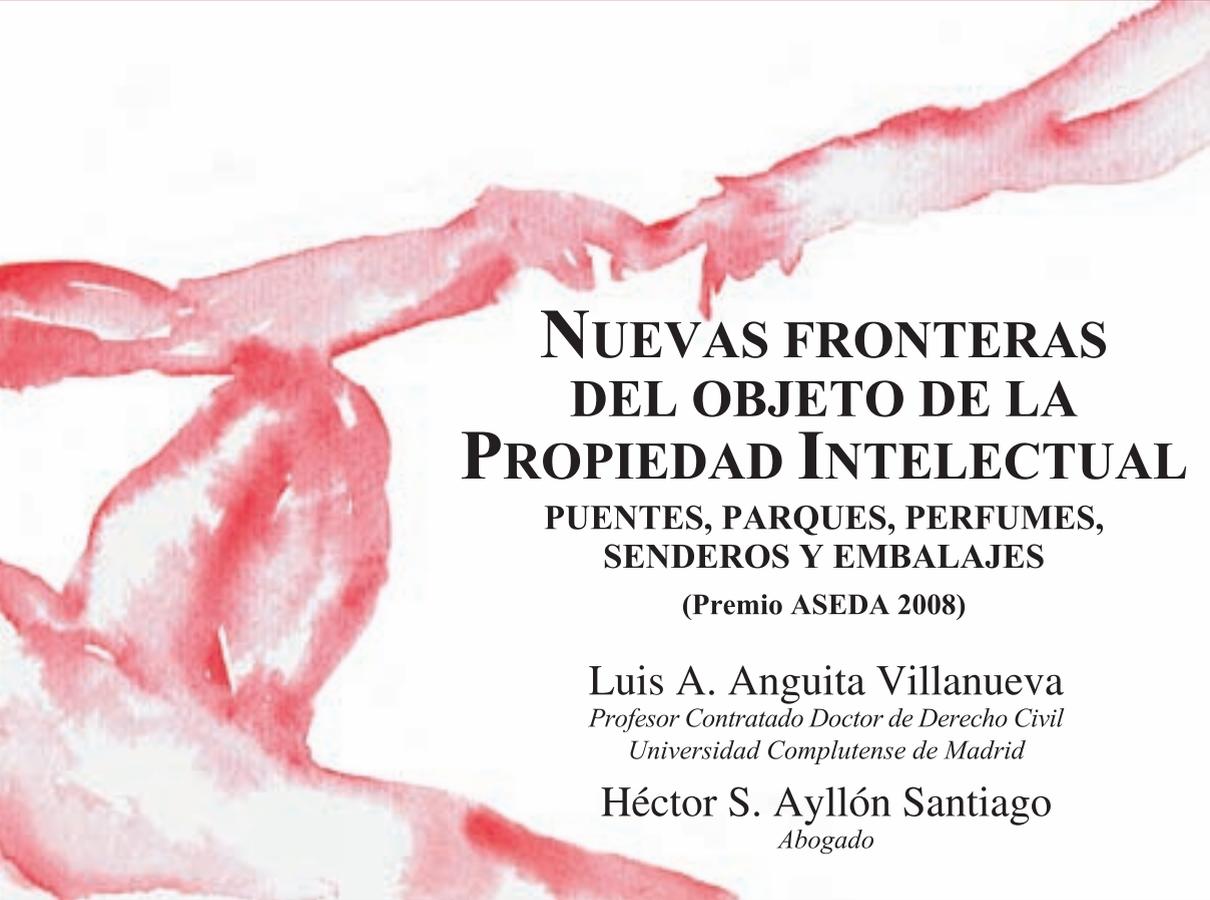


COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL



NUEVAS FRONTERAS DEL OBJETO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

PUENTES, PARQUES, PERFUMES,
SENDEROS Y EMBALAJES

(Premio ASEDA 2008)

Luis A. Anguita Villanueva

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

Héctor S. Ayllón Santiago

Abogado



COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (1999).
- Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria**, *Miguel L. Lacruz* (2000).
- Obra plástica y Derechos de autor**, *Jorge Ortega Doménech* (2000).
- Diccionario de Propiedad Industrial e Intelectual. Español / Francés / Español**, *Ángeles Sirvent y otras* (2000).
- Contratos en torno a la edición**, *María Serrano Fernández* (2001)
- Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica**, *Nazareth Pérez de Castro* (2001).
- Creaciones audiovisuales y Propiedad Intelectual. Cuestiones puntuales**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2001).
- Contrato de merchandising y Propiedad Intelectual**, *Susana Navas Navarro* (2001).
- El derecho sui generis del fabricante de bases de datos**, *Miguel Ángel Bouza* (2001).
- Bibliografía española sobre propiedad intelectual 1987-2000**, *César Iglesias* (2002).
- Las obligaciones del editor musical**, *Miguel Ángel Encabo Vera* (2002).
- Protección de la Propiedad Intelectual**, *José-Antonio Vega Vega* (2002).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2001**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2002).
- Estudios completos de Propiedad Intelectual**, *Carlos Rogel Vide* (2003).
- El contrato de representación teatral**, *Luis Felipe Ragel Sánchez* (2003).
- Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías**, *Raquel de Román Pérez* (2003).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2002**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2003).
- En torno a los derechos morales de los creadores**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2003).
- Obligaciones del autor en el contrato de edición**, *Pedro Álvarez de Benito* (2003).
- Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2004).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2003**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2004).
- Interpretación y autoría**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2004).
- Remuneración del autor y comunicación pública**, *Sara Martín Salamanca* (2004).
- Diccionario de Propiedad Intelectual. Español / Inglés / Español**, *César Iglesias Rebollo, María González Gordon* (2005).
- La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2004**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2005).
- Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial**, *César Iglesias Rebollo (Coord.)* (2005).
- Arquitectura y Derechos de Autor**, *Jorge Ortega Doménech* (2005).
- Créditos y Deudas de los Autores –Especial referencia a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal–**, *Susana Navas Navarro* (2005).
- La hipoteca de Propiedad Intelectual**, *Andrés Domínguez Luelmo* (2006).
- Estudios completos de Propiedad Intelectual. Volumen II**, *Carlos Rogel Vide* (2006).
- Anuario de Propiedad Intelectual 2005**, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2006).
- Los límites del Derecho de Autor**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2006).
- Estudios de derecho de autor y derechos afines**, *Ricardo Antequera Parilli* (2007).

Administraciones públicas y propiedad intelectual, *Eduardo Serrano Gómez (Coord.)* (2007).
Anuario de Propiedad Intelectual 2006, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2007).
Sujetos del derecho de autor, *César Iglesias Rebollo (Coord.)* (2007).
Reformas recientes de la Propiedad Intelectual, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2007).
El Droit de Suite de los artistas plásticos, *Elena Vicente Domingo* (2007).
El Registro de la Propiedad Intelectual, *Eduardo Serrano Gómez (Coord.)* (2008).
La Ley del Cine y el Derecho de Autor, *César Iglesias Rebollo (Coord.)* (2008).
Manual de Derecho de autor, *Carlos Rogel Vide y Eduardo Serrano Gómez* (2008).
Anuario de Propiedad Intelectual 2007, *Carlos Rogel Vide (Director)* (2008).
Fotografía y Derecho de autor, *María Serrano Fernández (Coord.)* (2008).
Nuevas fronteras del objeto de la Propiedad Intelectual. Puentes, parques, perfumes, senderos y embalajes, *Luis A. Anguita Villanueva y Héctor S. Ayllón Santiago* (2008).

COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Director: **CARLOS ROGEL VIDE**

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**NUEVAS FRONTERAS
DEL OBJETO DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL**

**PUENTES, PARQUES, PERFUMES,
SENDEROS Y EMBALAJES**

(Premio ASEDA 2008)

Luis A. Anguita Villanueva

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Héctor S. Ayllón Santiago

Abogado



Madrid, 2008

Luis A. Anguita Villanueva ha redactado los capítulos I, II, VI y las traducciones de los Anexos y Héctor S. Ayllón Santiago los capítulos III, IV y V. Siendo el resto en colaboración.

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

Fundación Aisge
Ruiz de Alarcón, 11 - 28014 Madrid
Tfno: (34) 91 521 04 12
Fax: (34) 91 521 75 06
E-mail: aisge.madrid@aisge.es
<http://www.aisge.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2008)
ISBN: 978-84-290-1529-4
Depósito Legal: Z. 4025-08
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

*A mis Ángelas, a mi hermana por enseñarme a vivir,
a mi tía por enseñarme que querer no tiene límites.*

*A mis padres por su apoyo incondicional y a mi musa de Cáceres
por inculcarme su espíritu de lucha y superación diarias.*

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CA	Cour d'Appel
Cc.	Código civil
CCas	Cour du Cassation
CE	Constitución española
Co.	Company
Ed.	Edición
Edit.	Editorial
EDJ	Repertorio Jurisprudencia el Derecho
FD	Fundamento de Derecho
Inc.	Incorporated
LLP.	Limited Liability Partnership
MIT	Massachussets Institute of Technology
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
pág./págs.	página/páginas
op. cit.	obra citada
ss.	siguientes
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
SJM	Sentencia Juzgado Mercantil
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
U.S.	United States Report
U.S.C.	United States Code

PRÓLOGO

El presente trabajo nace de la inquietud de dos amigos por escribir juntos en una disciplina que hizo que sus vidas se cruzaran hace años. Alentados por la convocatoria del premio ASEDA 2008, que en esta IV edición se circunscribió al tema del objeto de la propiedad intelectual, nos inquietaban algunos casos que asaltaban la prensa nacional e internacional en torno a diversas formas de manifestación de la creatividad humana, que estaban siendo analizados por los órganos jurisdiccionales, dotándoles, en unos casos, de la condición de ser obras susceptibles de protección por la propiedad intelectual y, en otros, no. Bien es cierto, que el análisis de los juristas en torno al objeto de la propiedad intelectual presenta una controversia mucho más cotidiana dentro del ámbito jurídico de los registros de propiedad intelectual que en el de los juzgados y tribunales, pero, no lo es menos, que las controversias que surgen en los órganos administrativos de control primario de la protección rara vez llegan a nuestros ojos, aún así, se citan algunas referencias a lo largo del trabajo de casos relacionados con los supuestos que se analizan.

Dichos supuestos, como recoge el subtítulo del libro, son de lo más heterogéneo pero, tal vez por ello, de lo más ilustrativo de la pluralidad de las manifestaciones a las que se está sometiendo el análisis jurídico de la realidad cotidiana. A nuestro juicio, la lucha del siglo XXI por el objeto de la propiedad intelectual va a librarse en un doble campo de batalla: por un lado, las ideas y las formas y, por otro, entre el acceso al mercado y el acceso a la cultura. Las ideas, porque a pesar de la negativa a que sean protegibles por la totalidad de las legislaciones nacionales, ya sea de forma directa o indirecta, no cabe duda de que influyen de manera radical en el proceso creativo perdiendo, las formas, el significado que tienen como expresión desde hace ya varias décadas, pero sin dejar de ser la originalidad

expresada el objeto del Derecho de autor. El mundo del arte contemporáneo ya ha lanzado abiertamente el órdago al del Derecho, siendo algunos de los casos que veremos una clara prueba de ello, como pone de manifiesto el litigio de Aaron Barschak ante los tribunales de distrito de Oxford, que marca un antes y un después en torno a las reflexiones de qué puede ser objeto de propiedad intelectual y qué no. Es el Derecho el que tiene que responder con nuevos conceptos, muy alejados de las normativas de los años cincuenta, imperantes en nuestros ordenamientos, a estas nuevas realidades y manifestaciones culturales. Es más, las modificaciones normativas efectuadas en nuestro ámbito jurídico se han dirigido exclusivamente al mercado y no al campo de la creación, a cómo extender el monopolio sobre la obra y no a cómo entender la obra y, tarde o temprano, la doctrina tendrá que responder a unos interrogantes que siguen sin resolverse desde el nacimiento del arte conceptual.

Igualmente nos gustaría señalar que este trabajo no pretende analizar el objeto de la propiedad intelectual. Sería pretencioso intentar reducir el tema del objeto a los casos aquí estudiados y, desde luego, nada novedoso al respecto. En España, y en la doctrina de nuestro entorno, ya existen estudios lo suficientemente importantes como para querer reiterar lo ya escrito, aquí hemos tratado de desarrollar el tema del objeto desde su flexibilidad y, por ello, es desde la nueva casuística de dónde queremos llegar a conclusiones acerca de hacia donde se va a desarrollar el objeto de la propiedad intelectual. Así, de una forma tan somera, baste citar las monografías de los profesores Concepción Sáiz García y José Antonio Valbuena Gutiérrez o las obras clásicas de *Are* y *Cherpillod*. Este trabajo trata de plantear interrogantes sobre el objeto, sobre qué debe ser protegible, sobre cómo el arte quiere acercarse al Derecho para obtener el cobijo del monopolio normativo y de cómo esas cuestiones tienen reflejo en el campo judicial con resoluciones que no nos pueden dejar indiferentes. Esperemos conseguir trasladar nuestra inquietud a los lectores, si bien, son ellos los que en última instancia tendrán que juzgar si se ha conseguido.

Por último, agradecer a tres amigas, Virginia Béjar Martínez, Clara Ruipérez de Azcárate y Bianca Putters su inestimable colaboración con varios de los materiales analizados en este libro, agradecimiento que nace desde el cariño y la amistad que nos han demostrado en el trabajo cotidiano.

I. INTRODUCCIÓN

SUMARIO: 1. De las formas a las ideas.— 2. *Comedy terrorist: ¡Viva Goya!*— 3. Nuestro artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

1. DE LAS FORMAS A LAS IDEAS

Daniel J. Boorstin en la dedicatoria de su libro *The Creators* cita un fragmento de la obra de Shakespeare *El sueño de una noche de verano*, que nos sirve perfectamente para comenzar a caminar en el tema que nos ocupa:

*«The poet's eye, in fine frenzy rolling,
Doth glance from heaven to earth, from earth to heaven;
And as imagination bodies forth
The forms of things unknown, the poet's pen
Turns them to shapes and gives to airy nothing
A local habitation and a name.»¹*

Como podemos ver el mismo Shakespeare pone en boca de Teseo

¹ «La mirada del ardiente poeta, en su hermoso delirio, va alternativamente de la tierra a los cielos; y como la imaginación produce formas de objetos desconocidos, la pluma del poeta los metamorfosea y les asigna una morada etérea y un nombre.»

Sigo la traducción de este fragmento realizada por L. ASTRANA MARÍN, *Obras completas de William Shakespeare*, edit. Aguilar, Madrid 1967, pág. 932; y no por la de la obra del Boorstin realizada por Juan Faci y Francesca Carmona para editorial Crítica, Barcelona 1994.

en el comienzo del quinto Acto de la obra cómo el poeta da «habitación y nombre» a cosas etéreas que en principio no son nada. Es la forma la que baja al mundo de los mortales lo que antes es inaprensible por nuestros sentidos. Este concepto tan shakesperiano de la creatividad es propio de nuestra cultura e influye directamente en el concepto de cómo y qué se protege por el Derecho de autor. El soporte que exige nuestro art. 10 del Texto Refundido de la Propiedad Intelectual, y que en similares términos lo encontramos en el resto de legislaciones, es el centro de toda la regulación del objeto unido a la originalidad. Se podría decir que forma + originalidad = objeto, entendiendo que la originalidad presupone un estadio evolutivo previa a la creación. Aunque, reduciéndolo a una teoría minimalista, se podría decir que, para ser protegida una creación, ha de ser la forma la que ha de incorporar la originalidad en su seno. Un nivel de originalidad tal, que la dote de relevancia propia al mundo en el que se manifiesta².

Bajo este imperio de la forma y la originalidad nos vamos a encontrar que se centran la práctica totalidad de resoluciones judiciales que enjuician estas nuevas creaciones que traemos a nuestro estudio, pero no es menos cierto que, cada día, las ideas o, mejor dicho, las nuevas formas de expresión, van ganando terreno en la expresión artística. Que duda cabe, que la idea como objeto de protección por el derecho de autor parece descartada por los legisladores³, si bien esas antedichas nuevas

² En este sentido J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, señala «La originalidad sólo concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una variación o una especificidad tales a los ojos del intérprete como para concluir favorablemente acerca de la protección del autor». «El concepto de originalidad en el derecho de autor», *Pe. I. revista de propiedad intelectual*, núm. 3, 1999, pág. 58.

³ Uno de los ejemplos más claros al respecto es el art. 102.b) que prohíbe taxativamente la extensión de la protección del *copyright* de una obra original a cualquier idea. Dice literalmente: «In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work».

En contra de esta noción tan taxativa de negación que imponen las normas se encuentra el trabajo de R. SÁNCHEZ ARISTI, «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», *Pe. I. revista de propiedad intelectual*, núm. 4, 2000, págs. 25 y ss.

formas de expresión hacen que la habitación a la que se refiere Shakespeare vaya decayendo en su importancia y sea la idea que transmite, el verdadero objeto de nuestra denominada propiedad intelectual. Y es que, al final, la esencia de lo protegible por el Derecho pivota en la originalidad que, como señalamos, impregnará la forma en la que es expresada y se hace aprehensible por los demás. Originalidad que ha de vivir en la idea y, sobre todo, en la forma.

Dice CHERPILLOD que la frontera entre la exclusividad y el dominio público se encuentra en la aplicación del criterio de la originalidad⁴, y ese es el mejor punto de partida que se nos ocurre para este análisis de la nueva casuística. Es la originalidad la que va a determinar si esa forma de manifestación de la idea es o no encuadrable en el objeto de la propiedad intelectual. Más aún, con la libertad de determinación del objeto prevista en nuestras leyes a través de las listas abiertas y ejemplificativas de supuestos subsumibles en dicha categoría de monopolios creativos.

2. COMEDY TERRORIST: ¡VIVA GOYA!

Uno de los casos que a nuestro juicio se presenta como más impactante y que no ha tenido ningún reflejo en la doctrina anglosajona que nosotros sepamos⁵ es el relevante litigio derivado del «ataque» de Aaron Barschak a la obra de los hermanos Jake y Dinos Chapman y que tiene un final, cuanto menos, opinable. El caso no tiene desperdicio para plantearnos hacia donde vamos en la protección del arte, cuándo se genera arte y cuándo se destruye. Barschak, famoso en el Reino Unido no sólo

⁴ I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, edit. CEDIDAC, Lausanne, 1985, pág. 97.

Igualmente, R. SÁNCHEZ ARISTI, *op. cit.*, pág. 35 señala: «Pero en todos los casos la razón última para conceder o denegar la protección debe ser la misma que para conceder o denegar la protección de las obras desde el punto de vista de su forma expresiva o de la selección/disposición de sus elementos: la presencia o ausencia de originalidad».

⁵ Tras revisar *Westlaw Internacional* y *Hein* online no hay ninguna referencia en las revistas de Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia y Hong-Kong que se refieran ni al Juez Loosley, ni a Barschak ni a los hermanos Chapman. Sólo hemos encontrado alusiones a los premios Turner de 2001.

por su concepto del arte en torno a la forma de «Comedy terrorist» sino por la intromisión en la vida de la familia real de dicho país, irrumpió el 30 de mayo de 2003 en la galería *Modern Art Oxford* con un bote de pintura roja y al grito de «¡Viva Goya!» roció la misma sobre Jake Chapman y una de las obras, manchando también las paredes de la galería. Si la historia se redujera a esos extremos no tendría mucha relevancia jurídica, pero hemos de tener en cuenta dos importantes detalles: a quiénes y qué atacaba, para luego comprender sus argumentos de defensa en el juicio que prosiguió a esta «performance», que finalizó con una sentencia de culpabilidad por parte del crítico Juez de Distrito de Oxford Brian Loosley. Los hermanos Chapman, definidos reiteradamente como los *infant terrible* del *Britart*, por especializarse en temas de desmembramientos humanos y alto contenido sexual de sus obras, presentaban en ese momento su obra candidata al premio *Turner 2003* titulada *Insulto a la injuria* dentro de la exhibición *El rapto de la creatividad*. Para dicha obra los Chapman habían comprado una serie de ochenta originales aguafuertes de Goya de la serie *Los desastres de la Guerra*, por la nada despreciable cifra de medio millón de libras esterlinas, y los habían «rectificado»⁶ cambiando la cabeza de las víctimas en ellos representadas por caras de payasos y perritos al más puro estilo de cómic de *Batman*. Este *Insulto a la Injuria* desde luego atrajo la atención de la crítica, tanto para entender que habían destruido el original o para aclamar el nuevo enriquecimiento que produjeron en la obra de Goya⁷.

⁶ Así mismo lo denominaron ellos como pone de manifiesto Fiachra Gibbons en su artículo *Chapman brothers 'rectify' Disasters of War* de crítica de la exposición publicado en *The Guardian* el 31 de marzo de 2003. Texto completo del mismo en <http://www.guardian.co.uk/uk/2003/mar/31/arts.turnerprize2003>.

⁷ En este sentido se manifiesta Jonathan Jones en *The Guardian*. Para el acceso al artículo completo publicado en dicho periódico:

<http://www.guardian.co.uk/culture/2003/mar/31/artsfeatures.turnerprize2003>. Y de forma muy similar muy similar de alabanza, Richard Dorment en el *Daily Telegraph* con unas claras palabras al respecto del sentimiento que produce la obra de los Chapman: «But in a new work entitled *Insult to Injury*, the brothers Jake and Dinos Chapman have managed to raise the hackles of art historians by violating something much more sacred to the art world than the human body - another work of art». El texto completo de la crítica en:

<http://www.telegraph.co.uk/arts/main.jhtml?xml=/arts/2003/04/30/bachap30.xml>

Pero si quiénes y contra qué iba la pintura roja al grito de *¡Viva Goya!* son relevantes, no lo son menos los argumentos que esgrimió el bastante egregio Barschak ante la policía y el Juez de Distrito de Oxford. Sus alegatos defensivos fueron pocos, pero nos quedamos con uno: el estaba creando otra obra de arte del mismo modo que los Chapman habían hecho con los Goya, es decir, adaptando una ya preexistente, incluso más, como dijo el propio acusado: «It's an improvement on Chapman's painting». Si los Chapman estaban enriqueciendo los *Desastres de la Guerra de Goya*, él estaba mejorando la obra de los hermanos en cuestión. Al ser preguntado por qué tiró la pintura, aclaró que estaban en un error, que el no tiró pintura, él pintó tanto la obra de los Chapman como la pared de la galería. Estos argumentos, unidos a su estrafalaria indumentaria, sus antecedentes y la falta de respeto ante el juez, no ayudaron a su exculpación, y la sentencia fue condenatoria, entendiendo el juez que se había producido «criminal damage». Barschak fue condenado a 28 días de prisión tras rehusar pagar una compensación de 600 libras esterlinas, añadiendo unas palabras que pasarán a la historia del mundo jurídico del arte: «This is a serious offence of wanton destruction of a work of art and I will be considering a custodial sentence. I feel that this was a publicity stunt and not a genuine attempt by you to create a work of art»⁸ Evidentemente, desconocemos la formación en arte que puede tener el juez Loosley, pero estamos de acuerdo con John Carey⁹ en que no se puede esperar gran cosa de él como teórico de la estética.

⁸ Toda la información se puede encontrar en la prensa digital de esos días. Baste como ejemplo:

<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/article1005377.ece>.

<http://www.guardian.co.uk/uk/2003/oct/31/arts.,artsnews>.

<http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/barschak-jailed-for-art-attack-736874.html>.

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/england/oxfordshire/3233212.stm>.

<http://www.artnet.com/Magazine/reviews/laplaca/laplaca7-21-03.asp>.

⁹ J. CAREY, *What Good are the Arts*, Oxford University Press US, New York, 2006, pág. 6. Hay edición en castellano en la editorial Debate, con el título *¿Para qué sirve el arte?*, Barcelona, 2006. Y, edición digital incompleta de este libro en la página:

<http://books.google.com/books?id=G0nvKxk4L9UC&printsec=frontcover&dq=inathor:%22+John+Carey%22&sig=ACfU3U1D9kiskbOTFlgTtb6FbSdeXtJlzWA#PPP1,M1>.

Para nosotros, un poco alejados del arte tan radical, eso de comprarse unos goyas para pintar sobre ellos cambiando las caras del horror de la guerra por las de *clowns* nos parece muy original desde luego, aunque no lo compartamos, pero entonces si esto es arte amparado por un mercado cada día más falto de referencias ¿por qué el Juez decide que el acto de Barschak es vandalismo y no el de los hermanos Chapman que, por ejemplo, sería delito conforme al art. 323 de nuestro Código Penal?, ¿qué hubiera pasado si en vez de pintar esas caras de payasos sobre los goyas de su propiedad las hubieran pintado sobre *El matrimonio Arnolfini* de la National Gallery?, ¿no sería entonces mayor vandalismo alterar la obra de un artista que forma parte del patrimonio cultural occidental¹⁰ que la de los hermanos Chapman? Y, lo más

¹⁰ Se que se puede tildar este comentario de falta de rigor científico-artístico, y esa es mi intención siguiendo la teoría del juez Loosley. Él, parte de la gradación del arte. Y si de esos postulados parte, para ser consecuente tendría que haber metido en la cárcel a los Chapman por atentar contra el patrimonio cultural o al menos instar al Fiscal del distrito para que estudiara cuanto menos el caso. Si el supuesto se hubiera producido en España no me cabe la menor duda de que los hermanos Chapman hubieran tenido algún que otro problema con la justicia española. Por ejemplo, y a vuela pluma, pintar sobre los aguafuertes originales de Goya, sean de su propiedad o de la cualquier otro sujeto, incumplen, entre otros, los siguientes preceptos legales: art. 323 del Código penal; respecto exclusivamente al deber de conservación arts. 36 y 39.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español; 20.1 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco; 14.1 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía; 21 de la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán; 25 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; 18.1 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; 18 de la Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de Madrid; 39.1 de la Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; 22.1 y 26 de la Ley 12/1998, de 21 de diciembre, de Patrimonio Histórico de las Islas Baleares; 33 de la Ley 3/1999, de 10 de marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés; 4 y 52 de la Ley de 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias; 22.2 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; 28 de la Ley de 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural de Asturias; 24 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León; 25 de la Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja; 27.1.a) de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, de Patrimonio Cultural de Navarra y art. 8 de la Ley 4/2007, de 16 de marzo, de Patrimonio Cultural de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Piénsese además que en España para cualquier tratamiento que se vaya a realizar a la obra que forma parte del patrimonio histórico, es preceptiva la pre-

sorprendente ¿por qué se enjuicia con distintos ojos la obra de los Chapman y la obra de Barschak?, o dicho de otro modo mucho más simple ¿por qué sí se puede pintar sobre un Goya y no sobre un Chapman? Siendo calificado el primero de obra de arte por el juez y el segundo de acto vandálico. Somos ya mayores para creer que la Justicia es ciega pero al menos tendría que tender al trato igual de supuestos iguales y, si para la Justicia penal inglesa el acto de Barschak es subsumible en un tipo penal, el acto de los Chapman ha de serlo también, con independencia de quien sea el titular del bien cultural sobre el que pinta.

A nuestro juicio, lo que subyace en esta resolución judicial son dos prejuicios: el primero, el concepto de propiedad en la mente del juez, si bien, en el *Common Law* no es tan absoluta como nos suelen vender las películas, ya que de ella no se deriva ese poder absoluto sobre los bienes culturales. El juez Loosley parece partir de la premisa de que sólo es delito si se ataca la propiedad de otro. Claro está que sobre los bienes propios no son posibles los delitos de daños, pero cuando dichos bienes tienen una relevancia cultural que traspasa lo meramente personal o patrimonial surgen en su esfera otros bienes jurídicos protegidos por los ordenamientos, por ejemplo, los derechos morales de los autores o los derechos sociales a la preservación del patrimonio histórico-artístico y, por lo que respecta a los primeros, creemos que, al menos Goya, parece tener sólo un defensor en Inglaterra aunque bastante radical. El segundo condicionante y, tal vez el más relevante en esta resolución, es el concepto de arte que tiene el juez: la obra de los Chapman es una obra de arte porque goza de un reconocimiento entre las *élites* del arte contemporáneo, que incluso los nominan para los prestigiosos *Turner Prize*, mientras que la de Barschaw, pintar lanzando pintura roja sobre un lienzo existente no. Confieso que tras algunos años dedicándonos al mundo del considerado arte, la cultura y el patrimonio tenemos que responder que cada vez entendemos menos lo que es el arte, pero jamás nos atreveríamos a decir que en dos supuestos de ejecución idénticos, la realización de una obra sobre otra ya preexistente, el resultado de uno es arte y del

via autorización de la Consejería de Cultura de la respectiva Comunidad Autónoma, y los primeros obligados a cumplir con estos preceptos, como señalan todas las normas citadas de patrimonio, son los propietarios de los bienes.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
PRÓLOGO	9
I. INTRODUCCIÓN	11
1. De las formas a las ideas	11
2. <i>Comedy terrorist: ¡Viva Goya!</i>	13
3. Nuestro artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual	19
II. OBRAS DE INGENIERÍA ERIGIDAS: CALATRAVA VS. AYUNTAMIENTO DE BILBAO, MEINHARD VON GERKAN VS. DEUTSCHE BAHN	25
III. LOS JARDINES. LA OBRA VIVA COMO OBRA DE ARTE	39
1. El diseño y la realización de jardines como objeto de propiedad intelectual	39
2. La restauración de los jardines y el derecho de autor	42
IV. LOS PERFUMES, DESDE UNA DOBLE PERSPECTIVA: CONTENIDO Y CONTINENTE	47
1. La protección de la fragancia	47
2. Los envases de los perfumes y el derecho de autor	52
3. Los envases de los perfumes y la propiedad industrial	53
V. MAPAS Y SENDEROS	69
1. Los mapas como objeto de protección por la propiedad intelectual	70
2. Supuestos dudosos excluidos del amparo de la propiedad intelectual	78
3. La protección de los elementos particulares plasmados sobre los mapas	81

a) Los senderos	82
b) Las vías de escalada	84
c) Estrellas y constelaciones	85
d) Los textos de los mapas	85
VI. EMBALAJES MONUMENTALES: <i>CHRISTO ET JEANNE-CLAUDE</i> FRENTE AL MUNDO	89
EPÍLOGO	95
BIBLIOGRAFÍA	97
ÍNDICE DE SENTENCIAS	101
ÍNDICE DE PÁGINAS WEB CONSULTADAS	105
ANEXOS	107
ANEXO I. Sentencia núm. 543/2007, del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Bilbao, de fecha 23 de noviembre de 2007	107
ANEXO II. Demanda presentada por Massachusetts Institute of Technology vs. Gehry & Skanska	143
ANEXO III. La regulación positiva del objeto de la propiedad intelectual en el Derecho comparado	149

