

Derecho de autor



LOS GRAFITIS COMO OBRAS PROTEGIBLES

Elena Vicente Domingo

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Burgos



REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DERECHO DE AUTOR

TÍTULOS PUBLICADOS

1. *Obras colectivas y propiedad intelectual*, Carlos Rogel Vide, (2021).
2. *Obras de dominio público, digitalización y preservación natural*, Susana Navas Navarro, (2021)
3. *Minería de textos y datos como (nuevo) límite al Derecho de autor*, Elena Vicente Domingo y Teresa Rodríguez Cachón, (2021).
4. *Delitos contra la Propiedad Intelectual*, Rosario de Vicente Martínez, (2021).
5. *Arte efímero y derecho de autor*, Isabel Espín Alba (2021).
6. *Los grafitis como obras protegibles*, Elena Vicente Domingo (2021).

Colección Derecho de Autor

Director de la Colección: Carlos Rogel Vide

Catedrático emérito de Derecho Civil

LOS GRAFTIS COMO OBRAS PROTEGIBLES

Elena Vicente Domingo

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Burgos



REUS
EDITORIAL

Madrid, 2021

Este trabajo se enmarca en el Proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación: “La propiedad de los bienes culturales: estudio jurídico civil para una propuesta de reforma”. ID2020-112641GB-I00.

© Elena Vicente Domingo
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
+34 91 521 36 19 – +34 91 522 30 54
Fax: +34 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1ª edición, REUS, S.A. (Diciembre, 2021)
ISBN: 978-84-290-2563-7
Depósito Legal: M-34768-2021
Diseño de portada: Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: *Ulzama Digital*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL FENÓMENO

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge en abril 2020, en pleno confinamiento para combatir la pandemia por Covid-19, cuando de forma casual y fortuita se cruzan en mi camino lecturas y conversaciones sobre el arte callejero en general y sobre los grafitis, en particular. A partir de ese momento me intereso por las diferentes derivadas jurídicas de esta complicada realidad.

De una manera simple podemos decir que el grafiti es la obra (cuando lo sea) que nos sorprende por sus colores y grafías en los lugares más insospechados de un entorno urbano. El grafiti es color y es misterio. El tema es complejo, tiene muchas perspectivas y suscita sentimientos encontrados y me animo a estudiarlo desde una aproximación doble. De un lado, desde la perspectiva del artista y de sus circunstancias y de los derechos de autor de los artistas callejeros y,

de otro lado, desde la perspectiva del dueño del soporte, del titular de derecho común, del muro o de la fachada en la que los artistas del aerosol expresan su creatividad¹ o en la que los vándalos, juegan a ser artistas. Se pueden dar casos muy diferentes entre sí y las opciones pueden ser varias y con diferentes consecuencias jurídicas.

Los grafitis aparecen en los costados de los edificios, en los letreros de las carreteras, en vallas, en las estaciones de tren y metro, en los propios vagones y en otros muchos lugares de la vía pública. Muchos son pintadas, puro vandalismo, otros son obras de arte no consentidas y también, de forma cada vez más frecuente, los grafitis se crean por encargo. Estos últimos, grafitis “comisionados”², tienen diferentes propósitos: encargos de las administraciones públicas y de los ayuntamientos para dignificar zonas deprimidas o

¹ Se les llama así porque utilizan el spray o aerosol como herramienta de trabajo. Vid. Para este punto, FERNÁNDEZ HERRERO, Emilio, *Origen, evolución y auge del arte urbano. El fenómeno Banksy y otros artistas urbanos*, tesis doctoral, UCM, Madrid, 2018, p. 85, “La facilidad de uso y el éxito al mezclar colores es el principal motivo de que el aerosol se haya convertido en la técnica por excelencia en el mundo del grafiti. En sus orígenes destacan marcas como Krylon, Red Devil o Utilac, entre otras”.

² MARISA A. GÓMEZ, *The Writing on Our Walls: Finding Solutions Through Distinguishing Graffiti Art from Graffiti Vandalism*, “University of Michigan Journal of Law Reform”. Volume 26, 1993, p. 653.

para crear ambientes culturales y artísticos; encargos para homenajes o memoriales; también los particulares los encargan como forma de blindar su propiedad contra las pintadas clandestinas. Estos últimos casos reflejan la lucha preventiva de los propietarios que prefieren pagar un mural que estar continuamente lavando o repintando la pared. Así lo hacen para intentar protegerse bajo una regla no escrita entre los grafiteros (que no siempre se acata) por la cual respetan y no pintan donde otro ha llegado y pintado primero: *don't go over*³, es la norma social que rige entre ellos y que en su jerga significa que no se debe de pintar encima de otro mural.

Hay muchos casos reales que iré desgranando y que revelan la creciente importancia global de este movimiento y también su progresivo reconocimiento social y económico. Sin embargo, entre ellos se plantean diferentes problemas jurídicos. Mientras que los murales clandestinos y vandálicos vulneran el derecho común de propiedad, y no siempre tienen valor artístico, sin embargo, en otros casos media encargo o contrato de obra y no existe ese conflicto.

³ Siempre hay excepciones a la regla y se producen actos vandálicos. En febrero 2020, cuando un mural de Banksy pintado en Bristol, su ciudad, que retrata a una niña que lanza flores con una honda, fue vandalizado con las iniciales BCC (Blind Carbon Copy, Copia en carbón) y wankers ("idiotas"). El artista respondió irónicamente en su cuenta de Twitter a los grafitiiteros que "el boceto inicial era mucho mejor".

Como podemos anticipar, son varios aspectos a tener en cuenta, pues el mundo del grafiti es complejo en sí mismo y se escapa fácilmente de los intentos de generalización. Los casos que jurídicamente presentan más problemas son aquellos en los que se pintan los grafitis en bienes inmuebles ajenos, de manera clandestina y desafiando el orden, sin consentimiento del titular. Estos casos, que vulneran el derecho de propiedad, sin embargo, no dejan —de manera sistemática— a los artistas desposeídos de todo derecho sobre sus obras, como veremos. El foco lo pondremos en la intersección entre los derechos de ambos, pues la fricción se produce cuando el dueño del soporte decide limpiar o destruir la obra⁴.

Hay muchos casos reales que irán ilustrando este trabajo y sugiero al lector que para alinear la lectura busque las imágenes en *Google* a medida que se vayan citando. Uno de ellos es especialmente interesante y pone sobre la mesa la cuestión de la protección de los derechos morales de los artistas callejeros frente al dueño de la obra. Se trata del emblemático *5Pointz*, del que daré detalle enseguida, el cual me va a permitir desglosar cuestiones tales como: la naturaleza del grafiti, su valor artístico, su posible accesión al dueño del soporte o los derechos morales de estos artistas.

⁴ ILJADICA, Marta, *The intersection of Copyright and Land Law*, en BONADIO, *Copyright in Street art and grafiti*, 2019, p. 87.

Se trata de un caso que ha tenido mucha repercusión mediática y que ha dado lugar a muchas crónicas y trabajos académicos, por los diversos elementos concurrentes.

Si el conflicto aludido tiene lugar en Nueva York, otro conflicto, no menos interesante ocurre en Europa, el 14 de septiembre de 2020 cuando la Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), a través de su División de Cancelación, resolvió la demanda de cancelación de la marca figurativa *Flower Thrower* con la imagen de la obra del mismo nombre, pintada en un garaje de Jerusalem en 2005, registrada por el artista Banksy, a través de *Pest Control Office Limited*. La demanda se resolvió a favor de la empresa de tarjetas de felicitación, “Full Colour Black”, en relación a los derechos sobre marca de la obra *Flower Thrower* del artista.

Analizaré esta decisión que aun cuando pone su foco en el derecho de marcas, se excede de este ámbito y hace consideraciones respecto del derecho de autor en la argumentación (*copyright is for losers*) sin que vayan al caso, manifestaciones innecesarias para determinar si se debía o no cancelar la marca por la ausencia de uso de la misma, a los fines de comercialización. Es por ello, que al encontrarme con estos comentarios “extra” relativos al derecho de autor, no quiero dejarlos sin comentar y matizar pues se encuentran en un documento que sí tiene su transcendencia.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN AL FENÓMENO	5
1. Introducción	5
2. Rasgos que identifican al grafiti	11
3. Notas para entender el grafiti y el <i>urban art</i>, hoy	14
4. El grafiti, ¿instrumento de transformación urbana?	20
4.1. <i>Vandalismo urbano</i>	21
4.1.1. La reacción del derecho penal	22
4.1.2. Ordenanzas de limpieza y trabajo comunitario	27
4.2. <i>Exposiciones al aire libre</i>	32
4.3. <i>Palanca de cambio urbano</i>	37
5. Banksy, fenómeno artístico y social	43
6. El arte urbano entra en el mercado del arte	51
CAPÍTULO II. EL GRAFITI, EL AUTOR, Y EL DUEÑO DE LA OBRA	59

1. El grafiti: obra plástica en la vía pública ...	63
1.1. El grafiti, obra plástica precaria	69
2. La protección del grafiti ilícito por el derecho de autor.....	72
2.1. <i>Grafiti ilícito y anónimo.....</i>	<i>76</i>
2.2. <i>La doctrina de Unclean hands y su aplicación al grafiti</i>	<i>78</i>
3. Conflicto de derechos derivados del “especial” soporte del grafiti	81
3.1. <i>El dueño del soporte hace suya la obra por accesión</i>	<i>86</i>
3.2. <i>Los derechos de autor sobre el soporte ajeno</i>	<i>90</i>
3.3. <i>El derecho moral a la integridad de la obra.....</i>	<i>95</i>
3.4. <i>La colisión del derecho a la integridad y las necesidades del dueño del soporte</i>	<i>97</i>
3.5. <i>La reserva a la exposición de la obra</i>	<i>103</i>
4. La obra arquitectónica de Miguel Fisac como lienzo para un grafiti	108
4.1. <i>Características y protección del edificio ...</i>	<i>110</i>
4.2. <i>El atentado a la integridad de la obra ...</i>	<i>113</i>
CAPÍTULO III. LA EXCEPCIÓN DE PANORAMA Y LA EXPLOTACIÓN COMERCIAL DEL GRAFITI.....	117
1. Excepción de panorama	118
1.1. <i>Los límites de la excepción de panorama ..</i>	<i>122</i>

2. Explotación comercial del grafiti por terceros.....	126
2.1. <i>Caso H&M v. Revok</i>	<i>134</i>
2.2. <i>Mural “lícito” y uso comercial no consentido: el caso de Smash 137 contra General Motors</i>	<i>136</i>
2.3. <i>El Ganso: el impacto del grafiti en la publicidad</i>	<i>139</i>
3. Derecho de marcas v. derecho de autor. El caso “<i>Flower thrower</i>” y la cancelación de su marca por la EUIPO	140
3.1. <i>Registrar el grafiti como marca comercial.....</i>	<i>142</i>
3.2. <i>Decisión de la división de cancelación de la EUIPO de 14 de septiembre de 2020 ..</i>	<i>144</i>
3.3. <i>Excesos de obiter dicta en la decisión de la EUIPO</i>	<i>148</i>
CAPÍTULO IV: 5POINTZ COMO LABORATORIO PARA ESTABLECER CRITERIOS DE PONDERACIÓN	153
1. El edificio 5Pointz, de meca del grafiti a “condominio” de lujo.....	154
1.1. <i>El dueño del edificio quiere transformarlo y cambiar su uso.....</i>	<i>157</i>
2. ¿SON LOS GRAFITIS OBRAS ELEGIBLES PARA LA VARA?.....	160
3. LA FACULTAD MORAL DE PREVENIR LA DESTRUCCIÓN DE LA OBRA	164

4. Los daños indemnizables	168
4.1. Actual damages	169
4.2. Statutory damages, <i>los 6 factores establecidos en la</i> copyright law	171
Reflexión final	174
Bibliografía	179

El mundo alrededor del grafiti nos transmite una mezcla de sensaciones que van de la emoción, al riesgo, la transgresión, el arte y la provocación social en función de factores que no siempre dependen del artista, y que varían según el lugar donde se ubica el grafiti, el impacto de la obra en el entorno, y la importancia del artista y su obra. El mundo del grafiti está marcado por muchas claves propias y su realidad es compleja, por lo que no se puede tratar de forma unívoca.

Cierto sentimiento de ambivalencia que también alcanza a la perspectiva jurídica del tema. La mayoría de los grafitis tienen un origen ilegal, son clandestinos y no consentidos, pero ello no es obstáculo para que el derecho de autor los proteja. Los grafitis se protegen por el derecho de autor cuando se trata de obras originales que se expresan en un soporte tangible como es la pared o el muro independientemente de su origen ilícito y de si se vulneró o no el derecho del propietario del mismo. Estos aspectos corresponden a otras ramas del ordenamiento, al derecho penal y al derecho administrativo sancionador.

Ante la complejidad de las situaciones y los matices jurídicos de cada una de ellas, lo mejor es ser prudentes y, antes de derribar un muro en el que se encuentre un mural o una firma, es mejor asegurarse de que no existe una obra protegida sobre él.

Asimismo, ante la corriente de moda en la que el grafiti se ve inmerso, se aconseja reflexión y prudencia, conocimiento del entorno y su impacto, antes de ofrecer un muro como lienzo para un grafiti comisionado, pues no solo hay que asegurarse de los derechos de autor del edificio y de los límites que las normas de patrimonio impongan, sino también, hay que conciliar el grafiti y su impacto en el paisaje urbano, para evitar una contaminación visual.

Elena Vicente Domingo es Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Burgos. En su trayectoria hay varias obras dedicadas a la propiedad intelectual, con una primera monografía: *El droit de suite de los artistas plásticos*, publicado en esta editorial. Además, ha participado en cursos y conferencias y ha organizado encuentros en los que se ha debatido sobre *Ingeniería y Derecho de autor* y *Estados civiles y Derecho de autor*, *El precio del libro*, y otras muchas, tanto en colaboración con el Gremio de Editores de Castilla y León como en el seno de la Asociación para la Enseñanza del Derecho de autor (ASEDA), a la que pertenece.