizar obras que en un principio fueron concebidas como efímeras, ligadas a un contexto urbano cuasi-indisoluble con la obra; para ello, en su trabajo transita por ese difícil equilibrio entre proteger la «integridad física» de la obra, por un lado, y mantener

22 Todo ello, siempre y cuando el autor no hubiese excluido este derecho cuando dispuso del original. En todo caso, se remarca que «el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional». En las exposiciones de art brut de las que hemos hablado en estos seminarios y trabajos el respeto a los autores de las obras ha sido siempre máximo, ensalzando y poniendo en valor su arte, divulgándola y dando un valor añadido a ella, que no tendría si se quedase intramuros de los hospitales psiquiátricos.

su autenticidad conceptual y social, por otro, cuestión nada fácil cuando se la desliga de su entorno, de ese espacio público en que fue creada y plasmada.

Quisimos incluir en el proyecto Artistas Marginales este pilar dado que, especialmente el grafiti, como técnica «fundamentalmente ilegal» y de firma anónima, puede calificarse de marginal u *outsider* por encontrarse en los bordes de los sistemas artísticos. Con una realidad estética vinculada a la subcultura del hip-hop, esta expresión artística pretende visibilizar la presencia de las personas que habitan los espacios mediante un sistema de signos, en sus inicios pseudónimos, pero también mediante dibujos y murales, compitiendo con el resto de publicidad y señales del espacio público[23]. Normalmente esta apropiación se dará en lugares de difícil acceso, como manifestación de rebeldía y confrontación con el sistema establecido. Y como señalan las artistas del colectivo 7H Cooperativa cultural, el espacio público, por norma, aparece vinculado a identidades masculinas, por lo que la visibilización de las mujeres, si ya de por sí ha resultado tradicionalmente complicada en la historia del arte, en esta manifestación cultural todavía más, entre otras cosas por la clandestinidad y frecuente anonimato con el que se realiza este arte[24].

El 27 de marzo de 2023 celebramos un seminario sobre la temática del grafiti y arte urbano[25], en el que comenzamos hablando de la protección del grafiti por el derecho de autor y sus efectos de la mano de la Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Burgos Elena Vicente Domingo, experta en este tema[26]. A continuación, María Pilar López García, Gestora de proyectos en Smartib (Cooperativa de impulso empresarial para el sector artístico y cultural)[27], contó algunos casos llegados a sus manos y las gestiones que realizan desde la cooperativa para que el marco legal de algunas creaciones de arte urbano por encargo quede definido de la mejor manera posible. Finalizó esta primera sección el profesor Antoni Rubí Puig, Profesor Agregado de Derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra, quien acompañó su exposición sobre la contribución de los artistas a la narrativa visual de los espacios públicos con la proyección de diversos grafitis y murales de la Ciudad Condal. El mismo profesor Rubí Puig habló posteriormente en el Congreso de octubre de 2023 sobre «Arte en el espacio público: cuestiones de teoría estética y derecho», tratando cuestiones como la relación entre valor artístico y moral —por ejemplo, si afecta al valor artístico de la obra que haya habido algún tipo de acoso a los actores, o maltrato animal durante un rodaje, analizando las diferentes posiciones que podríamos adoptar, desde una autonomía radical entre valor artístico y moral, hasta una inmoralidad absoluta, donde el valor artístico desaparecería. Desde el punto de vista jurídico, destacó que el derecho de autor no tiene en cuenta el valor ético de una obra a la hora de ofrecerle protección si es original —idea en la que se asienta la protección de los grafitis por los derechos de autor—. A lo largo de su exposición mencionó varios casos

23 7H Cooperativa Cultural, *Cando elas toman os muros: feminismo e arte urbana en Galicia,* Universidade da Coruña. Servizo de publicacións, A Coruña, 2022, p. 14.

24 7H Cooperativa Cultural, *Cando elas toman os muros...op. cit.,* p. 15.

25 Aquí un resumen y fotos del seminario: http://deconflictulegum.usc.gal/gl/de-conflictu-legum/actividades-y-actualidad/actividades/Seminario-de-aproximacion-juridica-al-arte-urbano-y-a-los-grafitis-Marzo-2023/

26 De Elena Vicente Domingo puede consultarse su trabajo «Mecanismos preventivos de protección de los grafitis: el caso 5Spointz», *Arte urbano, Propiedad intelectual y Propiedad industrial,* Luis Antonio Anguita Villanueva / Maria Raquel Guimarães (Coords.), 2022, pp. 133-154; así como su libro *Los grafitis como obras protegibles*, Editorial Reus-Fundación AISGE, 2021.

27 La actividad y servicios ofrecidos a los artistas por la cooperativa SmartIB que coordina María Pilar López García se puede consultar aquí: https://smart-ib.coop/

controvertidos, alguno llegado a los tribunales, señaladamente uno en que se concedió una cuantiosa indemnización a un grafitero por infracción de sus derechos de propiedad intelectual tras el uso, por una marca de ropa de lujo, de un diseño muy parecido a sus grafitis[28].

Volviendo al seminario, la segunda parte la focalizamos en la figura de los artistas grafiteros y de arte urbano. Maria Raquel Guimarães, Professora Agregada de Derecho Civil de la Universidade do Porto y con dilatada trayectoria en las cuestiones de arte urbano, se centró en el estudio del grafiti desde la perspectiva de la personalidad del artista, como manifestación del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la creación personal[29]. La siguió el grafitero y diseñador Asier Vera, hablándonos de su experiencia como artista tanto a nivel nacional como internacional. Fue uno de sus grafitis el que utilizamos para promocionar el seminario:

Cartel del seminario «Aproximación jurídica al arte urbano y al grafiti», celebrado el 27 de marzo de 2023

28 Del profesor Antoni Rubi Puig se pueden consultar diversos trabajos sobre propiedad intelectual y arte, entre otros «La espada de Judith. Fenómenos de copia y estándares para la evaluación judicial de su licitud en el derecho de autor y el derecho del arte», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2017, pp. 29-164.

29 Raquel Guimarães desarrolló un proyecto en la Universidade do Porto sobre la tutela jurídica de los grafitis. Pueden consultarse sus resultados aquí: https://cijefdup.wixsite.com/odireitoacidade Destacamos los trabajos *A arte saiu à rua: A tutela jurídica dos graffiti*, Maria Raquel Guimarães, Maria Regina Redinha (Coords.), Editora d'Ideias, 2023*; Arte urbano, Propiedad intelectual y Propiedad industrial*, coord. por Luis Antonio Anguita Villanueva / Maria Raquel Guimarães; Jorge Ortega Doménech (sel.), Reus: Fundación AISGE, 2022.

Por último, abrimos un coloquio dando la palabra al resto de participantes del seminario. Además de las cuestiones más técnicas concernientes al mundo grafitero —como el mítico conflicto entre los propietarios del soporte y los derechos de autor del artista— hubo tiempo para reflexionar, desde el punto de vista jurídico, sobre cuestiones puestas de manifiesto por los artistas allí presentes como el valor del arte, su naturaleza eminentemente transgresora, la función preventiva y protectora del Derecho, o la importancia de realizar buenos contratos.

Este diálogo lo continuamos en el Congreso celebrado los días 5 y 6 de octubre de 2023, en el que la Letrada de la Xunta de Galicia y Asesora jurídica de la Consellería de Cultura, Educación, Formación Profesional y Universidades, Isabel Novo Castro, comentó, entre otras cuestiones, las iniciativas promovidas por las instituciones públicas para proteger y fomentar este tipo de arte. El abogado especializado en propiedad intelectual Martín Bello aportó el apunte práctico a toda esta materia, hablando sobre propiedad intelectual en el arte urbano. Por otro lado, contamos con la perspectiva de la profesora de Derecho civil de la Universidad del País Vasco Laura Sancho Martínez, sobre propiedad intelectual y su registro, particularmente en lo relativo a la hipoteca de propiedad intelectual. Sobre este tema versa el siguiente de los artículos publicados en este número extraordinario de *Cultus et Ius:* «**Financiar para crear: algunas cuestiones de interés sobre la hipoteca de propiedad intelectual**». En él, la profesora Sancho nos habla de la importancia de promover el conocimiento sobre la hipoteca de propiedad intelectual, hoy infrautilizada, pero que presenta un notable interés económico para los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual, quienes a través de esta figura podrían financiar sus actividades, véase la creación de nuevas obras. A través de un análisis minucioso concluye, entre otros aspectos, que cada facultad de explotación de una obra es susceptible de gravamen hipotecario, debiendo de quedar perfectamente delimitado en la escritura pública constitutiva de inscripción en el Registro de Bienes Muebles cuáles son las facultades patrimoniales gravadas.

La posible consecuencia penal que podrían alcanzar estas manifestaciones artísticas nos la apuntó la profesora de esta disciplina de la Universidad de Santiago de Compostela María Castro Corredoira. De ella es la tercera contribución de este número: «**Entre la expresión artística y el acto vandálico. Grafitis y daños constitutivos de la infracción penal del art. 263 CP**». En este trabajo, la profesora Castro Corredoira desgrana y diferencia, en base a la numerosa doctrina jurisprudencial que cita, los casos de mero deslucimiento de un bien a causa de un grafiti, y que por tanto deben reconducirse como infracción administrativa, de aquellos otros en los que al deslucimiento se sume una pérdida de valor del bien evaluable económicamente, donde el Derecho penal sí tendrá algo que decir.

Desde un punto de vista internacional-privatista, en el Congreso contamos con la intervención de la profesora de esta disciplina de la Universidad de Valladolid, Irene Merino Calle, quien ofreció una ponencia sobre la protección del arte urbano a través del patrimonio cultural inmaterial[30]. La nota final de esta sesión la puso el profesor de Derecho civil de la Universidad de Sevilla Manuel García Mayo, quien con el sugerente título «La propiedad intelectual de las marchas procesionales en la Semana Santa de Sevilla» se preguntó por la protección de

30 Véanse los trabajos de Irene Merino Calle, «A apropriação cultural da camisola poveira: uma abordagem provisória para avançar com propostas legislativas para a salvaguarda do Património cultural imaterial português», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 29, N.º 3, 2022, pp. 131-156; «Patrimonio cultural inmaterial y bienes comunes: ¿nuevos derechos de propiedad intelectual?», *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, Vol. 4, N.º 12, 2019, pp. 41-60.

estas obras realizadas, en su mayoría, por compositores que le dedican la pieza a una imagen de su devoción, cediendo los derechos de explotación a la Hermandad titular de esa imagen.

La última tarde del Congreso nos trasladamos hasta el Auditorio de Galicia, en donde visitamos la exposición «1984: Unha xenealoxía feminista da arte urbana galega», comisariada por Clara Rodríguez Cordeiro y Amabel González Troncoso. La primera de ellas, historiadora de arte y cooperativisa cultural de H7, nos guio por la exposición, en la que se mostraba un recorrido desde los inicios del arte urbano gallego hasta la actualidad en clave femenina, con multitud de murales, videos, y textos explicativos. Entre otras, nos encontramos con las obras de la pionera Seor, y también de quienes siguieron su estela: Lupita Hard, Nana, Sax… todas ellas autoras de innumerables grafitis y murales[31]. El diálogo, tras la exposición, lo continuamos en una mesa redonda, en la sala circular del Auditorio, en la que participaron Juan Nogueira Cámara (Juan2), artista de grafiti, Diana Rodeiro Cabanas (Nana), ilustradora y muralista, y Marina Álvarez Martínez de la Riva (Festa), artista de grafiti.

Mural de Sax revisitando a Seor (2023) y varios de los integrantes del Congreso

4. Aproximación jurídica a los artistas callejeros

Lev Tolstói describe en su cuento *Lucerna* cómo el protagonista, el príncipe Nejludov —seguramente representando al propio Tolstói— llega a la citada ciudad y siente una sensa-

31 Para un recorrido por la historia del grafiti gallego en clave feminista, así como las biografías y obras de las principales artistas, véase 7H Cooperativa Cultural, *Cando elas toman os muros… op. cit.*, en especial pp. 25 y ss.

ción «de frío y de soledad, como a veces sucede sin una razón aparente cuando uno llega a un lugar nuevo». Hasta que le sorprenden «los sonidos de una música extraña pero sumamente dulce y grata», provocándole un efecto «vivificante, como si una luz resplandeciente y alegre» le penetrase en el alma[32]. A partir de ahí relata la historia de un hombre al que encuentra tocando en la calle música tirolesa acompañado de su voz y una guitarra, y del que la gente se mofa una vez termina, sin darle un centavo. «Le había insinuado a mi interlocutor que era un artista, pero él no se reconocía como tal, sino que miraba su quehacer de la manera más simple, como un medio de ganarse la vida»[33]. El príncipe Nejludov tenía razón: por supuesto que estaba ante un artista.

Sobre los *buskers* poco se ha escrito, aunque es un término que, según cuentan los que viven de esta profesión, ya aparece en las obras de Shakespeare para definir al artista callejero[34]. Estos intérpretes son capaces de convertir cualquier sitio en un escenario, que como relata Natalia Paruz (Saw Lady), se consigue «tratando cualquier lugar con tanta seriedad, dignidad y respeto como si fuera *Carnegie Hall*. Dando lo mejor de ti en cada ocasión. No importa donde estés. No importa cuánta gente haya viéndote o escuchándote. No importa si tienes cien espectadores o solo uno». Esta artista también resalta que el arte callejero es de las formas de entretenimiento más honestas, pues no se paga una entrada para el «espectáculo», por lo que no hay una preconcepción —que sí hay en los teatros, auditorios— de que lo que verás es bueno. Por lo que si quien pasa por la calle se detiene y aplaude, será una apreciación genuina, una reacción honesta[35].

Bajo este prisma, el jueves 4 de mayo de 2023 tuvo lugar el III Seminario del Proyecto bajo el título «Aproximación Jurídica a los Artistas Escénicos Callejeros»[36].

32 Lev Tolstói, *Lucerna y Albert,* Acantilado, Barcelona, 2024, p. 16.

33 En la historia, el narrador se muestra enojado cuando ve que los residentes del lujoso hotel Schweizerhof no le dan nada una vez acaba de tocar: «Seguramente allá [Italia] no sucede como aquí, que, en un enorme hotel donde sólo se hospeda gente rica, cien personas escuchen a un artista y no le den nada…». (p. 35). Y vuelve sobre ello más adelante (p. 50): «¿Por qué este hecho inhumano, imposible en cualquier aldea alemana, francesa o italiana, es posible aquí, donde la civilización, la libertad y la igualdad se han llevado a su punto más alto, donde confluyen los viajeros más civilizados de los países más civilizados?».

34 José Miguel Vilar-Bou, *Diario de un músico callejero,* Ed. Espuela de Plata, Sevilla, 2013, p. 165.

35 Entrevista a Saw Lady recogida en el libro José Miguel Vilar-Bou, *Diario de un músico callejero, op. cit.,* pp. 167-178.

36 Aquí un resumen y fotos del seminario: http://deconflictulegum.usc.gal/es/de-conflictu-legum/actividades-y-actualidad/actividades/Seminario-Aproximacion-Juridica-a-los-artistas-escenicos-callejeros-Jueves-4-mayo-00001/

Cartel del Seminario «Aproximación Jurídica a los Artistas Escénicos Callejeros», diseñado por Danae Lobos

Como introducción al seminario, la Catedrática de Filosofía del Derecho de la USC, Milagros Otero Parga, abogó por volver a darle a las Artes y a las Humanidades la centralidad que tuvieron en la Universidad de antaño, huyendo de modelos mercantilistas de enseñanza universitaria y apostando por la formación de un alumnado crítico. La segunda parte del seminario se centró en los aspectos jurídicos de mayor incidencia en estas manifestaciones artísticas. Por un lado, Alejandro Nieto Cruz, Doctor de Derecho civil por la Universidad de Cádiz, comentó aquellos aspectos más relevantes de la propiedad intelectual para los intérpretes callejeros, advirtiéndonos que, aunque la LPI está centrada en aquellos artistas que graban su actuación, y no tanto los que actúan en directo, sí que hay preceptos de la ley plenamente aplicables. Este mismo profesor, durante el posterior Congreso, amplió esta exposición haciendo alusión a los derechos de imagen de estos artistas. María Pilar López García, gestora de proyectos en Smartib, además de ilustrarnos sobre todas las cuestiones que hay que tener en cuenta a la hora de gestionar la actividad de los intérpretes callejeros (desde su fiscalidad, hasta protocolos de seguridad, prestaciones sociales, así como las novedades que trajo consigo el Estatuto del Artista) puso sobre la mesa diversos casos reales llegados a la cooperativa Smartib. Para finalizar esta primera parte, Alejandro Platero Alcón, Profesor contratado doctor de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, hizo un recorrido por más de una decena de ciudades y nos expuso su regulación (o ausencia de ella) en torno al arte callejero.

En Galicia, como nos explicó María Moreno Berguer, Jefa del Servicio de Movilidad y Seguridad Ciudadana del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, disponemos de una normativa relativa a artistas callejeros que parte de la regulación autonómica de espectáculos públi-

cos y actividades recreativas —competencia exclusiva de las CC. AA.—. Nos referimos a la Ley 10/2017, de 17 de diciembre, primera norma autonómica con rango legal que establece una regulación genérica y global de esta materia. Derivado de ella, se dictó una Ordenanza por el Ayuntamiento de posibles ocupaciones que se pueden llevar a cabo en la vía pública que supongan un aprovechamiento especial. Esa Ordenanza se desarrolló mediante un Decreto del Ayuntamiento en el año 2013 que recoge una regulación para las actividades artísticas promovidas por particulares que ocupan la vía pública, y que se ha ido modificando de acuerdo con la realidad de una ciudad cultural y sensible a estas manifestaciones artísticas como es Santiago. Actualmente, es la resolución 2021/2252 la que contiene las normas aplicables a los artistas callejeros. En ella se trata de buscar un equilibrio entre ocio y descanso, libertad y espacio público. Las actividades de la vía pública están sujetas a autorización porque, como nos recordó la letrada, la Administración tiene la obligación de organizar el espacio común entre todos los ciudadanos para su disfrute ordenado. En la citada regulación, por tanto, encontramos normas que se refieren al horario y espacios en los que se podrán situar los artistas, a la obligación de rotar entre ellos al alcanzar las dos horas en el mismo lugar o, en fin, a las obligaciones de renovar el permiso de actuación en vía pública cada tres meses.

Por otro lado, quisimos tocar la perspectiva fiscal, para lo cual el Director financiero de SmartIB, Carlos García Marqueño, dio una ponencia sobre «La fiscalidad aplicada a la gestión cultural». El abogado partió de los siguientes datos: un 2.20 % del PIB nacional son del sector cultural; casi 700.000 personas empleadas en este sector, el 3,5 % de los trabajadores. Pero paradójicamente, solo recibe el 0.8 % de los presupuestos de todas las Administraciones. Por lo que recibe mucho menos de lo que aporta… De forma muy clara diferenció las responsabilidades y obligaciones que habría en las diferentes formas que se podría ejercer la actividad artística: como autónomo, como empresa, como asociación, o mediante una cooperativa.

Tanto en el seminario como en el Congreso dedicamos un espacio a los testimonios de los propios artistas callejeros. Tuvimos la suerte de contar con las experiencias artísticas de dos intérpretes, David Uclés y Mano Pereira.

David Uclés[37] comenzó señalando la valentía de sacar a la luz estos temas en un Congreso, lo que ve como un objetivo noble y vanguardista. A continuación, pasó a relatar su experiencia como músico callejero y nómada: a explicarnos el porqué de hacer este trabajo y dedicar su vida a ello. Con su grado y máster podría haber trabajado en un colegio, pues estudió traducción e interpretación con la idea de tener un trabajo estable; no obstante, siempre prefirió trabajar en la calle. Y es que más que dar conciertos en salas y auditorios, a los 18 años descubrió que lo que más ilusión le hacía era tocar en la calle con esa espontaneidad que aportaba el espacio público. Empezó a los 18 en Úbeda, antes de emanciparse, pero sus padres no querían que lo hiciera porque para ellos era como un estigma, como un ser pobre que mendiga en la calle. Por lo que la primera lucha fue con ellos, intentando hacerles ver que no era un oficio desprestigiado, lo cual no consiguió hasta mucho más tarde. Cuando se emancipó en Córdoba empezó a cantar con mayor libertad. Allí empezó a tener problemas con la policía, pues tocaba en la Mezquita, sentado en el muro que la rodea, pero se tenía que ir cada vez que aparecían las fuerzas del orden. Lo cierto es que tocaba con la guitarra clá-

37 El contenido de estos párrafos pertenece a la experiencia del escritor, músico y pintor David Uclés, de su vida como músico callejero antes de dedicarse plenamente a la escritura literaria. Generosamente ha permitido que reproduzca lo que nos contó aquel día de octubre de 2023, en el seno del Congreso reseñado.

sica, punteo, suave, pero igualmente en ocasiones era apartado de tocar. Después fue a vivir a Granada, donde el trato de la policía era similar al de Córdoba, salvo que cantase flamenco en el Mirador de San Nicolás. En cambio, en Alemania y en Suiza nunca tuvo ningún problema, nunca le pidieron la documentación ni lo echaron, y eso que tocaba con la guitarra acústica, que suena más alto que la clásica. Pero nunca ha tocado amplificado. Luego vivió en Barcelona y en Madrid, donde no tuvo ningún problema salvo cuando dejó la alcaldía Manuela Carmena, pues la libertad que ella había otorgado se fue de pronto: cuando iba al metro con su guitarra, le decían: «ya no está Carmena, ya no están sus normas…». En estas dos ciudades más que problemas con la policía, era con los otros músicos, pues no estaba regulado, y era difícil justificar el lugar en el que se colocaba cada uno. En cualquier caso, en esa primera tanda de mudanzas, aprendió varias reglas que quiso seguir de ahí en adelante:

1. La primera, cantar en un espacio abierto, nunca delante o al lado de una vivienda —por muy céntrico o turístico que fuera el lugar— para no molestar a los vecinos.
2. Nunca cantar amplificado: por un lado, porque le parece más romántico que se cante a viva voz; y por otro, porque no ve adecuado que se deba tocar o cantar a tal volumen. En ocasiones, esta «regla» autoimpuesta le ha hecho sufrir bastante, por ejemplo, cuando tocaba el arpa y hacía frío, pues se le llenaban los dedos de ampollas y le sangraban. Pero prefiere que le suceda esto anterior, a que la música «se convierta en ruido» a causa de los decibelios.
3. Además, canta de pie, pues así es mayor la presencia; y canta sin amigos al lado, porque podría dar la impresión de estar pasando el tiempo, cuando es un trabajo serio.

Por último, nos comentó que trataba de mimetizarse con el lugar en el que cantaba. Por ejemplo, cuando vivió un año en París, se aprendió 20 canciones de *chanson française* con acordeón. Allí se embebía del espíritu de Jacques Brel y de Edith Piaf, se iba a Montmartre y cantaba esas canciones. Quería que la música fuese patrimonio inmaterial de la ciudad. Como los gaiteiros en el arco, que los peregrinos cuando vienen están deseando escuchar la gaita al entrar en el Obradoiro. Por eso empezó a mimetizarse con el lugar. Cuando vivió en Oporto, cantaba fado. En Galicia vivió dos años y siete veranos, en los que fuimos muchos los que lo vimos y escuchamos cantando música celta, canciones de Amancio Prada, de Luz Casal, de Luar na Lubre…

Por su parte, el músico e historiador de arte Mano Pereira[38], gaiteiro del Arco de Palacio, empezó mostrándonos de palabra la realidad de las personas que tocan en la calle. El Arco de Palacio es un lugar privilegiado, nódulo central de la actividad turística y cultural de Santiago, por estar al lado de la plaza del Obradoiro. Es lo último que ven los peregrinos antes de llegar a la Catedral. Mano Pereira entiende que forman parte del patrimonio cultural y emocional de la ciudad, no solo los músicos, sino también las medalleiras, el castañeiro, los mimos… En su recuerdo de Santiago siempre estará Antonio[39] tocando en la Rúa do Vilar, o el Jazzman[40]

38 También el músico Mano Pereira nos ha permitido, generosamente, plasmar su testimonio como gaiteiro del Arco del Palacio de Xelmírez, en el que da la bienvenida a miles de peregrinos todos los días en su entrada al Obradoiro, plaza principal frente a la Catedral de Santiago de Compostela.

39 En referencia a Antonio Recuero, quien amenizó durante casi tres décadas los soportales de la Rúa do Vilar. Aquí una entrevista al músico, quien versionaba a Aute, Sabina, Víctor Manuel… https://www.lavozdegalicia.es/noticia/santiago/santiago/2016/09/28/calles-santiago-musicos-dejan-helado-hielan-alma/0003_201609S28C8991.htm

40 En referencia a Quique Azambuya, músico uruguayo que a mediados de los 90 creó en Santia-

tocando en la Praza da Quintana. Y cree que la imagen de los gaiteiros en el Arco de Palacio es algo similar, pues los peregrinos los reconocen como tal, como aquellos que les esperan en el último punto del Camino antes de llegar, por fin, a la Catedral.

Nos hizo notar las incoherencias de la normativa santiaguesa: situar en un mismo plano regulatorio a los intérpretes y comerciantes; tener que alegar un título en alguna disciplina musical o un examen *ad hoc* para evaluar si alguien es apto para tocar en la calle. En su opinión, la vara de medir la debe tener el público quien, en última instancia, dará o no valor a quien se pone a tocar en la vía pública.

Como se indica en el procedimiento de concesión, los artistas deben pedir una autorización trimestral —aunque no les dan nada que los identifique como artistas callejeros, cosa que agradecería para poder acreditar que tiene derecho a ocupar ese espacio durante la hora y media que sea—, pero después se autogestionan: ese mínimo de libertad para que los intérpretes se organicen entre ellos dice que es muy necesario, sobre todo por el pluriempleo que casi todos practican. Él mismo da clase en más de 10 centros, es músico en la Catedral desde hace 20 años, toca en el grupo de la cantante Pili Pampín… Todos necesitan trabajar todos los días, pero no pueden siempre a la misma hora, por eso es bueno que les dejen ese margen para autorregular sus horarios. Su gran demanda, tras llevar muchos años cumpliendo con el sistema establecido por el Concello de Santiago, es poder estar protegido laboral y fiscalmente, pues entiende que el régimen de autónomos no se acomoda bien a su realidad ni a la del resto de los artistas callejeros.

Durante el Congreso también hubo tiempo para la presentación de comunicaciones. Entre otras, contamos, por un lado, con una del del profesor de Derecho civil de la Universidad de la Laguna Luis Javier Capote Pérez. De él contamos ahora en este número extraordinario con la contribución «**La autoría de las obras no exime del conocimiento**»**.** En ella defiende la necesidad de que la formación para artistas y creadores de contenido incluya acciones en el área de las disciplinas jurídicas y más concretamente, en el de la regulación de la propiedad intelectual. Por otro lado, la profesora de Derecho civil de la Universidad de Oviedo Paula Vega García nos ilustró sobre «**La imagen de artistas, intérpretes y ejecutantes en la era de la Inteligencia Artificial»,** que también se añade ahora al elenco de artículos de este número. En él trae a colación el tema de las réplicas digitales de un artista mediante sistemas de inteligencia artificial, analizando hasta qué punto es posible para el artista proteger su imagen, tanto a través de la regulación del derecho constitucionalmente protegido como de los derechos de propiedad intelectual que pudieran recaer sobre ella.

Como colofón, en este número extraordinario de *Cultus et Ius* se contiene un último artículo que, si bien no se encuadra en el Proyecto Artistas Marginales, de alguna forma da continuidad a la línea iniciada con él: el estudio desde el punto de vista jurídico de aquellas manifestaciones artísticas menos tenidas en cuenta, tradicionalmente, por el Derecho. En concreto, nuestra investigación desde entonces se ha centrado, en especial, en el mundo musical, celebrando en temporada estival los cursos de verano «Sinergias entre el Derecho y la Música». Del segundo de estos cursos deriva la contribución que aquí se recoge del Catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Jesús Delgado Echeverría,

go este «personaje», el del jazzman, en las más emblemáticas plazas compostelanas. Aquí una entrevista: https://www.elprogreso.es/articulo/cultura/jazzman-11-anos-envolviendo-con-musica-las-piedras-de-compostela/20080905155400164658.html

quien como ya mencionamos también formó parte del Proyecto Artistas Marginales desde sus inicios. En este caso nos hablará de **«El La 440, los castrati en la iglesia y la prohibición de representar óperas en cuaresma»**, realizando un recorrido, a través de multitud de ejemplos, por las reglas no solo ni principalmente jurídicas que organizan la vida musical y las relaciones entre sus participantes.

5. Coda

Debo confesar que este proyecto nació por la confluencia de muchas inquietudes: el amor por el arte (el arte en todas sus manifestaciones), que sobre todo se lo debo a mis padres; el amor por el Derecho, que en especial se lo debo a quienes fueron mis primeras profesoras de esta disciplina, Maripaz García Rubio y Marta Otero Crespo; y por último el amor, o quizás mejor dicho «cierta inclinación mía» hacia lo «vulnerable», hacia lo olvidado, o hacia lo que se queda al margen de los grandes estudios. Hace un tiempo me encontré con una revista del colegio, a la que nutríamos de artículos los alumnos adolescentes, y vi uno de mi autoría del que no me acordaba, titulado «espacios olvidados». El artículo se encontraba inserto en una sección en la que nos despedíamos de las instalaciones del colegio, que se mudaba a las afueras de Santiago, dedicando grandes páginas a las aulas, al gran patio de recreo, al salón de actos, a la dirección… pero se ve que yo había decidido que la carpintería, las calderas, la lavandería, la cocina, la fotocopiadora, junto a todo el personal que allí trabajaba, también se merecían su espacio para el recuerdo. Como también creí, cuando concebí este proyecto, que las manifestaciones artísticas más marginales, como puede ser el *art brut*, como puede ser la de un mimo callejero, o la de una grafitera, se merecían su estudio desde el punto de vista jurídico.

6. Bibliografía

7H Cooperativa Cultural, *Cando elas toman os muros: feminismo e arte urbana en Galicia,* Universidade da Coruña. Servizo de publicacións, A Coruña, 2022.

Ammerman Yebra, Julia/Vázquez Asper, Fernando, «Artistas vulnerables», *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística,* La Cultivada, 2023, pp. 833-884.

Anguita Villanueva, Luis Antonio/Guimarães, Maria Raquel (Coords.); Ortega Doménech, Jorge (sel.), *Arte urbano, Propiedad intelectual y Propiedad industrial*, Reus: Fundación AISGE, 2022.

Arquivo de galicia, *Mentes no labirinto. Saúde mental, cultura e inclusión: catálogo de exposición,* Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2024.

Barilli, Renato, *Dubuffet, e l'arte dei graffiti*, Ed. Gabriele Mazzota, Milán, 2002.

Bercóvitz Álvarez, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor,* Tecnos, Madrid.

de Araujo Meirelles Magalhães, Fernanda, «El uso de los Contratos Inteligentes (Smart Contracts): Nuevos Caminos para el Derecho Contractual (?) [The use of Smart Contracts: New Directions for Contract Law (?)]», *Desafíos del Derecho en la Sociedad Actual: Reflexiones y Propuestas,* Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2022.

Feuerzeig, Jeff, *The devil and Daniel Johnston,* 2005. Documental autobiográfico (EE. UU.). Disponible en: https://www.dailymotion.com/video/x2hv6zm

García Rubio, María Paz, «Las primeras aplicaciones por el Tribunal Supremo de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las discrepancias en la exégesis de dos Convenios internacionales de derechos humanos», *La reforma de la discapacidad: comentarios a las nuevas reformas legislativas*, Castro-Girona Martínez, Almudena; Cabello de Alba Jurado, Federico; Pérez Ramos, Carlos (Coords.), Vol. 1, Tomo 1, 2022, pp. 531-572.

García Rubio, María Paz, «La capacidad para contratar de las personas con discapacidad», *Estudios de derecho de contratos*, Emilio Blanco Martínez (coord..); Antonio Manuel Morales Moreno (Dir.), Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

García Rubio, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LVIII.

Guimarães, Maria Raquel / Redinha, Maria Regina (Coords.), *A arte saiu à rua: A tutela jurídica dos graffiti*, Editora d'Ideias, 2023.

Kusama, Yayoi*, La red infinita,* Penguin Random House, Barcelona, 2022.

Laporte, Sophie (Dir.), Lombardi, Sarah (Comisaria), *L'Art Brut de Jean Dubuffet, aux origines de la collection,* Collection de L'Art Brut Lausanne, 2020.

Merino Calle, Irene, «A apropriação cultural da camisola poveira: uma abordagem provisória para avançar com propostas legislativas para a salvaguarda do Património cultural imaterial português», *Revista Electrónica de Direito*, Vol. 29, Nº. 3, 2022, pp. 131-156.

Merino Calle, Irene, «Patrimonio cultural inmaterial y bienes comunes: ¿nuevos derechos de propiedad intelectual?», *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, Vol. 4, Nº. 12, 2019, pp. 41-60.

Nieto Cruz, Alejandro, «El autor fantasma: determinación de la autoría y derechos morales», *Actualidad Civil,* núm. 1, enero 2022, pp. 1-18.

Plaza Penadés, Javier, «Comentario al art. 1 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Tirant lo Blanch, Valencia.

Rubi Puig, Antoni, «La espada de Judith. Fenómenos de copia y estándares para la evaluación judicial de su licitud en el derecho de autor y el derecho del arte», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte*, 2017, pp. 29-164.

Sáiz García, Concepción, «Comentario al art. 5 LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Tolstói, Lev, *Lucerna y Albert,* Acantilado, Barcelona, 2024.

Torres Costas, Eugenia*, La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* Publicaciones del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

Vicente Domingo, Elena, "Mecanismos preventivos de protección de los grafitis: el caso 5Spointz", *Arte urbano, Propiedad intelectual y Propiedad industrial,* Anguita Villanueva, Luis Antonio / Guimarães, Maria Raquel (Coords.), 2022, pp. 133-154.

Vicente Domingo, Elena, *Los grafitis como obras protegibles*, Editorial Reus-Fundación AISGE, 2021.

Vilar-Bou, José Miguel, *Diario de un músico callejero,* Ed. Espuela de Plata, Sevilla, 2013.

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-2

Conservar sin traicionar: debates en torno a la conservación del arte urbano

Conserving Without Betraying: Debates on the Conservation of Street Art

Rita L. Amor García
Conservadora – restauradora de arte e investigadora
Londres

Resumen: La creciente institucionalización del arte urbano plantea tensiones en torno a su conservación, especialmente cuando se trata de preservar obras que nacieron en un contexto de marginalidad, ilegalidad o fugacidad. Este artículo explora los debates éticos, técnicos, conceptuales y también legales que surgen al intentar conservar el arte urbano sin afectar a sus valores fundamentales. A partir de casos emblemáticos como el de Banksy y otros menos conocidos, se analizan las implicaciones de intervenir, trasladar o musealizar obras que fueron concebidas para el espacio público y cuya existencia está profundamente ligada a un contexto urbano específico. Asimismo, se examina el papel del artista, de las instituciones y de la comunidad en los procesos de legitimación y conservación, proponiendo criterios que permitan abordar estas intervenciones con respeto a la naturaleza efímera, crítica y situada de estas expresiones artísticas.

Palabras clave: Arte Urbano, Grafiti, Conservación-Restauración, Efimeridad, Espacio Público, Debates éticos, Banksy, Legitimidad del Arte, Transitoriedad Artística

Abstract: The increasing institutionalisation of street art raises tensions regarding its conservation, especially when it comes to preserving works that originated in contexts of marginality, illegality, or transience. This article examines the ethical, technical, conceptual, and legal debates that arise when attempting to conserve street art without compromising its core values. Using emblematic cases, such as Banksy's and others less well-known, it analyses the implications of intervening, relocating, or transferring works that were originally conceived for public spaces and whose existence is deeply tied to a specific urban context into museum settings. Furthermore, it examines the roles of the artist, institutions, and the community in the processes of legitimisation and conservation, proposing criteria to approach these interventions with respect for the ephemeral, critical, and site-specific nature of these artistic expressions.

Keywords: Street art, Graffiti, Art conservation, Ephemerality, Public space, Ethical debates, Banksy, Art legitimacy, Artistic transience.

1. Introducción

El arte urbano, en sus diversas manifestaciones, ha emergido como una forma de expresión contemporánea que trasciende los límites entre el espacio público y privado. Nacido en gran medida como una manifestación alternativa, a menudo considerada no deseada o seudo-marginal, este tipo de arte desafía las normas establecidas y se vincula con movimientos sociales, culturales y políticos que buscan ocupar y re-significar el entorno urbano.

A pesar de su carácter efímero y contestatario, el arte urbano ha experimentado una notable incorporación al mercado del arte, impulsada por la expansión en los gustos de los coleccionistas, las dinámicas del consumo cultural y la valoración creciente de figuras como Banksy, cuya obra ha alcanzado un estatus internacional en casas de subastas y colecciones privadas. Esta transición ha transformado profundamente la percepción social y cultural de estas prácticas, otorgándoles un valor económico y simbólico que previamente era limitado.

Esta revalorización, sin embargo, ha abierto un nuevo debate en torno a la protección jurídica de estas obras, que a menudo son realizadas sin permiso sobre propiedades públicas o privadas, y que enfrentan una vulnerabilidad específica debido a su naturaleza efímera. La tensión entre el valor artístico, simbólico y social de estas obras y su valor económico ha puesto en evidencia las insuficiencias del marco legal actual para proteger tanto los derechos de los artistas como la integridad de las obras y los soportes sobre las que se realizan. En este sentido, la legislación sobre propiedad intelectual, el derecho a la integridad de la obra y la protección del patrimonio cultural son todavía limitadas, y en la mayoría de los casos no protegen al artista sino al propietario del espacio, el cual posee derecho completo sobre el futuro de la obra.

En el contexto de la conservación de cualquier muestra de arte contemporáneo, la figura del artista y su intención original se convierten en ejes fundamentales para plantear cualquier estrategia de conservación. Como ocurre con el arte producido después de la segunda mitad del siglo XX hasta el día de hoy, las obras de arte urbano no pueden entenderse plenamente sin considerar tanto el concepto como el objeto de la obra en sí. Es así como el mensaje, la crítica o la reivindicación social que el artista ha querido transmitir en un momento y lugar determinados, queda al mismo nivel a la estética y/o morfología del producto (lo tangible de la obra) que queda para ser apreciado. Por ello, a la hora de plantear cualquier mecanismo preventivo o de conservación-restauración de una obra de arte urbano, la labor de los conservadores debe ir más allá de la mera preservación material, asumiendo una responsabilidad ética de respetar y salvaguardar la «intención del artista» y el significado contextual que envuelve la obra.

Esta tarea no es sencilla: la naturaleza alternativa, muchas veces transitoria y efímera del arte urbano obliga a repensar las prácticas tradicionales de conservación a otro nivel. Conservar sin traicionar implica encontrar un equilibrio entre proteger la integridad física de la obra y mantener su autenticidad conceptual y social, evitando que la conservación transforme o desvirtúe el mensaje original o lo disocie de su entorno.

Este artículo explora los debates contemporáneos sobre la conservación del arte urbano, integrando una revisión crítica de la literatura, experiencias prácticas y reflexiones sobre el impacto del mercado del arte, los desafíos legales, y la importancia de la figura del artista en

esta disciplina emergente. A partir de ello, se establecen los primeros pasos a una propuesta dentro del marco ético, técnico y jurídico que permita primero concienciar, para luego, si es posible, conservar sin afectar negativamente de forma directa o indirecta las características conceptuales del arte urbano, comprendiendo sus múltiples dimensiones y complejidades en conjunto y en obras específicas para ser lo más fiel al movimiento y sus practicantes.

2. Marco teórico y estado del arte (urbano)

La conservación del arte urbano plantea numerosos retos técnicos, éticos y teóricos. A diferencia de otros bienes patrimoniales, estas manifestaciones artísticas contemporáneas se sitúan en un terreno ambiguo entre lo institucional y lo alternativo, lo permanente y lo efímero, lo autorizado y lo no convencional. En este marco, resulta imprescindible entender las particularidades de estas prácticas artísticas para poder plantear debates en torno a su preservación, que pueden ayudar en concienciar tanto al público como a especialistas en entender los límites y posibilidades para la conservación de las mismas.

2.1. Distinción entre grafiti y arte urbano

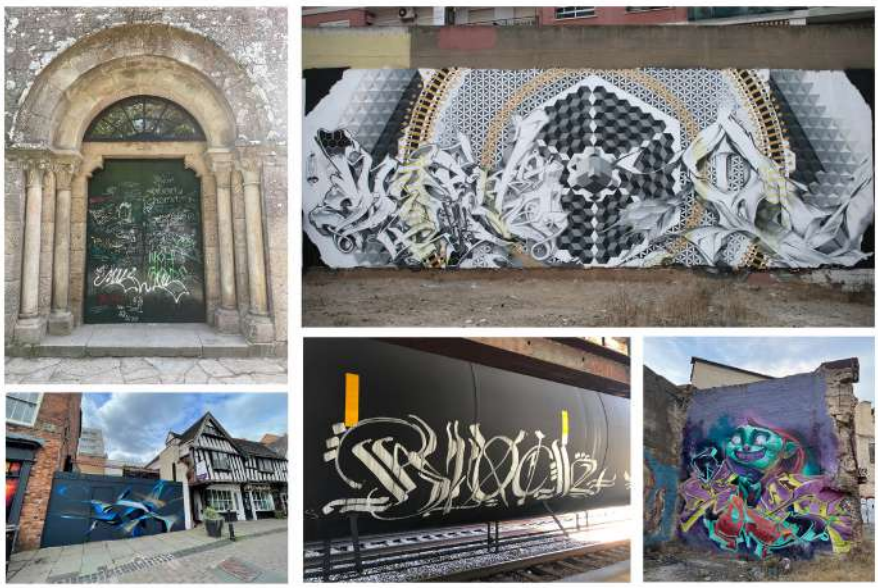
Aunque este artículo trata el arte urbano como objeto de estudio, el trabajo de investigación del que parte este surge del análisis y evaluación de mecanismos para la conservación del grafiti y arte urbano. En muchas ocasiones, estas dos prácticas artísticas alternativas son confundidas o unidas por su situación en el espacio público —y la amplitud que recoge el término «urbano»—, pero es importante distinguir que el grafiti y arte urbano son dos movimientos que, aunque relacionados, presentan diferencias significativas desde el punto de vista histórico, técnico y conceptual, como se puede ver a continuación.

Mientras que la acepción tradicional del término grafiti abarca cualquier muestra de escritura realizada con cierto carácter contestatario o individualista, el grafiti como movimiento expresivo surge a finales de los años 60 del siglo XX en Filadelfia (Powers, 1999), ampliando notablemente su concepción actual como expresión subcultural fuertemente ligada a la identidad individual y al entorno urbano, en la red de transportes de Nueva York durante los años 70, y posteriormente a Europa y el resto del mundo. Su evolución y práctica se extiende desde la escritura del nombre a través de la firma o «*tags*» hacia otros formatos varios como la «pompa» *(throw-up)*, las piezas o la adición de muñecos, a la creación de murales. Esa evolución y expansión surge por dos razones principales: por un lado, por una intención de resaltar sobre el resto, de experimentar y crear nuevos estilos, ofreciendo diferentes estéticas tipográficas y formales —añadiendo rellenos, contornos y detalles— y, por otro lado, simplemente al centrarse en la competencia y la conquista del espacio al crear en lugares imposibles, visibles por más personas o usando la repetición con la idea primigenia del «hacerse ver» *(getting up)* (Castleman, 1982). Así pues, el grafiti como movimiento tiene una función simbólica ligada a la identidad —por el uso del nombre del escritor de grafiti[1] o de su *crew* (grupo)— y a la reivindicación de espacios en contextos urbanos, sea de forma legal, ilegal o alegal. Su técnica suele centrarse en el uso principal de la pintura en aerosol y se entiende como una práctica sub-

1 En este texto académico, se prefiere hacer uso de «escritor de grafiti» en vez de «grafitero» debido a ciertas connotaciones negativas que este término ha tenido a nivel histórico en territorio español.

versiva que desafía las normas establecidas sobre la propiedad y el espacio público, y que, a pesar del rechazo aun latente sobre cualquier forma dentro del mismo, su objetivo primario no es el de dañar o vandalizar otros bienes muebles o inmuebles del espacio público. Formas como el grafiti mural se centran en estamentos más expresivo-artísticos, y sus ejecutores (escritores o artistas, dependiendo al término que cada uno prefiera utilizar) ofrecen composiciones ciertamente elaboradas en espacios donde la práctica del grafiti no está penalizada o donde un permiso se ha dado para poder seguir con la misma, como puede ocurrir con los *hall of fame*[2]. El rechazo a la práctica desde los inicios supone que los propios escritores de grafiti se alejen de intentar producir para públicos generalizados y se centren, por lo general, en aceptar solo el reconocimiento de otros escritores y de un público directamente relacionado con el movimiento.

Fig. 1. Ejemplos y formas de grafiti.



Por su parte, el arte urbano o *street art* surge mucho más tarde como una evolución expansiva en las formas y las técnicas del grafiti. Estas primeras muestras se manifiestan en los años 80 (Schacter, 2013) con vinculación directa de artistas como Keith Haring, Jean-Michel Basquiat o Blek Le Rat, que, a pesar de no tener ninguna vinculación con el grafiti, se sentían esa necesidad de explorar el espacio público como lo estaban haciendo los escritores de grafiti (Gablik, 1982). Tras muchos intentos de acuñar esta práctica artística paralela, es a finales de los 90 y principios de los 2000 cuando este movimiento independiente se consolida bajo el término *Street Art*, dando pie a su reconocimiento a nivel mundial, al igual que un tipo de expresión artística compartida por muchos artistas que querían explorar más allá de las franjas del grafiti, creando un arte totalmente independiente y más accesible a un público

2 Los *hall of fame* (salones de la fama) son espacios donde los escritores de grafiti pueden pintar con libertad, ya sea de forma legal o tolerada. Suelen estar aceptados por la comunidad local y funcionan como espacios de encuentro, práctica y exhibición entre artistas.

general. Así pues, el descentrarse en la escritura del nombre y hacer uso de técnicas más allá de la pintura en aerosol o combinadas con esta, como el *stencil* (plantilla o estarcido), el *wheatpaste*, las instalaciones tridimensionales, los *stickers* (pegatinas) o el uso de materiales reciclados, abre un abanico ilimitado de posibilidades a los artistas, al mismo tiempo que ofrece más oportunidades de establecer un diálogo más abierto con el entorno, el espectador y los discursos sociales, ya que el arte urbano busca interpelar a un público más abierto, incluso no especializado, muchas veces con una clara intención comunicativa, estética o política (Ganz, 2004; Wacławek, 2011).

Fig. 2. Ejemplos de Arte Urbano.

Del mismo modo, dentro del arte urbano hay una intención mayor por su exposición no solo en entornos alternativos y abiertos (espacio público) sino también en entornos tradicionales y comerciales (como galerías y eventos artísticos), aunque no siempre. Hay artistas que optan por el anonimato o generan un tipo de arte en el espacio público que nada se parece a su arte «de estudio» (aquel realizado con un fin comercial). Esta concepción de que el arte urbano se presenta más activo en entornos tradicionales no indica que los escritores de grafiti hayan sido o sean reacios a realizar exposiciones o participar en eventos artísticos convencionales, sino que este hecho puede ser más limitado o exclusivo para ellos. Ya desde los inicios del movimiento, muchos escritores consideraban su producción artístico-expresiva como algo necesario de ser valorado y expuesto, y a lo largo de los años han participado en eventos centrados en formas de arte alternativo, de carácter urbano (o callejero) e incluso, en espacios donde estas formas de arte se promocionan como una nueva forma de arte contemporáneo (ver Urvanity, 2025). Esa intención por participación varía entre artistas y escritores en todos los casos, al igual que ciertos conceptos expuestos en este artículo pueden poseer matices diversos o variantes dependiendo de las opiniones de los mismos ejecutores, sus entornos, etc.

La distinción entre ambos movimientos también tiene implicaciones legales importantes. El grafiti ha sido más frecuentemente perseguido bajo figuras penales por centrarse en el daño a la propiedad producido por formas del grafiti más purista —generalmente, el ejecutado

por los escritores *bombers*[3], el cual suele realizarse sin consentimiento del propietario del soporte. En cambio, el arte urbano, aunque en su mayoría realizado sin un permiso explícito y con cierto carácter clandestino y anónimo, al realizarse con formas más comprensibles y entrar progresivamente en el circuito comercial, institucional y cultural, demanda un reconocimiento jurídico más complejo, que contempla no solo la protección, en muchos casos ciudadana, contra la destrucción o el vandalismo por terceros, sino también la salvaguarda de los derechos morales del artista y, en algunos casos, de la comunidad que se apropia simbólicamente de la obra. Esta ambivalencia normativa hace urgente el desarrollo de marcos legales específicos que reconozcan la especificidad de estas manifestaciones y sus valores culturales, sociales y patrimoniales.

Como se ha mencionado, la evolución del arte urbano hacia formatos más accesibles, narrativos y visualmente atractivos ha favorecido su progresiva legitimación en los ámbitos institucional y comercial. Este proceso, sin embargo, no se ha producido de igual manera en el caso del grafiti, que rara vez se beneficia de esa valoración. En general, persiste una concepción social cerrada y con cierto estigma, que tiende a identificar todas sus manifestaciones como actos destructivos. No obstante, en ciertos casos, el respaldo de especialistas y de un público más informado ha contribuido a legitimar algunas de sus variantes más artísticas, como el grafiti mural. Esta transformación ha dado lugar a un creciente interés, primero por la apreciación estética de las obras y el reconocimiento de sus autores, y posteriormente por la implementación de estrategias de conservación preventiva —no siempre impulsadas por especialistas en conservación—, como la documentación y, en algunos casos, otros métodos de preservación más específicos. Todo ello marca una transición desde la marginalidad hacia formas incipientes de reconocimiento patrimonial, lo que a su vez plantea nuevas problemáticas en torno a su tratamiento técnico y jurídico.

2.2. Prácticas y tensiones en la conservación del arte urbano

El carácter efímero, vulnerable y a menudo no autorizado del arte urbano ha suscitado intensos debates dentro de la comunidad conservadora (ver Monográficos de la revista *GE-Conservación*, números 10 y 16, AAVV, 2016 y 2019). En un principio, los artistas urbanos no se plantean la perdurabilidad de sus intervenciones en el espacio público, y en muchos casos, su importancia está precisamente en esa transitoriedad, unido al continuo cambio y evolución de las ciudades. Es por ello, que, en el planteamiento de la conservación de cualquiera de estas obras, debe partir de una flexibilidad metodológica y conceptual que se aleje de los criterios clásicos aplicables a obras de galería o a piezas de museo.

Entre las estrategias de preservación, se encuentra la documentación exhaustiva, sea a través de la fotografía, muchas veces unido a la geolocalización y difusión en redes sociales, así como recoger los testimonios del artista a través de la entrevista; estas herramientas parecen adaptarse bien al concepto efímero, evolutivo o fugaz de muchas de estas obras. La fotografía de los inicios del grafiti de la mano de James Prigoff, Henry Chalfant y Martha Cooper

3 *Bombers*: Aquellos que realizan grafiti sin permiso, de forma seudo-clandestina, en espacios públicos y visibles como los trenes, fachadas de edificios y a veces, monumentos. El término viene de *«bombing»* (bombardear) que es la acción furtiva de la acción del grafiti más ilegal, muchas veces acuñado como grafiti vandálico. En muchos casos esta acción promueve la cantidad y omnipresencia sobre la complejidad técnica o estética.

(ver *Subway Art*, publicado en 1984 and *Spraycan Art*, publicado en 1987), entre otros, fue clave para la difusión de este movimiento al resto del mundo. No obstante, la preservación resulta insuficiente en muchos casos donde se pretende conservar el estado actual físico de las obras o ralentizar su envejecimiento. Es por ello, que la protección física de la obra mediante barnices o barreras transparentes (Perspex), o la aplicación de otros tratamientos de conservación y restauración en la obra (limpieza, consolidación de estratos y reintegrado de faltas) son opciones planteadas en su conservación *in situ*, pero no las únicas medidas tomadas para conservar arte urbano. Cuando cuestiones externas a la obra dificultan el mantenimiento, conservación y restauración de las mismas en el lugar donde se crearon, el traslado o la remoción de las obras del lugar original a un contexto externo (conservación *ex situ,* generalmente mediante el arranque mural) ha sido planteado y aplicado, lo que desgraciadamente se ha hecho de forma excesiva, ya que es una operación que ha sido ampliamente discutida por descontextualizar y favorecer la mercantilización de obras no solo en el arte urbano, sino a lo largo de la historia moderna respecto a la conservación de murales de cualquier época.

Como señala Riggle (2010), parte de la esencia del arte urbano reside en su inserción específica en el espacio público y en su interacción con lo social, lo político y lo arquitectónico. En este sentido, cualquier acto de conservación implica necesariamente un posicionamiento ideológico, más allá de una mera operación técnica. Del mismo modo, la extracción de la obra fuera del contexto donde fue creada, plantea no solo la ruptura de la idea inicial del artista, sino también, como se ha introducido anteriormente, la descontextualización de la misma, presentándola una vez *ex situ* como una obra incompleta, centrada en mostrar el carácter estético-material, dejando de lado lo que la completa como obra significativa: su diálogo con el entorno.

Desde una perspectiva legal, estas tensiones también se manifiestan en la ambigüedad de los derechos de intervención y la toma de decisiones sobre la conservación o eliminación de una obra en espacio público, y en concreto, si esta decisión recae sobre un agente en concreto (el propietario del muro, la administración, el artista, la comunidad) o un conjunto. Esta falta de claridad genera conflictos tanto en el plano legal como en el ético, especialmente cuando se produce la destrucción de obras con valor social o artístico sin consentimiento o aviso a sus creadores.

2.3. Cuestiones éticas: intención del artista y límites de la conservación

La consideración de la intención del artista como un criterio relevante en la conservación del arte contemporáneo se consolida a partir de la década de 1990, aunque tiene antecedentes claros en los profundos cambios introducidos por las prácticas artísticas surgidas desde los años sesenta. Corrientes como el arte conceptual, la performance o el minimalismo pusieron en cuestionamiento los modelos tradicionales de conservación por presentarse insuficientes en aplicar acciones conservativas más allá de la preservación material, y teniendo que centrarse en otros aspectos como el proceso, la acción, la idea o el contexto. Esta transformación cuestionó las nociones de originalidad, autenticidad y estabilidad que habían sustentado históricamente la conservación del patrimonio artístico.

Ante estos nuevos desafíos, era necesario incorporar otras estrategias que no solo tuvieran en cuenta los componentes materiales de la obra, sino también su significado, sus con-

diciones de exhibición y, especialmente, la intención del artista como fuente clave para establecer sus límites de variabilidad. En 1990, el Whitney Museum of American Art fue pionero en entrevistar artistas de forma sistemática como parte de su *Artists Documentation Program* (ADP) de la mano de Carol Mancusi-Ungaro (Whitney, 2025; Menil, 2025). Este concepto fue ampliado posteriormente por otras instituciones como el MoMA, la Tate o el SFMOMA, las cuales concretaron estos modelos de documentación y comenzaron a desarrollar protocolos específicos para el arte contemporáneo, incluyendo formularios estandarizados de «entrevistas con artistas» como herramienta de documentación activa (MoMA, 2012; TATE, 2025; Barok, 2019). El debate actual respeto a la intención del artista es un principio ampliamente reconocido en la *Teoría Contemporánea de la Restauración* de Salvador Muñoz Viñas (2003), y notoriamente trabajado por instituciones académicas y museos con el desarrollo de proyectos colaborativos e internacionales centrados en la creación de bases de datos y publicación de documentación accesible a otros, que ha ayudado en repensar metodologías adaptadas a obras inestables, efímeras, inmateriales o conceptualmente abiertas. De esta manera, la intención del artista ha sido pionera en ese estudio, y aunque no se considera una autoridad absoluta —ya que también puede haber tensiones entre la voluntad del autor, el contexto institucional y los principios de conservación—, sí se ha convertido en un eje fundamental para abordar las decisiones técnicas y éticas en la conservación del arte contemporáneo, especialmente en el caso de instalaciones, intervenciones o prácticas contextuales, las cuales deben ser consideradas en la conservación del arte urbano.

A pesar de la profunda revisión de los cuestionamientos éticos en la teoría contemporánea de la restauración —particularmente en relación con las obras de arte moderno (desde mediados del siglo XIX) y de arte contemporáneo (posterior a la década de 1970) (Danto, 1999)—, los planteamientos tradicionales inspirados en la *Teoría de la Restauración* de Cesare Brandi (1963) continúan estando profundamente arraigados en el marco conceptual de numerosos especialistas en conservación y restauración. Esta situación, sumada a la autonomía y la naturaleza no convencional del arte urbano, así como a la ausencia de una legislación específica, conlleva que en numerosas ocasiones se desatienda la consideración del artista como agente fundamental en la toma de decisiones relativas a la conservación.

Así, en casos concretos, puede observarse que el desarrollo de un enfoque crítico y respetuoso hacia el artista continúa siendo relegado a un segundo plano, cuando no directamente omitido. En el ámbito del arte urbano —donde la autoría a menudo permanece en el anonimato y la recepción pública puede contradecir la intención original del creador— se produce una tensión evidente entre los principios teóricos formulados en torno a la conservación y las prácticas que realmente se llevan a cabo. Esta ambigüedad entre discurso y praxis se ve agravada, además, por el hecho de que, en numerosos casos recientes, el marco legislativo prioriza la protección del propietario del espacio por encima de los derechos de propiedad intelectual del artista, relegando así los principios éticos a una posición secundaria.

Si se tiene en cuenta el rechazo de muchos artistas urbanos a la permanencia, la mercantilización o la musealización de sus obras en el espacio público, los conservadores-restauradores se enfrentan con frecuencia al dilema de intervenir para salvaguardar el objeto físico o respetar la coherencia con su dimensión conceptual. Ahora bien, más allá de que una obra haya sido concebida con o sin vocación de permanencia, la asignación de valor por parte del público puede conferirle una relevancia específica. Esto abre la posibilidad de establecer un diálogo sobre su futuro, articulado entre el creador —cuando es posible— y las comuni-

dades receptoras, lo que invita a reconsiderar los criterios técnicos y éticos aplicables a su conservación.

Además de todo lo expuesto anteriormente, el mercado del arte también entra en juego en esa dinámica por la conservación, aunque por lo general el papel que muestra crea un mayor choque entre lo ético y lo deseado. El auge del mercado del arte urbano —impulsado por figuras como Banksy— ha transformado significativamente el estatuto de estas prácticas. Esta mercantilización ha traído consigo una presión creciente por conservar, proteger o trasladar piezas que antes se habrían considerado marginales o ilegítimas, o solo reconocidas en entornos cerrados. No obstante, esta apropiación también puede suponer una traición a los principios fundacionales de muchas de estas expresiones, que buscaban precisamente escapar a la prioridad del valor económico para la validación artística.

En la mayoría de los casos donde el mercado del arte se expande hacia entornos menos convencionales, el arranque mural es el sistema que mejor resuelve la cuestión del aprovechamiento del valor económico del artista y su obra, lo cual en pocos casos se hace reconociendo la opinión del propio autor, además de repetir cuestiones criticadas durante décadas con el arranque de pinturas murales más tradicionales. En estos casos, desde el punto de vista jurídico, se abren debates complejos sobre la titularidad de los derechos morales del artista frente al derecho del propietario del soporte. ¿Qué sucede cuando un muro con grafiti o arte urbano pertenece a un particular, una empresa o a la administración pública? ¿Tiene el artista derecho a decidir sobre su conservación o eliminación? ¿Hasta qué punto se considera esa obra como un bien protegido por derechos de autor, pese a su posible ilegalidad?

2.4. Dimensión jurídica: (casi) en el camino de la protección

La conservación del arte urbano no puede desvincularse del marco legal que regula tanto su creación como su preservación. A diferencia de otras prácticas artísticas, el arte urbano —en especial cuando se produce sin autorización— se sitúa en una ambigüedad legal que oscila entre la consideración de delito (daños a la propiedad) y la eventual protección como manifestación cultural o expresión artística. Esta dualidad tiene implicaciones directas en las decisiones de conservación: si una obra es considerada ilegal, su destrucción o eliminación podría justificarse legalmente, incluso si posee un valor artístico, histórico o social considerable. Por el contrario, si es reconocida como obra protegida por derechos de autor o patrimonio cultural, su conservación adquiere legitimidad jurídica.

En Estados Unidos, la legislación federal contempla la protección de los derechos morales del artista a través del Visual Artists Rights Act (VARA) de 1990 (Estados Unidos, 1990). Este instrumento ha sido clave para la defensa legal del arte urbano, como demuestra el emblemático caso *Cohen et al. v. G&M Realty L.P.* (más conocido como la litigación de *5Pointz,* 2013–2018), donde el juez reconoció que los murales tenían «mérito artístico reconocido» y que su destrucción sin previo aviso —al cubrir los murales con pintura plástica blanca previamente a la inminente demolición del edificio—, vulneraba los derechos morales de los artistas (E.D.N.Y., 2018). Este caso sentó un precedente al valorar las obras efímeras en el espacio público bajo criterios de autoría y protección moral, aunque esto solo fue un caso aislado.

En el Reino Unido, la *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (Reino Unido, 1988) reconoce derechos morales del autor, pero su aplicación al arte urbano es más ambigua, ya que no

siempre se aplican de forma clara en el espacio público ni a obras no comisionadas. En casos como el de *Spy Booth* de Banksy (Lyons, 2016), se intentó conservar la obra a través de normativas locales de protección del patrimonio urbano, aunque sin éxito duradero. La protección legal efectiva de estas intervenciones sigue siendo débil, y el anonimato del artista complica aún más la posibilidad de reclamar derechos de autor o morales. Pese a ello, muchas obras de Banksy han sido retiradas, vendidas o musealizadas por propietarios privados sin intervención legal por parte del artista o las autoridades. Esto refleja un vacío normativo entre el reconocimiento cultural y la ausencia de mecanismos legales eficaces que garanticen su integridad o permanencia.

En el caso español, la *Ley de Propiedad Intelectual* (LPI) reconoce de forma sólida los derechos morales del autor, incluyendo el derecho a la integridad de la obra y a decidir sobre su divulgación (art. 14, LPI). Sin embargo, estas garantías chocan con lo establecido en el Código Penal, que castiga con penas de multa o prisión los daños ocasionados en bienes ajenos, incluyendo actos de grafiti (art. 263 CP). Esto genera una paradoja jurídica: un artista urbano puede ser sujeto de derechos de autor sobre una obra creada ilegalmente, pero al mismo tiempo, incurrir en responsabilidad penal por su ejecución. La ausencia de jurisprudencia específica sobre el reconocimiento de derechos morales en obras de arte urbano no autorizadas en el contexto español evidencia la necesidad de un marco normativo más ajustado a estas nuevas formas de creación visual contemporánea.

No obstante, algunas autoridades locales han comenzado a reconocer el valor de ciertas obras murales y a promover su conservación mediante ordenanzas urbanas o figuras de protección patrimonial. Esto ocurre especialmente en barrios donde obras vinculadas con el grafiti y el arte urbano se han convertido en símbolos culturales o atractivos turísticos, como es el caso de una de las últimas piezas sobrevivientes de Juan Carlos Argüello «Muelle» en calle Montera de Madrid (caso que se expone posteriormente), o varios espacios murales en barrios como el Carmen y la Ciutat Vella en Valencia, Poble Nou y el Gótic (entre otros) en Barcelona, o el barrio del Soho en Málaga, que han sido protegidos informal y momentáneamente por su valor cultural y turístico, aunque sin un respaldo jurídico explícito en la legislación nacional.

3. La asignación de valores y conservación

La transformación del grafiti y arte urbano desde una práctica marginal, a menudo perseguida, hacia una forma cultural reconocida por instituciones, coleccionistas y gobiernos municipales, es un proceso complejo atravesado por la fricción entre múltiples sistemas de valoración. Lo que antaño fue considerado vandalismo ha pasado a convertirse, en determinadas circunstancias, en patrimonio cultural o en mercancía altamente cotizada. Este desplazamiento no es lineal ni exento de conflictos, y su análisis permite comprender mejor los dilemas que enfrentan los profesionales de la conservación frente a este tipo de obras.

El punto de inflexión puede situarse en el momento en que determinadas producciones callejeras comienzan a ser leídas no solo como expresiones estéticas alternativas, sino como testimonios culturales significativos, ya sea por su calidad artística, su conexión con determinados movimientos sociales, o por su inscripción en la historia local de los barrios donde se inscriben. Estas valoraciones se enmarcan en la lógica patrimonial que otorga legitimidad

a través de categorías como el valor histórico, el valor artístico, el valor social (o de uso comunitario) o el valor antropológico, pero también el valor económico. Son estas lógicas las que han llevado a la inclusión de muestras de ambos movimientos en museos, festivales institucionales, rutas turísticas, o a su conservación mediante políticas públicas o acciones ciudadanas.

3.1. Valores y mercantilización

Paralelamente, este proceso ha ido acompañado de una creciente mercantilización que, en muchos casos, ha creado tensiones o incluso distorsionado los valores originales de las obras debido a la priorización del valor económico por encima de los otros valores. Uno de los ejemplos más paradigmáticos de las tensiones entre la legitimación institucional del arte urbano y su progresiva mercantilización lo ofrece el caso de Banksy. Este artista anónimo, originario de Bristol (Reino Unido), ha desarrollado durante décadas una doble producción (como muchos otros artistas urbanos): por un lado, obras de estudio destinadas al circuito del coleccionismo y las galerías; por otro, intervenciones en el espacio público caracterizadas por una crítica social, política e identitaria dirigida a las grandes potencias mundiales. Esto, unido a su anonimato deliberado, la elección precisa de localizaciones urbanas, el uso inteligente de un humor mordaz y la crítica social, así como su resistencia aparente a la institucionalización del arte, han generado un fenómeno de marketing cultural singular: una estrategia mediática perfectamente orquestada que ha consolidado una narrativa de autenticidad disidente que, paradójicamente, ha sido asimilada con entusiasmo por el mercado. Su participación en acciones de gran repercusión mediática —como el documental *Exit Through the Gift Shop* (Banksy, 2010), el parque de atracciones *Dismaland* (2015), o la tienda *Gross Domestic Product* (2019), entre otros— y el control sobre los canales de difusión —incluidos redes sociales y acciones virales— revela una comprensión aguda de los mecanismos del marketing cultural contemporáneo, convirtiendo su figura en un potente emblema de capital simbólico y económico. Sin embargo, este mismo proceso ha derivado en una creciente mercantilización de su obra en cualquiera de sus contextos, donde el valor económico tiende a prevalecer por encima de otros valores —estéticos, políticos o contextuales—, generando distorsiones en la percepción y conservación de las piezas, especialmente aquellas concebidas para el espacio público. Muchas de sus obras, concebidas para intervenir críticamente el espacio público, quedan al amparo del propietario del soporte donde la obra se encuentra, quien decide sobre su traslado. De esta manera, las obras son arrancadas a través del sistema de arranque *stacco a massello*[4], trasladadas, reparadas o restauradas y vendidas en casas de subastas o en ventas exclusivas por cifras millonarias, quedando luego expuestas en entornos privados o dependientes del pago de una entrada. De este modo, el valor económico —basado en la escasez, el aura de autoría, y la demanda del mercado— termina por eclipsar los otros valores que motivaron su creación y circulación original.

El mercado del arte opera aquí al concentrarse en la obra de arte urbano como «objeto fetiche» que debe ser explotado, lo que contradice el carácter efímero, contextual y muchas veces anónimo del arte urbano. El traslado de estas obras desde el muro al mercado exige, además, una serie de decisiones técnicas y legales (remoción, restauración, certificación de autenticidad, embalaje, etc.) que suponen una transformación ontológica de la obra. En este

4 Tipología de arranque mural en el que el estrato pictórico se arranca junto a las capas de preparación y muro de forma completa.

sentido, la figura del artista cobra una relevancia central: su voluntad —a menudo ignorada— debería ser clave tanto para el reconocimiento del estatus patrimonial de una pieza como para la definición de su estrategia de conservación o comercialización. En las obras de estudio, Banksy ofrece un servicio de autenticación a través de su plataforma online *Pest Control Office* (2025), pero se niega a producir esta tipología de documentos para las obras que ha producido en el espacio público. No obstante, los coleccionistas se basan en la publicación de las obras en sus redes sociales como medio de demostrar la autoría del artista, quedando pocos ejemplos que no han sido confirmados —como por ejemplo el mural *Extinction Rebellion* en Marble Arch, Londres (Reino Unido)— pero que, al mantener la estética del artista, se atribuyen al mismo.

Fig. 3. Mural Extinction Rebellion en Marble Arch, Londres, atribuido a Banksy, sin confirmación oficial de autoría.

Similarmente se presenta el caso de Blu en Bolonia (Italia), su ciudad de residencia, como otro ejemplo de conservación de obras de arte urbano fuera del entorno donde fue creado, en este caso en un entorno museístico, generando un conflicto con la voluntad explícita del artista. Su caso paradigmático fue difundido en la prensa internacional cuando en marzo de 2016, se hizo público que varias de sus obras murales habían sido extraídas de sus ubicaciones originales y trasladadas a una exposición privada organizada en el Palazzo Pepoli bajo el amparo de Genus Bononiea Musei con el título *Street Art: Banksy & Co.* (Genus Bononiae, 2016). El artista, que no había formado parte de la toma de decisiones en ningunas de las acciones conservativas de sus obras, mostró su rechazo al evento cubriendo con pintura gris todas las intervenciones murales que había realizado en la ciudad y aún permanecían en ese momento. Esta acción fue llevada a cabo junto a activistas locales y buscaba criticar la apropiación institucional de su obra sin su consentimiento (Vimercati, 2016), subrayando con ello su oposición a una lectura patrimonial o mercantil de su obra fuera del contexto urbano original. En este caso, el acto de «borrado» se transforma en un gesto de resistencia artística frente a la apropiación patrimonial no consensuada. Lo cierto es que, en este caso, la posibilidad de un planteamiento de conservación con una toma de decisiones ética (contando con el artista) quedó relegada bajo un exitoso respaldo legal sobre las acciones que hicieron la conservación *ex situ* posible, aunque éticamente erróneas.

Es, de esta manera, como el marco legal, que raramente protege a los artistas urbanos en estos procesos, prioriza los derechos de la propiedad privada o pública. En el caso de Banksy, por ejemplo, su anonimato y la falta de registro legal dificultan la reclamación de derechos de autor o la protección de sus obras, lo que permite que los propietarios de los soportes donde los murales o intervenciones se han creado sean los que actúen unilateralmente sobre ellas. Así, el marco jurídico no solo es insuficiente, sino que muchas veces legitima la conversión de obras públicas en mercancías privadas, reforzando una lógica que favorece el valor económico por encima del artístico o comunitario.

Frente a este escenario, el campo de la conservación se encuentra ante varios dilemas. Por un lado, el de si conservar las obras por su valor histórico, artístico, social, etc., puede producir el riesgo de alimentar el aprovechamiento del sector mercantil de forma extrema, y por otro, si la conservación remedial *in situ* afectará el carácter efímero y situacional del arte urbano, incluso cuando no aplicar mecanismos de conservacion remedial implique la desaparición de la obra. En este contexto, la solución no es unívoca, sino que requiere una moral profesional sensible al contexto, al diálogo con la comunidad y, sobre todo, como bien se ha estado exponiendo a lo largo del artículo, a la figura del artista y su intención, los cuales se vuelven elementos clave para una conservación ética, que debe respetar no solo la integridad física de la obra sino también su sentido original y relación con el espacio público.

3.2. Valores sin la intrusión del mercado del arte

Paralelamente, la asignación de valores no solo se ha centrado en obras que tienen potencial de ser «institucionalizadas» o comercializadas sino también en obras que, a pesar de no encontrarse bajo ningún nivel de protección física, legal o municipal, han sido redescubiertas y revividas.

En el extremo opuesto a los casos de Banksy y Blu se sitúan autores como Blek le Rat, por muchos considerado el padrino del arte urbano y pionero del uso del *stencil* como medio artístico en Europa, quien ha participado en intervenciones de reactivación o restauración de sus propias obras. Un ejemplo de esto es el proyecto de re-descubrimiento y recuperación de su obra *Madre e Hijo* (o *Pour Sybille…*) realizada en Leipzig en 1991. La intervención conservativa fue promovida por una ciudadana local en 2012, que recordaba la obra de su infancia y la cual formó un equipo con el ayuntamiento, el artista y una empresa privada para rescatarla bajo años de carteles y suciedad. El artista fue consultado de esta intervención, lo cual facilitó que fuera posible la limpieza y estabilización de la obra, así como su protección con una barrera física, manteniendo la obra *in situ*. Aquí, el proyecto de conservación no se orienta a fijar una materialidad original, sino a mantener viva la presencia del gesto artístico apoyada de los valores social y comunitario, además del artístico.

Introducido anteriormente, el grafiti de Muelle en la Calle Montera de Madrid constituye un ejemplo singular en este sentido. Realizado en los años ochenta por Juan Carlos Argüello, Muelle es considerado uno de los pioneros del grafiti en España y fallecido en 1995. En 2011 una serie de especialistas en historia del arte y conservación iniciaron por la red social *Facebook* la plataforma por la conservación de la pieza en Calle Montera y su reconocimiento como Bien de Interés Cultural *(Por la declaración de la firma de MUELLE como BIC)*, la cual fue apoyada por otros especialistas, la familia del artista, seguidores y un creciente público general, así fue como presión ciudadana articuló un reconocimiento simbólico y patrimonial de la obra, que justificaba su conservación logrando finalmente que el grafiti fuera preservado

y restaurado *in situ* por la Escuela de Conservación y Restauración de Bienes Culturales de Madrid (Colao, 2002). El de Muelle es un ejemplo de cómo las prácticas sociales pueden asignar nuevos valores culturales a objetos que antes no los poseían, respetando la voluntad de todos los agentes implicados e incluso la memoria del artista.

Estos casos, aunque difundidos en la prensa nacional e internacional no son los únicos a tener en cuenta. En muchos casos, los propios artistas y seguidores han tomado cartas en el asunto al hacer posible la preservación e incluso extensión de la vida material de sus obras, generalmente mediante tareas de repintado y concienciación.

El caso del escritor de grafiti Does Loveletters es solo un ejemplo de cómo artistas alternativos no son siempre reacios a la idea de mantener o alargar la vida de sus obras, a pesar de que esto no fuera lo esperado en un primer momento. Does realizó una intervención mural en una iglesia abandonada en Abshoven (Países Bajos), y años más tarde, cuando el espacio fue adquirido y transformado en un restaurante, el artista fue invitado a arreglar los daños en su obra. La intención de la intervención de remodelación del espacio fue el mantener los vestigios de la historia del espacio, y la intervención de Does en su propia obra años más tarde apoyaba notablemente este concepto.

Del mismo modo, el caso de ekto1 es un ejemplo de artistas recuperando piezas abandonadas o creídas perdidas de otros artistas. Ekto1 es un escritor de grafiti activo de Southend-on-Sea (Reino Unido) que además de producir sus propias piezas ha realizado en alguna ocasión el repintado de piezas de grafiti casi perdidas en el lugar donde en su día podía apreciarse. Sus intervenciones se han centrado en recuperar piezas olvidadas o en estado de ruina de pioneros del grafiti en el este de Inglaterra. Su trabajo se apoya de investigación previa documental de fotografías de archivo de cuando las piezas se realizaron, la localización de los espacios, limpieza de los alrededores si es necesario, y el repintado de las piezas de la forma más cercana al aspecto original. Pero su intervención no termina ahí, puesto que además de compartir todo el proceso y la historia de la pieza y su autor original en las redes sociales, realiza *stencils* que adjunta a los lados de la propia pieza *in situ*, en los que detalla datos sobre la intervención y por qué es importante mantenerla, reforzando así el valor histórico y valor antropológico de las obras, y cómo estas han favorecido a generaciones posteriores en el grafiti.

Fig. 4. Pieza de Nekst en Bowery, Nueva York.

Un caso similar al anterior, aunque de forma más anónima, se centra en un «plata» *(chrome)*[5] de Neskt en Bowery en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos). Los interiores y exteriores del edificio donde la pieza se encuentra habían sido objeto de *tagging* y *bombing* durante años, siendo Neskt uno de los que intervinieron de forma más visible en el exterior. En la actualidad el edificio hace función de tienda, pero ciertas partes mantienen ese aspecto «alternativo» original. A pesar de continuarse de cierta forma ilícita los cambios en la fachada (<<ilícita>> ya que la legislación de Nueva York al igual que otros estados de EE. UU. continúa siendo muy inflexible a cualquier tipo de grafiti incluso con permiso), la pieza de Neskt se mantiene, ya que, tras la muerte del escritor, sus amigos y seguidores se han encargado de repintarla en numerosas ocasiones con la idea de mantener viva la historia del lugar y la obra del artista.

Fig. 5. Mural cerámico de teselas, Space Invader (Proyecto Waves 19).Dañado en febrero 2022 y en restaurado en abril 2025.

En cuestión de arte urbano, los mosaicos de Space Invader también han sido objeto de reparación con un intento de mantener las obras en el lugar donde fueron creadas incluso después de ser dañadas o tras intentos de robo. Se desconoce quién realiza estas intervenciones, pero es muy posible que el artista, ayudantes o seguidores del mismo trabajen en tales reparaciones cuando son identificadas. Estas intervenciones de reposición de las piezas faltantes son llevadas a cabo por el valor artístico al igual que por mantener una constancia entre los proyectos que realiza el autor en las ciudades y espacios que elegidos para dejar estas muestras de arte de forma lo más permanente posible.

3.3. Desafíos para la conservación sin traicionar

La conservación del arte urbano enfrenta un reto singular: proteger obras que nacen en contextos efímeros, transgresores y comunitarios, y que a menudo cuestionan la idea misma

5 Un *plata* o en inglés *chrome*, es una pieza rápida (pompa) y generalmente monocroma, hecha principalmente con pintura en aerosol de color plateado (de ahí el nombre) y contornos en negro y a veces brillos en blanco u otros colores que ofrezcan cierto contraste.

de conservación tradicional. El desafío reside en mantener la autenticidad y el significado original sin caer en una estandarización o mercantilización que «traicione» la obra y su espíritu.

Para respetar la autenticidad del arte urbano, las estrategias conservativas deben ir más allá de la mera preservación física. En este sentido, es esencial comprender la obra no solo como un objeto material, sino como una experiencia integrada en el espacio urbano y en la comunidad. Esto implica que la conservación se planifique con base en criterios que valoren la historia, el contexto, y la intencionalidad del artista.

Algunas técnicas incluyen la documentación exhaustiva (fotografía, vídeo, registros escritos) para captar no solo la obra sino también su entorno y evolución. Cuando es viable, se prefieren intervenciones físicas mínimas que permitan la evolución natural de la obra, respetando su carácter efímero y las decisiones del artista sobre la permanencia o desaparición.

Una conservación ética debe equilibrar la preservación material con el respeto a la idea o concepto que la obra representa. Como se ha demostrado, en el arte urbano, el mensaje, la crítica social o la relación con el espacio público son elementos inseparables del objeto visual. Por ello, preservar solo la superficie (el objeto material) puede resultar insuficiente o incluso contraproducente si se pierde el contexto o el propósito original. Este equilibrio demanda flexibilidad en las metodologías y una revisión crítica que permita intervenir solo cuando sea necesario (sea para evitar la pérdida total o parcial si esta afecta al concepto y apreciación del objeto), y hacerlo con criterios que respeten la intención artística y el dinamismo inherente al arte urbano. Además, el protagonismo del artista en el proceso de conservación es fundamental para asegurar que las decisiones respeten su intención y visión. Asimismo, la participación de la comunidad local y otros agentes culturales en el diálogo es clave para entender el valor social y colectivo de las obras.

Este enfoque colaborativo favorece la creación de estrategias inclusivas que integren múltiples perspectivas, garantizando que la conservación no sea un acto unilateral sino un proceso compartido y contextualizado. El diálogo también permite adaptar las intervenciones a las características específicas de cada obra y su entorno, y facilita la creación de marcos legales y éticos que reconozcan la particularidad del arte urbano frente a otras formas artísticas.

Conclusiones

La conservación del arte urbano implica no solo desafíos técnicos y éticos, sino también un entramado jurídico complejo que afecta tanto a los artistas como a otras partes vinculadas en la gestión y preservación de estas obras. La naturaleza pública y muchas veces transitoria del arte urbano, unida a la ambigüedad legal sobre la propiedad intelectual y los derechos de autor, crea una situación en la que ni los artistas ni otras partes implicadas en la conservación encuentran un marco adecuado para proteger estas expresiones. Casos paradigmáticos como los de Banksy o Blu evidencian la dificultad de proteger al artista y la obra, y en consiguiente, a la comunidad, favoreciendo al propietario del espacio en todos los casos, y sobreponiendo el valor económico por encima de cualquier otro valor que refleje la importancia de la obra. Por ello, la legislación actual no solo es insuficiente para garantizar el respeto a la intención artística, sino que también obstaculiza la conservación y el reconocimiento del valor cultural y social de estas obras.

Desde la perspectiva de la conservación y restauración, y teniendo en cuenta los casos expuestos, se considera necesario un desarrollo legislativo que contemple:

- **Derechos morales del artista**: El derecho a la integridad de la obra y a ser reconocido como autor, incluso en el caso de obras realizadas en espacios públicos y con un carácter efímero o transgresor.

- **Protección frente a la eliminación o alteración no autorizada**: Medidas legales que limiten la destrucción de obras que poseen valor artístico o histórico, diferenciándolas claramente del vandalismo.

- **Regulación sobre la conservación y reproducción**: Normativas que guíen la intervención conservativa, respetando la intención del artista y el contexto social, y que definan claramente los límites de la reproducción comercial de obras urbanas.

- **Participación comunitaria**: El reconocimiento jurídico de la comunidad como parte interesada en la gestión del arte urbano, dado su valor social y cultural, y el impacto directo que estas obras tienen en el espacio público.

La ausencia de una legislación clara genera una situación jurídica incierta que dificulta la colaboración entre artistas, conservadores, comunidades y administraciones. Esta incertidumbre legal puede llevar a la pérdida de obras significativas y a conflictos entre los distintos actores involucrados.

En consecuencia, la conservación sin traicionar el arte urbano pasa también por la construcción de un marco legal que contemple sus particularidades y garantice la protección integral de los valores materiales, conceptuales y sociales de las obras. En esta línea de una conservación ética, es importante recordar que el conservador no es un simple ejecutor de voluntades, sino un agente que interpreta, negocia y, en ocasiones, reconstruye las condiciones de sentido de una obra teniendo en cuenta los factores internos y externos que pueden favorecer a la aplicación de metodologías de conservación éticas y respetuosas, por lo que su figura no se centra solo en atender a los mecanismos prácticos de la conservación material, sino también en reunir a todos los agentes involucrados (artistas, comunidad, propietarios, otros especialistas, etc.) para establecer un diálogo claro y lo más favorecedor con todas las partes.

Bibliografía

AA. VV., *Por la declaración del grafiti de Muelle como BIC* [en línea]. [s.l.]: Facebook, [s.f.]. Disponible en: https://www.facebook.com/profile.php?id=100064287475509 (Consulta: 22 de junio de 2025).

AA. VV., *Monográfico: Arte Urbano. Conservación y Restauración de Intervenciones Contemporáneas* [en línea], n.º 10, 2016, pp. 77-199. ISSN 1989-8568. Disponible en: https://doi.org/10.37558/gec.v10i0.731 (Consulta: 22 de junio de 2025).

AA. VV., *Monográfico: Arte urbano y museo. Competencias e (in)compatibilidades*. Ge-conservación [en línea], n.º 16., 2020, pp. 120-325. ISSN 1989-8568. Disponible en: https://doi.org/10.37558/gec.v16i0.730 (Consulta: 22 de junio de 2025).

Banksy, *Dismaland*. Disponible en: https://dismaland.co.uk/ (Consulta: 2 de julio de 2025).

Banksy (dir.), *Exit Through the Gift Shop*, Estados Unidos / Reino Unido, Paranoid Pictures / Revolver Entertainment / Banksy Films, 2010, 87 min.

Banksy, *Gross Domestic Product*. Disponible en: https://shop.grossdomesticproduct.com/ (Consulta: 2 de julio de 2025).

Barok, Dušan; **Noordegraaf**, **Julia**; **de vries, Arjen P**., «From Collection Management to Content Management in Art Documentation: The Conservator as an Editor», *Studies in Conservation*, vol. 64, n.º 8, 2019, pp. 472-489.

Brandi, **Cesare**, *Teoría de la restauración*, traducción de Salvador Tarragó, Madrid, Akal, 1988 (ed. original: *Teoria del restauro*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1963).

Castleman, **Craig**, *Getting Up: Subway Graffiti in New York*. Cambridge, MA, MIT Press, 1982.

Chalfant, **Henry**; **Prigoff**, **James**, *Spraycan Art*, Londres, Thames & Hudson, 1987.

Colao, **Patricia**, *Conservando el Muelle* [en línea]. [S.l.]: WordPress, [s.f.]. Disponible en: https://conservandomuelle.wordpress.com (Consulta: 22 de junio de 2025).

Cooper, **Martha**; **Chalfant**, **Henry**, *Subway Art*, Londres, Thames & Hudson, 1984.

Danto, **Arthur C**., *Después del fin del arte: el arte contemporáneo y el borde de la historia*, Barcelona, Paidós, 1999.

Eastern District of New York, United States District Court. *Cohen et al. v. G&M Realty L.P. et al.*, No. 1:13-cv-05612 (E.D.N.Y.), sentencia de 12 de febrero de 2018.

Gablik, **Suzi**, «Report From New York: The Graffiti Question». En *Art in America Magazine, archives,* 1982, disponible en http://www.artinamericamagazine.com/news-features/magazine/from-the-archives-report-from-new-york-the-graffiti-question (Consulta: 22 de junio de 2025).

Ganz, **Nicholas**, *Street Art: The Graffiti Revolution,* Londres, Thames & Hudson. 2004

Genus Bononiae, *Street Art. Banksy & Co: l'arte allo stato urbano* [en línea], Bolonia, Palazzo Pepoli – Museo della Storia di Bologna, 18 marzo – 26 junio 2016, disponible en: https://genusbononiae.it/mostre-eventi/street-art-banksy-co-larte-allo-stato-urbano/ (Consulta: 22 de junio de 2025).

Lyons, **Kate**, *Banksy's Spy Booth mural feared permanently destroyed in Cheltenham* [en línea]. *The Guardian*, 21 de agosto de 2016. Disponible en: https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/aug/21/banksy-spy-booth-mural-feared-permanently-destroyed-cheltenham (Consulta: 22 de junio de 2025).

Muñoz Viñas, **Salvador**, *Teoría contemporánea de la restauración*, Madrid, Síntesis, 2003.

Museum of Modern Art (MoMA), *Oral History Program*, [en línea], disponible en: https://www.moma.org/research/archives/finding-aids/OralHistoryProgramb.html (Consulta: 22 de junio de 2025).

Pest Control Office, *Official Banksy authentication service*, [en línea], disponible en: https://pestcontroloffice.com (Consulta: 22 de junio de 2025).

Powers, **Stephen**. *The Art of Getting Over. Graffiti at the Millennium*. Nueva York, St. Martin's Press.

Riggle, **Nicholas Alden**, «Street Art: The Transfiguration of the Commonplaces.» *Journal of Aesthetics and Art Criticism*, 68(3), 243–257, 2016.

Schacter, **Rafael**, *The World Atlas of Street Art and Graffiti,* Londres, Aurum Press. 2013

TATE, *Conservation Interviews: Interviews with Artists and Art World Figures*, [en línea], disponible en: https://www.tate.org.uk/about-us/projects/interviews-artists-and-art-world-figures/conservation-interviews (Consulta: 22 de junio de 2025).

The Menil Collection, «Artistic Documentation Program (ADP)», *The Menil Collection*, [en línea], disponible en: https://www.menil.org/research/adp (Consulta: 19 de junio de 2025).

UVNT Art Fair. (s. f.). «*About UVANITY Art Fair*», En *Urvanity Art,* [en línea], disponible en: https://urvanity-art.com/en/fair/ (Consulta: 22 de junio de 2025).

Vimercati, **Giovanni**, «Street artist Blu destroys his own murals in protest at exhibition», *The Guardian* [en línea], 17 de marzo de 2016, disponible en: https://www.theguardian.com/artanddesign/2016/mar/17/street-artist-blu-destroys-murals-in-bologna (Consulta: 22 de junio de 2025).

Wacławek, **Anna**, *Graffiti and Street Art,* Londres, Thames & Hudson, 2011.

Whitney Museum of American Art, «Conservation», *Whitney Museum*, [en línea], disponible en: https://whitney.org/conservation (Consulta: 19 de junio de 2025).

Legislación citada

– España, *Código Penal*, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, BOE núm. 77, 23 de abril de 1995, artículo 263. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-744 (Consulta: 22 de junio de 2025).

– España, *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, BOE núm. 97, 22 de abril de 1996, pp. 14369–14442. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930 (Consulta: 22 de junio de 2025).

– Estados Unidos, *Visual Artists Rights Act of 1990* (VARA), enm. U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. § 106A, Public Law No. 101-650, 104 Stat. 5089, 1990. Disponible en: https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/2690 (Consulta: 22 de junio de 2025).

– Reino Unido, *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, 1988, c. 48, Londres, The Stationery Office. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48 (Consulta: 22 de junio de 2025).

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-3

Financiar para crear: algunas cuestiones de interés sobre la hipoteca de propiedad intelectual[1]

Financing creativity: some relevant legal issues regarding intellectual property mortgages

Laura Sancho Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
laura.sancho@ehu.eus

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad el examen de algunas de las cuestiones más trascendentes y problemáticas relacionadas con el objeto y los requisitos constitutivos de la hipoteca de propiedad intelectual, que serán sometidos a análisis crítico a partir de una lectura sistemática de las diversas normas intervinientes en su regulación, con la finalidad de tratar de esclarecer algunos de los aspectos más oscuros de una garantía llamada a convertirse en un importante recurso para la obtención de financiación por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Palabras clave: Hipoteca de propiedad intelectual, Financiación, Garantía real, Principio de especialidad, Principio de autonomía, Registro de Bienes Muebles, Registro de Propiedad Intelectual, Cesionario, Tasación, Compensación equitativa por copia privada.

Abstract: This paper aims to examine some of the most significant and challenging legal issues related to the subject matter and constitutive requirements of the mortgage over intellectual property rights. These issues will be critically analysed through a systematic interpretation of the various legal statutes involved in its regulation, with the aim of clarifying some of the most obscure aspects of a security interest that has the potential to serve as a strategic financing tool for intellectual property holders.

1 Este trabajo forma parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 «Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscuros sustantivos y concursales» financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) sobre «Persona, familia y patrimonio», de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurua. Además, es resultado de una estancia de investigación realizada en el *Institut des Sciences Criminelles et de la Justice* (ISCJ) de la Universidad de Burdeos entre el 02/06/2025 y el 31/07/2025.

Keywords: Mortgage of intellectual property, Financing, Security interest, Principle of specificity, Principle of autonomy, Register of Movable Property, Intellectual Property Register, Assignees and licensees, Valuation, Fair compensation for private copying.

1. Planteamiento

Con elevada frecuencia, ideas y proyectos innovadores pueden quedar en el vacío o no llegar a materializarse, no por falta de talento o tesón, sino como consecuencia de la insuficiencia de recursos; recursos de todo tipo, pero, en especial, por la insuficiencia de recursos patrimoniales. Esta idea se hace especialmente evidente en el mundo del arte[2], en el que la creación de la obra misma, y ya incluso su comercialización, explotación y ejecución, suele requerir de la inversión de importantes sumas por parte de los autores y demás agentes intervinientes en dicho mercado, quienes, en ocasiones, se ven en la necesidad de acudir a fuentes de financiación externas para sufragar sus actividades.

Pues bien, partiendo de que el acceso al crédito en condiciones razonables es más sencillo cuanto mayores sean las garantías de cumplimiento que se ofrezcan a los acreedores, en el presente trabajo trataré de ahondar en el régimen de un instrumento que permite a los titulares de derechos de propiedad intelectual aprovechar dichos activos –esto es, el contenido o valor patrimonial que presentan tales derechos–, con la finalidad de ofrecerlos a potenciales financiadores como garantía de la devolución de un crédito. Dicho mecanismo o institución jurídica es, como anuncia el título de la contribución, la hipoteca de propiedad intelectual, que, aunque se trata de una garantía mobiliaria existente en el ordenamiento español desde hace más de medio siglo, es, sin embargo, una figura ciertamente infrautilizada en nuestro sistema.

Son dos las razones principales que pueden identificarse para explicar la escasa utilización práctica que ha recibido hasta ahora. De un lado, el propio desconocimiento de los operadores intervinientes en el mercado del arte respecto a la existencia misma de dicho instrumento financiero[3], especialmente, aunque no solo, por parte de los autores y de los artistas intérpretes y ejecutantes. Y, de otro lado, la elevada fragmentación normativa de la que adolece dicha caución en nuestro sistema, en todas sus facetas jurídicas –sustantiva, procesal y registral–, lo que conduce a que la exégesis de su régimen integrado sea una tarea compleja y nunca exenta de discusiones en torno a las distintas posibilidades interpretativas que ofrece, disuadiendo así a las partes de su utilización[4]. A las razones anteriores, podría

2 Bajo este denominador común, se harán referencia en el trabajo, subsumidas en su seno, a todas las manifestaciones –literarias, musicales, visuales, mixtas…–, con independencia de su estructura vehicular, que, de algún modo, «actúan estéticamente en la experiencia humana» (Beardsley, M. C. y Hospers, J., *Estética: historia y fundamentos*, 4.ª ed., Cátedra, Madrid, 1981, pág. 114), abstracción hecha de las inabarcables teorías estéticas existentes.

3 *Vid.* de Couto Gálvez, R. M.ª, «Las garantías reales mobiliarias sobre las obras y los derechos de propiedad intelectual», en *Retos y desafíos de las garantías reales*, obra colectiva, director A. B. Veiga Copo y coordinador M. Martínez Muñoz, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2021, págs. 777-778.

4 *Vid.* Sieira Gil, J., «Obras de arte y fomento del crédito mobiliario. Una hipoteca "inmobiliaria" y otras medidas de protección registral», en *Retos y desafíos de las garantías reales*, obra colectiva, director A. B. Veiga Copo y coordinador M. Martínez Muñoz, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor,

sumarse otra derivada del debate más amplio que existe actualmente en el seno del derecho de garantías reales español, en torno a la conveniencia, o no, de transitar del que puede calificarse como el modelo tradicional de nuestro ordenamiento jurídico –un sistema de corte formalista, caracterizado por su elevada seguridad jurídica pero escasa flexibilidad–, hacia un modelo de tipo funcionalista –del que sería ejemplo paradigmático el *security interest* del *Article 9* del *Uniform Commercial Code* estadounidense (Art. 9 UCC)–, caracterizado por su mayor margen de actuación a la autonomía de la voluntad y economicidad, aunque a costa de una menor seguridad de terceros, y en el que se hace primar la posición del acreedor garantizado[5]. Se trae este debate –que no es exclusivo de la doctrina española[6]– a colación, en la medida que cabría discutir que una razón adicional para la escasa utilización práctica de la hipoteca de propiedad intelectual pueda residir en las elevadas rigideces formales que aquella debe observar a fin de quedar debidamente constituida, con su consecuente encarecimiento, lo que nos conducirá a efectuar algún comentario en torno a estas cuestiones[7].

2021, págs. 733-734, cuyas ideas, aunque referidas en particular a los derechos reales de prenda e hipoteca sobre obras de arte (*rectius*: sobre su soporte), entendemos plenamente trasladables al panorama normativo atinente a la hipoteca mobiliaria sobre los derechos de propiedad intelectual.

5 Para un estudio detenido sobre esta cuestión, en el que se aborda un análisis crítico de diversas figuras de garantía que alejan al sistema español de su tradicional inspiración formalista, para desviarlo hacia un modelo de corte funcionalista, con graves inconsistencias e incoherencias para este primordial sector jurídico, *vid.* Galicia Aizpurua, G. (dir.) y Castellanos Cámara, S. (coord.), *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

6 En otros ordenamientos de tradición jurídica muy próxima a la nuestra, incardinables a su vez entre los sistemas calificables como formalistas, como sucede con el Derecho francés, la doctrina científica ha discutido activamente sobre la conveniencia o no de adoptar un sistema de garantías reales mobiliarias unificado, inspirado en el *security interest* del Art. 9 UCC, al que se asociaría un régimen jurídico homogéneo tanto en lo relativo a la constitución y oponibilidad de una garantía mobiliaria única frente a terceros, como en lo referente a su ejecución (*vid.* Gout, O., «Quel droit commun pour les sûretés réelles ?», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 2, 2013, págs. 255 y ss.). Y, aunque en las sucesivas reformas acometidas para la simplificación del Derecho francés de garantías –entre las que destacan las implementadas por la *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés* y la *Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés*– se ha optado, por el momento, por una unificación por categorías y no por una única figura de garantía omnicomprensiva, en el espíritu de tales reformas se aprecian diversas modificaciones inspiradas en los sistemas funcionalistas, como la flexibilización de su régimen de garantías formales y la consagración de ciertos mecanismos de propiedad en garantía; en particular, la fiducia en garantía y la reserva de propiedad (*vid.* Picod, Y., «La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, obra colectiva, director J. M.ª Miquel González, La Ley, Madrid, 2013, págs. 195-202). De hecho, la reforma acometida en el año 2021 sobre el artículo 2323 del *Code Civil*, que da apertura al título dedicado a las garantías reales, recuerda inevitablemente a la noción de *security interest* del Art. 9 UCC, al definir la *sûreté réelle* como «*l'affectation d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs, au paiement* préférentiel ou exclusif *du créancier*» (énfasis añadido), adoptando así una noción única de garantía real comprensiva no solo de los tradicionales derechos reales de garantía en cosa ajena con el contenido propio de un derecho de realización del valor, sino también los negocios de propiedad-garantía.

7 Un estudio comparado reciente sobre la incidencia de las diferencias entre los modelos de tipo formalista o funcionalista en materia de garantías reales sobre propiedad intelectual puede hallarse

La importancia de promover el conocimiento sobre la hipoteca de propiedad intelectual, a la par que subrayar sus posibles inconsistencias y debilidades, radica, como se anunciaba, en el notable interés económico que presenta el mentado instrumento para los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual, quienes, muchas veces sin ser conscientes de ello, cuentan a su disposición con un interesante recurso patrimonial mediante el que poder financiar sus actividades; entre ellas, desde la perspectiva de los autores, sufragar la creación de nuevas obras, en beneficio no solo propio o individual, sino colectivo, habida cuenta del enriquecimiento del panorama artístico que ello conllevaría. En efecto, importantes organismos internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o WIPO, por sus siglas en inglés), llevan poniendo en valor desde hace varios lustros[8] la solidez de los derechos de propiedad intelectual como activos intangibles mediante los que garantizar la financiación de proyectos artísticos, con especial referencia al mercado musical[9] y cinematográfico[10], en los que la movilización de los derechos de propiedad intelectual puede llegar a convertirse en un importante recurso mediante el que fomentar la concesión de crédito a los creadores, incluyendo los más jóvenes y los emergentes, que habitualmente carecen de activos tangibles tradicionales mediante los que sufragar sus proyectos[11].

Partiendo de lo expuesto, en el presente trabajo trataré de arrojar luz sobre algunas de las cuestiones más trascedentes y problemáticas relativas a la hipoteca de propiedad intelectual en el ordenamiento español; y, en particular, de todas las fases de la garantía que podrían ser objeto de atención, este estudio versará, específicamente, sobre la atinente a su creación, a fin de intentar esclarecer los diversos elementos que deben concurrir para que aquella pueda quedar efectivamente constituida, así como subrayar sus posibles debilidades e inconsistencias y eventuales soluciones.

A tal fin, se delimitará, en un primer instante, el disperso marco normativo que ordena la figura de interés, en sus distintas vertientes jurídicas –sustantiva, procesal y registral–, a fin de identificar desde un inicio los diversos cuerpos legales que serán sometidos a posterior examen sistemático *(epígrafe 2)*. A continuación, se realizarán ciertas elucidaciones necesarias respecto a su objeto, habida cuenta el contenido dual que presenta la propiedad intelectual en el Derecho español y los condicionantes que ello impone sobre su posible gravamen hipotecario *(epígrafe 3)*. Una vez concretado lo anterior, nos hallaremos en disposición de analizar los requisitos necesarios para que la hipoteca de propiedad intelectual pueda quedar

en Kieninger, E. M., «Security Rights in Intellectual Property: General Report», en *Security Rights in Intellectual Property*, obra colectiva, directora E. M. Kieninger, Springer, Cham, 2020, págs. 15-18.

8 Es de destacar, como antecedente paradigmático, la *Reunión de información de la OMPI sobre la financiación con garantías de activos de propiedad intelectual*, celebrada el 10 de marzo de 2009 en Ginebra, cuya documentación puede hallarse en https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=129879 (última fecha de consulta: 30/06/2025).

9 *Vid.* Cuntz, A., Kos, M. y Soriano Valdes, L., «The Rise of Music Investment», en *WIPO: IP and Economics* (https://www.wipo.int/en/web/economics/w/blogs/the-rise-of-music-investment. Última fecha de consulta: 30/06/2025).

10 *Vid.* Cuntz, A. y otros, «IP assets and film finance – a primer on standard practices in the U.S.», en *Economic Research Working Paper*, núm. 74, WIPO, 2023.

11 Al respecto, *vid.* los *IP Finance Dialogue 2023* («*Expanding Horizons on IP Finance and Valuation*») y *2025* («*The Value of Intangible Assets*») organizados por la OMPI, cuyas recapitulaciones y grabaciones son accesibles en su sección web dedicada a propiedad intelectual y financiación (https://www.wipo.int/web/ip-financing/index. Última fecha de consulta: 30/06/2025).

debidamente constituida, lo que pasará por examinar tanto las exigencias de legitimación *(epígrafe 4.1)* como de orden formal *(epígrafe 4.2)*, donde nos detendremos en el contenido preceptivo de la escritura constitutiva, así como en su doble sistema registral. Para finalizar, se extractarán las principales conclusiones obtenidas en el estudio *(epígrafe 5)*.

2. La ordenación normativa de la hipoteca de propiedad intelectual

A la hora de identificar el mapa normativo que encuadra la regulación de la hipoteca de propiedad intelectual en el ordenamiento español, el punto de partida fundamental –la piedra angular sobre la que pivota todo su régimen–, lo hallamos, precisamente, en la norma esencial que disciplina dicha clase de propiedad: el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)[12], que, en su artículo 53.1, establece concisamente que «*los derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley podrán ser objeto de hipoteca con arreglo a la legislación vigente*».

Mediante dicha remisión a la «*legislación vigente*», el precepto –el único del TRLPI que se refiere a la garantía estudiada– asume, y hace propia[13], la dispersa normativa que compone el régimen jurídico íntegro de dicha figura, lo que provoca, como bien se ha advertido, «innumerables problemas de adaptación entre la regulación actual de la propiedad intelectual y la legislación a la que remite este precepto»[14].

Así, desde una perspectiva sustantiva, la normativa fundamental a la que remite el artículo 53.1 TRLPI la hallamos en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (LHMPSD), que, ya en el instante inicial de su promulgación, entendió que en la propiedad intelectual concurrían dos notas esenciales que hacían de ella un activo adecuado para ser gravado mediante una garantía mobiliaria no posesoria: en primer lugar, que la propiedad intelectual puede ser contemplada, al menos parcialmente[15], como un recurso dotado de contenido o valor patrimonial, por lo que resulta susceptible de ser explotada financieramente mediante la constitución de una garantía real. Y, en segundo lugar, que dicho derecho puede ser objeto, además, de una óptima identificabilidad registral[16];

12 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

13 Marco Molina, J., «Comentario al artículo 53 LPI», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, obra colectiva, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pág. 956; Domínguez Luelmo, A., *La hipoteca de propiedad intelectual,* Reus, Madrid, 2006, pág. 41.

14 Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual,* cit., pág. 11.

15 Conforme dispone el artículo 2 TRLPI, la propiedad intelectual no solo se haya integrada por derechos patrimoniales que atribuyen al autor la disposición y disfrute de su obra, sino también por derechos de carácter personal o moral, que, por su propia naturaleza, se configuran como derechos irrenunciables e inalienables (*cfr.* art. 14 TRLPI) y, por tanto, conforman un contenido que, como en el siguiente epígrafe se expondrá, no puede ser hipotecado.

16 Como expresamente señala la exposición de motivos de la propia LHMPSD, los derechos de propiedad intelectual se caracterizan por su «*perfecta adecuación a la vida registral*», lo que los hace

y, por tanto, puede resultar gravado, de entre todas las formas de garantías reales tipificadas en nuestro sistema, por una hipoteca mobiliaria (art. 12.5 LHMPSD), por lo que goza de eficacia reipersecutoria (*cfr*. art. 16 LHMPSD)[17].

Así pues, el primer cuerpo normativo que ordena materialmente la figura estudiada es la LHMPSD[18]; y, más concretamente, sus artículos 12 a 18 –que disciplinan el régimen común o general de la hipoteca mobiliaria–, y 45 a 51 –en los que se regula particularmente la hipoteca de propiedad intelectual, junto a la de propiedad industrial–, cuyo contenido deberá ser cohonestado, en cualquier caso, con lo previsto en los artículos 42 y siguientes del TRLPI.

Por otro lado, en lo que hace a la vertiente procesal de la institución de interés, y en lo que atañe más específicamente a su régimen ejecutivo, se habrá de tener presente, fundamentalmente, el procedimiento especial de ejecución judicial sobre bienes hipotecados y pignorados regulado en los artículos 681 a 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), así como, por lo que se refiere a la ejecución extrajudicial de la garantía, los artículos 86 a 88 LHMPSD.

Por último, como más tarde se expondrá, para que la hipoteca de propiedad intelectual quede debidamente constituida, será preciso practicar dos inscripciones sucesivas en dos registros diferenciados: en primer lugar, en el Registro de la Propiedad Intelectual (RPI), que es un registro público que tiene por objeto la inscripción o anotación de los derechos relativos a las obras, actuaciones o producciones protegidas por el TRLPI, así como de los actos y contratos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales que afecten a derechos de propiedad intelectual. Y, en segundo lugar, en el Registro de Bienes Muebles (RBM), que, tal como luego desarrollaremos, actúa como un mero registro de gravámenes cuando funciona como sucesor del antiguo Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (RHMPSD), en el que deberá inscribirse la hipoteca de propiedad intelectual para quedar constituida con todos los efectos que le son propios. Este desdoblamiento conlleva que, a fin de determinar el tratamiento registral de esta figura, se deban aplicar de manera

propicios para ser objeto de una hipoteca mobiliaria, habida cuenta de su «*fácil identificación y, por tanto, susceptibles de ser perseguidos por acción real ilimitadamente*».

17 Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 956.

18 No obstante, la LHMPSD no es la única norma a la que debe hacerse referencia cuando se trata de identificar la ordenación sustantiva de esta figura, pues existe aún otro régimen normativo especial que ha ido destinado a disciplinar la caución estudiada cuando se constituye sobre un tipo de obra muy concreta, como es el caso del Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre, por el que se regula la hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas (DHMPC). Sin embargo, es preciso puntualizar que, aunque la vigencia de este texto normativo ha sido declarada expresamente por la disposición derogatoria única del TRLPI, su contenido debe ser reinterpretado, necesariamente, a la luz del régimen sobre obra audiovisual contenido en los artículos 86 y siguientes del texto refundido (*vid.* Plaza Penadés, J., «Comentario al artículo 2 LPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 49), así como de toda la legislación ulterior sobre obra cinematográfica (*vid.* Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., págs. 18-22).
Se advierte desde este momento, no obstante, que el DHMPC no será objeto de examen particular en este trabajo, por exceder los objetivos planteados en el mismo, en el que pretenden analizarse ciertas cuestiones problemáticas relativas al objeto y constitución de la garantía estudiada en perspectiva de régimen general.

integrada, al menos, tres textos normativos: el Real Decreto 611/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de la Propiedad Intelectual (RRPI); el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión (RLHMPSD), que parte de la regulación contenida en los artículos 67 a 80 LHMPSD; y el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RRCGC), en el que curiosamente también quedó aprobado, por medio de su Disposición adicional única, el RBM.

3. El objeto de la hipoteca de propiedad intelectual: precisiones sobre los activos hipotecables

La hipoteca de propiedad intelectual no tiene por objeto ni el soporte material mediante el que se exterioriza la obra de arte –el denominado *corpus mechanicum*, que podrá ser, en su caso, gravado por otros tipos de garantías reales[19]–, ni tampoco el propio bien inmaterial sobre el que recae aquella clase de propiedad; esto es, la obra intelectual creada por el autor (el *corpus mysticum*)[20]. Así, a pesar de su denominación tradicional y de lo que expresamente establece el artículo 12.5.º LHMPSD, la garantía estudiada tampoco tiene por objeto la propiedad intelectual, o al menos no en su completitud, pues esta se compone de derechos de muy diversa naturaleza, de suerte que solo algunos de ellos reúnen las características precisas para poder ser gravados mediante una garantía real[21].

En particular, para que un bien pueda ser objeto de un derecho real de garantía, es requisito imprescindible que pueda ser enajenado; esto es, que sea susceptible de transmisión *inter vivos*, y ello, por supuesto, por el propio contenido de las garantías reales, que esencialmente

19 En particular, el derecho real de prenda, ya sea manual o sin desplazamiento posesorio, siempre que, en este último caso, recaiga sobre «*colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección*» (art. 54.I LHMPSD).

20 La posición a este respecto es prácticamente unánime entre la doctrina (*vid.*, en este sentido, Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 956-957; Curto Polo, M.ª M., «Comentario al artículo 53 LPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 845; Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 84; Bercovitz Álvarez, G. y Minero Alejandre, G., «La transmisión de los derechos de autor», en *Manual de propiedad intelectual*, obra colectiva, coordinadores R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. González Gonzalo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 245; Pau Pedrón, A., «La hipoteca de propiedad intelectual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 642, 1997, pág. 1750).
En contra de la anterior postura se posicionó, señaladamente, Peña Bernaldo de Quirós, para quien la hipoteca de propiedad intelectual no podría recaer sobre este derecho, sino sobre la obra misma, en defensa de la teoría de que no caben derechos sobre derechos (*vid.* Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos reales, derecho hipotecario*, 2.ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1986, pág. 398).

21 Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 40.

son derechos de realización del valor y, por tanto, exigen que la titularidad del activo gravado pueda llegar a ser transferida forzosamente a un tercero, en un eventual procedimiento ejecutorio por incumplimiento, con la finalidad de satisfacer preferentemente el crédito garantizado, hasta donde alcance su valor, mediante el líquido obtenido en la ejecución. Por tanto, teniendo en cuenta cuál es el contenido y finalidad que persigue la constitución de una garantía real –la atribución a su titular de un *ius distrahendi* dotado de un privilegio especial–, es natural que el artículo 1858 CC entienda que es «*de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*». De ahí a su vez que, replicando la misma estructura para el caso de las garantías mobiliarias no posesorias, el artículo 1.I LHMPSD disponga que únicamente podrá constituirse una hipoteca mobiliaria o una prenda sin desplazamiento «*sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley*».

Llevada la anterior lógica a sede de propiedad intelectual, es claro que esta no puede ser objeto de una hipoteca mobiliaria en su plenitud, pues presenta un contenido parcialmente inalienable y, en consecuencia, inhipotecable[22]. Y es que, como es sabido, el artículo 2 TRLPI establece, a propósito de los derechos de autor –aunque esta configuración es compartida también por los derechos conexos correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes (*cfr*. art. 113 TRLPI)–, que la propiedad intelectual se halla integrada tanto por derechos morales como por derechos patrimoniales. Respecto a los primeros, partiendo de su carácter personal, el artículo 14 TRLPI dispone que son irrenunciables e inalienables, lo que no solo significa que el autor no puede verse privado forzadamente de tales derechos en un eventual procedimiento ejecutivo (*cfr*. arts. 605.1.º bis y 609.I LEC), sino que ni siquiera le es dado desprenderse voluntariamente de los mismos, por imperativo legal[23]. Por tanto, de la misma forma que los derechos morales no pueden ser objeto, por parte de su titular, de un negocio traslativo –con la sanción de nulidad radical del convenio en caso contrario–, tampoco pueden serlo de un gravamen real hipotecario en seguridad de un crédito (*cfr*. art. 46.3 LHMPSD).

En consecuencia, en la garantía real estudiada, el objeto al que sin mayores matizaciones se refiere el artículo 12.5.º LHMPSD (la «*propiedad intelectual*») y que le da su *nomen*, debe someterse a una interpretación reductora por aplicación de los artículos 1858 CC y 1.I LHMPSD, de suerte y manera que dicho objeto será, exclusivamente, la «*parte enajenable* de la propiedad intelectual»[24].

Desde la anterior perspectiva, en su única mención a la caución de interés, el artículo 53.1 TRLPI se ha cuidado de advertir que podrán ser objeto de hipoteca, concretamente, «*[l]os derechos de explotación de las obras protegidas en esta Ley*», habida cuenta que, efectivamente, las facultades de explotación de la obra se caracterizan por tener un estricto contenido patrimonial, y, en esa medida, resultan alienables o enajenables *inter vivos*, con su consecuente hipotecabilidad (*cfr*. art. 43 TRLPI). Por consiguiente, no cabe duda de que pueden ser objeto de hipoteca los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y trans-

22 Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E. y Marín López, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía,* tomo II, 4.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 95.

23 Vendrell Cervantes, C., «Comentario al artículo 14 LPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 274.

24 Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., pág. 1749 (la cursiva pertenece al autor).

formación, así como cualquier otra facultad de explotación o disfrute económico de la obra no contemplado en este listado abierto y que pueda existir en el futuro (*cfr*. art. 17 TRLPI)[25].

Ahora bien, lo cierto es que los derechos de explotación a los que expresamente alude el artículo 53.1 TRLPI no agotan el contenido patrimonial de la propiedad intelectual, pues, de un lado, existen otros derechos de autor de carácter económico, distintos de los derechos exclusivos, como son, en particular, los derechos de simple remuneración; y, de otro lado, la propiedad intelectual no concluye en los derechos de autor, pues existen otros derechos de propiedad intelectual –los denominados derechos «vecinos, afines o conexos» a los derechos de autor–, reconocidos en el Libro Segundo del TRLPI, que, fundamentalmente, presentan también un contenido patrimonial (ya se trate de derechos de explotación o de exclusiva, ya de simple remuneración, como la compensación equitativa por copia privada que, eventualmente, pueda corresponder también a los artistas intérpretes o ejecutantes)[26]. En esta medida, cabe plantearse si tales activos patrimoniales son susceptibles también de ser explotados financieramente por sus titulares, al igual que pueden serlo los derechos de explotación que corresponden a los autores, mediante la constitución de una hipoteca mobiliaria de propiedad intelectual que les permita obtener mayores facilidades crediticias.

La reforma acometida por la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (LPat) sobre el artículo 46.1 LHMPSD parece abonar una respuesta afirmativa al anterior interrogante, pues, con efectos desde el 1 de abril de 2017, dicho precepto dispone que podrá constituirse una hipoteca mobiliaria «*tanto sobre los derechos de explotación de la obra como sobre todos aquellos derechos y modalidades de la propiedad intelectual de contenido patrimonial que sean susceptibles de transmisión inter vivos conforme a su Ley reguladora*». Con todo, es preciso formular varias puntualizaciones adicionales, pues la norma recién transcrita no resuelve todas las dudas que pueden suscitarse sobre la temática.

En primer lugar, en lo que respecta a los derechos de simple remuneración, una vez descartado que, pese a su evidente carácter patrimonial, pueda ser hipotecado el derecho de participación de los autores en la reventa de obras de arte gráficas o plásticas debido a su declarada inalienabilidad *inter vivos* (*ex* art. 24.9 TRLPI), habría que preguntarse si, en vista de lo dispuesto por el artículo 46.1 LHMPSD, puede ser objeto de hipoteca el derecho de compensación equitativa por copia privada. La cuestión es altamente discutible. Por un lado, el artículo 25.2 *in fine* TRLPI declara expresamente la irrenunciabilidad de este derecho para los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes, pero no establece limitación alguna en cuanto a su transmisibilidad, lo que puede representar un argumento favorable a su alienabilidad *inter vivos*, sobre todo si se contrasta con el contundente enunciado *a contrario* del artículo 24.9 TRLPI para el *droit de suite*. No obstante, el argumento basado en el silencio del legislador dista, en mi opinión, de ser definitivo, pues aún sería preciso ahondar en la naturaleza de la compensación equitativa. En este sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1 TRLPI, se puede afirmar que dicho derecho tiene una naturaleza resarcitoria, destinada a

25 Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 957-958; Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., pág. 1751.

26 Ventura Ventura, J. M., «La hipoteca de propiedad intelectual e industrial», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, obra colectiva, directores F. J. Camacho de los Ríos, J. C. Espigares Huete y G. J. Velasco Fabra, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 552-553; Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 957; Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., pág. 1753.

«*compensar adecuadamente el perjuicio causado a los sujetos acreedores como consecuencia de las reproducciones realizadas al amparo del límite legal de copia privada*»; es decir, trata de mitigar la pérdida de ingresos sufrida por la confección de reproducciones para uso privado legalmente admitidas por el artículo 31 TRLPI, a través del establecimiento de una obligación indemnizatoria *ex lege*, predeterminada en cuanto a sus elementos subjetivos y objetivos[27].

Partiendo de ello, se ha defendido que, de la misma forma que cabe que los derechos de explotación y sus ingresos sean cedidos, también pueden ser objeto de transmisión *inter vivos* los ingresos de explotación «dejados de percibir» como consecuencia de las reproducciones privadas; es decir, la cesión del consecuente derecho a su compensación equitativa[28]. Sin embargo, habida cuenta que es la propia ley la que atribuye dicho derecho a los sujetos identificados como perjudicados, y en la medida que tal remuneración presenta, precisamente, una finalidad reparadora, parece que admitir su libre transmisibilidad podría desvirtuar su función, y atentar contra la lógica protectora de la compensación, especialmente en el caso de autores y artistas con escaso poder de negociación, que podrían verse presionados para ceder su derecho en condiciones desfavorables. De hecho, parece que en esa misma *ratio* puede situarse, muy probablemente, la irrenunciabilidad de dicho derecho que, para esos específicos sujetos, consagra el artículo 25.2 *in fine* TRLPI, lo que nos llevaría a defender, por el mismo motivo, su intransmisibilidad *inter vivos* y consecuente inhipotecabilidad, cuanto menos para esos concretos titulares.

Sea como sea de lo anterior, lo cierto es que, incluso en la hipótesis de que el derecho de compensación equitativa pueda ser considerado transmisible, existe aún un poderoso argumento para defender que ni siquiera en tal caso podría ser objeto autónomo de una hipoteca de propiedad intelectual. Y es que aquella institución da lugar al nacimiento *ex lege*, a favor de unos acreedores concretos y contra unos deudores predeterminados, de un derecho de crédito con el contenido señalado en el artículo 25 TRLPI[29], de tal manera que, en realidad, la única garantía que podría llegar a estimarse procedente sobre tal objeto tendría la naturaleza de una prenda de créditos[30] –con su propio régimen y particular problemática[31]–, y no una hipoteca mobiliaria como la aquí estudiada.

27 Garrote Fernández-Díez, I., «Comentario al artículo 25 LPI», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, obra colectiva, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, págs. 517-521.

28 *Vid.*, en este sentido, Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., pág. 1753.

29 Garrote Fernández-Díez, «Comentario al artículo 25 LPI», cit., pág. 520.

30 Así lo entienden también Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 957-958 y Curto Polo, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 847. Considera, sin embargo, que la compensación equitativa por copia privada puede ser objeto de la hipoteca de propiedad intelectual, con base en el amplio tenor del artículo 46.1 LHMPSD, Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 552.

31 Al respecto de la prenda de créditos dinerarios y las incongruencias que suscita el modo de realización (por apropiación) generalmente aceptado en ella, *vid.* Galicia Aizpurua, G., «Prenda de créditos dinerarios, garantías financieras, pacto comisorio y pacto marciano (o por qué el Código Civil no reguló la prenda de créditos)», en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, obra colectiva, director G. Galicia Aizpurua, coordinadora S. Castellanos Cámara, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 203 y ss.

Así pues, pese a la amplitud y teórica corrección con la que ha sido redactado el artículo 46.1 LHMPSD en su última modificación, lo cierto es que este precepto añade poco a lo que ya venía previsto en el artículo 53.1 TRLPI, pues parece que, efectivamente, objeto de la hipoteca de propiedad intelectual podrán ser, en sus diversas modalidades, los derechos de explotación. Con todo, creemos que la puntualización añadida en aquel primer precepto no es baldía, en la medida que despeja cualquier duda relativa a que los denominados derechos afines o conexos puedan ser objeto de la hipoteca de propiedad intelectual[32] cuando, efectivamente, consistan en derechos patrimoniales transmisibles *inter vivos* distintos, por la razón que antes se exponía, de la compensación equitativa por copia privada.

Para finalizar, es fundamental destacar una última cuestión íntimamente ligada al principio de autonomía de las facultades de explotación que rige en materia de propiedad intelectual, así como al de especialidad que, a su vez, informa el modelo tradicional español de garantías reales. Tal como se deriva del artículo 23 TRLPI, los «*derechos de explotación* (…) *son independientes entre sí*» –previsión que resulta trasladable también a los «*otros derechos de propiedad intelectual*» regulados en su Libro Segundo (*ex* art. 132 TRLPI)–, lo que, puesto en conexión con la posibilidad de constituir un gravamen hipotecario sobre tales derechos (*rectius*: facultades[33]) con base en el artículo 53.1 TRLPI, implica que cada facultad de explotación, en cada posible modalidad específica, con la concreta extensión territorial y temporal que pueda determinarse, resulta susceptible de gravamen hipotecario autónomo (arg. *ex* art. 43.1 TRLPI). En consecuencia, dada la infinidad de facultades patrimoniales diversas[34] que, en relación con una

32 La duda podía venir suscitada por el artículo 132 TRLPI, habida cuenta que este precepto no declara aplicables subsidiariamente, a los «*otros derechos de propiedad intelectual*» disciplinados en el Libro Segundo, ninguno de los preceptos contenidos en el Título V del Libro Primero, incluyendo, por tanto, el artículo 53.1 TRLPI (*vid*., a este respecto, Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 553).

33 Como explica Domínguez Luelmo, «[l]o que la ley denomina las más de las veces derechos, son más propiamente facultades, posibilidades de actuación que corresponden a su titular, y que integran la denominada propiedad intelectual (art. 2 TRLPI) (…). Estas facultades (o derechos en la terminología legal) se traducen desde el punto de vista práctico en determinadas modalidades de explotación económica, que dan lugar a formas de explotación. La ley habla entonces de "modalidades de explotación" (art. 43 y ss.) aunque la terminología tampoco es precisa en este punto. Cuando se utiliza la expresión genérica "derecho de explotación" se pretenden englobar en la misma las diferentes facultades o poderes de contenido patrimonial del derecho de autor. Cuando se habla de modalidades de explotación se quiere hacer referencia más bien al tipo de explotación concreto que se lleva a cabo de cada una de esas facultades, en especial al tipo contractual específico mediante el que se concierta la explotación (…). [L]as modalidades se refieren a un aspecto material del derecho que se cede, a los medios concretos que se pueden utilizar para su divulgación y publicación (art. 4) por parte del cesionario del derecho de explotación de que se trate (…). En este caso, *del conjunto de facultades que en su conjunto constituyen el derecho unitario y complejo al que se alude con el nombre de propiedad intelectual, se pueden desprender algunas que, atribuidas a un tercero voluntariamente, a través de un negocio de cesión, o en virtud de una hipoteca a quien en su día pueda llegar a ser adjudicatario, se convierten en un derecho subjetivo de carácter patrimonial y con cierta autonomía. Por ello, desde la perspectiva de la hipoteca mobiliaria de propiedad intelectual, las posibilidades de explotación del adjudicatario tienen una connotación económica aparte de la jurídica*» (Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., págs. 80-81).

34 En este sentido se ha afirmado, si bien que en referencia a la cesión *inter vivos* de los derechos de explotación por parte del autor, que «[l]as divisiones de su total derecho patrimonial sobre la obra

misma propiedad intelectual sobre una obra, pueden ser empleadas como activo hipotecario independiente, resultará de todo punto imprescindible que tal específico objeto sea debidamente identificado, como posteriormente señalaremos, en la escritura constitutiva que se lleve a inscripción en el RBM (*cfr.* arts. 13.2.ª, 47.1.ª y 74 LHMPSD), en consonancia con el principio de especialidad que rige en nuestro sistema de garantías reales[35].

4. La constitución de la hipoteca de propiedad intelectual

Una vez aclarado que existe una cierta faceta de la propiedad intelectual que se encuentra dotada de contenido patrimonial, y que únicamente cuando resulta transmisible *inter vivos* puede ser objeto de hipoteca mobiliaria, la cuestión que a continuación procede examinar es cómo puede llegar a crearse exactamente tal derecho real de garantía.

La constitución de la hipoteca de propiedad intelectual, como en general sucede con la formación de las restantes tipologías de garantías reales, es resultado en nuestro sistema de la perfección de un contrato seguido de la cumplimentación de una serie de requisitos legales para que pueda tener lugar el nacimiento efectivo del derecho real de garantía con todas las consecuencias que le son propias[36]. Así pues, para que un contrato de hipoteca de propiedad intelectual válidamente celebrado entre las partes pueda llegar a propiciar la constitución efectiva de dicho derecho real, deberán observarse una serie de exigencias adicionales que se refieren tanto a la legitimación del sujeto hipotecante, como a ciertas formalidades esenciales en nuestro sistema de garantías reales.

4.1. Legitimación

Es requisito común a todas las garantías reales que, para que un sujeto pueda constituir dicho gravamen sobre determinado bien, debe ser su titular y contar con libertad de disposición sobre el mismo, tal como ordenan los artículos 1857.2.º y 3.º CC[37]. En el caso de la

son *ilimitadas*», (cursiva añadida) habida cuenta de los tres planos (espacial, temporal y el relativo a las modalidades de uso) que delimitan las posibilidades de cesión de los derechos de autor (Bercovitz Álvarez y Minero Alejandre, «La transmisión de los derechos de autor», cit., pág. 224).

35 Para un examen detenido del origen, fundamento y finalidad del principio de especialidad en materia de hipoteca inmobiliaria, *vid.* Castellanos Cámara, S., *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, págs. 34 y ss.; y, sobre su proyección y particularidades en el sector de las garantías reales mobiliarias, *vid.* Sancho Martínez, L., *La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 196-203.

36 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado*..., cit., pág. 54.

37 Procede puntualizar aquí que, a pesar de que el enunciado del artículo 1857 CC pueda llevar a equívocos, los requisitos contemplados en su segundo y tercer inciso no lo son, en modo alguno, de la perfección del convenio de garantía real (cuyos elementos esenciales vienen dados, como en cualquier contrato, por el artículo 1261 CC), sino de constitución del derecho real de garantía con la eficacia *erga omnes* que le es propia (*vid.*, a este respecto, Cordero Lobato, E., «Comentario al artículo 1857 CC», en *Comentarios al Código Civil*, obra colectiva, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, t. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 12746).

hipoteca de propiedad intelectual, las anteriores exigencias se traducen en que los derechos de explotación sobre una obra –u otros derechos de propiedad intelectual patrimoniales delimitados conforme a los criterios señalados en el anterior apartado– pueden ser hipotecados por sus titulares, ya sean los originarios, ya los derivativos como resultado de un acto de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, siempre y cuando cuenten con poder de disposición sobre la facultad patrimonial en cuestión (*cfr*. art. 46.2 LHMPSD)[38]; extremo este último al que, además, se extiende el poder de calificación del registrador del RBM, conforme a lo previsto en el artículo 72.b) LHMPSD[39].

Centrándonos, como hipótesis paradigmática, en el caso de los derechos de autor, las anteriores consideraciones reducen el círculo de legitimados a tres grupos principales: el autor, sus sucesores *mortis causa* y determinados cesionarios, con importantes particularidades en cada caso en cuanto a la potencial extensión de la garantía y sus limitaciones.

En primer lugar, y fundamentalmente, será el propio autor quien, como titular primigenio de los derechos de explotación sobre su obra, pueda gravar hipotecariamente los mismos. No obstante, dado que, según acaba de indicarse, para poder constituir una hipoteca no basta con ser titular del activo en cuestión, sino que además se debe contar con el necesario poder de disposición, es preciso plantearse si el autor continuará contando con dicha posibilidad en caso de que haya cedido la concreta facultad de explotación que pretenda ofrecer como garantía a un tercero. La respuesta es diferente en función de si dicho derecho de explotación ha sido objeto de una cesión en exclusiva o no exclusiva.

En el primer supuesto, el autor atribuye al cesionario, para el ámbito espacial y temporal pactados, la facultad de explotar la obra en la modalidad concretada con exclusión de cualquier otra persona, incluyendo el propio autor (*cfr*. art. 48.I TRLPI), lo que en una primera aproximación podría llevar a considerar que, en tal caso, este último carece de poder de disposición sobre dicha modalidad de explotación transmitida en exclusiva, y que, por tanto, no le es dado constituir un gravamen hipotecario sobre ella. No obstante, la cuestión debe ser resuelta, a mi parecer, desde el principio de independencia de las facultades de explotación y su incidencia en la determinación del objeto de la hipoteca de propiedad intelectual al que nos referíamos en el anterior epígrafe. Como explicábamos *ut supra*, los artículos 23 y 43.1 TRLPI permiten argumentar que la propiedad intelectual es susceptible de ser desgajada en múltiples facultades patrimoniales –en función del ámbito temporal, espacial y material que se considere–, que pueden convertirse en una «multiplicidad de derechos autónomos» por medio de su transmisión[40], lo que me parece que justifica no solo que puedan ser objeto de

38 Curto Polo, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 849.

39 Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 548.

40 Señala Bercovitz Rodríguez-Cano a este respecto que «[e]l derecho que la LPI concede a cada uno de los sujetos contemplados en ella comprende, como ocurre en cualquier derecho subjetivo, un haz de facultades que, en su caso, *mediante su cesión o transmisión a terceros por el titular originario, pueden adquirir autonomía con respecto a aquel derecho subjetivo, transformándose así en otro derecho subjetivo cada una de ellas (derivado del derecho subjetivo originario del que proceden)*. De manera que lo que inicialmente constituye un único derecho a favor del autor, o del artista, o del productor, integrado por múltiples facultades, *se convierte en una multiplicidad de derechos autónomos, facultades unas que han pasado a terceros, facultades otras que permanecen en manos del titular originario como derecho unitario*» (toda la cursiva es añadida) [Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Introducción a la propiedad intelectual» (actualizado por Alfonso González Gozalo), en

cesión independiente, sino también de gravamen hipotecario, en una lectura sistemática del artículo 53.1 TRLPI junto a aquellos primeros preceptos. En esta medida, aunque determinada facultad de explotación haya sido cedida en exclusiva a un tercero, para un ámbito territorial específico y por un tiempo determinado, esa misma modalidad de explotación, incluso referida a idéntico ámbito espacial, configura un activo patrimonial diverso de la que pueda concederse para un marco temporal distinto; y, por tanto, en cuanto recurso patrimonial autónomo dotado de un valor económico propio, puede ser objeto de gravamen hipotecario por su titular (en nuestra hipótesis, el autor), siempre y cuando, como se indicaba, alguno de los elementos delimitadores de dicha facultad de explotación difiera, incluido el término. Así, resulta que la limitación temporal de la cesión en exclusiva –que, en defecto de pacto en contrario, se reduce a cinco años (*cfr*. art. 43.2 LHPMSD)[41]–, puede propiciar en determinados supuestos el retorno de la facultad de explotación cedida, y eventualmente todavía valiosa, a su titular originario. En consecuencia, la cesión en exclusiva conlleva una pérdida de una concreta modalidad de disfrute y aprovechamiento económico de una obra intelectual que, en múltiples ocasiones, será transitoria y acabará retornando al cedente, lo que creo que justifica su compatibilidad con la facultad simultánea de este último de constituir una hipoteca, durante la propia vigencia del contrato de cesión, sobre dicho derecho de explotación, siempre que la concreta facultad gravada se determine para un ámbito temporal distinto[42]. Es decir, entiendo que el autor contará, respecto a esa misma modalidad de explotación cedida en exclusiva para determinado territorio, del poder de disposición preciso para gravar hipotecariamente dicho derecho, siempre y cuando este se refiera a un marco temporal distinto[43]. De hecho, me parece que esta posibilidad viene potenciada por el propio sistema de publicidad registral y el carácter formalista del modelo tradicional de garantías reales español –al que regresaremos en el siguiente apartado–, y que sirve de complemento al principio de especialidad al que previamente aludíamos. Pues la preceptiva información que debe constar en la escritura

Manual de propiedad intelectual, obra colectiva, coordinadores R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. González Gonzalo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 20].

41 Ello sin perjuicio de limitaciones temporales especiales que puedan establecerse en relación con determinadas modalidades de explotación (v.gr. en los casos del contrato de representación teatral y ejecución musical [*cfr.* art. 75.1.II TRLPI] o del contrato de edición [*cfr.* art. 69 TRLPI]).

42 Desde una perspectiva económica, dicha facultad de explotación deberá presentar aún un cierto valor en el mercado –o, más bien, estimarse que lo presentará en el futuro–, para que llegue a ser aceptado como garantía de una operación de financiación. Parece evidente, en este sentido, que la cesión en exclusiva de determinada modalidad de explotación disminuirá el valor en el mercado de dicho activo cuanto mayor sea la amplitud temporal y territorial que presente, y cuanto más intenso haya sido su efectivo ejercicio, de suerte que, en un hipotético escenario en el que dicha facultad se haya cedido hasta que tenga lugar la salida de la obra al dominio público, dicho recurso no podrá ser aprovechado financieramente por el cedente, no solo porque en ese caso deberá entenderse que carece de todo poder de disposición preciso (como indica Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 548), sino por la razón práctica de que dicho activo se habrá visto vaciado, desde el mismo instante de su cesión en tales condiciones, de todo valor económico para un potencial financiador. Nótese, no obstante, que dicho recurso patrimonial continuará conservando su valor desde la perspectiva negocial del cesionario en exclusiva, quien sí que podrá, según se argumentará en el texto principal, ofrecer la facultad cedida como garantía hipotecaria siempre que cuente con la «*facultad de enajenar su derecho a tercero*» (art. 46.2 LHMPSD).

43 En profundidad sobre las diversas cuestiones ligadas al momento en que los derechos de explotación hipotecados deben pertenecer al hipotecante, *vid.*, en detalle y con representación de diversos escenarios, Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., págs. 134-137.

constitutiva de la hipoteca –relativa no solo al derecho específicamente gravado (arts. 13.2.ª y 47.1.ª LHMPSD), sino, como especialidad propia de la garantía estudiada, a las «*[l]icencias, autorizaciones o concesiones otorgadas por su titular a terceras personas*» (*cfr*. art. 47.3.º LHMPSD)–, y la publicidad que se alcanza por medio de su inscripción registral, facilita que tanto el acreedor como terceros tengan conocimiento efectivo de esa circunstancia, con su consecuente repercusión sobre el alcance y valor de dicho derecho.

En lo que hace a las cesiones no exclusivas, parece bastante claro que el autor contará en todo caso con el poder de disposición preciso para constituir una hipoteca sobre el derecho cedido, habida cuenta que en dicha modalidad transmisiva «*[e]l cesionario no exclusivo quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión* y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente» (art. 50.1 TRLPI), lo que posibilita que dicho activo pueda ser hipotecado y, llegado el caso, enajenado forzosamente a un tercero en caso de incumplimiento.

Por otro lado, conforme a lo previsto en el artículo 42 TRLPI, las diversas facultades de explotación que integran la propiedad intelectual no resultan solo susceptibles de una transmisión *inter vivos*, sino también *mortis causa*, de suerte que dichos adquirentes derivativos también contarán con el poder de disposición preciso para constituir una hipoteca sobre la concreta facultad patrimonial recibida en su haber. No obstante, es de destacar que los causahabientes contarán con un límite importante que no se dará de manera tan acuciada para el autor, como es la duración que restará a los derechos de explotación heredados para pasar a dominio público (*cfr*. arts. 26-30 TRLPI), lo que irremediablemente afectará a la valoración del activo y el contenido de la hipoteca[44].

Por último, entre los posibles titulares derivativos de los derechos de propiedad intelectual, resta hacer referencia a los propios cesionarios, respecto a los que se plantea entonces la cuestión de si disponen de la legitimación necesaria para constituir una hipoteca sobre el derecho de explotación cedido. Para resolver el interrogante, debemos diferenciar nuevamente entre las cesiones exclusivas y no exclusivas, ya que la solución podría ser distinta en cada caso. Así, en el supuesto de que la cesión no se haya realizado en exclusiva –lo que, salvo en algunos casos excepcionales (*cfr*. v.gr. arts. 51.2 o 88.1 TRLPI), procede en defecto de pacto expreso en contrario (art. 48.I TRLPI)[45]–, parece que la respuesta más plausible es que al cesionario no exclusivo no le es dado hipotecar su derecho[46], habida cuenta que el artículo 50.1 *in fine* TRLPI establece expresamente que «*[s]u derecho será intransmisible*», salvo en la hipótesis específica –a mi juicio, tasada con carácter restrictivo, y desde luego no pensada para justificar su hipotecabilidad– de que «*la transmisión se lleve a efecto como*

44 Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 154.

45 Martí Miravalles, J., «Comentario a los artículos 48 a 50 TRLPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 798-800.

46 Consideran clara la imposibilidad de constituir hipoteca sobre los derechos cedidos por parte de los cesionarios no exclusivos, Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 958; Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 549; Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado…*, cit., pág. 97; y, aunque con algunas dudas iniciales, Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., págs. 157-158.

consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria» (art. 49.III TRLPI)[47].

Solución diversa ofrece el caso de la cesión realizada con carácter de exclusivo. En esta hipótesis, partimos de que el artículo 49.I TRLPI permite al cesionario en exclusiva «*transmitir a otro su derecho*», lo que, *a maiori ad minus*, implica que también cuenta con el poder de constituir sobre el mismo un gravamen hipotecario. Esta posibilidad ha sido positivizada expresamente –en redacción un tanto desafortunada– mediante la reforma operada por la Lpat sobre el artículo 46 LHMPSD, que, en su redacción actual, dispone en su apartado segundo que «*[p]odrá constituirse la garantía tanto por el propietario como por el cesionario, en exclusiva o como cesionario parcial, siempre que aquel tuviere facultad de enajenar su derecho a tercero*»[48]. No obstante, el cesionario en exclusiva se encuentra sometido a dos limitaciones importantes. De un lado, en contraste con las amplias posibilidades que corresponden al autor, es claro que aquel primero únicamente podrá hipotecar aquello cuya titularidad le corresponde; es decir, «en la medida y con los mismos límites espaciales y temporales del derecho que haya sido objeto de previa cesión»[49]. De otro lado, según lo expresamente exigido por el artículo 49.I *in fine* TRLPI, el cesionario en exclusiva necesita contar «*con el consentimiento expreso del cedente*» (de ordinario, el autor) para poder transmitir a otro su derecho, en clara limitación de su poder de disposición. Sin embargo, el propio precepto añade a continuación, en su segundo párrafo, y siempre en referencia a la hipótesis específicamente regulada –los negocios de cesión *inter vivos*–, que «*[e]n defecto de consentimiento, los cesionarios responderán solidariamente frente al primer cedente de las obligaciones de la cesión*». En vista de lo anterior, se plantea la incertidumbre de qué consecuencias jurídicas llevará ligadas la perfección de un contrato de hipoteca de propiedad intelectual por parte del cesionario en exclusiva sin contar con el consentimiento del autor cedente. La doctrina mayoritaria defiende que el artículo 49 TRLPI no impide que el cesionario en exclusiva pueda constituir una hipoteca sobre el objeto cedido sin el referido consentimiento, pues «lo cierto es que del

47 En contra, *vid.* Curto Polo, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 849-850, para quien «[t]ras la reforma operada por la Ley 24/2015, el art. 46.2 LHMPS dispone que también podrá constituir una hipoteca mobiliaria el cesionario no exclusivo sobre los derechos que disfruta siempre que tenga la facultad de disposición sobre los mismos», en el entendimiento, según parece, de que la expresión «*cesionario parcial*» empleada por dicho precepto pretende hacer referencia a quien lo es con carácter no exclusivo, idea que no comparto (*vid.* la siguiente nota a pie de este trabajo).

48 Decimos que la redacción nos parece desafortunada, en primer lugar, por la utilización del pronombre «*aquel*», que llevaría a pensar que únicamente el «*propietario*» –la ley está pensando aquí en el autor– puede tener limitado su poder de disposición sobre el activo, cuando, fundamentalmente, las limitaciones de tal calado recaerán sobre el cesionario en exclusiva –que es, por otro lado, a quien alcanza esencialmente la *ratio* del nuevo precepto, pues del poder de hipotecar del primero no existían dudas–. Pero, en segundo lugar, llama la atención la diferenciación entre el cesionario en exclusiva y el extraño «*cesionario parcial*», como si el legislador, por contraposición con el primero, hubiese querido hacer aquí referencia al cesionario no exclusivo. Descartada esta última interpretación, dado que la imposibilidad de constituir una hipoteca por el cesionario no exclusivo parece clara (arg. *ex* art. 50.1 TRLPI), creo que dicha expresión debe entenderse subsumida en la propia figura del cesionario en exclusiva, que, en efecto, puede serlo únicamente de una *parte* de las facultades de explotación del autor, y no de todas ellas (*cfr.* art. 48.I TRLPI). Muy crítico con el tenor del artículo 46.2 LHMPSD se muestra también Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., págs. 548-549.

49 Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 83.

art. 49.II LPI se deduce que la transmisión no consentida por el cedente no es ineficaz frente al cedente, sino que solo determinará que el cesionario y el transmisario (el adjudicatario en la subasta, en nuestro caso) quedarán obligados solidariamente frente al autor»[50] de las obligaciones derivadas de la cesión (fundamentalmente, la de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida: *cfr.* art. 48.II TRLPI).

No obstante, si bien es cierto que una lectura sistemática de los artículos 53.1 y 49 TRLPI fundamenta la anterior interpretación, me parece que la cuestión puede ofrecer alguna duda[51], en vista, particularmente, de lo dispuesto en el artículo 53.2 TRLPI, y según dónde se sitúe la *ratio* de este precepto. Dicha disposición establece, a renglón seguido de admitir la hipoteca de propiedad intelectual, que «*[l]os derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones o parte inembargable*». Como parte de la doctrina ha sugerido, el fundamento y alcance de esta previsión podría localizarse en la íntima conexión que existe entre los derechos de explotación y los derechos morales que integran la propiedad intelectual del autor, de suerte que el legislador habría ordenado la inembargabilidad de aquellos a fin de impedir que puedan ser cedidos a un tercero sin contar con la voluntad de este último, salvaguardando así la especial relación que le une con su obra. En cambio, suele argumentarse que, por idéntica razón, tal limitación no operaría para la hipoteca de propiedad intelectual debido, precisamente, al origen convencional de la garantía real, a través de cuya constitución el autor habría aceptado voluntariamente la eventual adjudicación del derecho de explotación gravado a un tercero[52] –si bien es cierto que, al igual que sucede en el primer caso, el autor tampoco elegiría aquí a la persona concreta que va a terminar explotando su obra[53]–. Desde esta perspectiva, si la conjugación entre ambos apartados del artículo 53 TRLPI debe basarse, efectivamente, en la imposibilidad de adjudicar un derecho de explotación a un tercero sin intervención de la previa voluntad del autor debido al permanente vínculo moral entre este y su obra, parece que, por el mismo motivo, el cesionario en exclusiva también debería contar en todo caso con el consentimiento del autor para poder constituir eficazmente una hipoteca sobre el derecho cedido[54]. Parece, además,

50 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado…*, cit., pág. 97. En idéntico orden de planteamientos, *vid.* Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., pág. 1756; Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 959; Curto Polo, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 850; Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 549.

51 En opinión de Domínguez Luelmo, «[u]na cosa es considerar necesario el consentimiento del cedente para proceder a la constitución de la hipoteca, que ya he defendido, y otra considerar que todo el régimen del art. 49 TRLPI es aplicable a la hipoteca, y concretamente al adjudicatario. En este sentido, creo que dicho consentimiento es necesario en todo caso. Lo que no parece de recibo es entender que la hipoteca sin dicho consentimiento es igualmente eficaz con las consecuencias que se derivan del mencionado precepto, es decir, que hipotecante y adjudicatario responden solidariamente ante el autor de las obligaciones de la cesión» (Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 156).

52 *Vid.* Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 968-969; Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., págs. 43-45; Curto Polo, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 861.

53 Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 45.

54 Refiere también este argumento la propia Marco Molina (en «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 959), para descartarlo a continuación debido a la previsión establecida por el artículo 49.II TRLPI.

que una interpretación construida sobre una lectura interna articulada del artículo 53 TRLPI debería prevalecer sobre la que pudiese derivar del artículo 49.II TRLPI, en la medida que es aquel primer precepto el que regula específicamente la hipoteca de propiedad intelectual, y no así el segundo. No obstante, aún podría argumentarse, en un sentido análogo a como se ha interpretado que la inembargabilidad establecida por el artículo 53.II TRLPI no resulta aplicable a personas distintas del autor[55], que, habida cuenta que este último ya se desligó voluntariamente de su derecho de explotación al cederlo en exclusiva, aquel estrecho vínculo con su obra dejaría de ser una razón que impidiese la efectiva constitución de una hipoteca por parte del cesionario exclusivo sin su consentimiento, teniendo en consideración además que, en tal caso, este en quien sí recayó la elección del autor debería seguir respondiendo solidariamente junto al eventual adjudicatario, *ex* artículo 49.II TRLPI.

4.2. Exigencias formales

La titularidad y la libre disposición del derecho no son elementos suficientes para que la hipoteca de propiedad intelectual quede debidamente constituida, pues, tal como establece el artículo 3 LHMPSD, es todavía precisa la observancia de dos exigencias formales sucesivas para que dicho derecho real de garantía nazca: la formalización del contrato de hipoteca en una escritura pública que contenga las circunstancias mínimas preceptivas tasadas en los artículos 13 y 47 LHMPSD (*cfr.* art. 3.I LHMPSD), así como su inscripción en la Sección 4.ª *(«Sección de otras Garantías Reales»)* del RBM, que deberá ir necesariamente precedida, a su vez, de la inscripción de los derechos sobre la obra en el RPI —excepto en el caso de las obras audiovisuales, que se inscriben directamente en la Sección 7.ª del RBM *(«Obras y otras grabaciones audiovisuales»)*—.

De esta guisa, aunque las garantías reales presentan comúnmente un origen convencional, se definen por ser causa de preferencia especial (*cfr.* arts. 1922 y 1926 CC y 270 TRLC), y por atribuir un derecho real —caracterizado por su absolutividad y consecuente eficacia *erga omnes*—, a través de los cuales su titular puede lograr una satisfacción preferencial de su derecho de crédito con inherencia al bien gravado[56]. Por consiguiente, las garantías reales que pretenden crear las partes con base en el mutuo acuerdo provocan una serie de efectos frente a terceros ajenos a su relación contractual, que justifican la imposición por parte del ordenamiento de ciertos requisitos formales y de publicidad para su válida constitución y oponibilidad[57].

Así pues, en el caso de la hipoteca de propiedad intelectual, el cumplimiento cumulativo de ambas formalidades –escrituración pública e inscripción en el RBM– es requisito ineludible para que el derecho real de hipoteca quede constituido y despliegue todos los efectos que le son propios, a saber: la atribución al acreedor garantizado de un *ius distrahendi* dotado de

55 *Vid.*, a este respecto, Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 45; Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 971-972; Rodríguez Tapia, J. M., *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 134 y ss.

56 Para un estudio más detenido de la estructura de las garantías reales y la incidencia de la interlocución de sus componentes en los principios tradicionales que inspiran el sistema español en dicha materia, *vid.* Sancho Martínez, *La reserva de dominio*..., cit., pp. 135 y ss.

57 Garrido García, J. M.ª, *Tratado de las preferencias del crédito,* Civitas, Madrid, 2000, pág. 68.

privilegio especial y eficacia reipersecutoria sobre el objeto gravado (*cfr.* arts. 3.IV, 10 y 16 LHMPSD).

Hasta que se satisfagan las exigencias enunciadas, el contrato privado de hipoteca que hayan podido perfeccionar las partes únicamente produce acción personal entre los contratantes (*cfr.* art. 1862 CC), de suerte que la prestación cuyo cumplimiento podrá exigir el acreedor en tal caso consistirá en que el deudor realice todas las operaciones necesarias para la efectiva constitución del derecho real de garantía[58].

4.2.1. Contenido mínimo de la escritura constitutiva

La escritura de constitución de la hipoteca de propiedad intelectual debe incluir un contenido preceptivo mínimo que coincide, en parte, con el exigido para cualquier hipoteca mobiliaria (*cfr.* art. 13 LHMPSD), pero que, por las particularidades de la garantía estudiada, debe recoger también una serie de circunstancias propias que el artículo 47 LHMPSD impone específicamente tanto a la hipoteca de propiedad intelectual como industrial. Tal contenido mínimo, como a continuación se verá, permite dar certeza de los detalles identificativos de la relación de garantía con la finalidad de dotar de seguridad al tráfico jurídico y crediticio, a la par que maximiza la capacidad de obtener financiación con cargo a los derechos de propiedad intelectual sobre una obra. En particular, el contenido de la escritura debe reflejar, como mínimo, las siguientes menciones.

En primer lugar, la identificación de las partes intervinientes en la operación; es decir, del acreedor, del deudor, así como del titular del bien o derecho que se hipoteque, en caso de diferir de aquel último (art. 13.1.ª LHMPSD). Además, con respecto al deudor y, en su caso, el hipotecante no deudor, deberá consignarse un domicilio en el que puedan recibirse los eventuales requerimientos y notificaciones (art. 13.5.ª LHMPSD).

En segundo lugar, la descripción de las características identificativas del derecho de propiedad intelectual que pretenda hipotecarse (art. 13.2.ª LHMPPSD). Concretamente, el artículo 47.1.ª LHMPSD establece en este punto que la escritura debe recoger la «*naturaleza, especie y demás características de los bienes que se hipotequen*», lo que puesto en conexión con las precisiones efectuadas *ut supra* respecto al objeto de esta clase de garantía y la autonomía de las facultades de explotación, significa que, para quedar debidamente determinada, la escritura deberá especificar la concreta facultad o facultades de explotación gravadas, con referencia a su modalidad, ámbito territorial y extensión temporal. No obstante, se ha propuesto por una parte de la doctrina que, aun en el caso de que estos extremos no aparezcan especificados, la hipoteca podrá seguir entendiéndose debidamente determinada, bajo la argumentación de que cabría aplicar entonces analógicamente las presunciones legales de extensión temporal, territorial y material previstas para los negocios de cesión *inter vivos* en el artículo 43.2 TRLPI[59]. Por lo que hace a los dos primeros elementos, parece que no existiría inconveniente en considerar que, en defecto de previsión al respecto, la facultad gravada y

58 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado*..., cit., pág. 73.

59 *Vid.*, en este sentido, Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual...», cit., págs. 554-555; Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado*..., cit., pág. 97; Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., págs. 1775-1776; Heredia Cervantes, I., «Security Rights in Intellectual Property in Spain», en *Security Rights in Intellectual Property*, obra colectiva, directora E. M. Kieninger, Springer, Cham, 2020, pág. 662.

que eventualmente se ceda al adjudicatario tendrá un plazo de duración de cinco años limitado al ámbito territorial del país en el que se haya constituido la hipoteca. Sin embargo, no considero que pueda aplicarse analógicamente, a fin de considerarla debidamente determinada, la previsión contemplada en el artículo 43.2 *in fine* TRLPI, según la cual «*[s]i no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo*». El principio de especialidad que gobierna nuestro sistema de garantías reales exige la perfecta determinación del objeto gravado, mediante la debida identificación del contenido publicado en el registro, a fin de potenciar la explotación financiera de los recursos patrimoniales en la máxima capacidad de su valor. Como anteriormente se explicaba, de la propiedad intelectual sobre una misma obra pueden derivar una pluralidad de facultades patrimoniales autónomas, individualmente valiosas y susceptibles de ser empleadas como garantías independientes (arg. *ex* arts. 53.1, 23 y 43.1 TRLPI), de las que su titular puede valerse para obtener sucesivas facilidades crediticias procedentes del mismo o diversos financiadores. Por tanto, a fin de potenciar la capacidad financiera de la propiedad intelectual sobre una misma obra, y que dicho recurso no quede monopolizado en manos de un único financiador, es preciso que los derechos de explotación específicamente gravados sean perfectamente identificados en la escritura constitutiva, cuanto menos en su aspecto material, lo que no puede considerarse que quede debidamente cumplido mediante la presunción prevista en el artículo 43.2 *in fine* TRLPI, que adolece de una indefinición inasumible en sede de determinación hipotecaria.

En la anterior identificación de los derechos hipotecados, los artículos 47.2.ª LHMPSD y 16.7.º RLHMPSD exigen, además, como particularidad propia de la hipoteca de propiedad intelectual, la consignación del título con que sea conocida la obra a la que se refieren dichos derechos, así como su fecha y número de inscripción «*en el Registro especial*». Este «*Registro especial*» al que se refieren los anteriores preceptos solo puede tratarse del RPI, mediante cuya certificación se facilitará además el cumplimiento del tercero de los contenidos mínimos preceptivos —el «*[t]ítulo de adquisición de los bienes*»— exigido por el artículo 13.3.ª LHMPSD[60]. En consecuencia, a pesar de que en el ordenamiento español «*[l]a propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*» (art. 1 TRLPI), la explotación financiera de dicho recurso mediante la constitución de un gravamen hipotecario convierte dicha inscripción en necesaria, al establecerse esta como un requisito imprescindible para el acceso de la hipoteca de propiedad intelectual al RBM.

Como cuarto extremo indispensable, en la escritura constitutiva también deberá hacerse constar el «*[i]mporte, en moneda nacional, del principal garantizado, plazo para su devolución, tipo de interés si se pactare y cantidad que se señale para costas y gastos*» (art. 13.4.ª LHMPSD). Pues el principio de especialidad no solo exige, a fin de maximizar la movilización

60 Aunque el artículo 13.3.ª LHMPSD dispone *in fine* que la escritura hipotecaria también debe recoger la «*declaración del hipotecante de que* [los bienes o derechos] *no están hipotecados, pignorados ni embargados*», dicha previsión debe entenderse tácitamente derogada por la disposición final 3.1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modificó el artículo 2 LHMPSD para establecer, entre otras cuestiones, que «*[c]arecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar*», con la finalidad de liberar el crédito mobiliario.

de los recursos de los propietarios, que resulten identificados los bienes que van a ser objeto de gravamen, sino que también lo sea la obligación asegurada a través de ellos; y, en especial, su objeto y extensión. De esta forma, en caso de que mediante la hipoteca de propiedad intelectual pretenda asegurarse una obligación que, en el momento de su constitución, sea de cuantía meramente determinable (*cfr.* v.gr. arts. 7 y 9 LHMPSD), será preciso que en la escritura constitutiva se consigne una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria.

En quinto y último lugar, como especialidad de la hipoteca de propiedad intelectual, en la escritura deben consignarse expresamente las «*[l]icencias, autorizaciones o concesiones otorgadas por su titular a terceras personas*» (art. 47.3.ª LHMPSD), tanto exclusivas como no exclusivas, pues el precepto no distingue entre ellas. Como anteriormente señalaba, creo que esta previsión representa un argumento añadido a la posibilidad, previamente defendida, de que el autor de una obra pueda gravar hipotecariamente un derecho de explotación sobre el que haya concedido una exclusiva, durante la vigencia misma del contrato de cesión, siempre que la facultad de explotación a hipotecar se determine para un ámbito temporal distinto. En este sentido, la información requerida por el anterior precepto, a la par que delimita el ámbito disponible de la propiedad intelectual susceptible de ser gravado mediante una hipoteca, facilita que tanto el acreedor como terceros cuenten con conocimiento efectivo de dicha circunstancia, que inevitablemente incidirá sobre el valor de la garantía.

En consideración de todo lo expuesto, a pesar del incremento de los costes asociados a la escrituración pública y posterior registro de la hipoteca de propiedad intelectual, que suelen ser señalados como una de las debilidades de los modelos de garantías reales de corte formalista, puede concluirse que, en perspectiva de sistema, dicho modelo viabiliza, dada su seguridad y su transparencia para terceros sobre los elementos objetivos del negocio de garantía, una explotación financiera más intensa de los recursos patrimoniales; así, verbigracia, en el caso de la hipoteca de propiedad intelectual, facilitando que un derecho de explotación previamente cedido en exclusiva pueda ser gravado hipotecariamente por el cedente en determinadas condiciones, o que el autor pueda aprovechar la diversidad de facultades de explotación autónomas derivadas de la propiedad intelectual sobre una misma obra para obtener distintos créditos procedentes del mismo o diversos acreedores. En este sentido, las ventajas individuales y colectivas apuntadas, que convergen en el fomento del crédito basado en activos intangibles, exceden sobradamente los costes particulares asociados a las formalidades de constitución de las garantías.

Apuntado lo anterior, para finalizar, debemos centrar nuestra atención aún en dos importantes extremos que, si bien no se encuentran mencionados entre el contenido mínimo de la escritura exigido por la LHMPSD, podrán aparecer en ella, en un caso, por tratarse de un requisito necesario para que el acreedor pueda acudir, ante el incumplimiento de la obligación asegurada, a los procedimientos especiales de ejecución de la garantía hipotecaria; y, en otro, por tratarse de un interesante recurso característico de la caución estudiada, que, en caso de convenirse entre los contratantes, deberá recogerse en la escritura al representar un pacto de garantía accesorio a la hipoteca (*cfr.* art. 22.2.ª RLHMPSD). Me estoy refiriendo, concretamente, al valor de tasación del objeto hipotecado, en el primer caso, y al pacto anticrético del artículo 49 LHMPSD, en el segundo.

En las garantías reales hipotecarias, ya sean estas de carácter inmobiliario o mobiliario, el *ius distrahendi* dotado de reipersecutoriedad y de privilegio especial sobre el bien gravado que confieren al acreedor asegurado, se complementa con la existencia, para el caso de incum-

plimiento, de procedimientos especiales de ejecución de las garantías caracterizados por su sumariedad. En el caso de la hipoteca mobiliaria, estos procedimientos vienen regulados en los artículos 86 y ss. LHMPSD –que contemplan un procedimiento de ejecución extrajudicial de carácter notarial– y 681 y ss. LEC –que disciplinan un procedimiento judicial de ejecución directa sobre el bien o derecho hipotecado, al que remite el artículo 81 LHMPSD–. Sin embargo, el recurso a ambos procedimientos exige[61], por su propia sumariedad, que en la escritura hipotecaria se determine el precio en que los interesados tasan el activo gravado, para que sirva de tipo a la subasta, y que deberá ser idéntico en los dos casos (*cfr.* arts. 86.2.º LHMPSD y 682.2.1.º LEC)[62].

Conforme parte de la doctrina especializada coincide en señalar, cuya opinión suscribimos, en este aspecto ha residido, muy probablemente, una de las razones principales por las que la hipoteca de propiedad intelectual ha sido infrautilizada en la práctica: la intrínseca dificultad que presentan los derechos de propiedad intelectual para fijarles un precio a efectos de su potencial ejecución[63]. Así, es indudable que en un tipo de activos de naturaleza altamente especulativa, que se hallan sometidos a una fuerte depreciación por el transcurso del tiempo debido a la duración limitada de tales derechos –que el potencial adjudicatario solo recibirá en la medida que reste al hipotecante ejecutado–, unido a otros factores de fluctuación como el grado de intensidad con el que haya sido explotada la obra en el mercado, hacen evidente que resulta fundamental la precisión de criterios de tasación uniformes si se quiere expandir el crédito basado en la propiedad intelectual.

Es de destacar que la anterior conclusión es compartida tanto en los ordenamientos basados en un sistema de garantías reales funcionalista (v.gr. EEUU, Canadá o Australia), como en aquellos que, como el nuestro, pueden ser clasificados entre los de corte formalista (como v.gr.

61 En el caso del procedimiento extrajudicial regulado en la LHMPSD, será necesario, además, que el deudor (o el hipotecante no deudor) haya designado en la escritura constitutiva un mandatario que, en su día, le represente en la venta de los bienes hipotecados, y que podrá ser el propio acreedor (*cfr.* art. 86.1.º LHMPSD).

62 La imprescindible fijación en la escritura constitutiva, también en el caso de la hipoteca sobre bienes muebles, del precio de tasación del bien o derecho hipotecado, fue reafirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), en su Resolución de 18 de diciembre de 2019, en un caso relativo a la inscripción de una escritura de constitución de una hipoteca mobiliaria sobre marcas comerciales (*vid.* BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, págs. 24806-24823).

63 *Vid.* Ventura Ventura, «La hipoteca de propiedad intelectual…», cit., pág. 586; Heredia Cervantes, «Security Rights…», cit., pág. 672. Como subraya este último autor, «*[i]t is assumed by Spanish scholars and legal practitioners that the majority of the difficulties involved in taking security rights over IP rights do not arise out of legal malfunction; rather, they arise out of the "quality of the collateral." In this respect, it is striking that the most frequently invoked objections to the use of IP rights as collateral are the difficulty of valuing the rights and the rapid depreciation of the value of the rights, particularly in the case of intellectual property rights*» [«Por parte de la doctrina y de los profesionales del Derecho en España, se asume que la mayoría de las dificultades relacionadas con la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual no proceden de disfunciones de carácter legal; más bien, surgen de la "calidad de la garantía". En este sentido, resulta llamativo que las objeciones más frecuentemente invocadas frente a la utilización de los derechos de propiedad intelectual como garantía consistan en la dificultad de evaluar tales derechos y la rápida depreciación de su valor, particularmente en el caso de los derechos de propiedad intelectual» (T. de la A.)].

Italia o Francia[64]); es decir, el concreto modelo de garantías reales seguido en cada sistema jurídico no es la razón principal por la que la propiedad intelectual apenas se emplea hoy como garantía, pues su infrautilización no deriva en la mayoría de los ordenamientos de obstáculos de carácter jurídico, sino económico, esto es, relativos a la calidad de la garantía y su evaluación. Así, como recientemente ha apuntado algún estudio internacional sobre la materia,

> «the problem of evaluation is central to the use of IP rights as a basis for obtaining credit. With respect to nearly all jurisdictions covered[65], this difficulty is mentioned as one of the main reasons why IP rights are not used more regularly as collateral. Not only is there an inherent difficulty in fixing a certain sum of money to an IP right, given the great variety of these rights, but there is also no widely recognized –let alone internationally standardized– method of evaluation (…). [T]here are differing valuation methods for intellectual property, that can produce vastly different valuations (…). Considering the variety here, it comes as no surprise that the different methods lead to huge differences in outcome. One obvious way forward would be the development of at least national (better: international) standardized methods of evaluation»[66].

A los problemas derivados de la ausencia de métodos estandarizados de evaluación adaptados a la específica naturaleza de la propiedad intelectual[67], se le une la dificultad, común a

64 No obstante, *vid.*, en la nota a pie núm. 6 de este trabajo, la progresiva derivación de este sistema hacia un modelo cada vez más funcionalista.

65 En el estudio de referencia, efectuado en el marco de la Academia Internacional de Derecho Comparado, se examinaron las garantías reales sobre propiedad intelectual correspondientes a 26 países.

66 Kieninger, «Security Rights…», cit., págs. 4-5 [«el problema de la valoración es fundamental en lo que hace a la utilización de los derechos de propiedad intelectual como forma de obtener crédito. Con respecto a prácticamente todas las jurisdicciones analizadas, esta dificultad es mencionada como una de las razones principales por las que dichos derechos no se emplean con mayor frecuencia como garantía. No solo existe una dificultad inherente en la asignación de una suma determinada a un derecho de propiedad intelectual, dada la amplia variedad de tales derechos, sino que tampoco existe un método de valoración ampliamente reconocido –y mucho menos unificado internacionalmente– (…). Existen diferentes métodos para valorar la propiedad intelectual, lo que puede conducir a cuantificaciones muy divergentes (…). Considerando la variedad antedicha, no es de extrañar que los diferentes métodos conduzcan a resultados enormemente dispares. Un camino claro a seguir consistiría en el desarrollo de métodos de evaluación estandarizados, cuanto menos, a nivel nacional (y, mucho mejor, internacional)» [T. de la A.]).

67 En la previamente aludida RDGRN de 18 de diciembre de 2019, la Dirección General advirtió (*vid.* FD 11.º) que, aunque la tasación del bien hipotecado debe efectuarse, también en el caso de una hipoteca mobiliaria como la constituida sobre la propiedad industrial o intelectual, conforme a lo exigido por el artículo 682.2.1.º LEC, los métodos de valoración empleados deben ajustarse a la concreta naturaleza de los bienes muebles gravados; en especial, cuando la garantía recae sobre activos intangibles o inmateriales, pues su especial naturaleza no cohonesta bien con las normas de valoración diseñadas tradicionalmente para los bienes inmuebles.
En este sentido, como ha puesto de manifiesto la doctrina especializada, son tres los factores clave que deberían considerarse a la hora de definir los mecanismos de tasación de los activos intangibles en el mercado financiero: la cualidad del bien inmaterial (v.gr. una obra musical, audiovisual, una marca o una patente) al que se refiere el derecho evaluado, la existencia o no de un mercado líquido relevante y las ventajas objetivas proporcionadas por dicho recurso. Partiendo de los anteriores elementos, se ha propuesto que los métodos empleados para valorar los activos de propiedad intelectual deberían combinar mecanismos de evaluación estáticos –como el método basado en el costo o

todos los negocios de garantía real, de que el momento en que se efectúa dicha valoración es inmediato al de perfección del contrato, cuando puede suceder que dicho valor difiera notablemente del que pueda corresponderle en el momento ejecutorio, lo que sin duda acaecerá, incluso de manera más exacerbada por los factores que se mencionaban antes, en los derechos de propiedad intelectual[68].

No obstante, y vinculado en cierta medida con lo anterior, queda por hacer referencia a un importante acuerdo de garantía que, con carácter accesorio a la hipoteca de propiedad intelectual, puede ser convenido entre las partes como mecanismo mediante el que paliar la rápida obsolescencia de la garantía por el transcurso del tiempo. Se trata del pacto anticrético previsto, no en el TRLPI, pero sí en la LHMPSD, que en su artículo 49 dispone que «*[e]l acreedor que en virtud del pacto adquiera la facultad de cobrar el importe de los derechos del titular, en su totalidad o en una determinada proporción, imputará las sumas percibidas al pago de intereses, y en lo que excediere, a la amortización del capital. A estos fines, el citado pacto deberá notificarse auténticamente a la Sociedad de Autores*»[69].

Por su ubicación sistemática, el precepto se está refiriendo, concretamente, al acreedor que se encuentre garantizado mediante una hipoteca de propiedad intelectual, quien tiene reconocida legalmente la posibilidad de acordar con el deudor que aquel hará suyos los rendimientos del derecho hipotecado a medida que se vayan generando, facilitándole así el cobro de los intereses y, en lo que excediese, el capital, durante la vida de la garantía[70]. Como puede apreciarse, el mecanismo resulta especialmente propicio en una garantía basada en la propiedad intelectual, pues el transcurso del tiempo puede provocar que la explotación de una obra bajo determinada modalidad pierda rentabilidad según vaya siendo conocida entre el público; pérdida que, sin embargo, puede intentar paliarse mediante el acuerdo anticrético descrito[71].

En caso de que las partes adopten dicho acuerdo, el mismo deberá recogerse en la escritura de constitución de la hipoteca, junto al acta de la notificación exigida *in fine* por el artículo 49 LHMPSD cuando proceda, tal como queda previsto en el artículo 22.2.ª RLHMPSD.

4.2.2. El doble sistema registral de la hipoteca de propiedad intelectual

Conforme al artículo 3.IV LHMPSD, la escritura de hipoteca de propiedad intelectual debe inscribirse en el Registro que dicha ley establece –el RHMPSD, en la actualidad integrado en

el basado en los ingresos–, con métodos de valoración dinámicos, como el basado en el rendimiento financiero (*vid.* Séjean, M. y Binctin, N., «Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle», en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 71, núm. 2, 2019, págs. 455-456).

68 Kieninger, «Security Rights…», cit., págs. 5-6.

69 Previsión que hoy debe entenderse referida a las Entidades de Gestión (*vid.* Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 185).

70 El tenor literal del artículo 49 LHMPSD lleva a defender a la mayor parte de la doctrina la finalidad solutoria del pacto anticrético en él regulado, habida cuenta que la facultad conferida no se limitaría a recibir los frutos, sino a cobrarlos (*vid.* Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado…*, cit., pág. 117; Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., págs. 1761; Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 187; Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 963-964).

71 Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 963; Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 184.

el RBM– para otorgar al acreedor hipotecario el poder propio de una garantía real, por lo que la inscripción en dicho Registro tiene para aquella caución carácter constitutivo. Además, entre los contenidos mínimos indispensables que debe contener aquella escritura, los artículos 47.2.ª LHMPSD y 16.7.º RLHMPSD exigen la consignación del título con que sea conocida la obra a la que se refieren los derechos a hipotecar, así como su fecha y número de inscripción «*en el Registro especial*», que no puede ser otro que el RPI.

La efectiva constitución de la hipoteca de propiedad intelectual requiere, por tanto, la cumplimentación de un doble trámite de inscripción en dos Registros públicos diferenciados, cuya naturaleza y alcance no debe ser objeto de confusión.

El RPI, que encuentra su fundamento legal en los artículos 144 y 145 TRLPI, tiene por objeto la «*inscripción o anotación de los derechos relativos a las obras, actuaciones o producciones*» protegidas por el TRLPI, así como de los «*actos y contratos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales y de cualesquiera otros hechos, actos y títulos, tanto voluntarios como necesarios, que afecten a derechos de propiedad intelectual*» (art. 1 RRPI). Tal como se desprende de una lectura integrada de los artículos 145.1 y 1 TRLPI, la inscripción que en él se practica tiene carácter voluntario y meramente declarativo, lo que significa que los derechos de propiedad intelectual no nacen o se adquieren con motivo de su registro en el RPI, sino como consecuencia de actos jurídicos externos al mismo.

La excepción viene dada, sin embargo, por la hipoteca de propiedad intelectual que, creándose por medio de su inscripción en otro Registro diferente –el RBM–, exige, no obstante, que el derecho que pretenda hipotecarse figure inscrito previamente en el RPI. La LHMPSD resulta paladina en este sentido cuando establece en su artículo 46.3 que «*[n]o son susceptibles de hipoteca mobiliaria los derechos de propiedad intelectual registrables pero no registrados*», lo que, al cabo, convierte la inscripción en el RPI en preceptiva cuando el derecho de propiedad intelectual en cuestión pretenda ser hipotecado por su titular. La razón de ello guarda relación con la diversa naturaleza que presentan ambos Registros. Así, habida cuenta su régimen jurídico, el RPI funciona eminentemente –aunque con limitaciones y sin idéntica plenitud al paradigma que representa el Registro de la Propiedad– como un registro de titularidades[72], viéndose gobernado, entre otros, por el principio de legitimación registral a favor del titular inscrito, de suerte que, salvo prueba en contrario, se presume que los derechos de propiedad intelectual en él registrados «*existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo*» (art. 145.3 TRLPI). Por tanto, desde la perspectiva de la constitución de la hipoteca, la previa inscripción de tales derechos en el RPI funciona como una prueba cualificada de la titularidad de quien pretenda convertirse en hipotecante (*cfr.* art. 1857.2.ª CC)[73], lo que explica que esta sea requerida de manera preceptiva para la constitución de

72 Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 55; Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., pág. 1766; Morillo González, F., González Gonzalo, A., Moralejo Imbernón, N., «Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual», en *Manual de propiedad intelectual*, obra colectiva, coordinadores R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. González Gonzalo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 473.

73 Nótese, en este sentido, que el titular del RPI competente somete a calificación las solicitudes presentadas y la legalidad de los actos y contratos relativos a los derechos inscribibles, conforme a lo establecido en el artículo 21 RRPI, acordando practicar, suspender o denegar la inscripción solicitada (*vid.* Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., págs. 1770-1771).

dicha garantía[74], habida cuenta que el RBM funciona en este ámbito como un mero registro de gravámenes, y no de titularidades.

En efecto, a pesar de su denominación y de lo que suele a veces señalarse, el RBM no representa, con vocación de generalidad, un registro de la propiedad mobiliaria, aunque así lo anuncie de forma un tanto fastuosa alguna norma reglamentaria. Así, en particular, el RRCGC –en el que curiosamente quedó aprobado, por medio de su Disposición adicional única, el RBM– declara en su Preámbulo que a través de dicho reglamento «*se procede a la creación del Registro de Bienes Muebles, como verdadero Registro de titularidades sobre bienes muebles y no meramente de gravámenes*». Sin embargo, superado dicho prolegómeno, el apartado segundo de su disposición adicional única establece, en términos más llanos, que «*[e]l Registro de Bienes Muebles es un Registro de titularidades y gravámenes sobre bienes muebles, así como de condiciones generales de la contratación*», de donde surge la duda inicial relativa a si el RBM representa siempre un auténtico registro de titularidades –en el que la primera inscripción practicada sería la del dominio, para pasar a continuación a publicar los gravámenes que sobre el mismo se constituyan–, o si dicha naturaleza no es concurrente en todo caso, en el sentido de que en algunos supuestos sí funcionaría como tal, pero en otros solo lo haría como un mero registro de gravámenes.

Para esclarecer esta cuestión, resulta imprescindible partir de los concretos textos legales que dan fundamento al RBM, pues solo una norma con rango de ley podría instaurar un verdadero «Registro de la propiedad mobiliaria», habida cuenta la profunda alteración que tal cambio ocasionaría sobre el régimen de circulación de los bienes muebles consagrado en los artículos 448 y 464 CC y 85 CCom[75]. Como ya sostuve en otro lugar[76], las leyes 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de Sociedades, y 6/1990, de 2 de julio, sobre modificación del artículo 4.º de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, únicamente preceptuaron una refundición del RHMPSD con los libros de buques y aeronaves del Registro Mercantil y con el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles de carácter puramente organizativo[77]. Esto implica que, aunque a efectos organizativos se hayan refundido en uno solo, los Registros previamente identificados, que con anterioridad a la creación del RBM funcionaban con carácter autónomo, continúan rigiéndose en la actualidad por sus respectivas normas. Por tanto, tal como establece *in fine* el propio apartado segundo de la disposición adicional única del RRCGC, dentro de cada una de las secciones que integran el RBM[78] «*se aplicará la normativa específica reguladora de los actos*

74 Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 959; Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 70; Pau Pedrón, «La hipoteca de propiedad intelectual», cit., págs. 1770-1771.

75 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado*..., cit., pág. 410.

76 Para mayor detenimiento sobre las consideraciones que siguen y sus diversas implicaciones, *vid.* Sancho Martínez, *La reserva de dominio*..., cit., págs. 441 y ss.

77 *Vid.* Pau Pedrón, A., *Curso de Práctica Registral*, UPCO, Madrid, 1995, pág. 144; Domínguez Luelmo, *La hipoteca de propiedad intelectual*, cit., pág. 443.

78 *Vid.*, en este sentido, el apartado primero de la Disp. adic. única del RRCGC, en el que se indica que cuatro de las seis secciones que originariamente componen el RBM se hallan organizadas en función del bien mueble objeto del contrato –en concreto, las Secciones 1.ª (Buques y Aeronaves), 2.ª (Automóviles y otros Vehículos de Motor), 3.ª (Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo) y 5.ª (Otros bienes muebles registrables)—, quedando destinadas las dos secciones restantes a «*otras Garantías reales*» (Sección 4.ª), así como al «*Registro de Condiciones Generales de la Contratación*» (Sección 6.ª). Es de destacar que, aunque en el RBM finalmente apro-

o derechos inscribibles que afecten a los bienes, o a la correspondiente a las condiciones generales de la contratación». Por consiguiente, en lo que a efectos de este trabajo interesa, cuando lo que pretenda inscribirse sea, específicamente, una hipoteca de propiedad intelectual, el RBM –que funcionará en tal caso como sucesor del RHMPSD– no desarrollará su labor como un registro de titularidades, sino de gravámenes, por quedar dicho supuesto regido por la LHMPSD y ser esa la única clase de registro que legitima esta ley[79].

La anterior constatación interesa por varias cuestiones. Primero, porque al no funcionar la Sección 4.ª del RBM como un registro de titularidades, no se exige que se practique en ella una previa inscripción del dominio –es decir, una inscripción preliminar relativa a la titularidad del objeto hipotecado [*cfr.* arts. 68.a) y 13 LHMPSD]–[80], sino que lo primero que accede a ella es la propia hipoteca de propiedad intelectual. Es cierto, no obstante, que, en la medida que existe otro registro distinto del RBM en el que puede inscribirse la titularidad de tales derechos –el RPI–, la inscripción constitutiva de la hipoteca en el RBM exige, como antes se explicaba, la previa inscripción del derecho de propiedad intelectual que pretende hipotecarse en el RPI, al actuar esta última como prueba cualificada de dicha titularidad. A pesar de ello, es preciso destacar aquí que, funcionando la Sección 4.ª del RBM, como se ha explicado, como un registro de gravámenes y no de titularidades, no cabrá una adquisición de la hipoteca de propiedad intelectual *a non domino* –es decir, por quien no sea verdadero titular del derecho hipotecado–, pues, aunque dicha titularidad pudiese aparecer registrada en el RPI, no existe en la legislación especial –ni en la LHMPSD, ni en el TRLPI– ninguna regla que establezca en este ámbito el principio de fe pública registral[81].

El doble sistema registral expuesto exige, para su adecuado funcionamiento, que deba existir una adecuada coordinación entre el RBM y el RPI, motivo por el que el artículo 76.I LHMPSD establece que, constituida la hipoteca de propiedad intelectual mediante su inscripción en el RBM, el encargado de este Registro deberá comunicarlo de oficio al RPI, a fin de que se verifiquen en este último las anotaciones que correspondan. Ahora, es claro que la hipoteca queda constituida con todos los efectos que le son propios mediante su inscripción en el RBM (*cfr.* art. 3.IV LHMPSD), por lo que, tal como se encarga de aclarar el artículo 76.II LHMPSD, la eventual falta de toma de razón en el RPI «*no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción*». Por consiguiente, aunque en tal hipótesis el hipotecante cediese el derecho de propiedad intelectual gravado a un tercero y dicha cesión se inscribiese en el RPI, la hipoteca contará con la eficacia reipersecutoria que le es propia desde su constitución –esto es, desde el instante de su inscripción en el RBM–, y, en consecuencia, dicho activo seguirá

bado, la Sección 4.ª recibió la denominación previamente indicada, inicialmente planeó llamarse «*Sección de Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial*» (*vid.* Disp. transitoria de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles), que es, en efecto, lo que en ella se inscribe. Por otro lado, es preciso subrayar también que a las seis secciones inicialmente creadas se le ha unido una Sección adicional —la 7.ª, correspondiente a «*Obras y otras grabaciones audiovisuales*»—, que fue creada por medio de la Disp. final primera de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.

79 Es meridiana la declaración realizada al respecto en la Exposición de Motivos de la LHMPSD, donde el legislador afirma que valoró y expresamente rechazó la creación de un Registro de la Propiedad mobiliaria, «*toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes*».

80 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado*..., cit., pág. 57.

81 Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López, *Tratado*..., cit., pág. 57-61; Marco Molina, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., pág. 959-961; Curto Polo, «Comentario al artículo 53 LPI», cit., págs. 850-851.

sujeto al cumplimiento de la obligación asegurada (*ex* art. 16 LHMPSD)[82], por mucho que no exista constancia de tal garantía en el RPI.

5. Conclusiones

Primera.- La hipoteca de propiedad intelectual únicamente tiene por objeto los derechos de propiedad intelectual de contenido patrimonial que resulten susceptibles de transmisión *inter vivos*, lo que no solo incluye los derechos de autor que cumplan tales condiciones, sino también los denominados derechos afines o conexos.

Segunda.- Aunque puede resultar una cuestión dudosa, existen importantes razones que permiten defender que el derecho de compensación equitativa por copia privada no puede ser objeto de una hipoteca de propiedad intelectual. De un lado, admitir la transmisibilidad –y consecuente hipotecabilidad– de dicho derecho podría desvirtuar la función reparadora de la obligación indemnizatoria predeterminada *ex lege* y atentar contra la lógica protectora de la compensación, especialmente en el caso de autores y artistas con escaso poder de negociación (*cfr.* art. 25.2 *in fine* TRLPI). Pero, de otro lado, con independencia de su (in)transmisibilidad, el reconocimiento de dicha compensación da lugar al nacimiento de un derecho de crédito, de suerte que la única garantía real que, en su caso, podría constituirse sobre tal objeto sería una prenda de créditos, y no una hipoteca mobiliaria.

Tercera.- Una lectura sistemática de los artículos 23, 43.1 y 53.1 TRLPI permite concluir que, con base en el principio de independencia, cada facultad de explotación, en cada posible modalidad específica, con la concreta extensión territorial y temporal que pueda determinarse, resulta susceptible de gravamen hipotecario autónomo. En consecuencia, dada la infinidad de facultades patrimoniales diversas e individualmente valiosas que, en relación con una misma propiedad intelectual, pueden ser empleadas como activo hipotecario independiente, resulta imprescindible que tal específico objeto quede perfectamente determinado en la escritura constitutiva que se lleve a inscripción en el RBM (*cfr.* arts. 13.2.ª y 47.1.ª LHMPSD), en consonancia con el principio de especialidad que rige en el sistema tradicional español de garantías reales.

Cuarta.- Las únicas presunciones del artículo 43.2 TRLPI que podrían aplicarse a la hipoteca de propiedad intelectual a fin de entender determinado el derecho gravado en tales aspectos son las que se refieren a las extensiones temporal y territorial, mas no así la presunción de extensión material contemplada *in fine* en dicho precepto, pues su indefinición cercenaría indebidamente la capacidad de financiación del titular con cargo a su propiedad intelectual, al quedar esta gravada genéricamente a favor de un solo financiador.

Quinta.- El principio de autonomía aplicado a la hipoteca de propiedad intelectual permite argumentar, asimismo, que el autor que haya cedido en exclusiva determinada modalidad de explotación para un espacio y tiempo específicos, seguirá contando con el poder de disposición preciso para gravar hipotecariamente dicha facultad de explotación, siempre y cuando esta se refiera a un marco temporal diverso.

82 A ello debe añadirse que el hipotecante gozará, asimismo, de la protección complementaria que supone la prohibición de cesión prevista en el artículo 48 LHMPSD, como concreción de la prohibición de enajenar que, con carácter general, rige en sede de garantías mobiliarias no posesorias (*cfr.* art. 4 LHMPSD).

Sexta.- El cesionario no exclusivo no cuenta con la legitimación precisa para constituir una hipoteca de propiedad intelectual sobre el derecho cedido, puesto que el artículo 50.1 *in fine* TRLPI establece expresamente que su derecho será intransmisible salvo en caso de que la transmisión se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria (art. 49.III TRLPI); excepción, esta última, que parece tasada con carácter restrictivo, y que en ningún caso tiene por finalidad justificar su hipotecabilidad. Esta conclusión no viene contradicha por el artículo 46.2 LHMPSD, pues la expresión «cesionario parcial» empleada por dicho precepto no parece que pretenda hacer referencia al cesionario no exclusivo.

Séptima.- A diferencia del anterior sujeto, al cesionario en exclusiva sí le es dado constituir una hipoteca sobre el derecho cedido, con los concretos límites materiales, temporales y espaciales que presente, siempre y cuando cuente para ello con el consentimiento del cedente (*ex* arts. 46.2 LHMPSD y 49.I TRLPI). No obstante, aunque la conclusión puede presentar alguna objeción derivada de una lectura interna articulada del artículo 53 TRLPI, podría sostenerse que, aun no mediando dicho consentimiento, la hipoteca quedará eficazmente constituida, pues, habida cuenta que el autor ya se desligó voluntariamente de su derecho al cederlo en exclusiva, el estrecho vínculo con su obra dejaría de ser una razón que impidiese el anterior resultado, más aún si se entiende que, en tal caso, el cesionario seguirá respondiendo solidariamente junto al eventual adjudicatario, *ex* artículo 49.II TRLPI.

Octava.- El concreto modelo de garantías reales adoptado en cada ordenamiento no es la razón principal por la que la propiedad intelectual apenas se emplea hoy como garantía, pues su infrautilización no deriva en la mayoría de los sistemas de obstáculos de carácter jurídico, sino económico, esto es, relativos a la calidad de la garantía y su evaluación. Desde esta perspectiva, resulta fundamental la precisión de criterios de tasación uniformes, adaptados a la especial naturaleza y características de estos derechos, si se quiere expandir el crédito basado en la propiedad intelectual.

Novena.- La efectiva constitución de la hipoteca de propiedad intelectual exige su inscripción en el RBM, que funciona en este ámbito como un mero registro de gravámenes y no de titularidades. No obstante, es precisa la previa inscripción del derecho que pretenda hipotecarse en el RPI, que, gobernado por el principio de legitimación registral, aporta una prueba cualificada de la titularidad de quien pretenda convertirse en hipotecante. No obstante, no cabrá una adquisición de la hipoteca de propiedad intelectual *a non domino*, pues no existe en la legislación especial ninguna regla que establezca en este ámbito el principio de fe pública registral. Verificados los requisitos oportunos, la hipoteca de propiedad intelectual quedará constituida con los efectos *erga omnes* que le son propios desde su inscripción en el RBM, aunque no llegue a tomarse razón de ella en el RPI.

Bibliografía

Beardsley, M. C. y **Hospers, J.,** *Estética: historia y fundamentos*, 4.ª ed., Cátedra, Madrid, 1981.

Bercovitz Álvarez, G. y **Minero Alejandre, G**., «La transmisión de los derechos de autor», en *Manual de propiedad intelectual*, obra colectiva, coordinadores R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. González Gonzalo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 213-257.

Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E. y **Marín López, M. J.,** *Tratado de los Derechos de Garantía,* tomo II, 4.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Castellanos Cámara, S., *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

Cordero Lobato, E., «Comentario al artículo 1857 CC», en *Comentarios al Código Civil*, obra colectiva, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, t. IX, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 12745-12756.

Cuntz, A. y otros, «IP assets and film finance – a primer on standard practices in the U.S.», en *Economic Research Working Paper*, núm. 74, WIPO, 2023, págs. 1-72.

Curto Polo, M.ª M., «Comentario al artículo 53 LPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 843-863.

De Couto Gálvez, R. M.ª, «Las garantías reales mobiliarias sobre las obras y los derechos de propiedad intelectual», en *Retos y desafíos de las garantías reales*, obra colectiva, director A. B. Veiga Copo, coordinador M. Martínez Muñoz, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2021, págs. 775-804.

Domínguez Luelmo, A., *La hipoteca de propiedad intelectual,* Reus, Madrid, 2006.

Galicia Aizpurua, G. (dir.) y **Castellanos Cámara, S.** (coord.), *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, Thompson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

Galicia Aizpurua, G., «Prenda de créditos dinerarios, garantías financieras, pacto comisorio y pacto marciano (o por qué el Código Civil no reguló la prenda de créditos)», en *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, obra colectiva, director G. Galicia Aizpurua, coordinadora S. Castellanos Cámara, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 203-277.

Garrido García, J. M.ª, *Tratado de las preferencias del crédito,* Civitas, Madrid, 2000.

Garrote Fernández-Díez, I., «Comentario al artículo 25 LPI», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, obra colectiva, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, págs. 517-549.

Gout, O., «Quel droit commun pour les sûretés réelles ?», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 2, 2013, págs. 255-274.

Heredia Cervantes, I., «Security Rights in Intellectual Property in Spain», en *Security Rights in Intellectual Property*, obra colectiva, directora E. M. Kieninger, Springer, Cham, 2020, págs. 657-672.

Kieninger, E. M., «Security Rights in Intellectual Property: General Report», en *Security Rights in Intellectual Property*, obra colectiva, directora E. M. Kieninger, Springer, Cham, 2020, págs. 1-45.

Marco Molina, J., «Comentario al artículo 53 LPI», en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, obra colectiva, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, págs. 954-973.

Martí Miravalles, J., «Comentario a los artículos 48 a 50 TRLPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 792-811.

Morillo González, F., González Gonzalo, A., Moralejo Imbernón, N., «Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual», en *Manual de propiedad intelectual*, obra colectiva, coordinadores R. Bercovitz Rodríguez-Cano y A. González Gonzalo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 430-479.

Pau Pedrón, A., «La hipoteca de propiedad intelectual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 642, 1997, págs. 1747-1774.

Pau Pedrón, A., *Curso de Práctica Registral*, UPCO, Madrid, 1995.

Peña Bernaldo de Quirós, M., *Derechos reales, derecho hipotecario*, 2.ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1986.

Picod, Y., «La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho francés», en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, obra colectiva, director J. M.ª Miquel González, La Ley, Madrid, 2013, págs. 193-204.

Plaza Penadés, J., «Comentario al artículo 2 LPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 40-85.

Rodríguez Tapia, J. M., *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1992.

Sancho Martínez, L., *La reserva de dominio en el sistema español de garantías reales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Séjean, M. y Binctin, N., «Sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle», en *Revue internationale de droit comparé*, vol. 71, núm. 2, 2019, págs. 447-468.

Sieira Gil, J., «Obras de arte y fomento del crédito mobiliario. Una hipoteca "inmobiliaria" y otras medidas de protección registral», en *Retos y desafíos de las garantías reales*, obra colectiva, director A. B. Veiga Copo, coordinador M. Martínez Muñoz, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2021, págs. 731-774.

Vendrell Cervantes, C., «Comentario al artículo 14 LPI», en *Comentario a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 264-295.

Ventura Ventura, J. M., «La hipoteca de propiedad intelectual e industrial», en *Análisis crítico de los derechos de garantía en el tráfico mercantil*, obra colectiva, directores F. J. Camacho de los Ríos, J. C. Espigares Huete y G. J. Velasco Fabra, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 537-600.

Listado de resoluciones

– RDGRN de 18 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, págs. 24806-24823).

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-4

Entre la expresión artística y el acto vandálico. Grafitis y daños constitutivos de la infracción penal del art. 263 CP

Between Artistic Expression and Vandalism: Graffiti and Criminal Property Damage Under Article 263 of the Criminal Code

María Castro Corredoira
Profesora Ayudante Doctora de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela
maria.castro.corredoira@usc.es

Resumen: Los grafitis forman parte del fenómeno comúnmente conocido como «Street art» o arte urbano. Como es lógico, nuestro sistema legal no es ajeno a esta realidad y da respuesta a aquellos supuestos en que el grafiti deja de ser una expresión artística para convertirse en un acto vandálico. En este trabajo se analiza la respuesta del Derecho penal a esta clase de supuestos a través de la normativa del delito de daños de los artículos 263 y siguientes del Código Penal, estableciendo distinciones entre lo que ha de considerarse «mero deslucimiento» y aquellos comportamientos que comportan auténticos daños evaluables económicamente.

Palabras clave: delito de daños; mero deslucimiento; grafiti; menoscabo; valor económico.

Abstract: Graffiti is part of the phenomenon commonly known as «Street art» or «urban art». Naturally, our legal system is no stranger to this reality and responds to cases in which graffiti ceases to be an artistic expression and becomes an act of vandalism. This paper analyses the response of Criminal law to such cases through the regulation of damage offences in Articles 263 et seq. of the Criminal Code, establishing distinctions between what is to be considered «simply lacklustre» and behaviour that causes genuine damage that can be assessed in economic terms.

Keywords: criminal damage; simply lacklustre; graffiti; impairment; economic value.

1. Contextualización

Qué ha de entenderse por mero deslucimiento y qué ha de tener la consideración de daño calificable penalmente es una cuestión controvertida. La normativa penal reguladora de los delitos de daños de los artículos 263 y siguientes del Código Penal es pacífica en lo que atañe a aspectos como su bien jurídico protegido o su objeto material. Sin embargo, cuestiones como la definición del comportamiento típico continúan siendo objeto de debate. Existe consenso a la hora de considerar que el delito de daños se caracteriza por una conducta encaminada a producir un daño como resultado. Sin embargo, qué ha de entenderse por «dañar» ha sido, y continúa siendo, una cuestión que brinda cierto margen al debate. Como se expondrá en las líneas que siguen, no cabe duda de que comportamientos consistentes en destruir, deteriorar o inutilizar habrán de tener tal consideración. Sin embargo, mayor enjundia plantea dirimir qué ha de entenderse por «menoscabar» y, en su caso, si todo menoscabo ha de tener la condición de daño. En el contexto específico de las pintadas y grafitis esta cuestión se intensifica. Existen diversos posicionamientos judiciales sobre los límites que han de operar entre el mero deslucimiento y los daños, reservando la respuesta penal para estos últimos. Sin embargo, las fronteras entre ambos conceptos no están suficientemente claras, lo que deriva en distintas líneas interpretativas que evidencian cierta confusión y la necesidad de determinar la calificación —delictiva o no— de la realización de una pintada. Así, se observan resoluciones que califican como daños supuestos de mero deslucimiento; casuística que integra en el concepto de mero deslucimiento el uso de pinturas y otros productos para reponer el estado anterior de la superficie, o fallos que plantean dudas en los casos en que los gastos de limpieza son muy elevados.

Este trabajo tiene por objeto abordar los aspectos centrales del delito de daños regulado en el art. 263 CP y su aplicación en el contexto de pintadas y grafitis, prestando especial atención a aquellos elementos más discutidos y algunas cuestiones específicas, como la atribución de autoría por identificación de firmas o «tags», o la insuficiencia del potencial corrosivo de la pintura para la apreciación de daños. Se abordarán, igualmente, los diferentes posicionamientos judiciales en torno a la distinción entre mero deslucimiento y menoscabo constitutivo de daños en el contexto específico de los grafitis.

2. Regulación penal de los daños

La regulación de los delitos de daños se ubica sistemáticamente en los artículos 263 a 267, en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II del Código Penal. Su tipificación es ciertamente problemática, pues la ausencia de una definición del concepto de «daño» en la norma conduce a dificultades en la delimitación de su definición, contenido, desarrollo y consumación. No obstante, como se pondrá de manifiesto en las líneas que siguen, doctrina y jurisprudencia han acometido un excelso esfuerzo interpretativo en aras de dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que dicha regulación plantea[1].

En términos generales, nos encontramos ante un delito común, por lo que cualquiera podrá ostentar la condición de sujeto activo del delito. El sujeto pasivo será, en todo caso, el propie-

1 SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio de 2018 (ECLI:ES:APO:2019:2236; Id Cendoj: 33044370022019100248).

tario del bien dañado[2], con independencia de que la posesión pueda ostentarla un tercero. Así, sujeto pasivo y perjudicado no siempre coincidirán, pues además del titular de la cosa, el tercero poseedor (*v.gr.* la persona arrendataria o la persona usufructuaria) podrá tener también la condición de perjudicado, por verse privado del uso y disfrute del bien[3].

Esta regulación ostenta naturaleza residual[4], sancionando aquellos daños o quebrantos en la propiedad ajena que no tengan acomodo en otros preceptos del Código Penal[5] que también tipifican hechos dañosos para la propiedad ajena, como por ejemplo los artículos 323 (en el contexto de los delitos contra el patrimonio histórico), 341 (en lo relativo a los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes), 346 (en el ámbito de los estragos), y 351 (en el contexto de los incendios) y siguientes.

3. El objeto de protección penal

Es pacífica la consideración de que el bien jurídico protegido se concreta en la propiedad ajena, cuya titularidad puede ser pública o privada[6]. En el contexto de los delitos patrimoniales, se distinguen diversas categorías delictivas que atienden, primordialmente, a la naturaleza de la conducta típica, diferenciando entre: a) delitos de apoderamiento; b) delitos de ejercicio abusivo del propio patrimonio; y c) delitos de menoscabo del patrimonio ajeno[7]. Los delitos de daños comprendidos en los arts. 263 y siguientes CP se definen por la ausencia de ánimo de lucro, así como por que la conducta del autor no conlleva la incorporación de la cosa a su propio patrimonio o al de un tercero. Estamos ante delitos sin *animus rem sibi habendi*[8], que se integran en la categoría de delitos de menoscabo del patrimonio ajeno.

4. Objeto material del delito

El objeto material de los daños puede tratarse, indistintamente, de una cosa mueble o inmueble, evaluable económicamente[9], con independencia de que pueda llegar a comportar un beneficio para el sujeto pasivo[10].

2 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*, Aranzadi, Navarra, págs. 409 y ss.; Martínez González, B., «De los daños (arts. 263 a 267)», en Roma Valdés, A. (dir.), *Código Penal comentado*, Bosch, 2022, págs. 509-510.

3 Martínez González, B., «De los daños…», *cit.*, págs. 509-510.

4 SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio de 2018, *cit*.

5 Esta naturaleza viene de lejos, pues el Código Penal de 1973, en su art. 557, se refería a «los daños no comprendidos en el delito de incendio y estragos». El texto actual del artículo 263 CP señala que castigará los daños «no comprendidos en otros títulos de este Código».

6 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (X): sustracción de la cosa propia a su utilidad social o cultural. Daños», en González Cussac, J. L., *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 481 y ss.

7 Martínez González, B., «De los daños…», *cit.*, págs. 509-510.

8 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., pág. 481.

9 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal…*, *cit*., págs. 409 y ss.

10 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., págs. 482 y ss.

El Tribunal Supremo se refiere en algunas resoluciones, únicamente, a cosas materiales[11] que puedan ser susceptibles de deterioro, destrucción o ejercicio de la propiedad. De igual modo, parte de la doctrina limita el objeto material a aquellos bienes dotados de corporeidad. Ciertamente, a menudo el objeto material se concretará en una cosa corporal, pero la regulación penal actual admite también que el comportamiento típico recaiga sobre un objeto incorporal contenido en una cosa corporal: tal es el caso de los daños informáticos, los programas informáticos y los documentos electrónicos ajenos, como se describe en el art. 264.1 CP desde la reforma de 2015[12].

5. La cuantificación (económica) de los daños

El tipo básico se encuentra tipificado en el apartado 1.º del artículo 263 CP con una configuración no cerrada, que alude a la causación de daños en propiedad ajena que no estén comprendidos en otros títulos del Código Penal, lo que advierte de la posibilidad de apreciar el delito por acción o por comisión por omisión[13].

La normativa fija una frontera de cuantificación de los daños en 400 euros, de tal modo que aquellos que no superen dicho límite comportarán la apreciación de un delito leve. Esta previsión legal proviene de la reforma penal del año 2015, en la cual se suprimió la antigua falta del art. 626 CP[14], que sancionaba a quienes «deslucieren bienes muebles[15] o inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios». El delito leve de daños está castigado con multa de uno a tres meses, es decir, con mayor sanción que la antigua falta de daños (que se sancionaba con pena de localización permanente de dos a doce días o multa de diez a veinte días). Por ello, en este caso, la conversión de la falta en delito trasciende de lo meramente nominal, comportando un endurecimiento de la respuesta punitiva[16]. Desde un punto de vista político criminal, la referencia cuantitativa

11 STS (Sala Segunda) n.º 341/2015, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2589; Id Cendoj: 28079120012015100337).

12 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal…*, *cit*., págs. 409 y ss.; Castro Corredoira, M.; Vázquez-Portomeñe Seijas, F., «La reforma de los delitos de daños: arts. 263, 264, 264 bis, 264 ter, 264 quáter, 265, 266.1 y 266.2», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 831-832.

13 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., págs. 482 y ss.; STS (Sala Segunda) n.º 341/2015, de 16 de junio, *cit*.

14 *Vid.* Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo. La desaparición de la falta no supuso una despenalización de la conducta. *Cfr.* SSTS (Sala de lo Penal) n.º 333/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1647; Id Cendoj: 28079129912021100004); y n.º 628/2023, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3485; Id Cendoj: 28079120012023100606). También AAP de Valladolid (Sección 2.ª), n.º 149/2025, de 17 de marzo (ECLI:ES:APVA:2025:300; Id Cendoj: 47186370022025200153), entre otros.

15 Originalmente, el objeto material se limitaba a bienes inmuebles, pero se extendió a bienes muebles con la reforma de la LO 5/2010, de 23 de junio.

16 Castro Corredoira, M.; Vázquez-Portomeñe Seijas, F., «La reforma de los delitos de daños…», *cit*., págs. 831-832.

mencionada (400 euros) parece acertada, pues coincide con la empleada en otros delitos patrimoniales para delimitar los ámbitos de aplicación de los delitos leves (*v.gr.* delitos de hurto (arts. 234 y 236 CP), delitos de usurpación (arts. 246 y 247), delitos de estafa (art. 248); delito de administración desleal (art. 252 CP); o delito de apropiación indebida [art. 253 CP)].

Aun cuando la normativa es clara en este punto, se observan algunas resoluciones judiciales en las que parece no respetarse dicha gradación delictiva, por calificar como leves daños cuya cuantificación supera el umbral legal establecido[17], lo que quizás pueda provenir de una cierta confusión heredada de la antigua tipificación de faltas.

6. Comportamiento típico y resultado: la producción de un daño y posible perjuicio

Como delito de resultado, exige que se produzca un daño, siendo perfectamente posible su comisión en grado de tentativa[18]. Qué ha de entenderse por «daño» es una cuestión que se ha discutido mucho por doctrina y jurisprudencia[19]. Se ha señalado que la definición de los daños ha de acometerse en su doble vertiente, esto es, en sentido gramatical y en sentido jurídico. Los daños tipificados serían entonces aquellos susceptibles de identificarse con un detrimento o un menoscabo[20]. Como bien apunta la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia n.º 628/2023, deteriorar significa «estropear, menoscabar, poner de inferior condición algo o empeorar, degenerar»; mientras que menoscabar «supone disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo; deteriorar y deslustrar algo, quitándole parte de asignación o lucimiento que antes tenía».

La acción típica punible consiste en «dañar» o «causar daño». A día de hoy parece existir cierto acuerdo en torno a la idea de que toda destrucción (como pérdida total del valor del objeto), deterioro (como pérdida de funcionalidad, pérdida parcial del *quantum,* cualquiera que sea su representación), o la inutilización o desaparición de las cualidades y utilidades de una cosa (pérdida de su eficacia, productividad y rentabilidad) habrán de tener tal consideración[21], independientemente de que estas supongan efectivamente un quebranto económico

17 En la materia concreta que nos ocupa, baste señalar, a título ejemplificativo, la SAP de Valencia (Sección 5.ª) n.º 293/2022, de 22 de junio (ECLI:ES:APV:2022:1940; Id Cendoj: 46250370052022100179). Resuelve recurso de apelación del condenado contra la sentencia de primera instancia, que lo castigaba como autor de un delito leve de daños por la realización de un grafiti en el tren 4352 en la estación FGV, de Torrent, por un importe de 806,97 euros. Se desestima el recurso y se confirma el fallo: el acusado había reconocido los hechos en distintas fases del proceso. Otro caso lo encontramos en la SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo (ECLI:ES:APJ:2021:660; Id Cendoj: 23050370022021100070), que resuelve recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Jaén de 14 de enero de 2021, que condenaba al acusado como autor de varias pintadas en zonas comunes de su edificio, ascendiendo los daños a 791,34 euros.

18 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit.* págs. 481 y ss.

19 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal…*, *cit*., págs. 409 y ss.

20 SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio de 2018, *cit*.

21 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal…*, *cit*., págs. 409 y ss.; Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., págs. 481 y ss.; AAP

para su titular o no[22]. A ello habría que añadir el menoscabo[23] como destrucción parcial y el cercenamiento de su integridad o pérdida de valor[24].

Se apreciará delito de daños incluso en aquellos casos en que estos puedan conllevar una ventaja para el titular de la cosa[25]. Ello es así por cuanto la descripción del comportamiento típico se refiere a dañar la propiedad de titularidad ajena.

Han existido discrepancias a la hora de valorar si es suficiente que la conducta afecte al valor de uso que tiene tal cosa para el titular o si, por el contrario, se requiere una cierta afectación de la propia sustancia[26]. Piénsese, sobre todo, en supuestos en que no se altera la sustancia en sí, pero a pesar de ello, la cosa deviene inaprovechable para el titular[27]. Buena parte de la doctrina[28] estima que no toda aflicción del valor de uso de la cosa debe ser suficiente para apreciar la existencia de un delito de daños, sino que habrá de producirse, además, cierta afectación de la sustancia que comporte un deterioro, o bien, la pérdida de valor de la cosa[29]. En el contexto de las pintadas, este criterio también tiene una amplia acogida. Baste señalar, a título meramente ejemplificativo, entre otras, la SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo de 2021, que declara que el elemento distintivo entre mero deslucimiento y menoscabo constitutivo de daños reside, precisamente, en la existencia de alteración de la sustancia de la cosa o de alguno de los elementos que la componen, en cuyo caso habrá que sustituirla (ya sea total o parcialmente).

Con todo, autores como Martínez-Buján admiten la apreciación de un delito de daños en casos donde no se llega a acometer una alteración de la sustancia del bien como tal, sino que simplemente la cosa deviene inaprovechable para el titular, como, por ejemplo, en el supuesto de dejar escapar a un animal[30]. Esta tesis defiende que lo verdaderamente determinante para la calificación es el detrimento patrimonial que se ocasiona en la propiedad ajena como resultado de la conducta.

Sea como fuere, como delito patrimonial, la valoración del daño como resultado debe incluir su evaluación económica, que ha de estar debidamente tasada en la causa[31]. Aspectos

de Valladolid (Sección 2.ª) n.º 149/2025, de 17 de marzo, *cit*.; SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio de 2018, *cit*. Clarificadora en este sentido la ya citada STS (Sala de lo Penal) n.º 341/2015, de 16 de junio.

22 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., págs. 482 y ss.

23 STS (Sala de lo Penal) n.º 628/2023, de 19 de julio, *cit.*

24 STS (Sala de lo Penal) n.º 301/1997, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:1997:1745; Id Cendoj: 28079120011997101565); AAP de Valladolid (Sección 2.ª), n.º 149/2025, de 17 de marzo, *cit*.; SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio de 2018, *cit*.

25 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., pág. 482, donde se pone como ejemplo derruir una casa vieja, de nula rentabilidad, dejando un solar edificable.

26 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal…*, *cit*., págs. 409 y ss.

27 *Op. cit.* págs. 409 y ss., que alude a ejemplos clásicos como desinflar los neumáticos de un vehículo, abrir la espita de un tonel, dejando salir así el líquido que contiene, o arrojar una joya al mar. En todos estos casos, se produce un desplazamiento de la sustancia de la cosa, pero no una afectación de esta propiamente dicha. Sin embargo, el bien deviene igualmente inaprovechable para su titular.

28 *Op. cit.* págs. 410- 411.

29 STS (Sala de lo Penal) n.º 341/2015, de 16 de junio, *cit*. En la jurisprudencia menor, por ejemplo, SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio de 2018, *cit*.; SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo, *cit*.

30 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., pág. 482.

31 STS (Sala Segunda) n.º 333/2021, de 22 de abril, *cit*.

como la mano de obra (con su correspondiente IVA), quedarán excluidos de tal ponderación, con independencia de que sí sean tenidos en cuenta a la hora de cuantificar la responsabilidad civil derivada del delito[32].

Otra cuestión controvertida es la que alude a la necesidad de que se cause un perjuicio. Usualmente, sí se va a producir un perjuicio patrimonial. Sin embargo, no es exigible como elemento nuclear del tipo, pues cabe apreciar el delito incluso aunque tal perjuicio no llegue a perpetrarse[33]. De igual modo, tampoco se exige que la acción delictiva comporte un beneficio para el sujeto activo[34], siendo igualmente irrelevante que este pueda llegar a enriquecerse —de modo indirecto— con el resultado lesivo[35].

A diferencia de otras formas de delincuencia patrimonial como el hurto o el robo, tampoco requiere ánimo de lucro, ni un desplazamiento patrimonial a favor del autor del delito o de un tercero (no exige, por tanto, *animus rem sibi habendi*).

6.1. El caso de las pintadas y grafitis: entre el mero deslucimiento y los daños

6.1.1. *Statu quo*

En la actualidad, la jurisprudencia mayoritaria diferencia entre los daños y el deslucimiento[36], si bien es cierto que en algunos contextos la distinción se torna compleja[37].

32 SSTS (Sala Segunda) n.º 2043/2002, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2002:8147; Id Cendoj: 28079120012002103294); y n.º 475/2020, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3038; Id Cendoj: 28079120012020100497).

33 Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal…*, *cit*., págs. 410- 411.

34 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., págs. 481 y ss.

35 *Op. cit*. pág. 482; VVAA, «El delito de daños», Olmedo Cardenete, M. D.; Tárrago Ruiz, A., *Casos prácticos de Derecho penal económico con jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 202-203.

36 SAP de Lleida (Sección 1.ª) n.º 267/2020, de 9 de diciembre (ECLI:ES:APL:2020:1045; Id Cendoj: 25120370012020100263); SAP de Sevilla (Sección 1.ª) n.º 520/2018, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APSE:2018:1929; Id Cendoj: 41091370012018100358); AAP de Valladolid (Sección 2.ª) n.º 149/2025, de 17 de marzo, *cit*.; AAP de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 365/2023, 29 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:6765A; Id Cendoj: 08019370092023200436), que resuelve recurso de apelación interpuesto por la acusación particular (Renfe Operadora) contra el auto de 6 de abril de 2021 del Juzgado de Instrucción n.º 33 de Barcelona, que acordó el sobreseimiento provisional de la causa por entender que no existía certeza sobre el autor material de los hechos. Se estima el recurso de apelación y se revoca el auto del Juzgado de Instrucción. En el caso de autos, se entiende que no cabe duda de que se trata de un delito de daños porque la restitución de los vagones al estado anterior requirió limpieza mediante disolventes y la sustitución de los aislantes de las ventanas, debido a que la goma quedó afectada por el grafiti y hubo que volver a pintar los vagones íntegramente. Por lo tanto, en este caso se estima menoscabo parcial que afectó a la integridad y al valor de los vagones.

37 Definido como «un territorio fronterizo difuso» en AAP de Valladolid (Sección 2.ª) n.º 149/2025, de 17 de marzo, *cit*.

La STS 333/2021, de 22 de abril, supuso un punto de inflexión en la materia: desde entonces, la jurisprudencia menor, mayoritariamente, permite encajar típicamente la realización de grafitis en el delito de daños, siempre y cuando la pintada conlleve una pérdida de valor o la necesidad de una reparación evaluable económicamente[38], más allá de la simple limpieza[39]:

> «el daño que se declara probado es el resultado de una acción dirigida a su producción. Este se produce por la destrucción, por el menoscabo y el deterioro de la cosa cuando la conducta desplegada afecta a la sustancia del bien con tal intensidad que su reparación, pues todo es susceptible de ser reparado, comporta una lesión al patrimonio ajeno».

Parece entonces que lo verdaderamente determinante no será la acción sino el resultado y las consecuencias, lo cual resulta compatible con la consideración de los daños como un delito de resultado[40]. Lo verdaderamente relevante para la aplicación del delito de daños será, entonces, la intensidad de la acción restaurativa[41]: la reposición que exceda de la mera limpieza (*v.gr.* por necesitar una nueva pintura) tendrá encaje en el delito de daños[42]. No será necesario que el bien pierda definitivamente su aptitud para servir al fin destinado. Tampoco se precisa su destrucción (parcial o total). Será suficiente con un menoscabo de la sustancia

38 STS (Sala Segunda) n.º 333/2021, de 22 de abril, *cit*.

39 En el caso de deslucimiento, la pintada o grafiti se puede limpiar, mientras que en el caso del delito de daños, no es suficiente la limpieza, haciéndose necesaria la reposición del bien dañado a su estado anterior (por ejemplo, volviendo a pintarlo). Criterio seguido por numerosas sentencias, entre otras, SAP de Zamora (Sección 1.ª) n.º 2/1998, de 5 de junio (ECLI:ES:APZA:1998:317; Id Cendoj: 49275370011998100146); SAP de Toledo (Sección 2.ª) n.º 37/2011, de 20 de abril (ECLI:ES:APTO:2011:374; Id Cendoj: 45168370022011100155). Se unen a ellas muchas otras, como por ejemplo la SAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 815/2009, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APB:2009:9527; Id Cendoj: 08019370032009100710); SAP de Barcelona (Sección 5.ª), de 10 de julio de 2006 (ECLI:ES:APB:2006:7264; Id Cendoj: 08019370052006100538); SAP de Cádiz (Sección 1.ª) n.º 291/2013, de 30 de julio (ECLI:ES:APCA:2013:1997; Id Cendoj: 11012370012013100038); SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) n.º 110/2016, de 17 de mayo (ECLI:ES:APSS:2016:370; Id Cendoj: 20069370012016100102); SAP de Madrid (Sección 15.ª) n.º 746/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:APM:2015:16436; Id Cendoj: 28079370152015100762); SAP de Soria (Sección 1.ª) n.º 35/2015, de 30 de abril (ECLI:ES:APSO:2015:76; Id Cendoj: 42173370012015100076); SAP de Oviedo (Sección 2.ª), n.º 261/2019, de 26 de junio, *cit*.; SAP de Pontevedra (Sede de Vigo, Sección 5.ª) n.º 369/2019, de 9 de octubre (ECLI:ES:APPO:2019:2529; Id Cendoj: 36057370052019100358); AAP de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 365/2023, de 29 de marzo, *cit*.

40 En el mismo sentido, SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) n.º 110/2016, de 17 de mayo, *cit*.; SAP de Soria (Sección 1.ª) n.º 35/2015, de 30 de abril, *cit*.; SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) n.º 44/2017, de 11 de mayo (ECLI:ES:APGU:2017:126; Id Cendoj: 19130370012017100126); SAP Cáceres (Sección 2.ª) n.º 301/2017, de 16 de octubre (ECLI:ES:APCC:2017:811; Id Cendoj: 10037370022017100292).

41 SAP de Madrid (Sección 4.ª) n.º 63/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:APM:2016:17313; Id Cendoj: 28079370042016100440).

42 SAP de Barcelona (Sección 20.ª) n.º 555/2019, de 29 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:10024; Id Cendoj: 08019370202019100375); SAP de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 118/2019, de 20 de febrero (ECLI:ES:APB:2019:3047; Id Cendoj: 08019370092019100042); SAP de Guipúzcoa (Sección 1.ª) n.º 110/2016, de 17 de mayo, *cit*.; SAP de Barcelona (Sección 8.ª) n.º 58/2019, de 6 de febrero (ECLI:ES:APB:2019:2227; Id Cendoj: 08019370062019100042).

de la cosa en relación con su estado anterior[43]. Así lo expresa, con gran acierto, la Audiencia Provincia de Barcelona, en auto de 16 de junio de 2017[44]:

> «la mera pintada en un vagón de tren pudiera provocar, un mero perjuicio estético identificable con el concepto de simple deslucimiento, ya que en apariencia la pintura que se arroja no provoca deterioro aparente de la otra que cubre el vagón. Desde las exigencias de tipicidad del delito de daños (que protege el bien jurídico de la propiedad, como se deduce claramente por su ubicación sistemática), si en el caso concreto es factible un principio de prueba de que la eliminación de la pintura del spray no puede llevarse a cabo sin deteriorar de modo efectivo la pintura original del vehículo, esto es, no es imposible a través de simple limpieza, reponer el objeto a su anterior estado. O igualmente, si es susceptible de ser acreditado que la pintura del aerosol provoca corrosión en algún elemento que requiere ser reemplazado debe concluirse que el resultado de la acción sobrepasa el ámbito simplemente estético, para constituir un auténtico menoscabo, económicamente evaluable, del objeto, toda vez se ha visto afectado de modo parcial en su sustancia (resulta deteriorado o menoscabado)»[45].

No obstante lo expuesto, nos encontramos ante una cuestión compleja que ha propiciado la aparición de diferentes líneas interpretativas a lo largo de los años, a pesar de que la tesis mayoritaria traza unos contornos específicos para el delito de daños frente al mero deslucimiento. Así, también se observan pronunciamientos que estiman que la conducta será típica si el resultado supone la destrucción, la inutilización o el deterioro severo del bien, esto es, en casos en que la acción es grave[46]. En dicha argumentación se acude a una interpretación sistemática del delito de daños: el art. 263 CP no define qué ha de entenderse por daño y, por su parte, el art. 265 CP, se refiere a destruir, dañar de modo grave o inutilizar para el servicio bienes muebles o inmuebles.

Encontrarnos ante una cuestión de límites difusos favorece que, desde el punto de vista de la defensa en el proceso penal, sean múltiples y muy variados los argumentos que los investigados esgrimen para defender su postura, siendo algunos de los más frecuentes, los

43 SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) n.º 44/2017, de 11 de mayo, *cit*. Dicho posicionamiento exige que se produzca una alteración de la sustancia, lo que equivale, en este ámbito, a que exista algún tipo de alteración estructural del bien (en este caso, de aquel sobre el que se realice la pintada). Baste señalar, *ad exemplum*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2.ª), n.º 95/2021, de 25 de mayo de 2021:
«En el caso de pinturas, si con una mera limpieza aplicando cualquier producto (desde el más sencillo que sería agua, a cualquier otro producto químico) se produce la reposición al estado originario, no se estaría ante un menoscabo constitutivo de un delito de daños, sin embargo en el supuesto en el que se hubiera debido de sustituir la capa o recubrimiento sobre el que el sujeto activo lleva la acción, exigiendo un repintado o sustitución de ese último estrato o lámina de cobertura, este debe de equipararse a una sustitución de uno de los elementos que compone la cosa, precisamente el que recibe el impacto».

44 En el caso de autos, la pericial practicada revela la necesidad de volver a pintar y realizar un tratamiento específico previo (consistente en sustituir una capa de la pared).

45 En un sentido similar, SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo, *cit*.

46 SAP de Toledo (Sección 1.ª) n.º 184/2016, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APTO:2016:1061; Id Cendoj: 45168370012016100523), que confirma el fallo absolutorio de una persona acusada de un delito de daños por haber realizado unas pintadas en vagones de tren de propiedad de RENFE, cuya limpieza tuvo un coste superior a los 6000 euros. También SAP de Cuenca (Sección 1.ª) n.º 4/2004, de 14 de enero (ECLI:ES:APCU:2004:12; Id Cendoj: 16078370012004100019).

que a continuación se detallan: a) alegar que los hechos son actualmente atípicos, tras la derogación de la falta de deslucimiento por la LO 1/2015, de 30 de marzo[47]; b) entender que ha de apreciarse mero deslucimiento porque el bien no ha sufrido daños estructurales, sino perjuicios meramente estéticos, reparables con labores tendentes a restituirlo a su estado anterior solo con una limpieza[48]; c) alegar error en la valoración de la prueba en relación con informes periciales, por ejemplo, por considerar que existen formas alternativas de reparación a las practicadas[49]; d) estimar que los costes de reparación o de restitución que figuran en las periciales son orientativos o estimatorios[50]; e) aducir que el órgano judicial debería tener en cuenta el informe pericial presentado por la defensa (que detalla un menor coste del arreglo), en lugar de acogerse al informe pericial emitido por el perito designado por el juzgado; f) razonar que no se puede acreditar si el vagón ya estaba pintado anteriormente o no[51]; o g) suscitar dudas sobre el tiempo necesario para elaborar un grafiti de un determinado tamaño y/o características. En algunos casos, se acepta la autoría del grafiti, pero se niega que concurran los elementos típicos del delito, por no haberse producido destrucción o inutilización (siquiera, parcial) del bien, no suponiendo entonces un cercenamiento de su integridad al no provocarse un daño estructural del bien y ser suficiente una mera limpieza[52].

6.1.2. Definición de «mero deslucimiento»

En el contexto que nos ocupa, habrá que valorar si la pintada o grafiti se limita a una pérdida de condiciones estéticas susceptibles de reparación con una mera limpieza, sin necesidad de hacer uso de técnicas específicas, en cuyo caso estaremos ante un mero deslucimiento[53]. Ilustrativa en este sentido resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2.ª), n.º 259/2018, de 5 de noviembre:

> «la acción de deslucimiento equivale a «quitar gracia, atractivo o lustre de una cosa (Diccionario RAE). Estamos, pues, ante una afectación estética negativa de un bien, no generadora necesariamente de daño o menoscabo material, pero que sí perjudica al bien afectado desde una perspectiva visual o estética, afectándolo o produciendo un demérito de su apariencia que el propietario no quiere o consiente que tenga respecto del estado preexistente al acto ilícito».

El deslucimiento se identifica así con una afectación estética del bien, una pérdida de lustre, que puede reponerse con una simple limpieza y que, por tanto, no requiere de una reparación estructural[54] —*v.gr.* pintura, administración de otros elementos de lucimiento de facha-

47 AAP de Barcelona n.º 365/2023, de 29 de marzo de 2023, *cit*.

48 SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio, *cit*.

49 Por ejemplo, el pulimiento sin necesidad de volver a pintar, como en el caso del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 365/2023, de 29 de marzo de 2023.

50 Alegando, por ejemplo, que en los costes se computa el arreglo total del vagón, no solo la parte realmente afectada.

51 SAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 440/2023, de 26 de junio (ECLI:ES:APB:2023:8736; Id Cendoj: 08019370032023100300).

52 SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo, *cit*.

53 Entre otros, AAP de Valladolid (Sección 2.ª) n.º 149/2025, de 17 de marzo, *cit*.; AAP de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 365/2023, de 29 de marzo de 2023, *cit*.; SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio, *cit*., que habla de «menoscabo ornamental» que ocasiona un «perjuicio meramente estético».

54 SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo, *cit*.

das o superficies o disolventes[55]— para recuperar su estado anterior[56]. Seguirá teniendo la condición de deslucimiento[57] incluso aunque el gasto de limpieza sea muy elevado, siempre y cuando se ciña a esa labor.

A pesar de ser claro el posicionamiento judicial mayoritario sobre la necesidad de discernir entre los casos en que la modificación estética se restaura con una simple limpieza y aquellos otros en que se requiere de otras actuaciones para reponer la condición anterior, se contemplan algunos fallos judiciales que se apartan de esta tesis e integran en el concepto de deslucimiento otras labores exigibles para la reposición del estado anterior, como, por ejemplo, la pintura. Se aduce, en estos casos, que la necesidad de una nueva mano de pintura no revela una acción destructiva, sino únicamente una acción por la que se modifica el estado exterior del bien[58]. Sin embargo, este planteamiento no parece acertado, pues obvia el menoscabo ocasionado y su cuantificación, así como la necesidad de restauración.

6.1.3. El deslucimiento en el concepto de daño

Se han venido observando casos en que parece integrarse el simple deslucimiento en el concepto de daño. Así, por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2.ª), n.º 149/2025, de 17 de marzo de 2025 (ECLI:ES:APVA:2025:300; Id Cendoj: 47186370022025200153). Resuelve un recurso de apelación interpuesto por la representación del investigado contra el auto de 5 de febrero de 2025 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Valladolid (procedimiento de diligencias previas 530/2024), en el que se apreciaba un delito leve por la realización de dos grafiti en fachadas y dos separadores de terraza. El recurrente alegaba que se eliminaban con una simple limpieza con agua a presión y disolvente[59], señalando entonces que estaríamos ante una infracción administrativa, por tratarse de un mero deslucimiento. Se desestima el recurso porque el parecer del órgano judicial es que el deslucimiento, en este caso, se integra en el concepto de daños. Este auto se adhiere, con cierto grado de confusión, a la tesis del Tribunal Supremo en su sentencia n.º 628/2023, de 19 de julio, que apunta que tendrá la condición de daño cualquier destrucción o menoscabo de la propiedad ajena que produce perjuicio económico. Con arreglo a este posicionamiento, un grafiti ilegal, gramaticalmente, sería un menoscabo que, conforme a una interpretación lógica, comportaría daños, porque su reparación precisaría de un desembolso económico. Así, el concepto de daño no se limitaría a un menoscabo material o físico, sino que integraría también el deslucimiento. No obstante, el auto obvia que habrá que tener en cuenta la intensidad o el alcance de la tarea de restauración que objetivamente ha de aplicarse al

55 AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) n.º 220/2020, de 23 de junio (ECLI:ES:APCR:2020:343.ª; Id Cendoj: 13034370022020200123).

56 El deslucimiento es sancionable administrativamente, por vía del art. 37 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que contempla, entre sus 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».

57 AAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 457/2021, de 7 de mayo (ECLI:ES:APB:2021:5992A; Id Cendoj: 08019370032021200507).

58 SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio, *cit*. En contra de este criterio, entre otras muchas, SAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 440/2023, de 26 de junio, *cit*.

59 Se practicó pericial (sobre la necesidad de utilización de camión y de disolventes). Se concluye deslucimiento, pero se encaja el concepto de deslucimiento en el contexto de los daños calificables penalmente.

bien dañado o deslucido, lo que redunda, una vez más, en la necesidad de trazar una clara distinción entre la necesidad de una limpieza y la auténtica apreciación de un menoscabo evaluable económicamente.

6.2. Otras cuestiones conexas

6.2.1. El potencial corrosivo de la pintura

Ya se ha indicado anteriormente que los límites entre el deslucimiento y los daños son ciertamente difusos. Ello favorece cierto debate judicial y son los propios órganos judiciales quienes deben dirimirlo. En este sentido, otra cuestión que se ha planteado concierne a aquellos supuestos en que la parte perjudicada alega corrosión para que se aprecie el delito de daños[60]. Para solventar esta circunstancia, lo primero será definir qué se entiende por corrosión: «degradación de un metal por alteración de su estructura química por oxidación». Si esa corrosión se produce, habrá de acreditarse debidamente. En caso de que se acredite, los órganos judiciales vienen apreciando delito de daños[61]. Sin embargo, si se alega, pero no llega a demostrarse, no se apreciará tal calificación delictiva, pues no puede partirse de la premisa de que la corrosión sea equiparable al efecto que la pintura puede provocar sobre la superficie, esto es: una cosa es que se reconozca virtualidad, el potencial efecto corrosivo de la pintura, y otra muy distinta, que se asuma que la pintura produce corrosión en todo caso.

6.2.2. La atribución de autoría por firmas o «tags»

Algunos fallos judiciales[62] analizan la problemática derivada de las pintadas consistentes, únicamente, en firmas o «tags» aisladas, que no acompañan expresiones artísticas. Con buen criterio, se entiende que el «tag», aun sirviendo de identificador del autor dentro del colectivo, no puede operar como indicio suficiente a título de imputación de la autoría de la pintada. La

60 Casos como el planteado en el AAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 457/2021, de 7 de mayo de 2021, *cit*. que resuelve el recurso de apelación interpuesto por Renfe Viajeros contra el auto de 4 de febrero de 2021 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Cerdanyola del Vallès, que dictó sobreseimiento libre de la causa, alegando, (consideramos, erróneamente), que las pintadas realizadas en vagones de trenes no pueden ser consideradas como daños típicos, sino deslucimiento de bienes muebles.

61 Baste señalar, a modo de ejemplo, AAP de Barcelona (Sección 6.ª) n.º 471/2017, de 16 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5960A; Id Cendoj: 08019370062017200535). La pericial practicada revela la necesidad de volver a pintar y realizar un tratamiento específico previo (consistente en sustituir una capa de la pared). También en SAP de Jaén (Sección 2.ª) n.º 95/2021, de 25 de mayo, *cit*.

62 AAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 497/2024, de 18 de julio (ECLI:ES:APB:2024:7863A; Id Cendoj: 08019370032024200471). Resuelve el recurso de apelación interpuesto por la representación del investigado contra auto de 14 de febrero de 2023, en el que se apreciaban indicios para atribuirle la participación culpable en un delito de daños ocasionado mediante pintadas en un vagón de TMB, en la estación La Pau (L4) de Barcelona, el día 25 de julio de 2020. Los daños se estiman en una cuantía superior a 400 euros, excediendo por tanto el umbral del delito leve. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) estima el recurso y revoca el auto por entender que ha sido dictado sobre una base indiciaria insuficiente. Se dicta sobreseimiento provisional *ex* art. 641 LECrim.

Audiencia Provincial de Barcelona resuelve esta cuestión con gran acierto en rollo de apelación 463/2021:

> «… la asociación de una simple firma no puede ser, en el ámbito penal, regido por el principio de culpabilidad y el rigor de la presunción de inocencia, suficiente indicio culpabilístico, de modo que sin más apoyos corroboradores, no cabría sustentar en tal único elemento, una eventual pretensión punitiva».

Será necesaria la apreciación de otros elementos que permitan corroborar la autoría (*v.gr.* imágenes de una cámara).

6.2.3. Escasa entidad o menor trascendencia

Como hemos indicado *supra*, la tendencia mayoritaria apunta a una distinción entre lo que ha de ser tratado (atípicamente) como mero deslucimiento, y el deslucimiento que, acompañado de otros factores como la pérdida de valor del bien, comportan un delito de daños. En esta línea, los órganos judiciales mantienen la identificación como mero deslucimiento incluso aunque las labores de limpieza comporten unos gastos elevados. Igualmente y al contrario, también tendrá encaje típico en el delito de daños aquel supuesto en que el resultado típico sea de escasa entidad o de menor trascendencia, en cuyo caso se optará por apreciar un delito leve de daños[63].

7. Dolo e imprudencia

En el delito de daños del art. 263 CP se concreta el dolo sin que se exija ninguna especificidad, siendo posible apreciar dolo directo, dolo de segundo grado o dolo eventual[64]. Es posible apreciar daños con independencia de que el culpable haya buscado directamente o no su causación[65]. Nos encontramos ante un comportamiento en el que no concurre ánimo de lucro, razón por la cual la jurisprudencia suele acudir al *animus nocendi*, *animus necandi* o *animus damnandi*, definido como la «intención concreta de causar un detrimento patrimonial de forma consciente y voluntaria en un bien ajeno cuya propiedad está protegida por el Derecho, valorable económicamente, cualquiera que sea su íntima motivación, salvo que se acredite otro propósito que pueda exculpar su acción»[66]. De lo expuesto hasta el momento se concluye que no se aprecia como tal un elemento subjetivo del injusto, salvo, quizás, en el tipo cualificado del art. 263.2.1 CP[67].

Al hilo del tema central que nos ocupa, resulta de especial interés el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª), n.º 220/2020, de 23 de junio de 2020, que traza una

63 Sirva, a modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª) n.º 220/2020, de 23 de junio (ECLI:ES:APCR:2020:343.ª; Id Cendoj: 13034370022020200123).

64 Entre otras, Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 97/2004, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2004:378; Id Cendoj: 28079120012004100047).

65 STS (Sala Segunda) n.º 97/2004, de 27 de enero, *cit*.

66 SAP de Oviedo (Sección 2.ª) n.º 261/2019, de 26 de junio, *cit*.

67 Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico…», *cit*., págs. 482 y ss.

interesante distinción entre las pintadas que se limitan a firmas (generalmente, «tags» con los que se identifican sus autores) y aquellas que pueden tener la consideración de expresiones artísticas. En línea con lo apuntado en páginas anteriores, concluye el órgano judicial que en los supuestos de una simple firma o «tag», esta no tendrá el estatus de expresión artística si no acompaña a una obra, apreciándose entonces un dolo de consecuencias necesarias:

> «El delito básico de daños tipificado en el artículo 263 CP, no requiere de la necesaria existencia de dolo directo para su aparición, resultando suficiente con la dación de un dolo de consecuencias necesarias que, ab initio, puede ser afirmado en conductas como las objeto de investigación en la instancia, por cuanto tal ánimo puede venir a ser afirmado en una actividad de continua y masiva realización de pintadas cuyo objeto consiste en una simple firma o "tag" reiterada hasta la saciedad. Resulta evidente que la obra de arte y la intención artística que anima y aparece plasmada en la misma, no puede predicarse de tales firmas, las que no aparecen acompañadas de una auténtica expresión artística ajena al propio y repetido logo (obsérvese a los meros efectos dialécticos como las obras del propio y afamado Banksy no aparecen siquiera firmadas, ello al margen de su evidente identificación de origen, por la originalidad, calidad y notoria motivación artística y de concienciación y crítica social que las anima, características que en modo alguno se pueden predicar de las firmas objeto de autos)».

Por su parte, el art. 267 CP castiga los daños producidos por imprudencia grave por importe que exceda de 80.000 euros. Su persecución exige denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, o del Ministerio Fiscal cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida. El perdón de la persona ofendida extingue la responsabilidad penal, pero habrá que estar a lo dispuesto en el art. 130.1.5.º CP.

8. Determinación de la pena

Con carácter general, la determinación de la pena se realiza con arreglo a dos criterios: la cuantía del daño y la condición económica de la víctima[68].

La elección del valor de los daños como único criterio para determinar la gravedad o levedad de la infracción parece responder a razones de seguridad jurídica. No obstante, con ello se dota de una rigidez excesiva a la figura, teniendo en cuenta que dicha gravedad podría venir condicionada, también, por otras circunstancias periféricas, como la reiteración delictiva o la forma de comisión. También podría suscitar dudas la referencia a la condición económica de la víctima, en la medida en que estos delitos se pueden dirigir contra establecimientos o empresas[69].

68 Corredoira, M.; Vázquez-Portomeñe Seijas, F., «La reforma de los delitos de daños…», *cit*., págs. 831-832.

69 En este sentido, surge una interesante discusión victimológica sobre la necesidad de que la víctima ostente la condición de persona física o no. Sobre esta cuestión, Morillas Fernández, D. L., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2014, págs. 22 y ss.; Navarro Villanueva, C.; Tamarit Sumalla, J. M., «Introducción al derecho procesal penal: jurisdicción, competencia, partes y estatuto de la víctima», en Cugat Mauri, M.; Baucells Lladós, J.; Aguilar Romo, M. (dirs.), *Manual de litigación penal. Materiales para la prueba de acceso*

En la praxis judicial se vienen examinando fallos que apuestan por la aplicación de una pena accesoria de alejamiento, en la modalidad de prohibición de acudir a determinados lugares[70]. Se trata de una sanción cuyo contenido se configura en el art. 48.1 del Código Penal, como un alejamiento locativo de contenido alternativo[71]: la prohibición de residir en determinados lugares o de acudir a ellos. Es un alejamiento locativo[72] porque determina la prohibición de que el delincuente frecuente ciertos espacios, ya sea de forma ocasional o permanente, prohibiéndole residir o acudir a ellos. Su contenido es alternativo porque, tal y como reza el precepto que la regula, la prohibición que se imponga optará, bien por la prohibición de residir en un determinado lugar o bien por la prohibición de acudir a determinados lugares, si bien es cierto que una y otra posibilidad se encuentran directamente condicionadas y es posible su adopción conjunta. No obstante, no es esta una cuestión pacífica. Hay autores como Mapelli Caffarena[73] que mantienen que los términos «residir» y «acudir» son intercambiables, asumiendo entonces que se trata de una pena única. Esta postura es rebatible, por cuanto la prohibición de acudir a determinados lugares absorbe a la prohibición de residencia, pero no sucede lo mismo en sentido contrario: el hecho de que no se pueda residir en un lugar determinado no obsta para que se pueda acudir a él.

Hay autores que entienden que no existe relación de alternatividad, sino más bien de subsidiariedad. En este sentido, consideran que la subsidiariedad predicable no se revela en el contenido de la pena, sino en el ámbito geográfico a que hacen referencia cada uno de sus contenidos. Conforme a esta postura, operaría, con carácter primario, el lugar de comisión del delito y, *a posteriori*, el lugar de residencia, siempre y cuando no coincidan[74].

Otras autoras, como Montalbán Huertas, diferencian, a mi juicio, con gran acierto, dos modalidades diferentes de alejamiento, reconociendo en el contenido del art. 48.1 CP dos sanciones distintas[75]. Así, su especialidad radicaría en su carácter locativo, a diferencia de

a la profesión de abogado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 págs. 189 y ss.

70 Por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 440/2023, de 26 de junio (ECLI:ES:APB:2023:8736; Id Cendoj: 08019370032023100300), que impone a los condenados la prohibición de acceder al servicio público de transporte de metro de Barcelona y su área metropolitana, prestado por Ferrocarril Metropolita de Barcelona SA (TMB), por un periodo de seis meses.

71 Hacen referencia a este contenido alternativo, entre otras, Acale Sánchez, M., «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en Cervilla Garzón, M. D.; Fuentes Rodríguez, F. (coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pág. 104; Baucells Lladós, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda, J.; García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011, pág. 491.

72 STS (Sala Segunda) 803/2011, de 15 de julio.

73 Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, Navarra, pág. 222.

74 Pozuelo Pérez, L., *Las penas privativas de derechos en el código penal,* Colex, Madrid, 1998, pág. 74. En caso de que ambos lugares sean coincidentes, no operaría la regla de subsidiariedad. Suscita dudas este planteamiento, en cuanto refiere al plano en que operaría esa subsidiariedad. Se alude al ámbito geográfico y no al contenido de la pena cuando, realmente, en el caso de la prohibición del art. 48.1 CP, ambas dimensiones son coincidentes, por cuanto refieren únicamente, y con independencia de la postura que se adopte, un alejamiento de tipo locativo.

75 Montalbán Huertas, I., «La ley integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial», en García Ortiz, L.; López Anguita, B. (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Lerko Print S. A., Madrid, 2006; Acale Sánchez, M., «Víctimas de violencia de género…»,

las otras prohibiciones del art. 48 CP, que tienen carácter personal. Es por ello que nada impediría la aplicación de esta sanción en el contexto que aquí nos ocupa, sobre todo, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 33 y siguientes del Código Penal, así como en el artículo 57.1 CP, que diseña un régimen de aplicación potestativa de las distintas modalidades de alejamiento del art. 48 CP para un catálogo de delitos y categorías delictivas entre los que se encuentra la delincuencia patrimonial.

9. Conclusiones

Los principios de intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad y proporcionalidad que inspiran el Derecho penal deben regir en la materia que nos ocupa[76]. Por ello, parece acertada la decisión del legislador de reconducir los casos de mero deslucimiento, como infracción administrativa, a la Ley de Seguridad Ciudadana, siempre y cuando la pérdida de lustre se ciña a un menoscabo estético susceptible de reparación con una simple limpieza, independientemente del coste de esta. Así las cosas, el Derecho penal únicamente deberá intervenir en aquellos supuestos en que el deslucimiento vaya acompañado de una pérdida de valor evaluable económicamente, sea esta a causa de un menoscabo, deterioro, destrucción o inutilización. En estos casos, el Derecho penal tendrá la tarea de ponderar económicamente la pérdida, para calificar así los daños como delito leve o como delito menos grave. El *quantum* de 400 euros fijado parece adecuado, pues sigue el camino trazado para otros delitos patrimoniales, como el hurto o la estafa.

En otro orden de cosas, como se expuso en líneas precedentes, se han examinado algunas resoluciones de audiencias provinciales que consideran que el deslucimiento podrá tener encaje típico en los daños, acudiendo a la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 333/2021, de 22 de abril, que señala que «el deslucimiento de un bien que implique una pérdida de su valor o suponga una necesidad de reparación evaluable económicamente». Entendemos que estas resoluciones realizan una interpretación errónea de la sentencia mencionada, pues concluyen que el Tribunal Supremo se refiere a «mero deslucimiento», cuando en realidad, el órgano judicial claramente habla de «deslucimiento que implique pérdida de su valor», una pérdida de valor que ha de resultar económicamente evaluable como resultado típico de la acción de dañar, y que puede consistir en un menoscabo o en una destrucción, entre otras.

Por otra parte, se comparte la línea judicial que asume que la firma o «tag» no puede ser indicio suficiente para imputar la autoría de la pintada, como tampoco tendrá la condición de expresión artística si no acompaña a una obra. Igualmente se considera acertado el criterio judicial sobre el potencial corrosivo de la pintura: que el material tenga virtualidad para producir corrosión no implica que la produzca efectivamente. Por lo tanto, solo se podrá apreciar tal circunstancia en aquellos supuestos en que se acredite debidamente que se ha producido un resultado corrosivo, el cual, claramente, tendrá la condición de menoscabo o deterioro, y, por lo tanto, gozará de encaje típico en el delito de daños.

cit., pág. 105; Berdugo Gómez de la Torre, I., y otros, en Demetrio Crespo, E.; Rodríguez Yagüe, C. (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Experiencia, Barcelona, 2010, pág. 475.

76 AAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) n.º 220/2020, de 23 de junio (ECLI:ES:APCR:2020:343A; Id Cendoj: 13034370022020200123).

Para finalizar, es pertinente reflexionar sobre la adopción de una modalidad de alejamiento del artículo 48 CP: la prohibición de acudir a determinados lugares. Parece acertada la decisión de algunos órganos judiciales de adoptar esta sanción con carácter accesorio, prohibiendo el acceso de quienes realizan las pintadas a los lugares en que han desarrollado esa actividad (*v.gr.* en el metro). Sin embargo, parece que la operatividad de esta medida será, más bien, limitada, debido a la dificultad que entraña su seguimiento. También en lo que atañe a su contenido, pues no se puede obviar el hecho de que las prohibiciones del art. 48 CP se adoptan respecto de lugares concretos y no con una vocación generalista o genérica. De lo contrario, podría conculcarse el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta, además, la naturaleza concreta de estos delitos.

10. Bibliografía

Acale Sánchez, M., «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor», en Cervilla Garzón, M. D.; Fuentes Rodríguez, F. (coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.

Baucells Lladós, J., «Artículo 48», en Córdoba Roda, J.; García Arán, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, 2011.

Berdugo Gómez de la Torre, I., y otros, en Demetrio Crespo, E.; Rodríguez Yagüe, C. (coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Experiencia, Barcelona, 2010.

Castro Corredoira, M.; Vázquez-Portomeñe Seijas, F., «La reforma de los delitos de daños: arts. 263, 264, 264 bis, 264 ter, 264 quáter, 265, 266.1 y 266.2», en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, Navarra.

Martínez-Buján Pérez, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (X): sustracción de la cosa propia a su utilidad social o cultural. Daños», en González Cussac, J. L., *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Martínez González, B., «De los daños (arts. 263 a 267)», en Roma Valdés, A. (dir.), *Código Penal comentado*, Bosch, 2022.

Montalbán Huertas, I., «La ley integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial.», en García Ortiz, L.; López Anguita, B. (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Lerko Print S. A., Madrid, 2006.

Morillas Fernández, D. L., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, Madrid, 2014.

Navarro Villanueva, C.; Tamarit Sumalla, J. M., «Introducción al derecho procesal penal: jurisdicción, competencia, partes y estatuto de la víctima», en Cugat Mauri, M.; Baucells Lladós, J.; Aguilar Romo, M. (dirs.), *Manual de litigación penal. Materiales para la prueba de acceso a la profesión de abogado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Pozuelo Pérez, L., *Las penas privativas de derechos en el código penal,* Colex, Madrid.

Suárez-Mira Rodríguez, C. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*, Aranzadi, Navarra.

VV. AA, «El delito de daños», en Olmedo Cardenete, M. D.; Tárrago Ruiz, A**.,** (coords.), *Casos prácticos de Derecho penal económico con jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2016.

11. Resoluciones judiciales

Tribunal Supremo

- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 301/1997, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:1997:1745; Id Cendoj: 28079120011997101565).
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 2043/2002, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2002:8147; Id Cendoj: 28079120012002103294).
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 97/2004, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2004:378; Id Cendoj: 28079120012004100047).
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 341/2015, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2589; Id Cendoj: 28079120012015100337).
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 475/2020, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:3038; Id Cendoj: 28079120012020100497).
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 333/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1647; Id Cendoj: 28079129912021100004).
- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n.º 628/2023, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3485; Id Cendoj: 28079120012023100606).

Audiencias provinciales.

Sentencias

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª) n.º 2/1998, de 5 de junio de 1998 (ECLI:ES:APZA:1998:317; Id Cendoj: 49275370011998100146).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.ª) n.º 4/2004, de 14 de enero de 2004 (ECLI:ES:APCU:2004:12; Id Cendoj: 16078370012004100019).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.ª), de 10 de julio de 2006 (ECLI:ES:APB:2006:7264; Id Cendoj: 08019370052006100538).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 815/2009, de 28 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:9527; Id Cendoj: 08019370032009100710).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª) n.º 37/2011, de 20 de abril de 2011 (ECLI:ES:APTO:2011:374; Id Cendoj: 45168370022011100155).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1.ª) n.º 291/2013, de 30 de julio de 2013 (ECLI:ES:APCA:2013:1997; Id Cendoj: 11012370012013100038).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1.ª) n.º 35/2015, de 30 de abril (ECLI:ES:APSO:2015:76; Id Cendoj: 42173370012015100076).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15.ª) n.º 746/2015, de 5 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:16436; Id Cendoj: 28079370152015100762).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4.ª) n.º 63/2016, de 4 de marzo (ECLI:ES:APM:2016:17313; Id Cendoj: 28079370042016100440).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1.ª) n.º 110/2016, de 17 de mayo (ECLI:ES:APSS:2016:370; Id Cendoj: 20069370012016100102).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª) n.º 184/2016, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APTO:2016:1061; Id Cendoj: 45168370012016100523).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1.ª) n.º 44/2017, de 11 de mayo (ECLI:ES:APGU:2017:126; Id Cendoj: 19130370012017100126).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2.ª) n.º 301/2017, de 16 de octubre (ECLI:ES:APCC:2017:811; Id Cendoj: 10037370022017100292).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1.ª) n.º 520/2018, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APSE:2018:1929; Id Cendoj: 41091370012018100358).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2.ª) n.º 259/2018, de 5 de noviembre (ECLI:ES:APOU:2018:722; Id Cendoj: 32054370022018100268).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8.ª) n.º 58/2019, de 6 de febrero (RECLI:ES:APB:2019:2227; Id Cendoj: 08019370062019100042).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 118/2019, de 20 de febrero (ECLI:ES:APB:2019:3047; Id Cendoj: 08019370092019100042).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20.ª) n.º 555/2019, de 29 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:10024; Id Cendoj: 08019370202019100375).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 2.ª), n.º 261/2019, de 26 de junio (ECLI:ES:APO:2019:2236; Id Cendoj: 33044370022019100248).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sede de Vigo, Sección 5.ª) n.º 369/2019, de 9 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APPO:2019:2529; Id Cendoj: 36057370052019100358).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1.ª) n.º 267/2020, de 9 de diciembre (ECLI:ES:APL:2020:1045; Id Cendoj: 25120370012020100263).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2.ª), n.º 95/2021, de 25 de mayo de 2021 (ECLI:ES:APJ:2021:660; Id Cendoj: 23050370022021100070).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 5.ª) n.º 293/2022, de 22 de junio (ECLI:ES:APV:2022:1940; Id Cendoj: 46250370052022100179).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 440/2023, de 26 de junio de2023 (ECLI:ES:APB:2023:8736; Id Cendoj: 08019370032023100300).

Autos

– Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6.ª) n.º 471/2017, de 16 de junio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:5960A; Id Cendoj: 08019370062017200535).

– Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.ª) n.º 220/2020, de 23 de junio de 2020 (ECLI:ES:APCR:2020:343A; Id Cendoj: 13034370022020200123).

– Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 457/2021, de 7 de mayo de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:5992; Id Cendoj: 08019370032021200507).

– Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9.ª) n.º 365/2023, de 29 de marzo de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:6765; Id Cendoj: 08019370092023200436).

– Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) n.º 497/2024, de 18 de julio de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:7863; Id Cendoj: 08019370032024200471).

– Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2.ª) n.º 149/2025, de 17 de marzo (ECLI:ES:APVA:2025:300; Id Cendoj: 47186370022025200153).

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-5

La autoría de las obras no exime del conocimiento

Authorship doesn't exlude legal knowledge

Luis Javier Capote Pérez
Profesor Contratado Doctor Tipo I de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

Resumen: El presente artículo pretende aportar una reflexión en torno a la necesidad de hacer divulgación en materia jurídica para ayudar a artistas, tanto profesionales como amateurs a la efectiva defensa de los derechos que les asisten en materia de propiedad intelectual.

Palabras clave: Bellas Artes, Derecho, propiedad intelectual.

Abstract: This article wants to reflect about the need of divulgation of legal knowledge and skills to help professional artists and amateur creators in the effective defence of their rights in intellectual property.

Keywords: Arts, Law, intelectual property.

1. Introducción: la autoría como fundamento de la propiedad intelectual

Una de las consecuencias que ha tenido la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior ha sido la transversalización de la enseñanza universitaria. La tradicional identificación entre facultades y departamentos de una misma rama de la ciencia ha dejado paso a una mayor presencia en las titulaciones regladas de docentes provenientes de áreas de conocimiento que tradicionalmente no se relacionaban desde un punto de vista académico con las antiguas licenciaturas o diplomaturas que fueron sustituidas por los actuales grados.

En el caso de las disciplinas jurídicas, esta diáspora se ha traducido en la presencia en titulaciones cuyos egresados han tenido la necesidad de recibir formación en materia legal. En el presente trabajo se toman los grados vinculados a la Facultad de Bellas Artes de la Universidad de La Laguna como ejemplo, pues dan buena prueba de la necesidad de hacer una

reflexión sobre el papel que desempeña la jurisprudencia en tanto que ciencia del derecho como materia de naturaleza interdisciplinar en la formación superior y la necesaria labor de divulgación y abierto al conjunto de la ciudadanía. También se han tomado en consideración algunos casos presentados por alumnado egresado.

El papel de una asignatura jurídica en las titulaciones artísticas obedece a la necesidad concreta de dar a su alumnado las herramientas para defender sus creaciones y tener la posibilidad de dedicarse a la profesión elegida con un mínimo de dignidad. Como se verá en el apartado siguiente, la presencia de una materia jurídica en el Grado en Diseño de la Universidad de La Laguna en su actual plan de estudios se ha traducido en la formación de doce promociones de la titulación en esta área, con resultados ciertamente esperanzadores. Pese a esta tendencia, ciertamente positiva, la actividad docente en este ámbito ha permitido el conocimiento de las experiencias, no siempre positivas, de estudiantes que comienzan a recorrer el camino del mundo profesional. Ello ha permitido la detección de ciertas creencias erróneas entre el alumnado, algunas de ellas ciertamente perjudiciales desde un punto de vista práctico y todas ellas relevantes desde la óptica jurídica. En el presente artículo se ha escogido el derecho de autoría por ser la piedra angular sobre la que se construye toda la regulación de las instituciones vigentes en materia de propiedad intelectual.

A título de recordatorio es necesario indicar que el Derecho de la propiedad intelectual protege las obras del ingenio humano y plantea las reglas para que quienes las han creado puedan explotarlas y defenderlas[1]. Veamos a continuación cómo se ha llevado la enseñanza de esta materia a las titulaciones indicadas.

2. Formación en propiedad intelectual y titulaciones en bellas artes

La Facultad de Bellas Artes de la Universidad de La Laguna imparte en la actualidad las siguientes titulaciones de grado:

- Grado en Bellas Artes.
- Grado en Diseño.
- Grado en Conservación y Restauración de Bienes Culturales.
- Doble Grado en Bellas Artes y Diseño.

Para el objeto del presente trabajo interesan particularmente el Grado en Diseño y el Doble Grado en Bellas Artes y Diseño, pues cuentan con asignaturas homónimas y dedicadas a los derechos de propiedad intelectual y particularmente a los de autoría[2].

1 Martínez de Aguirre Aldaz, C. «La propiedad intelectual» en P. de Pablo Contreras, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales,* Colex, Madrid, 2014, págs. 237-260, pág. 237.

2 El Grado en Conservación y Restauración de Bienes Culturales cuenta con una asignatura de naturaleza jurídica, Ordenación jurídico-administrativa de los bienes culturales, vinculada como su

El Grado en Diseño de la Universidad de La Laguna se describe como la titulación para una *disciplina de síntesis de conocimientos y habilidades de diversa procedencia, en la que confluyen capacidad expresiva y de representación visual, conocimientos tecnológicos, capacidad de análisis y de conceptualización,* entre otras. A continuación, define sus objetivos, que son de dos tipos: profesionales y académicos. Profesionalmente prepara al alumnado para ejercer la actividad de diseño, adiestrándoles en el ejercicio de una práctica muy concreta a través de la misma práctica, es decir, ejercitándolos en el desarrollo de proyectos de diseño para resolver problemas de diseño, incluyendo la adquisición de los conocimientos específicos de la disciplina, así como aquellos de carácter general e interdisciplinar necesarios para comprender y actuar en el contexto económico, social y cultural en el que desempeñarán su actividad profesional. Es preciso que cada estudiante entienda que el diseño es una disciplina que se desarrolla en medio de un constante choque de intereses que cada profesional debe ser capaz de conciliar. Académicamente, el objetivo es alcanzar el nivel suficiente como para acceder a los posgrados habiendo adquirido una serie de competencias que le permitan introducir la innovación en su investigación sobre el diseño[3].

En ese sentido, la planificación de las enseñanzas del título de Grado en Diseño de la Universidad de La Laguna supone la vertebración de contenidos, sistemas y metodologías que hacen posible la adquisición de los conocimientos, capacidades, habilidades y destrezas básicas necesarias para que quienes accedan al título puedan desarrollar su actividad en

propia denominación indica al ámbito del Derecho público. Por su parte, para el Grado en Bellas Artes la formación se ha realizado a través del plan de orientación y acción tutorial del centro, así como en seminarios articulados como acciones formativas complementarias para el alumnado.
Los planes de orientación y acción tutorial o POAT —según sus siglas para la versión en singular— tienen como finalidad primordial la proporción al alumnado de sistemas de apoyo y asesoramiento, una vez han concretado su primera matrícula. En el concreto caso del POAT de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad de La Laguna, se indica que las actividades formativas incluidas en el mismo abordan diversas temáticas a través de las que pretende facilitar al alumnado su toma de decisiones académico-profesional en sus diferentes etapas (acogida e integración en el centro y la universidad, orientación a lo largo de la titulación y para su incorporación al mercado laboral), que le permita superar con éxito la titulación y adaptarse a las nuevas demandas: estrategias de aprendizaje autónomo, trabajo en equipo, mejora de resultados de rendimiento académico, resolución de dificultades, información y asesoramiento sobre prácticas externas y trabajo fin de grado, orientación sobre los programas de movilidad existentes, exigencias y características del mercado laboral, etcétera. Plan de orientación y tutoría de la Facultad de Bellas Artes: https://www.ull.es/centros/facultad-bellas-artes/orientacion-y-tutorizacion/#plan-de-orientacion (recurso consultado el 1 de agosto de 2025).
Por su parte, los seminarios introductorios a la materia de propiedad intelectual se han organizado a través de la Cátedra Cultural «Francisco Tomás y Valiente» de la Universidad de La Laguna. En el ámbito de esta institución académica las cátedras culturales constituyen foros de reflexión, debate, estudio e investigación en torno a la vida y la obra de personas relevantes de las ciencias, las letras y las artes, así como a los acontecimientos o fenómenos más significativos ocurridos durante algún período histórico o las características de un determinado territorio. Esta concreta cátedra cultural es una entidad dedicada a la divulgación de la cultura y el conocimiento jurídico y nombrada en memoria de Francisco Tomás y Valiente, jurista e historiador del derecho. Página de la Cátedra Cultural «Francisco Tomás y Valiente»: https://www.ull.es/portal/aulasycatedrasculturales/francisco-tomas-y-valiente/ (recurso consultado el 1 de agosto de 2025).

3 Grado en Diseño de la Universidad de La Laguna. Descripción del título: https://www.ull.es/grados/diseno/ (Página consultada el 1 de agosto de 2025).

cualquiera de las líneas especificadas en el perfil profesional definido por el libro blanco de la titulación[4].

Por su parte, el novedoso Doble Grado en Derecho y Bellas Artes de la Universidad de La Laguna se describe como una respuesta a *la necesidad de formar perfiles profesionales híbridos, capaces de integrar las competencias expresivas y conceptuales del arte contemporáneo con las competencias proyectuales, funcionales y tecnológicas del diseño.* En este sentido, esta doble titulación responde a un contexto en el que las industrias culturales y creativas —particularmente aquellas vinculadas a la imagen, la animación, la comunicación visual y el diseño gráfico y digital— demandan profesionales con una formación transversal, versátil y especializada[5].

En este sentido, la planificación de las enseñanzas en esta doble titulación *no supone la elaboración de un nuevo plan de estudios, sino un itinerario curricular específico que conllevaría a la superación de los Grados en Bellas Artes (mención Dibujo, Ilustración y Animación) y en Diseño*[6]. El plan de estudios del doble grado está organizado en cinco cursos académicos con un total de trescientos sesenta créditos, incluyendo los trabajos de fin de grado de las dos titulaciones.

La asignatura *Legislación civil y protección jurídica del creador* se integra dentro los planes de estudio de las dos titulaciones como una asignatura obligatoria de seis créditos.

En el caso del Grado en Diseño su impartición se lleva a cabo en el primer cuatrimestre del cuarto curso, en tanto que en el doble grado se ha establecido en el primer cuatrimestre del quinto curso, dada la estructura con la que se han configurado estas titulaciones en el ámbito de la Universidad de La Laguna. Dado que en este momento el doble título ha iniciado su primera promoción, la descripción de la materia que se ha de hacer a continuación corresponde al título en diseño.

Conforme al plan de estudios del mentado grado, las competencias asignadas a la asignatura son las siguientes:

- Básicas
  - B2 - Que los estudiantes sepan aplicar sus conocimientos a su trabajo o vocación de una forma profesional y posean las competencias que suelen demostrarse por medio de la elaboración y defensa de argumentos y la resolución de problemas dentro de su área de estudio.
  - B3 - Que los estudiantes tengan la capacidad de reunir e interpretar datos relevantes para emitir juicios que incluyan una reflexión sobre temas relevantes de índole social, científica o ética.

4 Grado en Diseño de la Universidad de La Laguna. Estructura del plan de estudios: https://www.ull.es/grados/diseno/plan-de-estudios/plan-de-estudios/ (Página consultada el 1 de agosto de 2025).

5 Doble Grado en Bellas Artes y Diseño de la Universidad de La Laguna. Descripción del título: https://www.ull.es/grados/bellas-artes-y-diseno/ (Página consulta el 1 de agosto de 2025).

6 Doble Grado en Bellas Artes y Diseño de la Universidad de La Laguna. Estructura del plan de estudios: https://www.ull.es/grados/bellas-artes-y-diseno/plan-de-estudios/estructura-del-plan-de-estudios/ (Página consultada el 1 de agosto de 2025).

- B5 - Que los estudiantes hayan desarrollado aquellas habilidades de aprendizaje necesarias para emprender estudios posteriores con un alto grado de autonomía.

– Generales
  - G1 - Compromiso ético: capacidad crítica ante los problemas tal como le son planteados y autocrítica para evaluar la calidad de la obra propia en sí misma y contextualizada. Capacidad de buscar soluciones orientadas a la universalidad de uso y la igualdad de oportunidades y la igualdad entre hombres y mujeres.
  - G2 - Capacidad de aprendizaje y responsabilidad: desarrollar el espíritu analítico y crítico para dotarse de capacidad de análisis, de síntesis, de componerse una visión global y de aplicación de los conocimientos a la práctica.
  - G4 - Capacidad comunicativa: capacidad para comprender y expresarse oralmente y por escrito en español y en una segunda lengua (inglés), dominando el vocabulario especializado; capacidad para buscar, usar e integrar la información.
  - G6 - Capacidad para formular juicios independientes y articular argumentos. Supone estar familiarizado con el trabajo académico, sus modelos de rigor y sus procedimientos habituales; saber documentarse y gestionar la información específica según las materias y las tareas concretas; saber seleccionar y emplear adecuadamente las fuentes de información y su diversidad. Capacidad de analizar e interpretar las fuentes documentales y literarias.
  - G7 - Capacidad para utilizar las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en diferentes contextos y desde una perspectiva crítica, creativa e innovadora. Comprender la relación entre la tecnología y otros campos del saber humano.

– Específicas
  - E6 - Tener conocimientos básicos de las ciencias humanas y sociales suficientes como para plantear investigaciones en función de las necesidades de cada proyecto de diseño. Conocimientos acerca del contexto sociocultural así como de otras culturas y costumbres.
  - E11 - Conocer los fundamentos de la gestión del diseño (economía, marketing y aspectos legales del diseño) para comprender las implicaciones económicas y financieras de las decisiones creativas tomadas en un proceso de diseño.
  - E13 - Saber diseñar productos orientados a la mejora ambiental y a la universalidad de uso mediante conocimientos metodológicos, tecnológicos y jurídicos necesarios para incorporar estos aspectos a la práctica del proyecto de diseño. También deberán conocer la fisiología de la percepción visual y sus implicaciones para la comunicación visual.

La impartición de esta asignatura en el plan de estudios supone el desafío de explicar conceptos jurídicos de una especialidad cuyo objeto de regulación y estudio encierra cierta complejidad. Consecuentemente, la docencia debe abordarse desde un punto de vista distinto al que se plantea para las titulaciones jurídicas, empleando para ello una perspectiva más práctica y directamente relacionada con el perfil de egreso de la titulación. Aquí resulta de utilidad la experiencia obtenida en proyectos de innovación educativa, a través de los cuales se trabajó con propuestas de enseñanza de materias jurídicas en un contexto interdisciplinar[7]

7 Una descripción de estas experiencias puede encontrarse en Capote Pérez, L. J., «Seminarios «inter-campus» de divulgación jurídica», en Vega Navarro, A. y Stenardi, D., *VII Jornadas de Innovación Educativa de la Universidad de La Laguna,* Servicio de Publicaciones, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 2017, pp. 205-208.

o las acciones formativas centradas en los encuentros con profesionales y especialistas en áreas relacionadas con el perfil de egreso[8].

Es en el contexto descrito en el párrafo precedente de clases definidas eminentemente por su practicidad y por el empleo de técnicas didácticas como la resolución de problemas o aula invertida que surgió el relato de diversas experiencias vividas por estudiantes que, bien por una creencia preexistente autoinducida o resultado de influencia externa o bien por una vivencia de primera mano, vino a reflejar la presencia de una serie de convicciones que solamente pueden calificarse como erróneas[9].

3. Casos para el estudio y la reflexión

La experiencia de impartición de docencia en la titulación descrita en el apartado precedente, así como el desarrollo de acciones de divulgación en materia jurídica en el ámbito de la extensión universitaria ha permitido conocer diversas experiencias que permiten deducir el bagaje jurídico del alumnado partícipe y agruparlas en dos perfiles:

Por un lado, se encuentran quienes por desconocimiento o por las citadas creencias de errada natura vulneran derechos subjetivos de titularidad ajena. En este apartado se pueden encontrar situaciones en las que se emplean obras extraídas de Internet sin permiso de sus titulares, siendo habituales los casos en los que la realización de nuevas obras a partir de estos originales empleados de forma artificiosa se hace sin el permiso de los titulares de estos últimos. En el caso de obras fotográficas o realizadas por medios análogos de captación y fijación de imágenes se pueden encontrar cuestiones que atañen al derecho constitucional a la propia imagen.

Para este primer grupo se va a tomar por ejemplo el caso de una consulta realizada por un artista aficionado que ha trabajado esporádicamente en la creación de contenidos por un periodo de veinticinco años. Esta actividad comenzó como afición, pasó a ser un entretenimiento durante los años universitarios y en los últimos tiempos se ha barajado como una opción de desempeño profesional. En este escenario, la persona consulta sobre la posibilidad de vender dos retratos digitales de otras tantas modelos de sexo femenino. Para su realización había tomado dos fotografías que había encontrado navegando por Internet. Las había descargado y había trabajado sobre ellas hasta obtener unos resultados que diferían lo suficiente del punto de partida como para considerarlas meras copias. La respuesta a la

8 Una descripción de estas experiencias puede encontrarse en Capote Pérez, L. J., «Los encuentros con profesionales como herramienta de contacto entre el aula y el mercado de trabajo», en Cuéllar Moreno, M. J. y O'Dwyer Acosta, J., *Innovación en las enseñanzas universitarias: experiencias presentadas en las III Jornadas de Innovación Educativa en la ULL,* Servicio de Publicaciones, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 2013, pp. 54-61.

9 Una descripción y balance de la experiencia de la docencia de materias jurídicas centradas en el ámbito de la propiedad intelectual en las titulaciones impartidas en la Facultad de Bellas Artes puede encontrarse en Capote Pérez, L. J., «Docencia del Derecho en las Artes. La experiencia de hablar sobre propiedad intelectual en Diseño y Bellas Artes», en Alonso Salgado, C.; Rodríguez Álvarez, A. y Valiño Ces, A., *Derecho y Arte IV,* Colex, Madrid, 2025, pp. 311-321.

consulta planteó la exposición de dos cuestiones jurídicas esenciales: una relacionada con los derechos de autoría y otra vinculada al derecho constitucional a la propia imagen.

En lo que se refiere al ámbito de la propiedad intelectual es relevante la regulación establecida para las fotografías. Nuestra Ley de Propiedad Intelectual (LPI) establece una distinción entre obra fotográfica y mera fotografía. Conforme a estar regulación solamente la primera de las categorías es la que tiene reconocidos los derechos de autoría, en tanto que la segunda es tratada en el apartado correspondiente a los denominados derechos conexos[10]. La diferenciación entre obras fotográficas y meras fotografías radica en el concepto de valor artístico que parece estar presente en unas y ser cuestionada en otras. Desde este punto de vista, entre las segundas estarían aquellas que simplemente recogen de forma mecánica y automática la realidad tal y como se presenta, lo que redunda en el predominio de las operaciones técnicas sobre cualquier consideración de carácter artístico. si bien este criterio ha sido criticado por su vaguedad, abstracción e imprecisión[11]. Este debate no corresponde aquí, por cuanto los originales facilitados por el consultante eran calificables como obras fotográficas[12].

Para contestar a la cuestión planteada, es necesario recordar que el Art. 2.1 del Convenio de Berna establece que son obras protegidas *todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.* No se encuentra aquí una definición del concepto de obra, pero sí puede localizarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya sentencia de 12 de noviembre de 2018 (C310/17 *Caso Levola)* determinó que la obra debía tener una expresión que fuera objetivamente perceptible por la vista,

10 Art. 128 de la Ley de Propiedad Intelectual: Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción.

11 Bondía Román, F., «Propiedad intelectual y uso social y académico de la fotografía», en Amador Carretero, M. P.; Robledano Arillo, J. y Ruíz Franco, M. del R. (editores), *Segundas Jornadas Imagen, Cultura y Tecnología* (Universidad Carlos III), Editorial Archiviana, Madrid, 2004, págs. 28-39, pág. 29.

12 Aunque no forma parte del objeto del presente artículo sí conviene recordar que aunque los conceptos estéticos —entendida la estética como la disciplina filosófica que estudia la belleza— no son relevantes para el surgimiento de los derechos de propiedad intelectual, el concepto de obra artística y su evolución ha sido relevante para extender la protección otorgada por las normas aplicables en la materia a las creaciones provenientes del ingenio humano y obtenidas por medio de nuevas tecnologías. Para una descripción de esta evolución conceptual *vid.* Tatarkiewicz, W., *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética,* sexta edición, Tecnos, Madrid, 2001.

el oído o el olfato[13]. En este punto hay que decir que las obras presentadas sobre las que se hace la consulta cumplen con tal condición al encajar dentro de la descripción establecida y cumplir con el requisito jurisprudencialmente descrito.

A continuación, es necesario recordar que el Art. 2.3 del Convenio de Berna establece como requisito para el surgimiento del derecho dominical intelectual, la originalidad. Sobre este particular, nuestro Derecho interno establece en el Art. 10.1 de LPI que *son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales.* Para que una obra sea susceptible de ser protegida por el derecho de autoría, ésta ha de ser original, en el sentido de que sea una creación propia atribuida a su autor. El trabajo ha de reflejar las decisiones creativas de quien lo ha llevado a cabo[14], redundando en la definición clásica de que estas figuras jurídicas protegen las expresiones del ingenio humano o, en términos más poéticos, la chispa de su creatividad. La originalidad en el caso que nos ocupa queda patente en el hecho de que el consultante ha transformado los retratos fotográficos originales para generar dos trabajos con notorias diferencias. Esto nos lleva al *quid* de la cuestión, pues estamos ante obras derivadas.

Si nos atenemos a la regulación establecida en nuestro Derecho Interno, veremos que el Art. 21.3 LPI recuerda que *los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.* Es posible en consecuencia crear nuevas obras tomando como punto de partida otras preexistentes, pero ello requiere de la cesión del derecho de transformación por parte del autor. El Art. 17 LPI dispone que *corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y* ***transformación****, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.* Sin el consentimiento explícito del autor de las obras fotográficas originales, las nuevas creaciones derivadas de éstas no podían ser explotadas.

Más allá de los aspectos intrínsecamente relacionados con los derechos de autoría está también el problema de los derechos de imagen de las modelos que posaron para las fotografías. El el Art. 18.1 de la Constitución Española establece que *se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.* Por su parte, la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LOPHD) establece en sus Arts. 7.5 y 7.6 del citado texto legal establecen *que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos. [Y también] La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*

Este derecho fundamental ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) y en la del Tribunal Supremo (TS). De sus resoluciones se deduce que la

13 STJUE de 13 de noviembre de 2017, C-310/17, Caso Levola. (ECLI:EU:C:2018:899).

14 Brey-Rodríguez Tembleque, M., «El derecho de transformación. Límites y obra derivada», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 48, 2023-II, págs. 125-152, pág. 131.

propia imagen tiene una doble dimensión personal —que es objeto de la protección a nivel constitucional— y patrimonial —cuya defensa se plantea en el ámbito de la jurisdicción ordinaria—. Ambos aspectos están sometidos a la voluntad de cada persona en tanto que titular del derecho, por lo que su disposición está sometida a la correspondiente autorización por parte de aquélla[15].

La conclusión a este caso tomado a título de ejemplo no es otra que la de una respuesta negativa a la cuestión formulada por el inquiridor: las obras presentadas, aun siendo algo más que meras copias, traían causa creativa de unos originales cuyos creadores desconocían de la transformación operada sobre éstos. Más aún, las personas que habían autorizado la captación de su imagen para esas fotografías eran ajenas igualmente a la generación de dos nuevos trabajos. Eran, en definitiva, dos importantes motivos para desaconsejar fervientemente cualquier intento de explotación que pudiera llevarse a cabo[16].

Por otro lado, están quienes por desconocimiento de la regulación de la materia correspondiente a la regulación de los derechos de autoría admiten en los contratos que celebran —por lo común de obra o de edición— cláusulas que son contrarias a la regulación aplicable o no siéndolo juegan con la norma para obtener unos resultados cuya ética resulta cuando menos cuestionable. En este contexto se dan por buenas prácticas que distan ciertamente de serlo[17]. En este apartado cabe englobar también a quienes, bien por un deseo de agra-

15 Esta dicotomía personal-patrimonial ha sido tratada por las resoluciones del Tribunal Constitucional —valga por todas la STC 81 / 2001, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC: 2001:81)— y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —valga por todas la STS 432 / 2000 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3424)— que a su vez han sido analizadas doctrinalmente. Valgan, a título de ejemplo Pardo Falcón, Javier, «Artículo 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baahmonde, M. E., *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I,* Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, págs. 511-529, pág. 525. También, Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (2781 / 2016). Derecho a la propia imagen y explotación inconsentida de la imagen: lo que sí y lo que no está protegido por la Ley del Honor. Legitimación activa a la defensa de la imagen del fallecido», en Aa. Vv.: *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil),* Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 285-297.

16 El caso descrito tuvo años después un curioso ultílogo en el que quedó patente que hay quien no busca con su pregunta la respuesta que precisa escuchar sino la que quiere oír. En una conversación posterior, manifestó que sus trabajos no habían sido plagios —que no lo eran, señal de que quizá no había captado del todo los conceptos básicos del asunto— y que su labor transformadora había convertido a las modelos en personas completamente diferentes. A veces, la labor de asesoría implica la prédica en el desierto, pero ya no se trata de un asunto de ignorancia genérica de la norma en el sentido de su desconocimiento, sino de ignorancia supina, esto es, la negligencia en aprender algo que por la profesión escogida debería aprenderse e inquirirse.

17 Algunas vivencias relatadas por el alumnado en este ámbito evocan en no pocas ocasiones la figura del ficticio personaje del señor Garamond, dueño de la casa editorial Manuzio y uno de los personajes de la novela del italiano Umberto Eco *El péndulo de Foucault*. Esta empresa se presenta como editorial de vanidad o *vanity press* y se nutre exclusivamente de lo que se denominan autores autofinanciados, exponiéndose en el relato un modelo de negocio basado exclusivamente en la fatuidad de aspirantes a escritores de escaso talento, ansiosos por un reconocimiento cercano y con un notable margen de beneficios. Con ello, el novelista refleja también el escaso prestigio que

dar a su clientela, bien por una incorrecta valoración de su labor —generalmente a la baja— asumen más obligaciones de las originariamente pactadas o aumentan el peso de las que sí lo estuvieran, sin plantear un reequilibrio en las contraprestaciones que guardan con aquéllas relación de reciprocidad.

En estos casos la divulgación de los derechos que ostentan los autores de obras protegidas y de las facultades para su defensa es solamente una parte del camino. La otra y quizá más importante pasa por la toma de conciencia del valor real del trabajo desempeñado por parte de los creativos. La diligencia propia de la *lex artis* sí, pero aplicada a la labor propia.

4. Conclusiones

Los casos descritos en el apartado precedente permiten comprobar la necesidad de que la formación para artistas y creadores de contenido incluya acciones en el área de las disciplinas jurídicas y más concretamente, en el de la regulación de la propiedad intelectual. Con ello el público objetivo de estas actividades tendrá el conocimiento de los derechos que le asisten, a la hora de proteger sus creaciones y poder ejercitar las acciones para llevar a cabo su defensa. Sin embargo, hay un aspecto que trasciende el conocimiento y que está relacionado con la actitud a la hora de tomar decisiones que resultan relevantes en el desempeño de quien desea ganarse la vida dignamente con la salida profesional escogida.

En una conferencia de divulgación sobre propiedad intelectual realizada para un colectivo de ilustradores y animadores radicado en la isla de Tenerife[18] uno de los asistentes, autor veterano dedicado al mundo del tebeo y la animación, manifestó que toda la información aportada durante la exposición estaba muy bien, pero que con qué ánimos iba él a reclamar un tratamiento digno de sus potenciales comitentes[19].

En el ámbito de los operadores culturales se considera que actitudes como la descrita en el párrafo anterior implican una falta de determinación que refleja uno de los mayores

en el mundo literario se le da a este tipo de editoriales, pero igualmente deja patente la habilidad con la que el responsable de la empresa maneja el clausulado de sus contratos de publicación y el campo de los tratos preliminares a la celebración del negocio jurídico en cuestión. Eco, U., *El péndulo de Foucault,* Lumen, Barcelona, 2005. Para una definición y estudio del concepto de editorial de vanidad *vid.* Henderson, B., «The Small Book Press: A Cultural Essential», en *The Library Quarterly,* vol. 54, n.º 1, January 1984, págs. 61-71. Para un análisis de las causas y la justicia de su descrédito *vid.* Laquintano, T., «The Legacy of the Vanity Press and Digital Transitions», en *The Journal of Electronic Publishing,* vol. 16, n.º 1, summer 2013

18 II Conferencia «Propiedad intelectual y obras audiovisuales» organizada por la Cátedra Cultural «Francisco Tomás y Valiente» de la Universidad de La Laguna y El Gremio (Tenerife). Más información: https://www.ull.es/portal/agenda/evento/ii-conferencia-propiedad-intelectual-y-obras-audiovisuales/ (página consultada el 1 de agosto de 2025).

19 La misma persona manifestó durante un evento cultural organizado por las mismas entidades responsables de la conferencia que había realizado un trabajo profesional bajo la premisa de una contraprestación económica que finalmente no se produjo y que no tuvo el valor de reclamar. La promesa verbal de retribución se convirtió finalmente en el regateo de dos copias de la obra para el portafolios del artista.

problemas a los que se enfrenta el colectivo creador de contenidos[20]. Esto trasciende la materia jurídica, así como los aspectos formativos o divulgativos que se puedan desarrollar extramuros de los campus universitarios. Es una cuestión de convicción y de toma de conciencia. De convicción en el valor del trabajo propio. De toma de conciencia del hecho de que las decisiones tomadas individualmente afectan al colectivo. No es, hay que insistir en este punto, un asunto que sea materia de formación o de divulgación jurídica, pues difícilmente se alcanzarán los objetivos planteados en la normativa aplicable a los derechos de autoría y en los planes de estudios de los actuales grados en materia artística si los propios creadores no toman la decisión de hacer valer sus derechos. En un momento en el que el futuro de ciertas profesiones de naturaleza creativa está en tela de juicio, por obra y gracia de la aparición de las aplicaciones generativas de contenido y en el que el debate ha alcanzado ya a la ciencia del derecho en lo que regulación de la propiedad intelectual se refiere, la determinación en la defensa del propio trabajo por parte de los autores, tanto profesionales como amateurs no es solamente una cuestión de dignidad profesional sino también de supervivencia.

5. Bibliografía

Bondía Román, F., «Propiedad intelectual y uso social y académico de la fotografía», en Amador Carretero, M. P.; Robledano Arillo, J. y Ruíz Franco, M. del R. (editores), *Segundas Jornadas Imagen, Cultura y Tecnología* (Universidad Carlos III), Editorial Archiviana, Madrid, 2004, págs. 28-39.

Brey-Rodríguez Tembleque, M., «El derecho de transformación. Límites y obra derivada», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 48, 2023-II, págs. 125-152.

Capote Pérez, L. J., «Los encuentros con profesionales como herramienta de contacto entre el aula y el mercado de trabajo», en Cuéllar Moreno, M. J. y O'Dwyer Acosta, J., *Innovación en las enseñanzas universitarias: experiencias presentadas en las III Jornadas de Innovación Educativa en la ULL,* Servicio de Publicaciones, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 2013, pp. 54-61.

Capote Pérez, L. J., «Seminarios «inter-campus» de divulgación jurídica», en Vega Navarro, A. y Stenardi, D., *VII Jornadas de Innovación Educativa de la Universidad de La Laguna,* Servicio de Publicaciones, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 2017, pp. 205-208.

Capote Pérez, L. J., «Docencia del Derecho en las Artes. La experiencia de hablar sobre propiedad intelectual en Diseño y Bellas Artes», en Alonso Salgado, C.; Rodríguez Álvarez, A. y Valiño Ces, A., *Derecho y Arte IV,* Colex, Madrid, 2025, pp. 311-321.

20 Algunos agentes culturales como el filántropo canario Jesús Manuel Duque Acosta achacan este problema a un exceso de candor por parte de quienes conforman el colectivo que no desaparece después de las primeras experiencias adversas y perpetúa la celebración de acuerdos contractuales cuyo objeto presenta notables desequilibrios entre las partes. Duque Acosta es el responsable de uno de los más activos centros privados de actividad cultural en la ciudad tinerfeña de San Cristóbal de La Laguna.

Eco, U., *El péndulo de Foucault,* Lumen, Barcelona, 2005.

Henderson, B., «The Small Book Press: A Cultural Essential», en *The Library Quarterly,* vol. 54, n.º 1, January 1984, págs. 61-71.

Laquintano, T., «The Legacy of the Vanity Press and Digital Transitions», en *The Journal of Electronic Publishing,* vol. 16, n.º 1, summer 2013.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. «La propiedad intelectual» en P. de Pablo Contreras, *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales,* Colex, Madrid, 2014, págs. 237-260.

Pardo Falcón, J., «Artículo 18.1. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baahmonde, M. E., *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I,* Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer España, Madrid, 2018, págs. 511-529.

Tatarkiewicz, W., *Historia de seis ideas. Arte, belleza, forma, creatividad, mimesis, experiencia estética,* sexta edición, Tecnos, Madrid, 2001.

Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 (2781 / 2016). Derecho a la propia imagen y explotación inconsentida de la imagen: lo que sí y lo que no está protegido por la Ley del Honor. Legitimación activa a la defensa de la imagen del fallecido», en AA. VV.**:** *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil),* Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 285-297.

6. Jurisprudencia

6.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

– STJUE de 13 de noviembre de 2017, C-310/17, Caso Levola. (ECLI:EU:C:2018:899).

6.2. Tribunal Constitucional

– STC 81 / 2001, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC: 2001:81).

6.3. Tribunal Supremo

– STS 432 / 2000 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2000:3424).

7. Redgrafía

– Doble Grado en Bellas Artes y Diseño de la Universidad de La Laguna: https://www.ull.es/grados/bellas-artes-y-diseno/

– Grado en Diseño de la Universidad de La Laguna: https://www.ull.es/grados/diseno/

– Plan de Orientación y Acción Tutorial de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad de La Laguna: https://www.ull.es/centros/facultad-bellas-artes/orientacion-y-tutorizacion/#plan-de-orientacion

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-6

La imagen de artistas, intérpretes y ejecutantes en la era de la inteligencia artificial

The image of performers in the Artificial Intelligence era

Paula Vega García
Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Oviedo
vegapaula@uniovi.es

Resumen: Por su actividad, artistas, intérpretes y ejecutantes tienen un grado de exposición pública que afecta a su imagen, en especial a la profesional. En un momento donde la tecnología que usa inteligencia artificial permite replicar la imagen de un individuo con cada vez más exactitud, este trabajo pretende analizar hasta qué punto es posible para el artista proteger dicha imagen, tanto a través de la regulación del derecho constitucionalmente protegido como de los derechos de propiedad intelectual que pudieran recaer sobre ella.

Palabras clave: imagen, artista, profesional, propiedad intelectual, inteligencia artificial

Abstract: Due to their activity, performers have a degree of public exposure that affects their image, especially the professional one. At a time when the technology used by artificial intelligence makes it possible to replicate the image of an individual with increasing accuracy, this work aims to analyse to what extent it is possible for the artist to protect that image, through the regulation of the constitutionally protected right and the intellectual property rights that may fall upon it.

Keywords: image, artist, professional, intellectual property, artificial intelligence.

1. De la huelga al acuerdo: nuevo panorama para el artista

El pasado 2 de mayo de 2023, el Sindicato de Guionistas de Estados Unidos (WGA) inició una huelga indefinida tras la ruptura de negociaciones con la Alianza de Productores de Cine y Televisión (AMPTP). Pocos meses después, el 14 de julio de 2023, el sindicato SAG-AFTRA anunció que los actores y actrices a los que representa secundarían la huelga al no haber

llegado tampoco a un acuerdo con la AMPTP. En el comunicado emitido por este último sindicato el 17 de julio se apuntaban una serie de temas clave para entender el origen del conflicto. Uno de los puntos fundamentales de su declaración fue el siguiente:

> Performers need the protection of our images and performances to prevent replacement of human performances by artificial intelligence technology.
>
> ○ Us: Here's a comprehensive set of provisions to grant informed consent and fair compensation when a "digital replica" is made or our performance is changed using AI.
>
> ○ Them: We want to be able to scan a background performer's image, pay them for a half a day's labor, and then use an individual's likeness for any purpose forever without their consent. We also want to be able to make changes to principal performers' dialogue, and even create new scenes, without informed consent. And we want to be able to use someone's images, likenesses, and performances to train new generative AI systems without consent or compensation[1].

Es decir, una de las reivindicaciones del sindicato tenía que ver con la utilización de la imagen de los actores y su réplica digital. Según su declaración, el sindicato de productores pretendía que el sindicato aceptara ciertas cláusulas contractuales relacionadas con los sistemas de inteligencia artificial que permiten crear nuevas imágenes o vídeos a partir del estudio de imágenes o vídeos existentes de personas reales. La primera petición se refería a la posibilidad de realizar un escaneado del cuerpo y la cara de actores y actrices figurantes para, debidamente procesado por programas especializados, poder utilizar la imagen digitalizada con posterioridad según las necesidades del productor, sin necesidad de consentimiento explícito para cada uso concreto. La segunda petición tenía que ver con la utilización de una tecnología similar para hacer cambios en las actuaciones realizadas por actores y actrices principales, incluyendo diálogos y nuevas escenas, también sin necesidad de pedir autorización a los artistas involucrados. Y, por último, toda la información recopilada en el proceso de estudio de las imágenes y actuaciones de los intérpretes involucrados podría ser usada con posterioridad para entrenar nuevas inteligencias artificiales generativas. Todo ello sin que se necesitara ningún consentimiento o compensación adicional.

Tras meses de negociaciones, el 8 de noviembre de 2023 por fin se llegó a un acuerdo histórico que, entre sus cláusulas, contiene un extenso apartado dedicado al uso de sistemas de inteligencia artificial en la creación o recreación de intérpretes[2]. Para ello, define los distintos tipos de «réplicas» admisibles bajo este acuerdo y su régimen legal básico, incluyendo la remuneración de los actores o actrices replicados. En primer lugar, el acuerdo describe el llamado «*Employment-Based Digital Replica*», que es la versión digital de un actor creado con la intención de utilizar su voz o su imagen en partes de una obra audiovisual determinada en la que haya actuado o en otras vinculadas, si bien describiendo claramente el uso que se va a dar a la réplica en cada caso. En segundo lugar, se hace referencia a los «*Independently Created Digital Replica*», réplicas digitales de intérpretes reales destinadas a simular que un artista interviene en una obra audiovisual en la que no está contratado. En tercer lugar, están los «*Background Actor Digital Replica*», copias digitales de la imagen y la voz de figurantes,

1 Texto extraído del comunicado lanzado por el sindicato SAG-AFTRA el 17 de julio de 2023. Disponible en: https://www.sagaftra.org/files/sa_documents/SAG-AFTRA_Negotiations_Status_7_13_23.pdf. [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

2 Texto completo del preacuerdo alcanzado entre los sindicatos disponible en: https://www.sagaftra.org/files/sa_documents/TV-Theatrical_23_Summary_Agreement_Final.pdf. [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

para usos claramente determinados y retribuidos. Y, en cuarto lugar, se prevé la creación de «*Synthetic Performers*», creados totalmente a través de sistemas de inteligencia artificial generativa.

En el acuerdo se pormenorizan los detalles en cuanto a la retribución por la creación de las réplicas, cuando impliquen actores reales, y los usos específicos que se les puede dar, con gran importancia del consentimiento. También se incluyen otras cláusulas relativas a la alteración digital de la actuación previamente grabada de un intérprete o de los fondos. En general, es un texto que marca unas líneas básicas con el fin de controlar el uso de imágenes creadas por inteligencia artificial en detrimento del trabajo de intérpretes reales, pero que refleja bien el conflicto actual que existe con estos sistemas[3].

Lo cierto es que la aparición de sistemas de inteligencia artificial generativa, los conocidos como GAN, y en especial los que crean imágenes ficticias basándose en archivos previamente suministrados, ha abierto un debate interesante en el mundo cultural en general. Y una de las cuestiones más preocupantes para el sector es que las máquinas terminen sustituyendo en ciertos ámbitos a las personas creadoras de arte, que llegue un punto en que la presencia de un ser humano en la elaboración de un diseño, en la composición de una canción o en la escritura de un libro pueda ser prescindible[4]. En el marco de producciones audiovisuales se considera que la inteligencia artificial puede llegar a sustituir no solo a los escenarios —algo que ya está ocurriendo— sino a los propios intérpretes. Por ejemplo, ya empieza a haber casos de «creación de cine a la carta»[5], también de «doblajes automáticos»[6], ambos pro-

3 Pocos meses después de firmado el acuerdo, en julio de 2024, la U.S. Copyright Office publicó un informe en el marco de su *Notice of Inquiry* en torno a la inteligencia artificial y el *copyright* dedicado a la creación de réplicas digitales. En él se concluía que había una clara necesidad de una regulación específica a nivel federal para evitar usos no autorizados de la imagen y la voz de personas reales. En concreto, se recomendaba la creación de un derecho específico sobre la distribución de réplicas digitales que permitiera no solo su control, sino también garantizara el resarcimiento efectivo en caso de daños. El informe está disponible en: https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-1-Digital-Replicas-Report.pdf [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

4 Consecuencia de este tipo de usos es que, en la actualidad, Amazon ha decidido limitar el número de libros autopublicados que cada usuario puede comercializar a través de su plataforma a un máximo de 3 por día, consciente de que en la práctica totalidad de los casos la razón detrás de tanta productividad literaria era la utilización de sistemas de IA para generar esas novelas y no verdaderas creaciones de los presuntos autores. *Vid*. https://www.lagaceta.com.ar/nota/1025359/cultura/por-proliferacion-libros-generados-inteligencia-artificial-amazon-limita-autopublicacion.html [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

5 Aunque todavía son casos aislados, la tecnología que permite elaborar películas a la carta ya existe. Es paradigmático el proyecto llevado a cabo en el seno de la Universidad de Navarra para crear películas que cambian y evolucionan según las emociones del espectador. Puede encontrarse más información sobre el proyecto en: https://www.lavanguardia.com/vida/20230816/9169048/inteligencia-artificial-crea-peliculas-emociones-espectador.html [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

6 La evolución de los Large Language Models (LLM) y sus cada vez más amplias aplicaciones han llevado a la generalización en el uso de sistemas de IA capaces no solo de detectar la voz, sino también de subtitular vídeos o incluso generar un doblaje sin requerir el apoyo de una persona. Es por ello por lo que ya existen empresas que se dedican profesionalmente a ello, como Sonix. Información sobre la compañía disponible en: https://sonix.ai/es/features/automated-subtitles [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

ducidos a través de inteligencia artificial. De generalizarse este tipo de usos, podrían suponer la pérdida de una industria que ya se ha visto duramente golpeada por la pandemia[7]. Pero no son los artistas e intérpretes del mundo audiovisual los afectados. También aquellos artistas que interpretan obras propias o ajenas en escenarios —sean estos los formales como los de un teatro o los informales como puede ser un entorno urbano— pueden verse afectados por esta tecnología, en especial cuando se usan las fijaciones no autorizadas de sus actuaciones para el entrenamiento de dichos sistemas[8].

Sin embargo, aunque los escenarios más catastróficos auguran un cambio radical de la industria artística, también es cierto que las personas siguen siendo imprescindibles como fuente de originalidad.

En concreto, y centrándose en el tema objeto de este trabajo, cualquier inteligencia artificial generativa necesita información de la que «aprender». El proceso de aprendizaje es más complejo a medida que los resultados que se vayan a requerir a la tecnología pretendan ser más precisos. Y, para que los resultados sean óptimos es necesario reunir una gran cantidad de datos que sirvan para entrenar a la máquina. Así, para obtener una representación digital de un individuo, la IA tiene que analizar a muchas personas diferentes antes y, a partir de ese «conocimiento», ser capaz de llegar a generar un resultado que parezca una persona real. Además, si se busca que la representación de una persona concreta sea creíble no solo se tendrá que analizar su imagen, sino también sus gestos, sus movimientos o su voz, todo ello previamente plasmado en soportes digitalizados que se han introducido en una base de datos formada por la información que requiere la IA para alcanzar su objetivo. Tales soportes forman los llamados «datos de entrenamiento», imprescindibles para el desarrollo de la IA[9].

7 En relación con los artistas españoles, Martín Villarejo hace un análisis exhaustivo de los efectos perniciosos que la pandemia causó en la actividad y, por ende, los ingresos de actores y bailarines en comparación con la situación inmediatamente anterior. Entre otros, señala que durante el estado de emergencia el 97 % de los artistas o bien no tenían ingresos o bien estos eran inferiores a los 6.000€ anuales. Martín Villarejo, A., «Dimensión económica y social del actor español del siglo XXI», en *Anales de Literatura Española*, núm. 36, págs. 159-161. No obstante, los efectos de la pandemia se han extendido más allá de los años del confinamiento. Así lo demuestra el informe elaborado por Statista en el año 2024, que indica como la producción cinematográfica global se ha reducido en los últimos años y, con ello, ha causado un decrecimiento de los ingresos por esta industria. Informe disponible en: https://es.statista.com/estadisticas/1400560/tamano-global-de-la-industria-de-produccion-y-distribucion-cinematografica/ [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

8 Un caso bastante conocido es el de la demanda interpuesta por el coreógrafo Kyle Hanagami contra Epic Games por usar en un emote de Fortnite un baile que él había registrado a su nombre sin su permiso. Sobre la noticia, véase: Epic facing new lawsuit over Fortnite dance emotes | GamesIndustry.biz [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

9 Aunque aquí se haga referencia en genérico a los datos de entrenamiento, lo cierto es que en el proceso de aprendizaje de la IA se utilizan distintos conjuntos de datos con funciones diversas destinados a preparar un sistema de IA para que cumpla determinadas funciones. Por ello, el Reglamento de Inteligencia Artificial distingue entre tres categorías. En primer lugar, los datos de entrenamiento propiamente dichos «usados para entrenar un sistema de IA mediante el ajuste de sus parámetros entrenables» (art. 3.29 RIA). En segundo lugar, los datos de validación «usados para proporcionar una evaluación del sistema de IA entrenado y adaptar sus parámetros no entrenables y su proceso de aprendizaje para, entre otras cosas, evitar el subajuste o el sobreajuste» (art. 3.30 RIA). Y, por último, los datos de prueba «usados para proporcionar una evaluación independiente

La búsqueda y uso de datos de entrenamiento es un apartado complejo en el desarrollo de las Inteligencias Artificiales, porque sobre ellos se entremezclan normas diversas que controlan la reproducción de los soportes que contienen la información necesaria para el aprendizaje del sistema. Así, cuando se pretenda la reproducción de imágenes de personas reales habrá que tener en cuenta las reglas sobre protección de datos, ya que la imagen ha sido considerada un dato personal[10]. Es más, en ciertas circunstancias, incluso puede llegar a convertirse en un dato de tratamiento especial, por ejemplo, cuando se extrae la información biométrica de ella. A veces, el acceso o uso de información estará limitado por la regulación sobre propiedad, cuando los soportes donde se encuentren pertenezcan a un tercero. O serán las normas de propiedad intelectual sobre la información las que condicionen o permitan el uso de los datos. A todo ello hay que sumar que, cuando se trata de realizar una réplica digital de una persona o de su voz, entran en juego también la protección de sus derechos de la personalidad, en especial la imagen, pero también el honor o la intimidad. No se debe olvidar que la creación de réplicas digitales puede servir a cualquier propósito, honesto o no. Existen numerosos ejemplos donde el uso de los llamados «*deepfakes*» ha generado confusión ante declaraciones o grabaciones realizadas por ciertas personas que, en realidad, eran falsificaciones creadas usando inteligencia artificial[11]. Tales actuaciones engañosas, incardinadas dentro del espectro de las llamadas «*fake news*» plantean un nuevo reto en el ámbito del periodismo y de la verificación de los contenidos[12].

Es en medio de esta situación legal tan compleja donde se encuentran muchos artistas, que ven como una amenaza la utilización de ciertos sistemas que les «roban» sus actuaciones y su imagen, llegando a poner en riesgo su profesión. El presente trabajo pretende analizar, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, en qué medida el artista tiene un

del sistema de IA, con el fin de confirmar el funcionamiento previsto de dicho sistema antes de su introducción en el mercado o su puesta en servicio» (art. 3.32 RIA).

10 *Cfr.* González Mendoza, D. P., *El alcance del derecho a la protección de datos personales en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024, capítulo 3, apartado 4.2.1.

11 En los últimos años, en el contexto de la guerra de Ucrania se han viralizado vídeos falsos para generar confusión y desinformación entre los ciudadanos ucranianos y, de ese modo, dificultar las maniobras bélicas. Sobre este tema, véase Pardo de Santayana, J., «La inteligencia artificial y la guerra de Ucrania», Portal de CESEDEN. Disponible en: https://www.defensa.gob.es/ceseden/-/la_inteligencia_artificial_y_la_guerra_de_ucrania [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

12 El uso de IA para la generación de noticias es cada vez más generalizado y plantea interesantes cuestiones legales y éticas (*Cfr.* Paredes, J.C., López Mendoza, T., «Uso de inteligencia artificial y aprendizaje automático en el desarrollo de noticias» en *La comunicación ante el reto de las Inteligencias Artificiales. Innovación, Investigación y Transferencias*, obra colectiva, coordinadores Manciñaz Chávez, R. y Oliveira, J.S., Dykinson, Madrid, 2024, págs. 726-749), hasta el punto de que el Reglamento de Inteligencia Artificial ha obligado a que se indique cuando una noticia destinada a informar de un asunto de interés público ha sido generada por un sistema de IA (art. 50.4 RIA). Unida a esta producción periodística por sistemas de IA está la utilización de esta tecnología para la elaboración de noticias falsas. Estas, si bien no son una novedad, sí han encontrado en la IA generativa una herramienta para mejorar su apariencia realista y, de ese modo, incentivar la desinformación sobre temas de actualidad. Realiza un análisis sobre la utilización de inteligencia artificial para crear y detectar noticias falsas Ayllón García, J.D., «La inteligencia artificial como medio de difusión y control de las *fake news*», en *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, obra colectiva, editores Villegas Delgado, C., y Martín Ríos, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 217-239.

control sobre su imagen y, en su caso, qué derechos podría tener potencialmente sobre las actuaciones de su «réplica digital».

2. El derecho a la imagen del artista

Al analizar la utilización de la imagen de los artistas hay que partir de la idea de que, con independencia de su profesión, la imagen personal de un individuo goza de una protección especial. El artículo 18.1 de la Constitución Española reconoce el derecho a la imagen como uno de los derechos constitucionales de todo ciudadano, teniendo además la categoría de fundamental. Como derecho de la personalidad, goza del carácter de personalísimo, irrenunciable e intransferible. Aunque el derecho a la propia imagen como tal sea intransferible incluso *mortis causa*, debido a la especial importancia que tiene la protección de la memoria de los fallecidos, la Ley Orgánica 1/1982 reconoce a ciertos parientes del difunto, a las personas jurídicas que hubiera designado o, en su caso, al Ministerio Fiscal, la legitimación para defender esa «memoria» ante los tribunales[13].

En cuanto al contenido del derecho protegido, la «imagen» a efectos de la Ley Orgánica es la representación de una persona, lo que incluye todos aquellos atributos que permiten su identificación y que se basan en aspectos corporales de la persona. Así, es «imagen» la figura de una persona, su rostro o incluso sus gestos y su voz[14].

La norma que regula en España la protección del derecho a la propia imagen es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LODH). En vez de definir los ámbitos concretos protegidos,

13 *Cfr.* Sobre la protección de la *memoria defuncti* y la legitimación particular de la Ley Orgánica 1/1982, son de interés, entre otros, los trabajos realizados por Azurmendi Adarraga, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 171-175; Cámara Lapuente, S., «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido», en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, págs. 117-174; Gutiérrez Santiago, P., «La llamada «personalidad pretérita»: datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016, págs. 201-238; Hualde Sánchez, J. J., «La protección post mortem de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido» en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, obra colectiva, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, págs. 93-150; Minero Alejandre, G., *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 y Vidal Martínez, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, págs. 99-109. En relación con el tratamiento de la imagen del difunto como objeto de explotación económica, *Cfr.* Vega García, P., «Protección y comercialización del derecho a la propia imagen del difunto ante la inteligencia artificial», en *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, coordinador Arrébola Blanco, A., Reus, Madrid, 2023, págs. 997-1022.

14 Sobre la voz como atributo de la imagen, puede consultarse Alegre Martínez, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 83-88; Ammerman Yebra, J., *El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad*, Colex, Madrid, 2021; Blasco Gascó, F. P., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen» en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, obra colectiva, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, págs. 52-61.

la citada ley describe una serie de conductas que serán consideradas intromisiones ilegítimas en los derechos que regula y que, por tanto, pueden ser perseguibles (art. 7 LODH). Sin embargo, esta regla general tiene algunas excepciones, siendo la más notable a efectos del tema tratado la posibilidad de que el titular del derecho en cuestión consienta expresamente los actos que, de otro modo, se considerarían ilícitos (art. 2.2 y 8 LODH)[15]. Dicho consentimiento no tiene un régimen jurídico propio dentro de la Ley y ha sido interpretado de modos diversos, siendo dos las versiones que más destacan. Algunos autores entienden que se trata de una mera exclusión de ilicitud, puntual y limitada a unos actos concretos, que solo permite la intromisión[16]. Otros van más allá e interpretan que el consentimiento de la Ley Orgánica 1/1982 es un consentimiento contractual, el mismo que permite la realización de negocios jurídicos con los derechos de la personalidad[17]. En la actualidad, el consentimiento para el uso de la imagen, sea mera autorización o consentimiento contractual, debe reunir los requisitos previstos en el llamado Reglamento general de protección de datos. La imagen no deja de ser un dato que cumple los requisitos del artículo 4.1 para considerarse «dato personal» y, por tanto, su tratamiento debe respetar lo dispuesto en el Reglamento[18]. En concreto, las normas para la prestación del consentimiento que permita el tratamiento de datos personales, incluidas en general en el artículo 7 RGPD[19].

Sin entrar en profundidad en el tema del consentimiento, lo que ha sido puesto de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es que, aunque el de imagen sea un derecho fundamental, de la personalidad y personalísimo, también es un elemento que puede ser utilizado para la obtención de rendimientos económicos. La llamada «dimensión patrimonial» del derecho a la propia imagen hace referencia a la posibilidad de explotación de la imagen por la vía de realización de contratos con el fin de obtener algún tipo de beneficio. A pesar de que su existencia ha sido expresamente reconocida, incluso por la jurisprudencia constitucional, la dimensión patrimonial del derecho a la imagen tiene un difícil encuadre legislativo[20]. Para algunos autores, su regulación se deriva de la Ley Orgánica 1/1982, tanto por las referencias al consentimiento para excluir la ilicitud como en la mención en el artículo 7 de ciertos actos

15 Sobre la prestación del consentimiento y el ámbito de cesión del derecho a la propia imagen, *Cfr.* Martínez Espín, P., «Cesión inconsentida de la imagen para un uso comercial distinto del autorizado», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1., núm. 5, 2011, págs. 24-42.

16 Sobre la distinción entre la autorización y la cesión de derechos, *Cfr.* Amat Llari, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992, p. 42; Rodríguez Tapia, J. M., «Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, obra colectiva, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, págs. 874-877; Vendrell Cervantes, C., *El mercado de los derechos de imagen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 186-199.

17 *Cfr.* Azurmendi Adarraga, A., *op. cit.,* p. 194-195 y 207; Bonilla Sánchez, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, págs. 36-37.

18 La relación entre el consentimiento de la LODH y del Reglamento General de Protección de Datos ha sido analizada por Trujillo Cabrera, C., «El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la Inteligencia Artificial» en *InDret*, núm. 1, 2024, págs. 101-105.

19 El consentimiento, tal y como se establece en el RGPD, es «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le concierne» (art. 4.11 RGPD).

20 *Cfr.* SSTC 117/1994, de 25 de abril (ECLI:ES:TC:1994:117); 231/1988, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:1988:231); 81/2001, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC:2001:81) y 156/2001, de 26 de julio (ECLI:ES:TC:2001:156).

de explotación de la imagen como intromisiones ilícitas[21]. Sin embargo, parecen más convincentes los argumentos que se posicionan en contra, basados en la interpretación de que la protección concedida por la Ley Orgánica deriva del artículo 18.1 CE que, según ha expresado el propio Tribunal Constitucional, no abarca la dimensión patrimonial[22]. Además, la imagen regulada en la Ley Orgánica es inalienable (art. 1.3 LODH), porque el ámbito más personal de la imagen lo es, no así el económico.

No obstante, en lo que ambas corrientes parecen estar de acuerdo es en la necesidad de regular las dos dimensiones, personal y económica, de manera conjunta. No se debe olvidar que la protección de la imagen personal es un importante límite a la explotación económica y que cualquier cesión deberá respetar en todo caso el ámbito intransmisible del derecho.

Así pues, aunque protegida mediante un derecho subjetivo, la propia imagen no solo constituye una facultad vinculada a la personalidad de la persona, sino que al suponer una «exclusiva», es posible disponer económicamente de dicha imagen. Dicha disposición puede afectar directamente a la imagen personal privada de un individuo o a su esfera pública, artística o profesional. En este segundo caso, tal disposición se produce a través de acuerdos que suelen ser onerosos en los cuales se autoriza a utilizar la imagen de una persona para usos que pueden ser muy diversos[23]. Es más, dentro de este tipo de contratos, una categoría especial la forman aquellos donde uno de los sujetos es artista, que bien puede estar realizando un retrato por encargo, o bien puede haber contratado a alguien para servir de modelo. También hay contratos que, si bien tienen por objeto prestaciones diversas, indirectamente

21 Sobre la dimensión patrimonial y personal del derecho a la imagen y las dudas sobre la elección de la vía para su protección *Cfr.* Pulido Quecedo, M., «La negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el Derecho a la imagen como derecho personalísimo», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2001, págs.1853-1855. En cuanto a autores que consideran que la LODH también regula la dimensión patrimonial están Bonilla Sánchez, J.J. *op. cit.,* págs. 36-37 o Castilla Barea, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 57. Blasco Gascó (*op. cit*, págs. 31-33), por su parte, considera que el régimen jurídico del derecho fundamental a la propia imagen está en el artículo 18.1 CE, reservando la Ley Orgánica 1/1982 «a su utilización como objeto de tráfico jurídico: a su cesión, a su violación y a la indemnización del daño producido a su titular». Señala Rodríguez Tapia que el derecho a explotar comercialmente la imagen «es uno de los derechos o facultades tipificados, de forma negativa, por el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982». Rodríguez Tapia, J.M., *op. cit.*, págs. 865.

22 *Cfr.* SSTC 231/1988, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:1988:231) y 81/2001, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC:2001:81). Opinan que el «derecho a la explotación de la imagen» no está regulado ni reconocido por la Ley Orgánica 1/1982, entre otros, Amat Llari, E., *op. cit.*, p. 9; Bodas Daga, M.A., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 355-357; Clavería Gosálbez, L.H., «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 47, fasc. III, 1994, p. 52 y Vendrell Cervantes, C., *op. cit.*, págs. 186-199.

23 *Cfr.* Herce de la Prada, V., *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, vol. I., Bosch, Barcelona, 2005, edición digital; Higueras, I., «Valor comercial de la imagen en la regulación española: entre la protección de la personalidad y la comercialización de la identidad» en *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 2, 2000, págs. 87-115.

implican la utilización de la imagen de un profesional en el marco del desempeño de su oficio, como pueden ser los contratos de patrocinio[24].

En cuanto a la imagen de un intérprete —la imagen escénica—, mientras está caracterizado y realizando una actuación, no cabe duda de que la captada se trata de una imagen que se ubica en la dimensión pública del artista, no en la privada[25]. Lo que se comercializa no es la imagen privada del actor o actriz, sino lo que representa a través de su cuerpo en el marco de una obra que tenga un componente visual, como pueden ser las fotografías, las obras audiovisuales, la danza o la interpretación, también las realizadas en directo y sin posterior fijación.

Sea como fuere, la imagen profesional recaería en la dimensión patrimonial. Es por eso por lo que ha sido en el ámbito de las reclamaciones frente a usos no consentidos de imágenes de artistas en el marco de sus interpretaciones donde se hayan producido las resoluciones judiciales que han ido perfilando el alcance de la protección a esta vertiente. En este sentido, es clave la sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC:2001:81). La sentencia tiene su origen en un conflicto entre la compañía Proborín S.L. y Emilio Aragón, famoso intérprete, por un anuncio con el lema «la persona más popular de España está dejando de decir «te huelen los pies», porque cada día más gente utiliza Borín». Para entender el origen del asunto, se debe señalar que el referido artista era autor de un disco titulado «Te huelen los pies», frase que también daba nombre al primer *single* del álbum. En el anuncio aparecían las piernas de un hombre con pantalones oscuros y zapatillas blancas, vestimenta similar a la que el propio Aragón luce en la contraportada del mencionado disco y que era habitual en sus apariciones televisivas. No cabe la menor duda que tanto la imagen como la frase aludían al artista, pero la cuestión se centraba sobre si se podía considerar que se había utilizado comercialmente la «imagen» de Emilio Aragón sin su consentimiento.

En sentencia de Primera Instancia, de 28 de mayo de 1993, se desestimó la demanda, indicando que «la propia imagen de la persona es aquella que se forma en las mentes de los demás hasta el punto de asociarla de forma total con rasgos de su persona o de su personalidad, y en este caso no se da con tal rotundidad». Según los fundamentos de la sentencia, no se habría producido intromisión ilegítima en la persona del demandante por cuanto el dibujo en blanco y negro utilizado en la publicidad no responde al concepto legal y jurisprudencial de imagen, concebida como «una figura humana plenamente identificable y reconocible, todo lo cual dimana de la personalidad misma». En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Badajoz en sentencia de 17 de noviembre de 1993, en cambio, sí estima la demanda y se condena a la demandada por intromisión ilegítima en el uso comercial sin autorización del nombre, la voz y la imagen de otra persona, por haber utilizado elementos que identificaban al demandante en el anuncio.

El Tribunal Supremo, en sentencia 60/1998, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:1998:535), por el contrario, afirmó que el dibujo utilizado «por sí mismo no actúa como elemento identificador de persona alguna, ya que se trata de una reproducción gráfica llevada a cabo por ordenador» y que el eslogan «carece de intensidad probatoria suficiente para con base al mismo determi-

24 Sobre el contrato de patrocinio, *Cfr.* García de la Rasilla Arambarri, C., «El contrato de patrocinio publicitario, Regulación del contrato en previsión de futuros conflictos entre patrocinado y patrocinador» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 29, 2012, págs. 1-20.

25 *Cfr.* Martín Muñoz, A.J., «El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen» en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 242, apartado 3.3.

nar la concurrencia de imagen objetivamente reconocible del demandante»[26]. Hay que hacer notar que esta sentencia tiene un voto particular discordante del magistrado Xavier O'Callaghan. En ella, el magistrado defiende la idea de un concepto amplio de imagen que incluya aquella «apariencia o figura que pueda confundir o hacer pensar al público que se trata de una persona» (FJ 1.º), también la imagen utilizada con fines publicitarios, comerciales o análogos del artículo 7.6 LOPH. Esta interpretación, por tanto, permitiría perseguir aquel uso de la figura humana que «no sólo comprende reproducción fiel, sino también aquella apariencia que objetivamente (sea o no conocido por mayor o menor número de personas) crea confusión con la imagen de otra persona».

En la subsiguiente demanda de amparo, la defensa reitera la existencia de la vulneración del derecho a la propia imagen, señalando que se trata en este caso de apropiación de la «identidad personal» de un actor reconocido, que no requiere la utilización de rasgos físicos concretos de la persona, sino elementos que sean suficientes para relacionarlos con un individuo concreto. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 26 de marzo de 2001, tras repasar el contenido del derecho a la imagen y señalar que lo protegido constitucionalmente «es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas», recuerda que «el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial no consentida —e incluso en determinadas circunstancias la consentida— de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen». Así, si bien el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de una vertiente comercial del derecho a la imagen, esta no se encuentra en la esfera del derecho constitucionalmente reconocido[27]. Por eso, cuando repasa los motivos de la demanda, destaca que lo que se está intentando proteger es el «valor patrimonial o comercial de la imagen», no su esfera personal. Además, desde

26 Opina Rubio Torrano que el Tribunal Supremo parte de un concepto de imagen excesivamente restrictivo y que, frente a la afirmación de que no es posible reconocer al demandante mediante los elementos empleados en el anuncio, era posible «identificar a un creador cuya nota más señalada resulta ser probablemente la de su carácter popular». Rubio Torrano, E., «Publicidad comercial y derecho a la imagen» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 1998, pág. 5.

27 «Es cierto que en nuestro Ordenamiento —especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen— se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de «la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma» (STC 170/1987, de 30 de octubre [RTC 1987, 170] , F. 4), el derecho garantizado en el art. 18.1 CE, por su carácter «personalísimo» (STC 231/1988, F. 3), limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo». STC 81/2001, de 26 de marzo (F.J. 2.º) (ECLI:ES:TC:2001:81).

el punto de vista del dibujo utilizado en el anuncio, «la referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de sus apariciones televisivas, con lo que, como queda dicho, en ese anuncio no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen». Concluye el Tribunal Constitucional que el dibujo no representa a la persona, sino al personaje y, por ello, no hay vulneración del derecho fundamental a la propia imagen. No obstante, que no exista lesión a la vertiente personal de la propia imagen no priva que se pueda estar vulnerando la imagen profesional de un individuo con una captación y reproducción en la que se reconozca perfectamente al personaje representado, a diferencia de lo que se afirma que ocurre en el caso Emilio Aragón.

Otra cuestión clave respecto a la imagen profesional es la determinación de los usos concretos para los que se autoriza la captación de una imagen o una grabación. Si bien es cierto que, a falta de regulación, en este ámbito rigen las reglas generales del Código Civil para los contratos y, por tanto, la libertad de pactos (art. 1255 CC) y forma (art. 1278 CC), es habitual que se trate de acuerdos que se fijen por escrito detallando claramente qué se autoriza a hacer con la imagen de un individuo. Pues, de otro modo, sería difícil probar hasta qué punto se permitió su uso y, por tanto, donde está el límite entre lo autorizado y lo reservado a la privacidad[28]. En este ámbito, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance de la revocación del consentimiento al uso de una imagen personal de una artista que originalmente había autorizado su captación.

El asunto de la sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril (ECLI:ES:TC:1994:117), se origina por un contrato gratuito concedido por la demandante a un fotógrafo italiano por una sesión fotográfica. El fotógrafo, posteriormente cedió los derechos para reproducir esas imágenes a la Editorial Origen, S.A., editorial de la Revista Playboy España a cambio de un millón de pesetas. Al enterarse, la demandante remitió un requerimiento notarial a la editorial, oponiéndose a la publicación y la cesión de las fotografías. No obstante, al recibirse con apenas veinte días para la salida de la revista y al estar tan avanzada la fase de impresión y distribución, la editorial decidió seguir adelante y publicar las fotografías, razón que motivó la demanda.

En las tres instancias, los Tribunales rechazaron la existencia de intromisión al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen debido a que hubo un primer consentimiento y su revocación fue tardía en el marco del proceso habitual de protección. En concreto, señala el Tribunal Constitucional que «mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad». Lo que hace el Tribunal Constitucional es recordar que el nacimiento de la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen se produce con la autorización del individuo. Por tanto, está constreñido por las condiciones establecidas en el contrato de cesión de uso. Es más, en la misma sentencia, el Tribunal afirma que «el consen-

28 En la STS 754/2008 de 22 de julio (ECLI:ES:TS: 2008:4310), por ejemplo, se resolvió que la autorización que la recurrente había dado para el uso de su imagen en la promoción de determinados productos no daba al autorizante derecho a posteriormente ceder a terceros el derecho a reproducir dicha imagen. Sobre la atipicidad de los contratos que afectan a los derechos de artistas, *Cfr.* Sánchez Aristi, R., «Comentario al artículo 106» en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 1588-1589.

timiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado». Si bien, en caso de revocación, deberá tenerse en cuenta las circunstancias de la revocación y, en especial, las relaciones jurídicas y derechos creados, para modular las consecuencias del ejercicio, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2.3 LO 1/1982. Cabe destacar que, en este caso, el Tribunal es consciente de que quien demanda es una persona del mundo del espectáculo, colectivo que habitualmente explota comercialmente su imagen pública y privada e intimidad, autorizando la captación y difusión de su imagen personal. Señala que es diferente este supuesto de aquel otro resultado de lo que denomina «la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad». Es decir, aquellas captadas en público que se podrían considerar amparadas en el derecho a la libertad de expresión y expresamente permitidas por el artículo 8 LODH[29]. En cambio, cuando se trate de imágenes autorizadas, el consentimiento es siempre revocable debido al carácter «irrenunciable en su núcleo esencial». Dicha revocación, además, se puede dirigir contra cualquiera a quien se le haya transmitido la licencia de uso de la imagen, no solo frente a quien se benefició de ella en un origen[30]. No obstante, sus efectos solo alcanzarán a actuaciones presentes o futuras, no pasadas[31]. No cabe la «ilegitimidad retroactiva» de intromisiones consentidas[32].

29 El artículo 8 LODH establece dos tipos de exclusiones de ilicitud en lo que se refiere al derecho a la propia imagen. La primera, general para todos los derechos regulados en esta Ley Orgánica, permite aquellas actuaciones que, siendo intromisiones, están autorizadas, acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley o tienen interés histórico, científico o cultural relevante. La segunda, específica para el derecho a la propia imagen, permite las intromisiones que afecten a personas con cargo público, profesión notoria o proyección pública y cuya imagen se capte en actos o lugares públicos o se caricaturice, así como la aparición de la imagen de una persona de manera accesoria en información gráfica sobre eventos públicos.

30 Martín Muñoz critica la actuación regulación sobre la revocación del consentimiento establecida en la LODH, en el sentido de que no distingue ni a qué derecho afecta —honor, intimidad, propia imagen— ni a la existencia de vínculo contractual previo y no de una autorización «por mera tolerancia». Ello afecta directamente al valor patrimonial de la propia imagen, puesto que la amenaza de una revocación que puede ocurrir «en cualquier momento», aun mediando indemnización, no siempre será suficiente para compensar el riesgo. Martín Muñoz, A.J., *op. cit*., apartado 5.1. ii.

31 En un sentido similar se pronunció, el Tribunal Supremo en el caso resuelto en sentencia 400/2001, de 20 de abril (ECLI:ES:TS:2001:3256). El supuesto partía de la utilización por parte de un periódico de imágenes previamente puestas a disposición del público a través de la revista Interviú. El tribunal señala que, al haber una autorización previa de la titular del derecho a la imagen para la divulgación de dichas imágenes, no cabía aplicar a este supuesto una protección especial basada en la infracción de un derecho fundamental.

32 En cuanto al contenido de la revocación, el Tribunal Constitucional señala que «habrá de acreditar algunas circunstancias como la de proceder del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda ejercitarse, no atribuirle con carácter retroactivo (o sea invalidatorio de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de los daños y perjuicios; requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancias de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes». Tribunal Constitucional 177/1994, de 25 de abril (ECLI:ES:TC:1994:117) (F.J. 6.º).

Así pues, cuando se trata de imagen propia, es elemento clave el consentimiento expreso de la persona para el uso concreto que se trate, en especial cuando afecte a su esfera privada, pero también cuando lo haga a la pública. Dicho consentimiento —prestado normalmente bajo las formas de artículo 7 RGPD— y los términos bajo los cuales se ha prestado determinan de manera restrictiva la utilización que se pueda dar a la imagen, sea esta personal o profesional. Y, si bien esta segunda carece de protección constitucional y de regulación específica, sí ha sido avalada por la jurisprudencia, que exige que el personaje sea perfectamente recognoscible para garantizar su protección.

3. Derechos conexos de artistas, intérpretes y ejecutantes

Si bien es cierto que la «imagen profesional» se vincula con el derecho general a la propia imagen, no se puede olvidar que la utilización económica de la imagen conlleva la aparición de contratos de diferentes tipologías: publicitarios, comerciales, artísticos. El resultado de dichos contratos llevará a la incorporación de la imagen a algún tipo de soporte tangible o intangible sobre el que se realizará una explotación económica. Y es posible que la parte que contrata la captación de la imagen profesional incluya una reserva de derechos de autor sobre el resultado final. Es decir, se produce una situación donde se genera una obra en el sentido del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Y, aunque la regla es que la obra pertenece al autor o coautores, lo cierto es que la explotación de la obra resultante puede verse limitada en lo que se refiere a la imagen de las personas en ella incluidas[33]. Además, en el marco de la propiedad intelectual se han ido introduciendo a lo largo de los años derechos que complementan a los propios del autor y que pertenecen a quienes, sin ser directamente creadores de la obra, sí que contribuyen decisivamente a su exteriorización o su difusión a través de una actividad directa[34]. Son los denominados «derechos conexos» y, entre ellos, se encuentran los derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes. En el Texto Refundido los derechos conexos de artistas, intérpretes y ejecutantes aparecen regulados en el Título I del Libro II, que abarca los artículos 105 a 113, y se atribuyen a «la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra», así como al director de escena y al director de orquesta. Los derechos reconocidos dan a los artistas la posibilidad de controlar el destino y el uso de sus actuaciones y de las «fijaciones» de estas. Por tanto, los dos conceptos clave son el de «actuación» y el de «fijación» para determinar el objeto sobre el que recaen los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes.

Ante la ausencia de definición legal directa —indirectamente se puede decir que es el resultado de la representación, canto, lectura, recitado, interpretación o ejecución de una

33 Como recuerda Martínez Espín, los derechos de propiedad intelectual y de propia imagen son independientes, y solo el consentimiento o las excepciones legales para el uso de la imagen podrán ser límite a ese derecho, de tal modo que los derechos de propiedad intelectual podrán estar condicionados a la obtención del consentimiento expreso para la utilización de la imagen diferente a la inicialmente establecida en el contrato por el que se acordó la captación y el uso original. Martínez Espín, P., *op. cit.*, págs. 44-45.

34 *Cfr.* Martín Villarejo, A., «Comentario al artículo 105» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director José Manuel Rodríguez Tapia, Cívitas, Madrid, 2009, págs. 639-640.

obra, aplicando lo dispuesto en el artículo 105 TRLPI—, cabe acudir al concepto que la Real Academia Española atribuye al término «actuación», entendido como «acción y efecto de actuar»[35]. «Actuar» es un término polisémico, pero, dentro del ámbito que se estudia, interesan sus definiciones relacionadas con el mundo artístico. Así, es actuar «interpretar un papel en una obra teatral, cinematográfica, radiofónica o televisiva» o, «dicho de un artista: ofrecer un espectáculo ante el público». Interpretar, por su parte, es «representar una obra teatral, cinematográfica», «ejecutar una pieza musical mediante canto o instrumentos» o «ejecutar un baile con propósito artístico y siguiendo pautas coreográficas» o, también «encarnar». Todas las definiciones parecen tener detrás la idea del individuo que muestra una faceta artística de manera personal, usando su cuerpo de manera directa para exteriorizar una idea, un concepto, una historia.

El concepto «fijación» tampoco aparece definido en el Texto Refundido, dando pie a una interpretación amplia que permitiría abarcar cualquier medio por el cual una actuación —coreográfica, teatral, cinematográfica, musical, etc.— queda plasmada en un soporte duradero que permita su posterior reproducción[36]. Así, el proceso de registrar la actuación en un formato permanente es lo que se denomina fijación. Pero algo que hay que diferenciar es el material «fijado» —la actuación— y el producto final que se pretenda obtener a partir de él —la obra—. Por usar un ejemplo conocido, para hacer una película es habitual que se acumulen muchas horas de grabación de las interpretaciones de los artistas, desde diferentes ángulos y con variaciones diversas introducidas a propuesta del director o improvisadas por los actores. De esas horas de metraje, en el proceso de montado de la película se eligen las mejores «tomas», se añaden extras, como pueden ser efectos especiales, sonoros o digitales e incluso la música para dar forma al producto final. Es importante marcar esta distinción porque el derecho conexo de los artistas, intérpretes y ejecutantes se refiere a la «fijación» de sus actuaciones, sea esta utilizada en el resultado final o no.

La ley concede a artistas, intérpretes y ejecutantes el derecho a autorizar la fijación de sus actuaciones (art. 106 TRLPI), su reproducción (art. 107 TRLPI), puesta a disposición (art. 108.1.b TRLPI) y distribución (art. 109 TRLPI)[37]. Además, también tienen el derecho exclu-

35 La ausencia de una definición de la actuación ha sido puesta de relieve por Sánchez Aristi, que ha considerado que se puede deber a las dificultades de dar una definición directa, en especial por la ausencia de esta también en los instrumentos internacionales sobre la materia. Sánchez Aristi, R., «Comentario al artículo 105» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 1546.

36 *Cfr.* Ribera Blanes, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 179-180. Se diferenciaría aquí entre el momento de expresión artística y su fijación, suponiendo ambos dos elementos diferentes: uno de exteriorización de la interpretación protegida y otro de conservación de ese momento a través de un soporte. En este sentido, pero en relación con las obras del artículo 10, se manifiestan Anguita Villanueva, L., «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual del año 2006: la Ley 23/2006 y los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes», en *Reformas recientes de la Propiedad Intelectua*l, obra colectiva, coordinada por Rogel Vide, C., Reus, Madrid, 2007, págs. 141-142; Marco Molina, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 227 y Rivero Hernández, F., «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 315-316.

37 Los derechos enunciados tienen una duración de 50 años desde la actuación o fijación o desde la difusión del resultado (art. 112 TRLPI). Además, el artículo 113 TRLPI se señala cuáles son los

sivo de autorizar la comunicación pública directa de sus actuaciones, salvo que se trate de una radiodifusión o se realice por medio de una fijación previamente autorizada (art. 108.1.a TRLPI). En lo que respecta al derecho de reproducción, por remisión del artículo 107 TRLPI a las normas generales de los derechos de autor, se ha de definir en el sentido del artículo 18 TRPI, esto es, «la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias».

La autorización para realizar cualquiera de las formas de explotación antes indicadas debe realizarse por escrito (art. 45 TRLPI), aunque, en ciertos casos se presumirá la transmisión de este derecho[38]. En concreto, en relación con los derechos de puesta a disposición (art. 108.3 TRLPI) se entienden transferidos en los contratos de producción celebrados con el productor de fonogramas o grabaciones audiovisuales, salvo que se establezca lo contrario. Por su parte, los derechos de reproducción y comunicación pública se entienden cedidos al empresario o arrendatario en el marco del cumplimiento de un contrato de trabajo o arrendamiento de servicios, con el límite de que los actos de explotación tienen que ser los que se deduzcan «de la naturaleza y objeto del contrato» (art. 110.1 TRLPI)[39]. Por tanto, los fines del contrato habrán de ser claros y determinar para qué se va a usar la fijación de una actuación. Como mecanismos de control al cesionario legal o contractual, también se reconoce a intérpretes y ejecutantes la facultad de revocación de los derechos exclusivos cedidos (art. 48 bis TRLPI) y de resolución del contrato de cesión de derechos al productor de fonogramas (art. 110 bis TRLPI), que pretenden evitar una falta de explotación o una explotación insuficiente de la actuación cedida a un tercero en exclusiva. En cualquier caso, siempre habrá que estar a lo dispuesto en cada caso por el derecho de remuneración equitativa regulado en el propio Título y en los artículos 74 y 75 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre[40].

derechos morales de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Se les otorgan dos: el derecho a que se les reconozca como los protagonistas de una actuación y el derecho a «oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación» —es decir, derecho a la integridad de su actuación— con una legitimación especial *mortis causa* para la defensa sin límite de tiempo de estos derechos fallecido su titular original. Además, se concede el derecho a controlar a través de autorización quién hace el doblaje en la lengua materna de un artista.

38 Una norma particular sobre la autorización prestada para la explotación de la fijación es la prevista en el artículo 111 TRLPI. En él se establece que cuando los intérpretes o ejecutantes participen de manera colectiva —no sean solistas—, deberán designar un representante entre ellos por mayoría. Dicho representante será el encargado de autorizar la fijación, así como la reproducción, distribución y comunicación pública de la actuación. Lo que la ley no determina es la concreta forma de toma de decisiones en el marco de ese colectivo o en qué momento desaparece la representación ejercida por el designado según el artículo 111 TRLPI.

39 *Cfr.* Valdés Alonso, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 277-281.

40 En concreto, el artículo 74 del Real Decreto-Ley 24/2021 incide en el derecho a recibir «una remuneración adecuada y proporcionada» en la cesión o autorización de derechos exclusivos de explotación de autores, artistas, intérpretes y ejecutantes. Se puede encontrar un análisis de la evolución legislativa del principio de remuneración adecuada y proporcional y de su actual regulación en Minero Alejandre, G., «El principio de remuneración adecuada y proporcionada de autores y artistas intérpretes o ejecutantes» en *La transposición en España de la directiva sobre derechos de autor y mercado único digital*, obra colectiva, directores Cámara Águila, M.P. y Garrote Fernández-Díez, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 539-620. Por su parte, hacen una revisión crítica sobre la

Los referidos son los derechos concedidos a artistas, intérpretes y ejecutantes, pero no son los únicos derechos conexos recogidos en el Texto Refundido. A efectos del tema tratado, se debe hacer referencia a los derechos de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, a quienes se concede el derecho, entre otros, de autorizar la reproducción de las creaciones que han producido (arts. 115 y 121 TRLPI respectivamente). En el caso de las grabaciones audiovisuales, se trata de creaciones que, en principio, no tienen originalidad suficiente como para ser consideradas «obras» a efectos de propiedad intelectual, pero, por su importancia en la elaboración de producciones audiovisuales, se ha considerado necesario dar a quienes las obtienen control sobre ellas.

Al tratar el tema de artistas, intérpretes y ejecutantes no es posible obviar que, en muchos casos, sus actuaciones se plasmarán en soportes audiovisuales que, eventualmente, pueden llegar a convertirse en obras. Las obras audiovisuales tienen su propia regulación en el Texto Refundido y gozan de un régimen jurídico con particularidades respecto al previsto para la generalidad de obras. Ello se estableció en atención a la complejidad de este tipo de creaciones, cuya elaboración requiere habitualmente de la participación de un elevado número de profesionales, no solo los artistas intérpretes que participan en la parte «actoral» de la obra, sino técnicos, expertos en ámbitos de maquillaje, vestuario, efectos de sonido, especialistas u otros que, con sus aportaciones, contribuyen a la obtención del resultado final. Para determinar qué derechos tienen estos intervinientes y, sobre todo, aclarar la titularidad de la obra audiovisual en aras de facilitar la gestión de los derechos de propiedad sobre ella, el Texto Refundido dedica a las obras audiovisuales un título propio en su Libro I (arts. 86 y siguientes TRLPI). Esta regulación, además, se aplicará también a las llamadas «obras radiofónicas» (art. 94 TRLPI).

Por resaltar dos cuestiones en la regulación de las obras audiovisuales, su autoría se concede exclusivamente al director-realizador, a los realizadores del argumento, adaptación, guion y diálogos y a los creadores de las composiciones musicales originales de la producción. A diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación de 1987 y lo que prevén otros ordenamientos jurídicos, como el francés, la autoría del artículo 87 TRLPI es cerrada, no estableciendo ninguna cláusula que permita considerar a otros intervinientes como autores de la obra audiovisual[41]. No obstante, aunque los referidos en el artículo 87 TRLPI sean los titulares originarios de los derechos de propiedad intelectual, a continuación, en el artículo 88 TRLPI establece una presunción de cesión exclusiva al productor de la obra audiovisual de derechos relacionados con su explotación, como son los de reproducción, distribución, comunicación pública, doblaje o subtitulado.

No obstante, si bien es cierto que una gran parte de las actuaciones sobre las que recaen los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes se realizan con el fin de ser fijadas en un soporte permanente, no se puede olvidar que algunas tienen vocación efímera. Son aquellas que se realizan en directo, donde el artista bien es intérprete de una obra ajena, bien es creador de su propia obra a través de la expresión de su cuerpo. Este tipo de representa-

cuestión de la remuneración de artistas, intérpretes y ejecutantes Ammerman Yebra, J., Vázquez Asper, F., «Artistas vulnerables», en *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, obra colectiva, Editorial La Cultivada, págs. 843-846.

41 González Gonzalo, A., *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Comares, Granada, 2001, pág. 132-133; Pérez de Castro, N., *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*, Reus, Madrid, 2001, pág. 57.

ción artística, que incluye diversas formas de arte escénico, incluido el arte callejero, genera los mismos derechos que cualquier otra destinada a su fijación. Así, si el autor de la obra es el artista, intérprete o ejecutante, tendrá este los derechos propios de cualquier otro creador y podrá autorizar la reproducción y comunicación pública de su actuación como obra. Pero, en caso de no ser el autor, también tendrá derecho sobre la actuación, esta vez dentro del marco de los derechos conexos. Por tanto, mientras que, en el primer caso, al tratarse de una autoría propia los derechos son mucho más amplios —arts. 14 y 17 TRLPI—, en el segundo son más concretos y limitados por los propios del creador de la obra representada (arts. 105 y ss. TRLPI).

Por tanto, el artista, intérprete y ejecutante tiene la posibilidad de controlar su imagen escénica a través de los derechos concedidos por el Texto Refundido, en una suerte de cesión implícita debida al carácter de la actividad realizada[42]. En especial, este control recae sobre su actuación y sobre la explotación de la fijación que se pueda hacer de esta, en especial, su reproducción. A pesar de que la regla general es la de una cesión expresa, la ley contempla ciertas presunciones de cesión basadas en la existencia de contratos de producción de fonogramas, grabaciones (art. 108.2 TRLPI) u obras audiovisuales (art. 88 TRLPI), de trabajo o de arrendamiento de servicios (art. 110 TRLPI). Los cesionarios habrán de respetar los términos del contrato y las limitaciones en él establecidas, en particular en lo que se refiere a la cesión únicamente de los derechos indicados en el acuerdo (art. 43.1 TRLPI). En consecuencia, cualquier utilización que los cesionarios quieran dar a las actuaciones que no esté contemplada en el negocio jurídico inicial requerirá de la formalización de un nuevo contrato.

4. El escenario creado por la inteligencia artificial

Cuando en el año 2021 se lanza la primera propuesta de regulación de la inteligencia artificial para la Unión Europea, si bien se comenzaban a manifestar algunos de los problemas que el uso de esta tecnología podía causar, el verdadero revulsivo se produjo con la aparición y, sobre todo, generalización, de las IAs generativas. Las IAs generativas son, como su nombre indica, unos sistemas que disponen de inteligencia artificial que les permite «generar». Sus resultados son fruto de un «estudio» previo, de un «entrenamiento» que lleva a que la IA «aprenda» a producir ciertos «*outputs*» o resultados de salida.

42 Indica Martín Muñoz que «del contrato de interpretación resulta que se cede al productor la facultad de reproducir la interpretación y el derecho a la imagen del artista, que no podrá escindirse —y ello pese a que el artículo 2.2 LO 1/1982 exige consentimiento expreso—, aunque siempre que resulte aplicable el artículo 2.3, el actor podrá revocar la cesión de su imagen indemnizando a los perjudicados. (…). Por consiguiente, quien pretenda utilizar una imagen escénica para asociarla a un producto o actividad en el tráfico económico deberá recabar, en principio, la autorización del productor (por reproducir parcialmente una obra audiovisual) y, además, la del intérprete, habida cuenta de que la utilización de a propiedad intelectual rebasa los límites del contrato de interpretación y, en cualquier caso, supone un uso inconsentido del derecho a la imagen del actor». Martín Muñoz, A.J., *op. cit.,* apartado 3.3.

El proyecto inicial de reglamento tuvo entonces que someterse a un gran número de reformas con el fin de adaptarse a unos sistemas que cambiaban ligeramente el objetivo de la norma. Ya no se trataba de regular la IA para permitir su desarrollo sostenible, sino de proteger los derechos de los ciudadanos europeos frente a las injerencias que ya se estaban produciendo, usando esta tecnología. Sin embargo, aunque el actual Reglamento de Inteligencia Artificial establece una serie de límites y controles a la utilización de sistemas y modelos de inteligencia artificial, en lo que se refiere a las IAs generativas que no supongan un alto riesgo (art. 6 RIA) o realicen actividades prohibidas (art. 5 RIA) sus obligaciones se reducen a obligaciones de transparencia y de etiquetado[43]. Sobre el tema tratado, interesan dos de dichas obligaciones. La primera, más general, establecida en el apartado 2 del artículo 50 RIA señala que los proveedores de sistemas de IA —esto es, los desarrolladores (art. 3.3 RIA)— que «generen contenido sintético de audio, imagen, vídeo o texto» deben asegurarse de que este esté marcado en formato legible por máquina y que sea posible saber si ha sido creado o alterado de manera artificial. La segunda, más específica, recogida en el apartado cuarto, se refiere a las «ultrasuplantaciones», entendidas como imágenes o contenidos de audio o vídeo que imitan a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales de tal modo que pueden generar confusión sobre su autenticidad (art. 3.60 RIA). Al difundir estas ultrasuplantaciones se obliga a los responsables de despliegue —es decir, quienes utilizan los sistemas de IA (art. 3.4 RIA)—a que hagan público el origen artificial de estos contenidos. Incluso, en aquellos casos en los que la ultrasuplantación forme parte de una obra o programa creativo, satírico, artístico de ficción o análogo, se debe advertir sobre su carácter sintético de manera adaptada para evitar que afecte a la exhibición o disfrute de la obra.

Al margen del RIA, se ha discutido mucho sobre el carácter de estos resultados y, sobre todo, su encaje dentro de la regulación de propiedad intelectual, en especial de aquellos que gozan de una originalidad objetiva — son novedosos en comparación con lo que se encuentra en el estado del arte actual— pero no subjetiva —no hay intervención humana suficiente para considerar que el resultado es reflejo de la personalidad de quien ha ordenado su creación—. Ello se debe a que, a diferencia de otras herramientas informáticas utilizadas para actividades creativas, las IAs generativas solo requieren de unas instrucciones —*prompt*— que, en ocasiones, pueden ser mínimas para dar lugar a un resultado. De ahí que sea difícil atribuir al usuario de estos sistemas alguna autoría sobre los contenidos generados y, por tanto, carecerían de derechos de propiedad intelectual sobre ellos. Ello implica que, técnicamente, los resultados de las IAs generativas se deban considerar creaciones de dominio público que pueden ser utilizadas por cualquiera sin necesidad de autorización de quien provocó su generación.

Ante esta situación que, en el fondo, provoca que los usuarios de estos sistemas tengan dificultades para poder explotar en exclusiva estos resultados y, por tanto, para obtener ingresos económicos de ellas. La imposibilidad de generar derechos más allá de la propiedad sobre el soporte de las obras generadas por IAs puede llegar a desincentivar su uso y, por tanto, su desarrollo. Por ello se ha planteado la posibilidad de establecer un derecho «sui generis» respecto a las obras generadas por IA, al estilo de lo que se hizo en su momento para los fabricantes de bases de datos que no se podían considerar obras[44].

43 Se puede encontrar un estudio en profundidad sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial en Barrio Andrés, M., *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, La Ley, Madrid, 2024.

44 Sobre las posibles alternativas a la protección de los resultados de las IAs generativas *Cfr.* Saiz García, C., «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor» en *InDret*, núm. 1, 2019, pp. 33-37.

Si bien el apuntado debate afecta a la propiedad intelectual en general, hay una cuestión particular que tiene como principales afectados a los artistas, intérpretes y ejecutantes. Tal cuestión ya ha sido apuntada al hilo de la huelga declarada por el sindicato estadounidense SAG-AFTRA: la utilización de actuaciones generadas por IA sin intervención de aquellos cuya imagen aparece en dicha actuación. La problemática tiene dos frentes principales: el del entrenamiento y el de los resultados. El primero, el del entrenamiento del sistema, se centra en dónde se obtiene la información para que una IA pueda aprender en general como replicar personas y, en concreto, cómo hacer una copia digital de una persona determinada. El segundo frente es el de la titularidad de los derechos sobre el resultado generado, en especial cuando este puede suponer una «actuación».

Ante la situación descrita, es necesario realizar varias cuestiones, que se pueden dividir en dos categorías: las relativas a la autorización para el entrenamiento y las que se refieren a la autorización para utilizar el resultado generado por el sistema de IA.

4.1. Entrenamiento de IAs destinadas a reproducir imágenes de personas

Entre los elementos que forman parte de la Inteligencia Artificial, el *machine learning* ha cobrado una gran relevancia en los últimos años[45]. Como su nombre indica, es un proceso por el cual se da a la máquina —o, más bien, a un programa de ordenador— acceso a una gran cantidad de datos para que, a partir de su estudio, se generen algoritmos que permitan realizar funciones complejas. El desarrollo o entrenamiento del algoritmo que será elemento clave en un sistema de inteligencia artificial requiere de superar un proceso complejo que necesita grandes cantidades de información. De ahí que lo habitual sea crear unas bases de datos específicas, los conocidos como *datasets*, que incorporan toda la información necesaria para, al menos, comenzar ese entrenamiento. Cuanto mejor sea la selección de los datos, los resultados obtenidos serán más precisos, sin sesgos y se minimizarán los riesgos en la utilización de un sistema de Inteligencia Artificial. De ahí que el Reglamento de Inteligencia Artificial dé tanta importancia a que dichos datos sean «de calidad» (considerando 69)[46].

Los *datasets* a veces contienen meros datos objetivos que, al no tener ningún tipo de originalidad en sí mismos, no tienen protección por vía de la propiedad intelectual. Sin embargo, en ocasiones, es necesario integrar en estos *datasets* contenidos que sí tienen la consideración de obras, a veces en su formato original o a veces previamente procesados para garantizar que la IA «aprende» aquello que sus creadores buscan. Dicho proceso de integrar obras en el *dataset* de una IA implica, como mínimo, un acto de reproducción, a veces varios si, por ejemplo, es necesario digitalizar el contenido original existente en un soporte físico. En ocasiones, en función del origen del contenido, habrá una extracción de información de una base de datos ajena. Todos estos actos, en principio, requieren de una autorización por parte de diversos titulares de derechos sobre los archivos utilizados en el entrenamiento[47]. Por tanto,

45 *Cfr.* Yusoff, M.I.M., «Machine Learning: An Overview» en *Open Journal of Modelling and Simulation*, núm. 12, 2024, págs. 89-99.

46 *Cfr.* Lozano Carrillo, J., «La Inteligencia Artificial necesita datos de calidad y seguros», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 54, 2024, págs. 157-163.

47 Así, en función del tipo de contenido y del soporte que lo albergue, podría requerirse el permiso del propietario del soporte, del autor de la obra, del productor en caso de creaciones audiovisuales o

procede un análisis de lo que ocurre cuando la finalidad del modelo de IA que se está entrenando es generar como resultado imágenes estáticas o en movimiento de personas reales. Como se ha visto, tanto imagen personal como profesional requieren del consentimiento de la persona para su utilización, consentimiento que además ha de ser específico para este tipo de utilización (arts. 2.2 y 8.1 LOPH). Pero si, además, el archivo en el que está incluida esa imagen es la fijación de una actuación, el artista implicado tiene un derecho específico para controlar su «imagen profesional» y, por tanto, también tiene que dar su consentimiento para la nueva reproducción de dicha fijación (art. 107 TRLPI).

Así, por ejemplo, si el soporte que se pretende aportar es una grabación audiovisual en la que se ha fijado la actuación de un intérprete, por una parte, sería necesaria autorización del realizador o productor de la grabación que tenga derecho de reproducción sobre la obra y, por otra, la del artista, para reproducirla. Es necesario el consentimiento de ambos porque la facultad de utilización de la actuación incluida en una grabación para el entrenamiento de una inteligencia artificial, como se ha visto, tampoco se debe entender incluida en la cesión prevista en el artículo 110.1 TRLPI si no es expresa para el caso de actuaciones realizadas bajo contrato laboral o de arrendamiento de servicios. No se debe olvidar que dicho artículo prevé solo que «el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas [interpretaciones o ejecuciones] los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato». Salvo que expresamente esté indicado en el contrato entre un actor y el cesionario, el objeto del contrato es la obtención de imágenes para utilizarlas en producciones audiovisuales —o en cualquier otra creación que implique plasmar la imagen escénica o profesional de ese individuo—, no para entrenar inteligencias artificiales. De ahí que sea necesario en este caso la doble autorización.

Igualmente, si se trata de obras audiovisuales donde esté fijada una actuación, será necesaria la autorización del productor o de los autores de la cinta —en caso de que estos no hubieran cedido al productor sus derechos a controlar la reproducción (ex art. 88 TRLPI)— y de los artistas (ex art. 105 TRLPI). Esto último se debe a que, de nuevo, las cesiones legalmente previstas en este ámbito, en principio, no contemplan la autorización para el uso del resultado final como «dato de entrenamiento» para un sistema de inteligencia artificial. Al tratarse de un uso no contemplado en la cesión legal y, normalmente, tampoco en la contractual, puede afirmarse que en este caso los artistas tienen derecho a controlar la fijación de su actuación que se contiene en las obras audiovisuales. Incluso en aquellos casos en los que se trate de una obra audiovisual donde no se apliquen las normas especiales del Texto Refundido, por no reunir la creación los elementos de complejidad pensados por la norma, será necesario recabar el consentimiento de director y artistas para permitir su utilización.

Por supuesto, cuando se trate de artistas que actúan en directo, la autorización debe ser doble. En primer lugar, la que permite la fijación de su actuación en soporte permanente (art. 106 TRLPI) y, en segundo lugar, la que consienta el uso de dicha fijación para que una IA analice la actuación para generar resultados posteriores (art. 107 TRLPI).

radiofónicas, del titular de la base de datos si tiene protección sui generis y de los artistas intérpretes y ejecutantes cuya actuación se haya fijado en dicho contenido. Sin perjuicio de que pudieran sobre el contenido recaer otros tipos de titularidades vinculadas a la propiedad industrial, como marcas o diseños industriales.

Por tanto, cuando la imagen que se pretenda reproducir para entrenar una IA sea la contenida en una actuación se podría decir que existe una confluencia entre el derecho sobre esa actuación y el derecho a autorizar el uso de la imagen, como se ha referido en el apartado anterior. Por tanto, los derechos sobre la fijación de la imagen escénica del artista, intérprete o ejecutante se protegen por la vía de los derechos conexos, sin necesidad de recurrir, al menos en este caso, a la regulación de la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, aunque esta norma sí que tiene su función cuando no estén en juego los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes[48].

Precisamente uno de los casos donde los derechos conexos no pueden garantizar el control sobre la actuación es aquel donde se recurre a la excepción de minería de datos para legitimar el uso de obras ajenas en el entrenamiento de IAs.

La minería de datos y textos es un proceso analítico «con el fin de adquirir nuevos conocimientos y descubrir nuevas tendencias» (considerando 8 DDAMUD) utilizando para ello bien textos en lenguaje natural bien un gran volumen de datos[49]. En concreto, según la define la Directiva 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (DDAMUD), la minería de textos y datos es «toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones» (art. 2.2 DDAMUD). Es precisamente la Directiva señalada la que intenta poner fin a un problema que se venía gestando desde que la tecnología ha permitido extraer grandes cantidades de información de una fuente tan accesible como es Internet para, a partir de ella, obtener datos relevantes tras su debido procesamiento.

Existe una estrecha relación entre las técnicas de minería de datos y el *machine learning*, aunque técnicamente son procesos diferentes[50]. A través de la minería de datos y textos se obtienen y procesan grandes cantidades de datos para obtener información sobre esos mismos datos, que en ocasiones es utilizada para el entrenamiento de IAs. Y, por su parte, la combinación de minería de datos con el uso de técnicas de *machine learning* permite obtener mejores resultados e inducir conocimiento a partir de esos datos, incluso cuando no están estructurados[51]. A pesar de tener objetivos diversos, el Reglamento de Inteligencia Artificial

48 Algo que no ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las fotografías. Con independencia de que estas sean obras o meras fotos, sus autores o realizadores tendrán derechos sobre ellas (arts. 10 y 128 TRLPI). Sin embargo, al no haber previsto ningún derecho conexo respecto a los protagonistas de sus imágenes, de haberlos, la protección de sus intereses irá siempre por la vía de las normas sobre derecho de imagen, no por la de los derechos de propiedad intelectual.

49 Sobre las diferencias entre minería de textos y minería de datos, *Cfr.* Godoy Viera, A.F., «Técnicas de aprendizaje de máquina utilizadas para la minería de texto» en *Investigación bibliotecológica*, vol. 31, núm. 71, 2017, págs. 109-110.

50 *Cfr.* Colle, R., *Algoritmos, grandes datos e inteligencia en la red*, Universidad de Alicante y Revista Mediterránea de Comunicación, 2017, págs. 12-13.

51 La gran diferencia entre el *machine learning* y la minería de datos es el tipo de resultado que generan. Como se indica en la definición de la Directiva de 2019, la minería de datos permite obtener información, que habitualmente tendrá forma de pautas, tendencias o correlaciones entre los contenidos aportados. Por tanto, podría decirse que el resultado está relacionado directamente con los datos proporcionados y son un análisis de estos. En cambio, la utilización de datos y textos para entrenamiento de inteligencias artificiales puede tener muchas finalidades diversas. Es posible que el objetivo sea que estos sistemas aprendan a ver patrones en la información, pero también que aprendan a

ha aclarado las dudas existentes sobre la posibilidad de aplicar la excepción de minería de datos para la extracción de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual con el fin de utilizarlos en el entrenamiento de IAs. En concreto, en el considerando 105 RIA se refiere concretamente a las «técnicas de prospección de datos y texto» y su uso en el marco del desarrollo y entrenamiento de grandes modelos de IA generativos, dando a entender que la excepción ampara también estas actividades.

Una vez resuelta la cuestión sobre la posible aplicación de esta excepción para la obtención de información que permita entrenar una inteligencia artificial, es necesario señalar que los parámetros para su aplicación son inciertos, debido a una mala transposición de la Directiva de 2019 en el ordenamiento español. La Directiva 2019/790 parte de una distinción entre la minería realizada por entidades públicas para labores de investigación y cualquier otra que se pueda llevar a cabo fuera de estos concretos establecimientos y con otras finalidades. En el primer caso, la excepción actúa con toda su fuerza, permitiendo reproducir cualquier tipo de información que se encuentre en cualquier plataforma o base de datos sin posibilidad por parte de los titulares de los derechos sobre las obras afectadas de oponerse. En cambio, en el segundo caso, cuando se aplica la excepción del artículo 4 de la Directiva, en tanto que esta modalidad está abierta a cualquiera y con cualquier fin, es posible impedir el uso de determinados contenidos para la minería de datos a través de reservas de derechos[52].

La transposición que se hizo de estos preceptos en el ordenamiento español ha sido criticada por realizar una mezcla de la regulación de los artículos 3 y 4 de la Directiva. En la excepción transpuesta en el artículo 67 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de

imitar procesos típicamente humanos y generen resultados que emulan a los que podría realizar una persona. En principio, la definición de «minería de textos y datos» utilizada por la Directiva no excluye como finalidad del proceso la obtención de resultados que solo se relacionan con los datos y textos originalmente aportados en que estos son la base para el aprendizaje del sistema y no relacionados de manera directa con el resultado. Sin embargo, sí que se podría afirmar que no estaba en la mente del legislador europeo la situación donde la minería de datos y textos se pudiera utilizar para obtener imitaciones de la información aportada a un sistema de inteligencia artificial en vez de para simplemente analizar los *inputs* aportados. Si hubiera sido así quizás hubiera aprovechado el momento para regular no solo el proceso de minado, sino también los derechos sobre los resultados de este. Y es que, en principio, los resultados obtenidos por la minería que se realizaba en el momento de redactar la norma eran sobre todo datos relacionados con la información analizada que permitían detectar patrones, pautas o correlaciones indetectables para la capacidad humana. Por tanto, información pura que, en principio, carece de cualquier componente artístico que pudiera hacer plantear que dicho resultado, tal y como lo ha generado una máquina, pudiera considerarse una «obra», algo que sí ocurre con los productos de IAs generativas.

52 La diferente regulación para entidades públicas y privadas ha sido criticada por Philipp Hacker, pues considera que puede suponer un bloqueo al desarrollo de la inteligencia artificial, en especial si los titulares de derechos de autor pretenden imponer retribuciones elevadas por el uso de sus obras aun cuando su reproducción para el entrenamiento no afecte a sus intereses económicos. Por ello propone que entidades privadas puedan también disfrutar de la excepción del artículo 3 de la Directiva en aquellos casos donde estas cumplan los requisitos del artículo 2.1, esto es, se puedan considerar organismos de investigación sin ánimo de lucro o que reinviertan los beneficios directos del entrenamiento en sus investigaciones científicas o actúen conforme a una misión de interés público. Hacker, P., «A legal framework for AI training data—from first principles to the Artificial Intelligence Act» en *Law, Innovation and Technology*, vol. 13, núm. 2, 2021, págs. 257-301.

transposición de directivas de la Unión Europea se establece un único régimen, sin diferenciar el sujeto que la realiza, salvo en cuanto a la adopción de medidas de seguridad[53]. Así, sea entidad pública o privada quien reproduzca obras accesibles, será posible en cualquier caso aplicar la reserva de uso de las obras a medios de lectura mecánica u otros adecuados.

En cualquier caso, a los efectos que interesan a este trabajo, debe prestarse atención a dos elementos clave de las excepciones a la minería de datos.

El primero es la necesidad de que se tenga acceso legítimo a la obra para poder extraerla usando la excepción de minería de datos. Dicho acceso legítimo puede derivar del carácter público del medio donde se divulga dicha información —como puede ser su acceso en línea—, por la existencia de una autorización a través de licencias públicas —tipo Creative Commons, por ejemplo— o por tener licencias particulares. Por supuesto, también se encuentra dentro del acceso legítimo aquel realizado a obras que se encuentran en dominio público o el que se produce a través del uso de alguna de las demás excepciones legalmente previstas. Ello significa que, en algunos casos, para poder realizar la minería de datos será imprescindible haber obtenido primero el permiso para acceder legítimamente a tales contenidos a través de la licencia pertinente, que puede haber limitado su uso para la minería de datos.

Y ese es el segundo elemento que se debe tener en cuenta para el uso de minería de datos: la posibilidad de que el titular de los derechos sobre la obra se haya reservado el derecho a permitir su reproducción con fines de minería de datos. Dicha reserva se puede realizar de múltiples formas: algunas veces estará incorporada como condición general del espacio digital donde se aloje la obra[54], a veces estará en los propios metadatos del archivo digital y también se ha admitido tal exclusión a través de declaraciones unilaterales. Así pues, en tales casos, es responsabilidad del equipo que pretenda usar unos determinados contenidos para entrenar una IA alcanzar las licencias pertinentes con los titulares de derechos de las obras cuando se hayan reservado los derechos para la lectura mecánica.

En cualquier caso, la excepción regulada en el Real Decreto Ley permite omitir la autorización «del titular de los derechos de propiedad intelectual» (art. 67). Es decir, no solo de los titulares de derechos de autor, sino también de los derechos conexos que pudieran existir sobre la obra. En el caso de los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes tiene sentido,

53 Como señala Vicente Domingo, la transposición es criticable porque no solo no diferencia los sujetos que realizan la minería de datos, sino que impone a los entes públicos que realizan la extracción con fines de investigación científica un régimen más estricto, pues no solo mantiene para ellos la posibilidad de restringir la minería a través de la reserva, sino que se les imponen obligaciones adicionales de seguridad en el almacenamiento de las obras extraídas. Vicente Domingo, E., «La confusa transposición del límite de la minería de textos y datos en el ordenamiento español y la proyectada reforma de la "*copyright and patent act*" 1988» en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 61, 2023, apartado III.1.

54 Por ejemplo, Google advierte en sus Términos de Servicio que se considera abuso de los servicios proporcionados «utilizando medios automatizados para acceder al contenido de cualquiera de nuestros servicios incumpliendo las instrucciones legibles por máquinas de nuestras páginas web», y «usando contenido generado por IA de nuestros servicios para desarrollar modelos de aprendizaje automático o tecnología de IA relacionada». Términos de servicio de Google, apartado «Lo que esperamos de ti». Disponible en: https://policies.google.com/terms?hl=es&fg=1 [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

puesto que su actuación, incorporada a la obra, forma parte del contenido de esta y, por tanto, se entiende que la excepción se aplica también a la autorización para la reproducción de la fijación en ella contenida.

Sin embargo, aunque exista el permiso para reproducir las obras que contengan la imagen de un artista, intérprete o ejecutante, dicho permiso no siempre será suficiente. Si la obra contiene la fijación de una actuación, también incluye la «imagen profesional» de una persona, cedida normalmente en el marco de un acuerdo. Y, para poder usar la referida imagen profesional se requiere autorización de la persona representada, por ser el derecho a la propia imagen independiente de los derechos de propiedad intelectual. En especial, esta autorización será imprescindible para darle a la imagen un uso diferente a aquel previsto en el acuerdo entre artista, intérprete o ejecutante y el titular de la obra donde se ha fijado su actuación, en caso de recaer ambos derechos en titulares diversos[55].

Por tanto, la excepción de minería de datos no debería considerarse suficiente para permitir un uso indiscriminado de la imagen de la persona, aun siendo esta una imagen escénica que forma parte de una actuación fijada en un soporte y «minable». Como se ha visto en el segundo apartado de este trabajo, el consentimiento para nuevas reproducciones de esta siempre ha de ser específico para cada uso, de no haberse previsto este en el contrato que autorizó inicialmente la captación y reproducción de dicha imagen.

4.2. Resultados de IAs generativas: actuaciones no realizadas por artistas

Una vez vistos los pormenores respecto al entrenamiento de IAs usando contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, es momento de analizar qué ocurre con los resultados obtenidos al utilizar esta tecnología. En general, parece haber una opinión bastante unánime que considera que no es posible atribuir ningún derecho de propiedad intelectual sobre resultados generados por sistemas de Inteligencia Artificial donde la participación humana en la creación resultante no es relevante[56]. Pero se tiene que plantear también qué control se puede ejercer por parte del artista que ve que su imagen es utilizada para generar contenidos nuevos en los que no ha participado, con independencia de si estos afectan o no a su honor o intimidad.

El punto de partida para analizar la situación de los artistas en el caso de actuaciones generadas por inteligencia artificial está en lo referido en el apartado III en relación con el con-

55 Sin olvidar que la imagen, aun la imagen profesional, puede tener la consideración de dato personal, en cuyo caso se requiere a su vez el consentimiento específico para su tratamiento. Sobre los distintos derechos implicados en la explotación ulterior de la imagen de artistas, *Cfr.* Santos Vijande, J. M. «Derecho a la propia imagen de artistas e intérpretes y explotación inconsentida de una obra audiovisual» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2004, pág. 8.

56 *Cfr.* Azuaje Pirela, M., «Protección jurídica de los productos de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad intelectual» en *Revista jurídica austral*, vol. 1, núm. 2020, pág. 337; Ginsburg, J.C., Budiardjo, L.A., «Authors and Machines», en *Berckeley Technology Law Journal*, vol. 34, 2019, pp. 404-431; Lacruz Mantecón, M.L., *Inteligencia artificial y Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2021; Ríos Ruiz, W. R., «Los sistemas de inteligencia artificial y la propiedad intelectual de las obras creadas, producidas o generadas mediante ordenador» en *La Propiedad Inmaterial*, núm. 3, 2001, pág. 10.

cepto «actuación». En principio, en sus diferentes acepciones el término está pensado para una representación directa, realizada por el individuo cuya apariencia o voz va a ser fijada para su posterior utilización. También es cierto que hasta el momento no se había podido plantear la posibilidad de una actuación en la que el dueño de una imagen no tuviera que participar directamente. Es cierto que existen ejemplos donde se ha utilizado la imagen digitalizada de personas en el mundo audiovisual, si bien lo habitual es que se tratara de superposiciones sobre el cuerpo de dobles o especialistas para hacer parecer que quien realizaba ciertas acciones peligrosas era determinado actor. Incluso se ha utilizado para homenajear a intérpretes fallecidos o para terminar trabajos inconclusos[57]. Y, por supuesto, en el mundo de los efectos visuales, se han creado «personas falsas» cuando era necesario en vez de utilizar figurantes.

Lo que la inteligencia artificial permite es dar un paso más allá. Que se pueda prescindir del actor y, mediante la digitalización completa no solo de su imagen, sino de su forma de gesticular, de moverse y de hablar, se pueda hacer una réplica digital exacta que pueda «actuar» por él. Para ello, previamente el sistema tiene que haber aprendido del intérprete que se quiere replicar. Lo ideal sería obtener imágenes o secuencias específicamente realizadas para que la IA obtenga toda la información que necesita hacer el doble digital. Sin embargo, ya existen ejemplos donde se han utilizado imágenes y grabaciones preexistentes de artistas que, a través de su procesamiento, permiten obtener un resultado realista[58].

Los contenidos generados por inteligencia artificial que muestran la imagen falsa de un artista, en principio, no podrían considerarse fijaciones de la actuación de dicho artista. Ello se debe a que, aunque existe una actuación, esta no ha sido realizada directamente por la persona cuya imagen se usa. La afirmación parte de una situación donde toda la actuación de un artista ha sido generada por IA. Por tanto, no incluye aquellos supuestos donde hay una persona que ha actuado y luego, sobre la captación de sus movimientos, se superpone una imagen digitalizada del mismo intérprete, de un tercero o cualquiera —como en el caso de las películas de Avatar—. Cuando la «grabación» tenga su origen totalmente en el sistema de IA, por mucho que se use la imagen de un intérprete o se haya imitado a la perfección sus movimientos o sus gestos, carece del carácter personal del concepto «actuación».

No obstante, no se puede negar que, para producir esa obra audiovisual se ha analizado y utilizado la imagen y la figura de una persona. Es, en cierto modo, una «actuación derivada» de sus anteriores actuaciones. Por tanto, podría pensarse que el intérprete debería tener algún tipo de control sobre este tipo de resultados, en tanto podrían llegar a confundirse con verdaderas actuaciones. Tal control podría venir dado por la vía de la reinterpretación del concepto «fijación», que abarque no solo la conservación en un soporte de la actuación sino también de cualquier producto derivado del análisis de aquella. O, también sería plausible la

57 Por ejemplo, el actor Paul Walker, fallecido en un accidente de tráfico en el año 2013 en plena grabación de Fast and Furious 7, fue reemplazado para grabar las últimas tomas de la cinta por sus hermanos. Noticia disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150320_cultura_cine_furious_7_paul_walker_estreno_jg [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

58 Uno de los casos recientes más conocidos es el del falso anuncio de Lola Flores, donde se recreó la imagen de la fallecida artista a partir de imágenes preexistentes y la colaboración de sus descendientes. Sobre la creación del anuncio y la tecnología utilizada para ello, se puede consultar el siguiente enlace: https://verne.elpais.com/verne/2021/01/21/articulo/1611222696_342800.html [Fecha de última consulta: 20 de mayo de 2025].

creación de un nuevo derecho sobre este tipo de producciones, siguiendo la estela del derecho *sui generis* sobre las producciones generadas con inteligencia artificial que la doctrina apoya para dar algún tipo de control sobre este tipo de creaciones. En este segundo caso, el derecho lo deberían tener artistas, intérpretes o ejecutantes para controlar la explotación de creaciones generadas por IA en las que una réplica digital «actúe».

Mientras no exista una regulación por la vía de la protección de la actuación del artista o intérprete, será necesario acudir a las normas generales para la defensa de la imagen[59]. En este sentido, la primera duda que se plantea es si una «imagen falsa» que representa a una persona real y creada por inteligencia artificial puede verse afectada por la protección que la norma otorga a la imagen de una persona real. Lo cierto es que parece haber una reticencia a considerarla como tal, ya que no se trata de una imagen «captada», sino de una imagen «generada», siendo la primera la única protegida. Además, incluso aunque se admitiera que este tipo de imagen está protegida por la norma, no es igual la intensidad de protección concedida a la imagen personal que a la imagen profesional, incluida la escénica. Mientras que la primera está amparada por la norma en su carácter más amplio, la segunda, al comprenderse dentro del ámbito patrimonial del derecho a la imagen quedaría excluida, por ejemplo, de su protección constitucional.

El tipo de imagen generada también afectaría al grado de protección ya que, cuando la producción de la IA sea claramente lesiva contra el honor o la intimidad de una persona, es evidente que se tratará como intromisión ilegítima. Es en aquel ámbito del derecho a la propia imagen que protege frente a la captación y difusión de la imagen personal sin permiso donde se encontraría la zona gris, donde es difícil determinar si lo generado por una IA puede tener el carácter de «captación y difusión no autorizada» que persigue la LO 1/1982 en ausencia de otro tipo de intromisión[60].

Donde no cabe duda de que existirá intromisión ilegítima es cuando se utilice la imagen o la voz «para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» (art. 7.6 LO 1/1982). En este caso parece no importar el tipo de manipulación que se haya dado a las imágenes o de su grado de transformación, ya que incluso las generadas por inteligencia artificial pueden

59 No obstante, cabe traer aquí a colación el análisis realizado por Sánchez Aristi sobre el concepto de actuación y como, al no requerir de originalidad para su protección, la defensa de los derechos del artista puede incardinarse por vías diversas a la del plagio en caso de hacer pasar como ajena la interpretación o ejecución propia o de lo que denomina como «imitación parasitaria», que genera un «aprovechamiento indebido del esfuerzo o reputación ajenos, o que sea susceptible de producir riesgo de confusión en los consumidores». Es cierto que el autor pensaba en actuaciones similares entre dos artistas, pero la reflexión puede aplicarse también al ámbito de las actuaciones generadas por IAs, de tal modo que, aunque el Texto Refundido no pueda considerar este tipo de creaciones como «plagio», sí puede haber otro tipo de infracción sea sobre el derecho a reproducir la fijación o relativo al uso no consentido de la imagen del artista. Sánchez Aristi, R., «Comentario al artículo 105» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 1551.

60 Se ha realizado un análisis en profundidad de la lesión que puede suponer al derecho a la propia imagen la creación de imágenes sintéticas generadas por sistemas de inteligencia artificial en Vega García, P., «Uso de la imagen personal por la inteligencia artificial», en *Persona y personalidad robótica en derecho privado*, obra colectiva, directoras Yáñez Vivero, F., Calaza López, S., Dykinson, Madrid, 2024, págs. 179-204.

ser consideradas ilícitas siempre que se empleen para alguno de los fines prohibidos. No obstante, debe recordarse de nuevo la jurisprudencia del TC que, en el caso Emilio Aragón, parecía no tener problema en que un tercero utilizara con fines publicitarios la «imagen profesional» del artista. La doctrina establecida en esta sentencia podría ser un obstáculo para que los tribunales decidan perseguir utilizaciones comerciales o publicitarias de la imagen de un artista en aquellos casos donde se muestre la imagen de forma lo suficientemente ambigua como para que quepa duda de a quién se hace la referencia, sin vulneración del honor o la intimidad adicional.

Es en este punto donde la ausencia de una regulación específica respecto a la dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen dificulta determinar el grado de control que una persona puede tener sobre su imagen profesional y, por tanto, sobre la aparición de esta en producciones falsas. Y es que si el artículo 7.6 LO 1/1982 solo se aplica para la imagen personal, excluyendo la profesional, se abriría la puerta al uso de la imagen de artistas, intérpretes y ejecutantes para la realización de todo tipo de producciones sin que estos pudieran ni controlar dicha imagen ni oponerse a su uso. Primero, porque técnicamente no es una «actuación» y no existe una «fijación», a menos que no se amplíen los conceptos de estas o se cree un derecho *sui generis*. Y, segundo, porque siguiendo la doctrina de la sentencia del caso Emilio Aragón, si lo utilizado y lo generado es una «imagen profesional» —como podría ser la insertada en una obra audiovisual de tipo publicitario, por ejemplo—, en función de cómo se utilice podría no considerarse una intromisión ilegítima. Es cierto, no obstante, que el caso Emilio Aragón es particular, porque la imagen utilizada no era la suya propia, sino una recreación, y la referencia a su persona se hizo de manera indirecta a rasgos propios de un personaje. Debe entenderse que, en caso de que se use la imagen de un artista de un modo más evidente, este deba ser autorizado en cualquier caso cuando el uso sea con fines comerciales, publicitarios o análogos, incluyendo aquí también posibles resultados artísticos.

5. Reflexiones finales

No cabe duda de que los artistas son, en general, un colectivo que se ve afectado por la aparición de nuevas tecnologías que alteran el modo de realizar su actividad creativa. Los cambios inciden tanto en aquellos artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones están destinadas a la fijación en soportes permanentes como a aquellos que desempeñan su actividad en directo pues, aunque el Texto Refundido protege la actuación en general, esta protección tiene sus límites. Y el advenimiento de la inteligencia artificial y lo que permite hacer con el trabajo de un artista ha puesto de manifiesto la importancia de una regulación sólida que proteja no solo las actuaciones de los artistas, sino también su imagen profesional como la herramienta que emplean para sus actividades.

La primera regulación sobre la inteligencia artificial, a través del Reglamento europeo, ha obligado a desarrolladores y responsables de despliegue de sistemas de IA a que marquen o informen del origen sintético de creaciones generadas. Si bien estas medidas son útiles porque permitirán detectar las imágenes falsas con mayor facilidad, lo cierto es que la utilidad de la transparencia solo se revelará cuando el daño a la imagen del artista ya esté consumado. Puesto que, aunque la imagen sea falsa, el perjuicio existirá desde que exista un riesgo de asociación. Por tanto, donde debe ponerse el foco es en el control inicial, el que se centra

en el funcionamiento de la IA, para evitar que se pueda llegar a utilizar o generar la imagen de un artista sin su consentimiento.

En la actualidad, para determinar el control que un artista, intérprete o ejecutante tiene sobre su imagen en el marco del desarrollo o funcionamiento de una inteligencia artificial hay que tener en cuenta tanto la regulación sobre la propia imagen como la regulación sobre las actuaciones.

En el entrenamiento de la IA hay que valorar, primero, los derechos conexos de los artistas. Si una actuación se va a utilizar para el entrenamiento de una IA es imprescindible haber recabado la autorización del artista que la ejecuta. Sea este permiso para fijar la actuación realizada por el artista en directo o para reproducir la fijación ya obtenida. Incluso en aquellos casos donde pudiera haber una cesión legal o contractual a tercero de derechos sobre la actuación, será el artista quien deba consentir la utilización de esa actuación que contiene su imagen profesional para el entrenamiento de una inteligencia artificial. Ello se basa en los derechos conexos que la regulación del Texto refundido le garantiza (art. 105 TRLPI). Es cierto que es posible que el cesionario al que el artista, intérprete o ejecutante haya cedido derechos sobre sus actuaciones pueda autorizar ese uso por su cuenta por entrar en los fines del contrato, pero lo habitual es que no exista autorización expresa incluida en el contrato que se trate. Existe, por tanto, un riesgo de que estos cesionarios incluyan en los contratos cláusulas genéricas de cesión del derecho a reproducir la actuación para el entrenamiento de IAs, por si requirieran recurrir a ellas en un futuro. No obstante, gracias al derecho de revocación del artículo 48 bis TRLPI, es posible que los artistas revoquen el permiso para dicha explotación si, pasados 5 años desde el contrato, no se está ejecutando.

En cualquier caso, en tanto que derechos de propiedad intelectual, los derechos conexos de artistas intérpretes y ejecutantes pueden verse limitados y, en el ámbito del entrenamiento de las IAs, la excepción de minería de datos ha sido la vía elegida para evitar la necesidad de consentimiento expreso. La regulación española de dicha excepción de minería de datos es criticable por su deficiente transposición, pero también lo es que se haya dado patente de corso a los desarrolladores de sistemas de inteligencia artificial permitiéndoles justificar la extracción de creaciones y actuaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual amparando esta actividad en la de minería de datos, cuando son actividades y procesos diferentes.

Es entonces cuando la protección al derecho de propia imagen viene al rescate del artista. Porque la excepción de minería de datos, como se ha dicho, solo permite obtener autorización en relación con derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, la actuación afecta a algo más: a la imagen profesional del individuo. Por tanto, aun teniendo permiso para usar la obra, se requiere autorización para la reproducción de la imagen de la persona que aparece en dicha obra, porque ese derecho es independiente del que tiene como autor o como artista. Y aunque el uso de la imagen también puede venir amparado por ciertas excepciones (art. 8 LODH), ninguna de ellas parece contemplar la reproducción de la imagen para entrenar IAs.

Sobre los resultados generados por inteligencia artificial, cuando estos sean una «actuación derivada», en la que se vea como un artista, intérprete o ejecutante «actúa» pero es solo una producción sintética, no se puede considerar que el representado tenga derecho conexo alguno. Cabría aquí plantear bien la introducción de una definición de actuación que permita incluir aquellas realizadas por «réplicas digitales», bien la creación de un derecho sui generis

que permita al artista controlar dichos resultados y, en particular, autorizar su generación y su utilización, pudiendo establecer límites al modo en el que se use dicha réplica.

En ausencia de una regulación clara, son las normas sobre la propia imagen en relación con la imagen profesional las que puede poner algún tipo de control a la generación indiscriminada de «actuaciones derivadas». La imagen sintética —sea personal o profesional— no implica una captación, reproducción o publicación en los términos del artículo 7.5 LODH, por no representar un momento de la vida privada o pública de una persona, sino una situación falsa. En cambio, sí es intromisión ilegítima el uso de la imagen de una persona «para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga» (art. 7.6 LODH). No obstante, si bien la aplicación de este precepto es clara en caso de tratarse de la imagen personal, la ausencia de regulación específica sobre la imagen profesional puede permitir ciertas interpretaciones, teniendo en cuenta sobre todo la doctrina jurisprudencial, que requiere un importante grado de reconocimiento del artista representado para considerar que existe lesión a la vertiente patrimonial del derecho a la propia imagen. Sería quizás el momento idóneo para plantearse por fin la regulación de dicha dimensión patrimonial, con el fin de aclarar los usos que se le puede dar y, sobre todo, los límites a la utilización de la imagen profesional. En especial, si esta sigue siendo la vía exclusiva que tienen artistas, intérpretes y ejecutantes de proteger su imagen, esa que muestran en sus actuaciones, frente a su aprovechamiento no consentido usando las herramientas que la inteligencia artificial ha desarrollado.

6. Bibliografía

Alegre Martínez, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997.

Amat Llari, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.

Ammerman Yebra, J., *El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad*, Colex, Madrid, 2021.

Ammerman Yebra, J., Vázquez Asper, F., «Artistas vulnerables», en *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, obra colectiva, Editorial La Cultivada, págs. 833-884.

Anguita Villanueva, L., «Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual del año 2006: la Ley 23/2006 y los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes», en *Reformas recientes de la Propiedad Intelectua*l, obra colectiva, coordinada por Rogel Vide, C., Reus, Madrid, 2007, págs. 115-158.

Ayllón García, J.D., «La inteligencia artificial como medio de difusión y control de las *fake news*», en *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, obra colectiva, editores Villegas Delgado, C., y Martín Ríos, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 217-239.

Azuaje Pirela, M., «Protección jurídica de los productos de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad intelectual» en *Revista jurídica austral*, vol. 1, núm. 2020, págs. 319-342.

Azurmendi Adarraga, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.

Barrio Andrés, M., *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, La Ley, Madrid, 2024.

Blasco Gascó, F. P., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen» en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, obra colectiva, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, págs. 13-92.

Bodas Daga, M.A., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007.

Bonilla Sánchez, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010.

Cámara Lapuente, S., «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido», en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, págs. 117-174.

Castilla Barea, M., *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

Clavería Gosálbez, L.H., «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 47, fasc. III, 1994, págs. 31-96.

Colle, R., *Algoritmos, grandes datos e inteligencia en la red*, Universidad de Alicante y Revista Mediterránea de Comunicación, 2017.

García de la Rasilla Arambarri, C., «El contrato de patrocinio publicitario, Regulación del contrato en previsión de futuros conflictos entre patrocinado y patrocinador» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 29, 2012, págs. 1-20.

Ginsburg, J.C., Budiardjo, L.A., «Authors and Machines», en *Berckeley Technology Law Journal*, vol. 34, 2019, 343-445.

Godoy Viera, A.F., «Técnicas de aprendizaje de máquina utilizadas para la minería de texto» en *Investigación bibliotecológica*, vol. 31, núm. 71, 2017, págs. 103-126.

González Gonzalo, A., *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Comares, Granada, 2001.

González Mendoza, D. P., *El alcance del derecho a la protección de datos personales en las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

Gutiérrez Santiago, P., «La llamada "personalidad pretérita": datos personales de las personas fallecidas y protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, 2016, págs. 201-238.

Hacker, P., «A legal framework for AI training data—from first principles to the Artificial Intelligence Act» en *Law, Innovation and Technology*, vol. 13, núm. 2, 2021, págs. 257-301. DOI: 10.1080/17579961.2021.1977219.

Herce de la Prada, V., *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, vol. I., Bosch, Barcelona, 2005.

Higueras, I., «Valor comercial de la imagen en la regulación española: entre la protección de la personalidad y la comercialización de la identidad» en *Comunicación y Sociedad*, vol. XIII, núm. 2, 2000, págs. 87-115.

Hualde Sánchez, J. J., «La protección post mortem de los derechos de la personalidad y la defensa de la memoria del fallecido» en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, obra colectiva, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, págs. 93-150.

Lacruz Mantecón, M.L., *Inteligencia artificial y Derecho de Autor*, Reus, Madrid, 2021.

Lozano Carrillo, J., «La Inteligencia Artificial necesita datos de calidad y seguros», en *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 54, 2024, págs.157-163.

Marco Molina, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Martín Muñoz, A.J., «El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen» en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 242, pp. 1711-1776.

Martín Villarejo, A., «Comentario al artículo 105» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, director José Manuel Rodríguez Tapia, Cívitas, Madrid, 2009, págs. 615-633.

Martín Villarejo, A., «Dimensión económica y social del actor español del siglo XXI», en *Anales de Literatura Española*, núm. 36, págs. 133-171. DOI: 10.14198/ALEUA.2022.36.05.

Martínez Espín, P., «Cesión inconsentida de la imagen para un uso comercial distinto del autorizado», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1., núm 5, págs. 85-124.

Minero Alejandre, G., «El principio de remuneración adecuada y proporcionada de autores y artistas intérpretes o ejecutantes» en *La transposición en España de la directiva sobre derechos de autor y mercado único digital*, obra colectiva, directores Cámara Águila, M.P. y Garrote Fernández-Díez, I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 539-620.

Minero Alejandre, G., *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Paredes, J.C., López Mendoza, T., «Uso de inteligencia artificial y aprendizaje automático en el desarrollo de noticias» en *La comunicación ante el reto de las Inteligencias Artificiales. Innovación, Investigación y Transferencias*, obra colectiva, coordinadores Manciñaz Chávez, R. y Oliveira, J.S., Dykinson, Madrid, 2024, págs. 726-749.

Pérez de Castro, N., *Las obras audiovisuales*. *Panorámica jurídica*, Reus, Madrid, 2001.

Pulido Quecedo, M., «La negación del contenido patrimonial de los derechos fundamentales: el Derecho a la imagen como derecho personalísimo», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 2001, págs.1853-1855.

Ribera Blanes, B., *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002.

Ríos Ruiz, W. R., «Los sistemas de inteligencia artificial y la propiedad intelectual de las obras creadas, producidas o generadas mediante ordenador» en *La Propiedad Inmaterial*, núm. 3, 2001, págs. 5-13.

Rivero Hernández, F., «Comentario al artículo 18», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

Rodríguez Tapia, J. M., «Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, obra colectiva, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, págs. 861-888.

Rubio Torrano, E., «Publicidad comercial y derecho a la imagen» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 1998.

Saiz García, C., «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor» en *InDret*, núm. 1, 2019.

Sánchez Aristi, R., «Comentario al artículo 105» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 1545-1575.

Sánchez Aristi, R., «Comentario al artículo 106» en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2017, págs. 1583-1589.

Santos Vijande, J. M. «Derecho a la propia imagen de artistas e intérpretes y explotación inconsentida de una obra audiovisual» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 7, 2004, págs. 2029-2035.

Trujillo Cabrera, C., «El derecho a la propia imagen (y a la voz) frente a la Inteligencia Artificial» en *InDret*, núm. 1, 2024, págs. 101-105

Valdés Alonso, A., *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

Vega García, P., «Protección y comercialización del derecho a la propia imagen del difunto ante la inteligencia artificial», en *Retos del Derecho de sucesiones en el siglo XXI*, coordinador Arrébola Blanco, A., Reus, Madrid, 2023, págs. 997-1022.

Vega García, P., «Uso de la imagen personal por la inteligencia artificial», en *Persona y personalidad robótica en derecho privado*, obra colectiva, directoras Yáñez Vivero, F., Calaza López, S., Dykinson, Madrid, 2024, págs. 179-204.

Vendrell Cervantes, C., *El mercado de los derechos de imagen*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Vicente Domingo, E., «La confusa transposición del límite de la minería de textos y datos en el ordenamiento español y la proyectada reforma de la "*copyright and patent act*" 1988» en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 61, 2023.

Vidal Martínez, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.

Yusoff, M.I.M., «Machine Learning: An Overview» en *Open Journal of Modelling and Simulation*, núm. 12, 2024, págs. 89-99. DOI: 10.4236/ojmsi.2024.123006.

DOI: https://doi.org/10.69592/2990-0255-NEXTRA-SEPTIEMBRE-2026-ART-7

El la 440, los *castrati* en la iglesia y la prohibición de representar óperas en cuaresma. Normas técnicas, normas sociales y normas jurídicas en la práctica musical

The A440, Castrati in the Church, and the Lent Opera Ban: Technical, Social, and Legal Rules in Musical Practice

Jesús Delgado Echeverría
Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad de Zaragoza
Orcid 0000-0001-5220-1080
e-mail: jde@unizar.es

Resumen: El texto analiza cómo las prácticas musicales están reguladas por normas sociales, técnicas, morales y jurídicas que organizan la vida musical y las relaciones entre sus participantes. A través de ejemplos históricos y contemporáneos, se muestra cómo estas reglas influyen tanto en la creación e interpretación musical como en aspectos sociales, económicos y simbólicos de la profesión. El caso del La 440 Hz ilustra la transición de una convención técnica a un estándar internacional con posibles efectos jurídicos y contractuales. Asimismo, se examinan normas de etiqueta, vestimenta y comportamiento en la música clásica, evidenciando cómo las convenciones sociales moldean la experiencia artística. El texto también aborda la influencia de factores religiosos y morales en la historia de la música, como la prohibición de que las mujeres actuasen en público y el consecuente uso de los castrati. Finalmente, reflexiona sobre el poder de las normas culturales y técnicas en la regulación de la vida social más allá del derecho formal.

Palabras clave: normas técnicas, práctica musical, normas jurídicas, interpretación musical, efectos contractuales.

Abstract: The text analyses how musical practices are governed by social, technical, moral and legal norms that shape musical life and the relationships between its participants. Through historical and contemporary examples, it demonstrates how these rules influence not only musical creation and performance but also the social, economic and symbolic aspects of the profession. The case of A 440 Hz illustrates the transition from a technical convention to an international standard

with potential legal and contractual implications. Furthermore, the text examines norms of etiquette, dress and behaviour in classical music, highlighting how social conventions shape the artistic experience. The text also addresses the influence of religious and moral factors on the history of music, such as the ban on women performing in public and the consequent use of castrati. Finally, it reflects on the power of cultural and technical norms in regulating social life beyond formal law.

Key words: technical norms, musical practices, legal norms, musical performance, contractual effects.

1. Prácticas musicales y las normas que siguen sus participantes. Ganarse la vida como músico

El largo título de este trabajo puede parecer elegido para llamar la atención, una especie de reclamo publicitario. Espero que algún efecto haya producido. Pero el hecho es que vengo a hablar de los temas enunciados, desde el punto de vista del seguimiento y transgresión de normas en la práctica musical. Normas de todo tipo, no solo ni principalmente jurídicas.

Partamos de la constatación elemental de que en toda actividad humana los participantes se atienen a pautas de conducta preconstituidas, siguen normas y reglas, asimilan estándares y modelos, que tienen acaso su fundamento o legitimación más lejanos en costumbres, mitos, creencias, normas y valores de las religiones, los *mores maiorum* o la moral tradicional y, más mundanamente, en las convenciones sociales, la decencia, el protocolo o la cortesía. Pautas de conducta y normas que los participantes consideran valiosas y a las que apelarán en caso de infracción quienes quieran impedirla o sancionarla. En ciertos casos (ciertamente, cada vez más extendidos e intrusivos) las normas están respaldadas por un sistema normativo jurídico estatal, internacional o global y resultan aplicables por sus órganos[1].

Estas normas tan varias tienen en común la pretensión de ordenar (en el sentido de «ordenación», no de «mandato»; «poner cada cosa en su sitio», más que «ordeno y mando») un determinado ámbito de la vida en sociedad: las prácticas musicales, en nuestro caso[2].

1 Hace años que Moreso y Navarro, siguiendo las huellas de Bulygin, teorizaron sobre el concepto de «aplicabilidad externa», que incluiría casos como los de aplicación de normas técnicas, pero también de otros órdenes normativos no estatales, por los tribunales de un Estado. Moreso, J. J. y Navarro, P. E., «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16, 1997, págs. 201-219.

2 Los juristas formados en las Facultades de Derecho españolas apenas reciben información ni motivación para interesarse por los órdenes normativos distintos del jurídico (estatal). La sociología del Derecho no tiene apenas desarrollo en España (la sociología de la música me parece que está mejor cultivada) y, en todo caso, apenas llega a las aulas de los juristas en formación. Menos aún la antropología o etnografía culturales.
Maccormick, N., *Instituciones del derecho*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011 (que, supongo, alguna presencia tiene en las Facultades de Derecho), al describir «hechos insti-

Las prácticas musicales son a su vez muy variadas, tanto en la música culta como en la popular, y cambian con el tiempo tanto por razones internas a la evolución de la creación e interpretación musicales (a la teoría de la música, podríamos decir) como por consecuencia de cambios en las estructuras sociales y las formas de sociabilidad.

Por poner ahora un solo ejemplo, el paso de la monodia medieval a la melodía acompañada o a la polifonía no se explica únicamente ni, quizás, principalmente, como un avance en la teoría musical basado en el descubrimiento y profundización de la consonancia armónica, sino también y especialmente por el cambio social en la consideración del trabajo de los músicos en unos lugares institucionales (cortes principescas, capillas cardenalicias, palacios reales, la Roma de la contrarreforma, ciudades, academias, teatros…) en los que se hace música para unos públicos distintos y diferenciados. Los músicos aspiran a salir de su consideración de ministriles para participar como iguales en las mismas academias que los poetas, y los señores eclesiásticos y laicos a dotarse de orquestas y capillas musicales que realcen su presencia pública, acompañen las ceremonias cortesanas y proclamen su poder y magnificencia.

Los oficios relacionados con la música son muy variados. Antonio Gallego enumera, al comienzo de su escrito sobre «Vivir de la música»[3], compositores, intérpretes, profesores, investigadores, musicólogos, críticos musicales, fabricantes de instrumentos, copistas, editores y/o vendedores de música, organizadores, representantes, gestores. El elenco de papeles de las posibles acciones de *musicking* que enumera Cristopher Small amplía en otras direcciones estos oficios: también quien vende las entradas, quienes colocan el piano o la percusión en el escenario o, incluso, quienes limpian todo al final de la función[4].

En las relaciones dentro de cada grupo y con los demás, los participantes siguen voluntariamente pautas de conducta que, en cada tiempo y lugar, son las que hacen posible la coordinación de las actividades profesionales, a la vez que contribuyen a la integración de los individuos en los grupos que representan actores sociales colectivos.

Cómo se ganan la vida los músicos, quién los mantiene y paga y a cambio de qué servicios o prestaciones, resulta una pregunta clave para empezar a desvelar los tipos y multiplicidad de normas seguidas en la práctica musical que implica a los músicos, al público participante

tucionales» y «convenciones» y poner de manifiesto la posibilidad de órdenes normativos sin que existan normas explícitamente formuladas, puede acaso servir de puerta de acceso a la consideración (y respeto) de órdenes normativos no jurídicos para juristas formalistas. El Derecho es solo uno de los elementos (de gran importancia) que pertenecen al género «orden normativo». Hay importantes órdenes normativos informales.

3 Gallego, A., «Vivir de la música», Javier Gomá Lanzón (Dir.*), Ganarse la vida en el arte, la literatura y la música*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, pág. 159.

4 «I have proposed this definition: To music is to take part, in any capacity, in a musical performance, whether by performing, by listening, by rehearsing or practicing, by providing material for performance (what is called composing), or by dancing. We might at times even extend its meaning to what the person is doing who takes the tickets at the door or the hefty men who shift the piano and the drums or the roadies who set up the instruments and carry out the sound checks or the cleaners who clean up after everyone else has gone. They, too, are all contributing to the nature of the event that is a musical performance». Small, C., *Musicking :The Meanings of Performing and Listening*, Wesleyan University Press, 1998, p. 9 del *Prelude*.

y a los que proporcionan a los músicos sus medios de vida, que nunca, ni siquiera en las sociedades liberales en que la música puede ser una mercancía, es exclusivamente el público o los consumidores.

«El modo en que los novelistas, los pintores o los músicos obtienen los medios para vivir en la organización social condiciona directamente su vida y su mundo interior y, por consiguiente, también las obras de arte que son expresión de ese mundo». Así de preciso es Javier Gomá en la introducción a una obra por él dirigida que lleva el expresivo título *Ganarse la vida en el arte, la literatura y la música*[5]. Añado y concreto por mi parte que la forma en que los músicos obtienen los medios para vivir condiciona también su vida en sociedad, su mundo exterior, sus relaciones con otros actores del mundo musical y fuera de él, las normas que siguen en su trabajo profesional, en su vida privada y en sus relaciones con sus conciudadanos y con las autoridades de toda clase. Su forma de vestir en el escenario y fuera de él, el corte de pelo, sus tatuajes y dónde pueden permitírselos, por ejemplo.

2. El la 440 Hz fue ley nacional, recomendación y estándar internacional

Estamos en la sala de conciertos. Aún no se ha hecho el silencio cuando los miembros de la orquesta acaban de sentarse ante sus atriles en el escenario. Se apagan las luces de ambiente. Sale el primer violín. Que sea recibido con aplausos como representante de la orquesta responde a una convención no siempre seguida. Los instrumentos se afinarán ante el público (tampoco siempre ha sido así) y para ello el primer oboe hará sonar la nota La, que pasará de las cuerdas a las maderas y los metales. Un sonido que es de esperar tenga una frecuencia de 440 Hz. Que sea así corresponde también a una convención, pero está muy formalizada y dotada de especial autoridad.

Como en tantos otros casos, en la historia partimos de unos usos o prácticas extendidas en las orquestas, los conservatorios, la fabricación de instrumentos. Prácticas que derivan de razones técnicas y de criterios estéticos, de preferencias de los instrumentistas o de los directores de orquesta, de las características de los instrumentos de que se dispone, acaso de la acústica de los locales, o de la afinación del diapasón venturosamente inventado en 1711; pequeño artefacto que proporciona un sonido armónicamente puro que puede trasladarse a cualquier sitio en el bolsillo, aunque el valor de la frecuencia de los diapasones variaba bastante.

Según parece, a principios el siglo XX fabricantes de instrumentos y sociedades musicales en Estados Unidos comenzaron a adoptar el La 440 Hz. En 1925, la industria musical americana ya lo utilizaba. De América vendría el impulso (empresarial, industrial, podríamos decir) de estandarización que lleva al acuerdo internacional de la Conferencia Internacional de Londres (1939), organizada por la Federación Internacional de Asociaciones de Normalización (*International Federation of the National Standardizing Associations* - ISA).

5 Gomá, J., *Ganarse la vida en el arte, la literatura y la música*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2012, que recoge un ciclo de conferencias en la Fundación March.

Tras la guerra, se crea la Organización Internacional de Normalización (ISO), que comienza sus actividades en 1947 en Ginebra. Es una organización no gubernamental formada hoy por 162 países y 3.368 organismos técnicos que velan por la creación de normas ISO. En 1955, la ISO adoptó el La 440 Hz como recomendación (R 16) y, posteriormente, lo formalizó como *estándar ISO 16* en 1975[6].

Estas normativas se presentan como estándares o criterios normalizados aprobados por un organismo internacional privado, no gubernamental (también se ha llamado «híbrido», lo cual tampoco aclara mucho). En lo que aquí más nos interesa y centrándonos en la fijación del estándar del La 440 Hz, su función resulta ser la de facilitar las interacciones entre todos los participantes en unas prácticas sociales musicales, de modo que el seguimiento del estándar las hace posibles o más eficientes entre personas de formaciones culturales muy diversas sin necesidad de negociar acuerdos explícitos caso a caso. Los participantes siguen estas pautas por su propio interés y dan por supuesto (tienen la expectativa de) que los demás también las seguirán, sin necesidad de referirse a ninguna autoridad.

La norma ISO sobre la frecuencia de la nota La es un ejemplo modesto del conjunto de estándares globales para la medición del tiempo (los calendarios), los pesos y medidas (el preponderante sistema métrico decimal), para la coordinación del correo, del transporte aéreo o de internet. Se han llamado «bienes comunes en red», que implican escasos conflictos de intereses, y que «pueden generar con relativa facilidad la coordinación entre socios potenciales que actúen en su propio interés»[7].

Que las normas ISO no son por sí normas jurídicas, supongo que es la opinión apenas contradicha entre juristas; aunque cualquier norma técnica puede con toda facilidad ser respaldada por normas de un ordenamiento estatal. De hecho, muchas actividades, especialmente aquellas con riesgo (construcción, industria, medicina, transporte, etc.), están reguladas por leyes, decretos o reglamentos que establecen o se remiten a estándares mínimos de seguridad y calidad: por ejemplo, normativas sobre seguridad laboral, códigos de edificación, regulaciones de tráfico, protocolos médicos, etc. En general, la infracción o no seguimiento

6 Esta es la información de su página web oficial: «ISO 16:1975 Acoustics — Standard tuning frequency (Standard musical pitch). No disponible en español. Publicado (Edición 1, 1975). Esta publicación se revisó y confirmó por última vez en 2022. Por lo tanto, esta versión es la actual». Se anuncia que puede adquirirse por 43 francos suizos (unos cincuenta euros); tiene una sola página. Otros estándares: ISO 15707:2022, *Information and documentation — International Standard Musical Work Code* (ISWC), puede adquirirse por 65 francos suizos. Tampoco está disponible en castellano.
ISO 3297:2022. *Information and documentation — International standard serial number* (ISSN). No disponible en español. Publicado (Edición 7, 2022). Contiene la siguiente precisión: *«Monographs, sound and video recordings, notated music publications, audiovisual works, textual works and musical works have their own standard identifiers and are not specifically mentioned in this document. Such items can carry an ISSN in addition to their appropriate identifiers when they are part of a continuing resource»*.
También en el portal ISO: «Normas Internacionales como ISO/IEC 27002 describen los pasos que deben seguir las organizaciones para garantizar el cumplimiento de las legislaciones y regulaciones en materia de propiedad intelectual. Incluye el uso de software propietario adquirido, suscrito o alquilado a un tercero. Esta norma aporta un proceso optimizado para gestionar y proteger los activos digitales, como la propiedad intelectual, los datos financieros y la información de los empleados». Puede bajarse la norma, en inglés o francés, por la cantidad de 221 francos suizos.

7 Colomer, J. M., *El gobierno mundial de los expertos*, Barcelona, Anagrama, 2015, p. 41.

de las normas técnicas en el ejercicio de cualquier actividad puede indicar negligencia en la causación del daño a terceros, con la consiguiente obligación de indemnizar. El seguimiento de las normas técnicas pueden ser el estándar de diligencia exigido para no incurrir en responsabilidad.

Es difícil que la infracción de la norma ISO 16:1975 *Acoustics* (es decir, la que fija el La sobre el Do central en la frecuencia de 440 Hz) puede dar lugar a responsabilidad por daños. Apelando a la imaginación que a veces tenemos los juristas (que no siempre encuentra luego apoyo en el mundo real), se me ocurre si una utilización por los instrumentos de un La de distinta frecuencia podría producir problemas en la grabación, producción o emisión de la música; quizás problemas de mezcla con otras pistas de audio o MIDI.

Por otra parte, las normas técnicas, de naturaleza no jurídica, pueden fácilmente pasar a integrar el contenido de obligaciones contractuales, aunque ninguno de los contratantes lo pensara.

He aquí un ejemplo reciente, por el que los privatistas españoles habrán de interesarse. El *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, tras la reforma por el RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, que incorpora al derecho español las Directivas 2019/770, de contratos de compraventa de bienes (DCCB), y 2019/771, de contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DCSD), contiene el siguiente artículo.

> «Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad.
> 1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos:
> a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector».

Qué sean «normas técnicas», lo define el Reglamento UE, n.º 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la normalización europea.

> «Artículo 2.- Definiciones.- A efectos del presente Reglamento, se aplicarán las definiciones siguientes
> "norma": especificación técnica adoptada por un organismo de normalización reconocido, de aplicación repetida o continua, cuya observancia no es obligatoria, y que reviste una de las formas siguientes: a) "norma internacional": norma adoptada por un organismo internacional de normalización; b) "norma europea": norma adoptada por una organización europea de normalización; c) "norma armonizada": norma europea adoptada a raíz de una petición de la Comisión para la aplicación de la legislación de armonización de la Unión; d) "norma nacional": norma adoptada por un organismo nacional de normalización».

Manuel Jesús Marín López[8], al comentar el nuevo artículo del TRLGDCU sobre «conformidad», menciona como ejemplo de estos organismos internacionales a la Organización Inter-

8 Marín López, M. J., «Falta de conformidad en el bien vendido por infracción de normas, normas técnicas y códigos de conducta: el artículo 115 ter.1.a) del TRLGDCU», publicaciones jurídicas del *Centro de Estudios de Consumo*, 8 de febrero de 2025.

nacional de Normalización (ISO), a la Comisión Electrotécnica Internacional (IEC) y a la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT); la Asociación Española de Normalización (UNE) es un organismo nacional español[9] (como DIN sería un organismo nacional alemán).

De acuerdo con el artículo 115 ter citado, en principio, si en la venta a un consumidor el empresario le entrega un instrumento musical que (sin que se haya pactado nada al respecto) no está afinado de acuerdo con la norma ISO, no se cumplen los requisitos objetivos de conformidad. Habría incumplimiento contractual. Es un ejemplo de cómo cualquier norma técnica puede convertirse en norma jurídica si un legislador la establece como tal.

Hasta aquí «normas técnicas» y leyes. Pero el caso es que, si el La sobre el Do central ha de tener la frecuencia de 440 Hz, u otra inferior o superior, es cuestión que sigue siendo discutida en muchos sentidos por los participantes en las prácticas musicales. Es un tópico que los cantantes de ópera, especialmente las sopranos, se quejaban ya en el siglo XIX de que las orquestas subían el diapasón y les obligaban a esforzar la voz más allá de lo previsto por los compositores que escribieron sus papeles.

Es posible que dar satisfacción a estas quejas fuera el motivo por el que en Francia se dictara una ley el 16 de febrero de 1859 que establecía el La sobre el Do central a 435 Hz. La ley acordó la adopción de un patrón de diapasón de uso obligatorio en los establecimientos musicales autorizados por el Estado. El diapasón patrón emitía un La que vibraba a 870 Hz (o sea que el «la central» quedaba a 435 Hz). Este fue el primer intento de estandarizar la afinación a tal escala, y fue conocido como el «diapasón normal» o «tono francés». Se volvió un estándar de afinación bastante popular incluso fuera de Francia. Posteriormente, en 1887, esta afinación de 435 Hz fue adoptada como el «tono internacional» o «diapasón normal» en el Congreso de Viena (Conferencia Internacional sobre el Tono). Como sabemos, en 1939 triunfó el criterio de la ISA americana[10].

Sobre el citado artículo y el alcance de las modificaciones introducidas, Castilla Barea, M., «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales?: reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en Lídia Arnau Raventós (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022, págs. 97-130.

9 Añado aquí la descripción que del ICANN hace Red.es, desde la página web del Ministerio de transformación tecnológica, como ejemplo de entidad privada no española cuyas normas (que incluyen fijación de estándares, pero también sistemas de resolución de conflictos) resultan de la mayor importancia para nuestra economía y nuestra sociedad. «ICANN: La Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números es el principal organismo internacional. Se trata de una organización sin ánimo de lucro, que fue creada en Estados Unidos en 1998. Es responsable de asignar las direcciones de protocolo IP, coordinar los nombres de dominios y desarrollar otros protocolos usados en Internet. En relación con los dominios genéricos de primer nivel (gTLD), decide quien gestiona su registro, acredita a agentes registradores, establece un sistema de resolución extrajudicial de conflictos y establece la política de introducción de nuevos dominios de primer nivel, entre otras competencias. Sus decisiones, aunque no son vinculantes para los Registros de dominios territoriales, como el del «es», son tenidas en cuenta por los organismos del sector».

10 La ley fue el resultado de las recomendaciones de una comisión de músicos y científicos, nombrada por el Secretario de Fomento francés. Entre los miembros de esta comisión se encontraban compositores destacados como Auber, Berlioz, Halévy, Meyerbeer, Rossini y Ambroise Thomas, junto con representantes del gobierno y físicos. El informe de la comisión, que recomendaba la

Cuál es la mejor frecuencia para el La sigue siendo objeto de apasionadas controversias. Las orquestas sinfónicas tienden a la «afinación brillante», entre 442 y 445 Hz. Una teórica «afinación científica» fijaría el Do 256, es decir, 2 elevado a la octava potencia. Instrumentos de lengüeta (no afinables por el intérprete, como acordeones y armónicas) pueden fabricarse con otras afinaciones. Y una corriente de motivaciones variadas defiende una «afinación natural», acorde con las vibraciones de la naturaleza, en 432 Hz., que podría corresponder tanto a los primitivos cuencos tibetanos como a investigaciones de neurofisiología.

3. De los muchos interrogantes del la 440 Hz al *dress code* y la complejidad y exigencias de las normas sociales, de etiqueta y de decencia

Leo en *El País* del martes 17 de junio del año 2025 un titular que me llama la atención: «Kent Nagano revela el sonido del antisemitismo en Wagner». Es un reportaje que firma Pablo L. Rodríguez desde Dresde. Este es el primer párrafo: «Richard Wagner fue un recalcitrante antisemita». Tras el recuerdo del panfleto de Wagner «El judaísmo en la música», la opinión de Kai Hinrich Müller «en calidad de responsable científico del proyecto *The Wagner Cycles*»: «pero Wagner no solo fue antisemita en sus escritos, también en su música». Se refiere luego a la que dice ser la primera interpretación históricamente informada de la tetralogía *El anillo del nibelungo*, que arrancó en 2023, y que tiene muy en cuenta el «posicionamiento ideológico» de Wagner. El periodista nos comenta la representación de Sigfrido, el pasado sábado (14 de junio de 2025). De su descripción, destaco: «con la opacidad de una afinación a 435 hercios, cuerdas de tripa, un generoso uso del portamento y la casi total ausencia del vibrato». Estas cuatro características (afinación, cuerdas, portamento y vibrato) alguna relación mantiene entre sí, señaladamente las cuerdas de tripa con una afinación grave (solo el invento de las cuerdas de acero permitió una afinación brillante sin riesgo de ruptura) y la limitación del vibrato. Pero no resulta tan clara la sugerida relación de la «opacidad de una afinación a 435 hercios» con el antisemitismo.

Por internet, donde lo mismo habitan fantasmas y monstruos que manuales de uso de pelapatatas eléctricos, corren discursos desatados sobre cómo Goebels impuso la afinación del La a 440 Hz en la conferencia de 1939, en una manifestación de poder nazi. Pero aún, con esa frecuencia se horada el cerebro de los súbditos y se someten sus pensamientos a las órdenes del amo.

No hay regla técnica (ni de cualquier otro tipo, por supuesto) que no sea susceptible de interpretaciones ideológicas, conspiranoicas o para dummies.

adopción del La a 435 Hz, se presentó el 1 de febrero de 1859. El decreto se publicó en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1859 y su uso se hizo obligatorio en todos los establecimientos musicales subvencionados por el estado francés a partir del 1 de julio en París y del 1 de diciembre en el resto de las provincias.

Otro periódico, *La Vanguardia* del 16 de junio, publica una entrevista que Maricel Chavarría hace en Barcelona a Josep Pons, director musical del Liceu y de la *Deutsche Radio Philharmonie*, en la que no se menciona directamente la afinación del La, pero sí a Wagner y un buen número de normas tradicionales, sociales, de cortesía, en la práctica de la música culta. Josep Pons quiere renovarlo todo: «Hacemos conciertos como los del siglo XIX, hay que evolucionar»; «quiero que por primera vez la música sea un motor de otras reflexiones, que tire de otras disciplinas y conocimientos»; para esas reflexiones y renovaciones plantea «una gran cápsula titulada *Visions of Europe* (Visiones de Europa), pues, a pesar de la actual debacle en el mundo, creo –dice- que Europa es la respuesta». La música, una de las siete artes liberales que formaba quadrivium con la aritmética, la geometría y la astronomía, ha de unirse a la metafísica, la física cuántica, la filosofía (esta enumeración es de Pons) e incluso tirar de ellas.

No seguiré aquí estas sugerencias de vinculación o relación de la música y su evolución con la ciencia, la filosofía, con otras teorías o prácticas artísticas. Me he propuesto hablar sobre normas no jurídicas, cuyo seguimiento en principio espontáneo resulta ser tan importante en cualquier ámbito de la vida social, desde el punto de vista de los participantes, como el de las normas jurídicas oficiales, y sin las cuales o contra ellas las jurídicas difícilmente serían eficaces.

Para Josep Pons, en el mundo del concierto hubo una evolución muy visible desde el Renacimiento a Mozart y Haydn, «hasta llegar a la orquesta que conocemos hoy: número de músicos, estilo, densidad de sonido, dimensiones de las salas, capacidad, vestimenta…»; «hasta que en la época industrial esa evolución se petrifica. Las salas que conocemos, léase Concertgebouw, son de esa época; la orquesta es la de Wagner, para entendernos, y el número de instrumentos ya no evoluciona». Lo que sigue en la entrevista es lo que mayormente me interesa: «Ni la indumentaria (el frac es el traje de gala de esa época) ni el protocolo: cuando entro a dirigir, saludo al capataz y, al acabar, premio a los mejores. Y ciclos de abonados a conciertos sinfónicos son parecidos a los de entonces, la gente acude a socializar y se encuentra con un programa ideal: obertura, concierto y sinfonía».

El frac, una vez que los músicos laicos (los de iglesia son otra cosa) pudieron desprenderse de la casaca o la librea de sus señores. Como de la peluca, porque ahora quienes los contratan y pagan no la llevan. En la actualidad, si no ya frac, todos vestidos de negro y camisa blanca. La misma Maricel Chavarría titula un anterior artículo en la Vanguardia (28/07/2022) «Protocolo y uniformidad: así funciona la clásica», en que expone también la función coreográfica del movimiento regulado de los arcos arriba y abajo. De nuevo la voz de Josep Pons: «Karajan, que también fue el primero en hacer un traje distinto para la orquesta, con otro cuello, especuló respecto a las luces, pero el hecho es que pasamos por todo el siglo XX, que es el de la electricidad, sin evolucionar». ¿Tanto mandan los directores de orquesta, que determinan hasta el *dress code* en el escenario? ¿Y fuera del escenario? ¿La empresa proporciona el traje al músico? ¿Le paga un complemento para vestuario? ¿Ha de adquirirlo en determinado establecimiento, como los uniformes de los colegios? La incorporación de las mujeres a las orquestas supuso también cambios en la uniformidad de la vestimenta. Como espectador, normalmente los hombres me parecen vestidos prácticamente iguales en el escenario, mientras que entre las mujeres se aprecia más variedad y llego a sospechar que con los primeros atriles hay más tolerancia en hechuras, colores y complementos.

Es muy fácil imaginar consecuencias jurídicas, demandas y pleitos relacionados con la uniformidad exigida. Convenios colectivos, sindicatos, cláusulas contractuales, derecho a la

propia imagen… Pero no es ese el tema que quiero introducir, sino más bien todo lo contrario. Las reglas de la moda y en particular las del *dress code* profesional se crean, se siguen y se modifican mediante acciones voluntarias de los participantes en esas prácticas, que encuentran motivos para ellas sin referencia a los mandatos del legislador estatal.

Podríamos decir, siguiendo un tópico, que las reglas de la moda (no solo en el vestuario) vienen determinadas o condicionadas por los «árbitros de la moda» que la sociedad (clases o sectores de la sociedad) reconoce como tales. Tienen sin duda una importante función en ese sistema normativo, pero sus mandatos no pasan de ser propuestas que solo prosperarán si reciben la aprobación de los participantes en el juego. Las normas de la moda se imponen también a sus árbitros; excepcionalmente, a través de tribunales estatales.

El caso es sin duda muy particular y, desdichadamente, lo recuerdo mal, como un flash de mis lecturas de L*e Monde* en los años setenta del pasado siglo. Un árbitro de la moda con pujos innovadores (pudo ser Ives Saint Laurent) tenía entrada o abono para un espectáculo parisino (pudo ser una representación de ópera) para el que los papeles fijaban «étiquette supliée». El conocido modisto rompedor no se presentó con el esperado esmoquin *(black tie)* sino con algo así como una americana color azul celeste sobre jersey de cuello alto que podía ser de cachemira o de terciopelo. O de terciopelo era la chaqueta, ya digo que solo tengo mis recuerdos, sobre los que desde entonces he reflexionado muchas veces[11]. Los acomodadores le impidieron la entrada por faltar a la etiqueta exigida, por más que porfió sobre la elegancia exquisita de su indumentaria.

El buen nombre era y es un bien muy cotizado en los ambientes parisinos del lujo y de la moda. Nuestro modisto tomó como una afrenta el rechazo en la puerta del teatro y –pasado ya el tiempo en que esto se dilucidaba en un lance de honor, aunque en el caso tampoco estaba claro quién habría de ser el contendiente en el duelo- demandó a los organizadores del evento por lesión de su honor, a los que exigió en el juicio indemnización que, en aquella época, por daños morales, a nadie se le ocurría que pudiera concretarse en otra cosa que en el pago de un «franco simbólico». Todavía las leyes no habían creado el mercado del derecho al honor y a la propia imagen que hizo subir sustancialmente el cachet de famosos y socialités. Los tribunales entraron en el fondo del asunto y no le dieron la razón: las normas sociales, en este caso las de etiqueta, son las que son con independencia de los gustos y preferencias de los que pueden considerarse árbitros de la moda, que están sujetos a estas reglas sociales como los demás ciudadanos.

4. Las reglas cambian en la Semana Santa

Recuerdo que uno de mis primeros contactos con la música clásica fue a través de las emisiones de Radio Nacional de España en las Semanas Santas de los años cincuenta. En esos días Radio Nacional cancelaba todos sus programas (menos «el parte») y hacía sonar

11 He pedido ayuda a la IA para identificar estos acontecimientos. No le ha sido posible confirmar mis recuerdos, aunque me explica que cosas así han podido ocurrir muchas veces: «el espíritu de esa situación (un choque entre la innovación en la moda y las normas de etiqueta establecidas, llevando a un conflicto público) es un tema recurrente en la historia social y de la moda».

música clásica, preferentemente religiosa. Todo lo demás estaba prohibido. Eran los únicos días del año en que yo escuchaba la radio.

Durante siglos, el año litúrgico y las horas canónicas han marcado la función, el contenido y las manifestaciones de la música en todas las sociedades europeas. Algo queda todavía: las representaciones de la Pasión según San Mateo se acumulan en Cuaresma y Semana Santa, aunque ahora en teatros y muy raramente en iglesias. Queda, sobre todo, la música compuesta cuando estas pautas religiosas eran decisivas.

En la Roma de Inocencio XI, posiblemente en 1684, se estrenó el oratorio «Il martirio di Santa Teodosia», compuesto por Alessandro Scarlatti. Dado que este Scarlatti (padre de Domenicho) falleció en 1725, podemos aprovechar la ocasión de su tercer centenario para recordar su obra, como ha hecho, por ejemplo, Eduardo López Banzo con su formación *Al Ayre español*, que presentó este oratorio en el Auditorio de Zaragoza el pasado 24 de marzo de 2025. Sus notas al programa me han orientado en lo que sigue.

El género oratorio nace en relación con los oratorios creados en la contrarreforma, como lugares de reunión para el rezo, la lectura piadosa y la escucha del sermón[12]. Fue decisivo el Oratorio de los Filipinos (creado por san Felipe Neri), edificio de arquitectura borrominiana, espacio físico de oratorio en su interior, y prácticas devotas en el mismo que incluían músicas no litúrgicas, composiciones instrumentales que se ejecutaban en los momentos de meditación y recitativos y arias y otras músicas vocales con acompañamiento. El oratorio como género musical dramático es hijo de las prácticas piadosas de los oratorios. Se interpreta sin puesta en escena, ni vestuario, ni decorados.

En Adviento y, especialmente, en Cuaresma, las óperas estaban prohibidas en Roma y en otras muchas ciudades de Europa. Cantatas y oratorios venían a sustituirlas para seguir proporcionando esparcimiento musical y espacios de sociabilidad a las élites eclesiásticas o principescas. Para cuando Inocencio XI fue elevado al solio pontificio (1676) su antecesor Inocencio VII había publicado la constitución apostólica *Piae sollicitudinis* (1657) y el *Editto sopra le musiche* (1665), que fue seguido de otros muchos, todos ellos dirigidos a purificar la música religiosa y a prohibir prácticas consideradas contrarias al decoro.

En estos ambientes exquisitos, de poder, riqueza y ostentación, pero también de búsquedas espirituales y de renovación artística e intelectual, el napolitano Alessandro Scarlatti encontró la protección de Cristina de Suecia, la reina virgen que abjuró de su fe luterana, abdicó del trono en 1654 y se trasladó a la Roma pontificia. Gran triunfo del catolicismo, pero no sin problemas en la densa vida social y religiosa de la ciudad papal. La reina, que rehusó siempre contraer matrimonio, mantenía en su propia corte usos y costumbres que, sin ser vituperables (o acaso sí, según ciertos cotilleos), no siempre eran vistos con buenos ojos por los cardenales y dignatarios vaticanos.

En el Palazzo Riario alla Lungara, residencia de Cristina, extremadamente aficionada a la música y muy entendida, se interpretaron con alguna frecuencia óperas y oratorios. López Banzo supone que allí se estrenó éste, «posiblemente el 2 de abril de 1684, festividad de la santa (Teodosia) que aquel año coincidió con el domingo de resurrección».

12 Garbini, L., *Breve historia de la música sacra*, Alianza editorial, Barcelona, 2009, págs. 235-240 (y otros muchos lugares indicados en el índice analítico).

«Ciertas características de la exigente parte de soprano me hacen sospechar –escribe López Banzo- que el papel de Teodosia pudo haber sido encomendado a una mujer. En la Roma del papa Inocencio XI, que reinó entre 1676 y 1689, la presencia de mujeres en los escenarios estaba estrictamente prohibida, ocupándose los castrati de los papeles de soprano y contralto. Sin embargo, la censura era frecuentemente transgredida y no fueron raras las veladas clandestinas celebradas en palacios aristocráticos, incluso en aquellos en que vivían conspicuos cardenales, en las que alguna famosa diva intervino sin que la autoridad papal tuviera noticia».

O sea, que el papel de Teodosia, que muere aceptando terribles tormentos por defender su virtud frente al retorcido acoso de Arsenio (que, al menos al principio, parece sincera y apasionadamente enamorado de la joven virgen), debía ser representado, según las puritanas normas papales, por un castrado. Porque el peligro, la tentación, es la mujer, que no debe exhibirse en un escenario. Mucho menos cantar en la iglesia en los servicios litúrgicos. Por ello en las capillas catedralicias se fabricaban capones (este es el nombre con que se les designa en la copiosísima documentación española, junto a los de castrados, capados, capadicos, caponcillos, caponazos, espadones y eunucos). Con la ablación de sus testículos las capillas se proveen de voces altas más potentes, versátiles y educadas que las de los niños y más ricas que las de los falsetistas, a la vez que se proporciona a los agraciados unos medios de vida, en las propias capillas o, con mayores ingresos, en los teatros, que no hubieran estado a su alcance si, conservando su integridad sexual, hubieran perdido la voz infantil para pasar a las «voces gruesas» sin oficio ni beneficio[13].

¡Maravillosa sutiliza estética y espiritual que la «reina de Roma», como se llegó a llamar a Cristina, hiciera cantar a una mujer el papel de una joven virgen, que había sido escrito

13 Ciclo de miércoles: «Castrati», mayo 2013 [introducción de Ángel Medina y notas a los conciertos de Giulia Anna Romana Veneziano]. - Madrid: Fundación Juan March, 2013. «...la figura del castrato, estrella indiscutible en las capillas eclesiásticas primero, y en los escenarios de ópera después. Desde principios del siglo XVI hasta finales del siglo XIX, la castración con fines artísticos fue habitual en la vida musical europea, por brutal que hoy día nos resulte esta praxis. Conocida por todos pero pudorosamente silenciada en el debate público, la castración aplicada en la infancia perpetuaba la voz en el registro agudo, al tiempo que la edad adulta añadía potencia canora y madurez musical. En definitiva, el castrado acababa dotado de un timbre vocal excepcional que podía garantizar una exitosa carrera artística llena de prebendas: reputación social, admiración de mecenas y riqueza de por vida».
Antonio Gallego nos proporciona una condensada descripción de la organización de la música en el culto cristiano. La música en el templo, de la que están excluidas las mujeres, depende del cabildo catedralicio, o del prior del monasterio. Una distinción fundamental divide a los cantores eclesiásticos en dos sectores muy diferentes: a) los cantores de voz «gruesa», «es decir los de voces de tesitura grave y no muy cuidada formación como cantantes, constituyen el cuerpo de sochantres y capellanes salmistas...Se les llama también los "cantores del breviario"»; b) «Los cantores de voz "fina" (tiple, contralto o tenor) solían ser fijos (es decir, ocupaban plazas con presupuesto independiente), tenían sueldos altos...». «Tanto la voz de tiple, como las de algunos contraltos profesionales fueron a veces servidos por capones (por hombres castrados en su niñez) hasta el siglo XVIII, aunque la técnica de los falsetistas fue haciendo innecesaria la cruel mutilación». Presenta en las páginas siguientes a los maestros de capilla, los organistas, los niños de coro y los ministriles. Gallego, A., «Vivir de la música», Javier Gomá Lanzón (Dir.), *Ganarse la vida en el arte, la literatura y la música*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, págs. 178-184.

aparentemente para un castrado! Una mujer vestida de mujer, supongo. Porque, aunque el oratorio se interpreta sin puesta en escena ni vestuario, los cantantes sin duda irían vestidos. Los castrati, sigo suponiendo, de manera distinta a las mujeres, es decir, a la moda masculina. ¿Cómo se hubiera vestido un castrado para interpretar a Santa Teodosia?

En la ópera, escribir música para la voz de los castrati y que estos ocuparan los primeros papeles en el reparto, me parece que debió apoyarse también en consideraciones estéticas y simbólicas que van más allá de eludir la prohibición de que las mujeres suban a los escenarios para cantar. Algo más tiene que haber en el hecho de que tantos compositores escribieran en sus óperas profanas la parte de sus personajes protagonistas masculinos para ser cantada por castrati.

Por ejemplo, el *Giulio Cesare* de Haendel, escrito para el gigante castrado Senesino; o su *Serses*, que puede embelesarnos cantando «ombra mai fù» en la tesitura más alta. ¿Por qué personajes tan recios no los cantan tenores o barítonos? ¿O no son tan recios? Quizás porque la voz alta es la voz cantante y, por tanto, la que conviene al protagonista; que, cuando es hombre, ha de cantar en la tesitura de las mujeres. O de los castrati.

En los años cincuenta del pasado siglo aparecen los contratenores. Un contratenor, Xavier Sabata, hizo en 2025 el *Giulio Cesare* en el Liceu al final de la temporada. Pero el papel, desaparecidos los castrati, lo han cantado barítonos, bajos, mezzosopranos y contraltos. Todos, también estas últimas, vestidos de hombre. Ellas, travestidas, en «papel de calzones».

Supongo también que el La de las orquestas es, en estos casos, más o menos alto según la voz del protagonista. Las normas técnicas funcionan frecuentemente ligadas a normas sociales, morales o religiosas.

5. Coda u outro (pronúnciese /ˈaʊ.trəʊ/ o /ˈaʊ.troʊ/)

Jaron Rowan (con referencia a la idea del *thing-power* de Jane Bennett, así como a la de «agencias distribuidas» de Bruno Latour) nos propone entender «las formas de poder que van más allá de la agencia de los humanos». Más allá del derecho, por tanto. «Los pesos, las densidades, los estándares, los protocolos, el software, los modelos de contrato, los tipos de acceso, la altura de los techos o la distribución de las oficinas, tiene efectos claros en nuestro comportamiento. Este poder de las cosas, su capacidad afectiva, opera en las estéticas y prácticas culturales, igual que en sus instituciones»[14].

La enumeración de formas de poder o control social más allá del sistema de dominación social por la fuerza humana que nos ofrece Rowan es asistemática y algo caprichosa, pero, como él mismo sugiere, representa bien elementos fundamentales de la «hegemonía cultural» en el sentido acuñado por Gramsci: los «mecanismos mediante los cuales las élites normalizan y regulan la vida social, validan determinadas tradiciones y censuran otras, nor-

14 Rowan, J., *Cultura libre de Estado*, Traficante de sueños, Madrid, 2016, pág 77.

malizan ciertas formas de relación; esto es, las formas en que se regula lo social a través de lo simbólico»[15].

A continuación del párrafo antes citado el autor propone, simbólicamente, quemar el Gran Teatro del Liceo de Barcelona, por las razones que explicita y se resumen en que «el problema del Liceo es que estructuralmente es un aparato diseñado para producir un acceso desigual a la cultura»[16]. Ello explica que su obra más reciente lleve por título *Manual para quemar el Liceo*. *Manifiesto por una cultura ecológica*. Título muy poco afortunado que cubre unas páginas muy dignas sobre la cultura, las políticas culturales y el derecho de acceso a la cultura.

El capítulo en que hace su propuesta incendiaria («Hay que demoler el Liceo») se abre con un exergo que reproduce una parte de la letra del grupo Def Con Dos en su obra *Quemé el Liceo*. Lo notable es que la canción de este grupo originario de Vigo comienza así:

> De siete a diez, clase de solfeo,
> de diez a doce, armonía,
> de doce a dos, técnica vocal
> y por la tarde en casita a practicar.
> Desde niño me vengo preparando
> para ser una figura del bel canto,
> dejando a un lado los placeres de la vida,
> llenándome de moho entre partituras
> en la escolanía de la iglesia de mi barrio
> logré cosechar los primeros aplausos.
> El público flipaba con mi voz blanca
> casi tanto como el cura con mis nalgas.
> Pero al cumplir los catorce, ¡¡horror!!,
> empezó a cambiarme la voz.
> Mi futuro artístico se ensombrecía
> mientras se poblaban de vello mis axilas.
> Si quiero llegar a ser buen tenor
> sólo hay un remedio: la castración.
> ¿Castrado? Sí, pero contento,
> cantando entre las sábanas de mis maestros:
> do, re, mi, doremifasol
> sol, fa, mi, solfamiredo.

La iglesia, la escolanía, el solfeo, el cambio de voz y la castración parecen todavía fantasmas activos en el imaginario de los músicos. Porque los de Def Con Dos son músicos, aunque a mí no me guste su música ni participe en el tipo de prácticas musicales en que ellos intervienen.

15 Rowan, J., *Cultura libre de Estado*, pág. 67.
16 Rowan, J., *Cultura libre de Estado*, pág. 78.

6. Bibliografía

Castilla Barea, M., «¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», en Lídia Arnau Raventós (Dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Atelier, Barcelona, 2022.

Colomer, J. M., *El gobierno mundial de los expertos*, Barcelona, Anagrama, 2015.

Gallego, A., «Vivir de la música», Javier Gomá Lanzón (Dir.*), Ganarse la vida en el arte, la literatura y la música*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012.

Garbini, L., *Breve historia de la música sacra*, Alianza editorial, Barcelona, 2009.

Gomá, J., *Ganarse la vida en el arte, la literatura y la música*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2012.

Maccormick, N., *Instituciones del derecho*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

Marín López, M. J., «Falta de conformidad en el bien vendido por infracción de normas, normas técnicas y códigos de conducta: el artículo 115 ter.1.a) del TRLGDCU», publicaciones jurídicas del *Centro de Estudios de Consumo*, 8 de febrero de 2025.

Moreso, J. J. y Navarro, P. E., «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16, 1997.

Rowan, J., *Cultura libre de Estado*, Traficante de sueños, Madrid, 2016.

Small, C., *Musicking: The Meanings of Performing and Listening*, Wesleyan University Press, 1998.

CULTUS ET IUS
Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes

Proyecto realizado con la Beca Leonardo para Investigadores y Creadores Culturales 2022 de la Fundación BBVA

Fundación BBVA