

III

LAS OBRAS DE ARTE FALSAS

LLUÍS PEÑUELAS I REIXACH

Secretario general de la Fundació Gala-Salvador Dalí y profesor titular de universidad de Derecho Financiero

La falsificación de obras de arte es, sin lugar a dudas, uno de los principales problemas del mercado del arte al que se enfrentan los poderes públicos en su labor de defender los derechos de artistas, coleccionistas, galeristas, casas de subastas, marchantes, museos, Administraciones públicas y, en general, de los ciudadanos.¹

Muchos de los remedios legales que se utilizan para atajar las falsificaciones se estudian en la parte II del libro.

En este capítulo sólo analizaremos el concepto de obra de arte falsa, sus clases y la problemática que presenta su erradicación. Además, identificaremos las medidas legales más relevantes que se pueden emplear actualmente en España para combatir las violaciones de derechos provocadas por las falsificaciones de obras de arte, pondremos nuevos usos de éstas y la aprobación de otras ya adoptadas en países más avanzados en la protección de los coleccionistas y del arte.

3.1. CONCEPTO DE «OBRA DE ARTE FALSA»

DIFICULTAD: ¿QUÉ ES UNA OBRA DE ARTE FALSA?

La categoría de las obras de arte falsas es más amplia de lo que podríamos pensar: comprende muchos más supuestos que los más obvios y conocidos por todos, como es el de una obra de un artista que es semejante a otra y que es firmada con la rúbrica del autor de la segunda para engañar al público sobre su autoría.

Es además una categoría de entornos difusos, pues depende de lo que se entienda por «auténtico»² y también de las concepciones que se mantengan de lo que es la «autoría» y «originalidad» de las obras de arte, e incluso de «obra de arte», que, como acabamos de ver en el capítulo 1 de este libro, no son cuestiones pacíficas.

CARACTERES DE LAS OBRAS DE ARTE FALSAS

Para calificar una obra de arte de falsa se deben dar dos requisitos. Uno de carácter físico u objetivo, que atañe a la naturaleza de la obra de arte como objeto físico. Otro, mental o subjetivo, que se refiere a la intención de la persona que realiza la afirmación sobre la creación de la obra.

1. El número de obras falsas es considerable, pero difícil de cuantificar. Las cifras que la mayoría de autores ofrecen son sólo estimaciones no contrastadas objetivamente. Véase la nota 15 de este capítulo.

2. «La respuesta a la pregunta qué es una obra de arte falsa no siempre es tan obvia como puede parecer.» Mark Jones, *Fake? The art of deception*, London: British Museum Publications Ltd, 1990, p. 29. Algunas de las dificultades que se presentan para distinguir entre originales, copias y falsificaciones «se derivan de las concepciones tan divergentes sobre la autenticidad que prevalecen en los distintos campos.» *Ibid.*, p. 30.

Requisito o elemento físico: las obras falsas son obras u objetos en los que falta o no se cumple alguna de las características sobre el origen o la creación que se les atribuyen: no son obras de la autoría del artista al que se achacan; la fecha de realización no es la real; no pertenecen a una edición limitada, en el caso de obra seriada... Por estas razones, una obra falsa es siempre una obra que no es auténtica.³

«[...] Lessing señala que la falsificación es un concepto *negativo*. No se refiere a una característica específica que tiene una obra, sino a las características que no tiene dicha obra. En resumen, implica la ausencia de pedigrí.»⁴

«[...] característica esencial reside en el hecho de que el origen y la historia de una obra de arte han sido en cierto modo tergiversados.»⁵

Requisito o elemento mental: además de ser objetos que no son lo que aparentan ser con relación a su origen o creación, han de ser objetos u obras en los que esta discordancia haya sido conscientemente afirmada o generada por una persona para engañar a terceros, normalmente con la intención de obtener un beneficio económico.

Este segundo requisito no siempre se da en el uso amplio o vulgar de la expresión «obra de arte falsa», por lo que en muchos casos se califica de «obra de arte falsa» aquellas que no son auténticas por estar mal atribuidas por error involuntario. Es decir, en el uso de «obra de arte falsa» encontraremos muchos supuestos en los que se aplica a obras que simplemente cumplen el requisito físico u objetivo, pero no el mental: la intención consciente de engañar. Sin embargo, en el uso estricto y profesional de la expresión «obra de arte falsa» siempre debe concurrir este elemento mental. Así, para el filósofo del arte Denis Dutton:

«Una falsificación se define como una obra de arte cuya historia de producción ha sido tergiversada por alguien (no necesariamente el artista) de cara a un público (posiblemente un comprador potencial de la obra), normalmente para obtener un beneficio económico.»⁶

En el mismo sentido, para la doctrina jurídica, «la palabra “falsificación” implica que la obra en cuestión no es auténtica y que se ha realizado con la intención de engañar.»⁷

3. Véase el concepto de «autenticidad» en el apartado 4.1.

4. Michael J. Clark, «The perfect fake: creativity, forgery, art and the Law», 23, *Cardozo Art and Entertainment Law Journal*, 2005-2006, p. 10, citas omitidas.

5. *Ibid.*, p. 16.

6. Denis Dutton, «Authenticity in Art», *The Oxford Handbook of Aesthetics*, Nueva York: Oxford University Press, 2003, en <http://www.denisdutton.com/authenticity.htm> (31-12-2012).

7. Duncan Chappell and Kenneth Polk, «Fakers and Forgers, Deception and Dishonesty: An Exploration of the Murky World of Art Fraud», 20, *Current Issues in Criminal Justice*, 2008-2009, p. 400.

DEFINICIÓN DE «OBRA DE ARTE FALSA»

Sintetizando los dos caracteres propios de las obras de arte falsas, podemos adoptar la siguiente definición de «obra de arte falsa»: «aquella cuya historia de creación ha sido distorsionada para aparentar lo que no es, con la intención de engañar a un tercero».

DISTINCIÓN DE CATEGORÍAS SIMILARES

En el mundo del arte hay muchas obras cuya autoría está mal atribuida. Esto se puede producir porque una persona efectúa dicha atribución de forma consciente y con la voluntad de engañar, en cuyo caso podremos hablar de obra falsa, o por simple error, en cuyo caso hablaremos de obras mal atribuidas por error involuntario.

Por tanto, las obras mal atribuidas presentan dos subcategorías: las falsas y las mal atribuidas por error involuntario.

Centrándonos en éstas últimas, podemos destacar tres características de las mismas.

La primera, es que en el ámbito de los museos, éstas son mucho más numerosas que las falsas.⁸

Segunda, que bajo la anterior definición de obra de arte falsa, las obras mal atribuidas por error no son obras falsas, aunque, tal como acabamos de afirmar, en un uso no estricto o no profesional de este término en muchas ocasiones las veremos también calificadas con este adjetivo.

Por último, una obra mal atribuida por error puede convertirse en falsa, lo que se produce cuando una persona descubre que está mal atribuida por error involuntario, pero en lugar de corregir este dato, pasa a proclamarlo con la referida intención de engañar a un tercero.

Esto comporta que haya obras que según el momento temporal muden de ser obras mal atribuidas por error a obras falsas y viceversa. Todo dependerá de la conciencia e intención de quien expone la historia de creación de la obra:

«Cualquier obra puede volver a entrar en el mercado del arte secundario varias veces. En caso de que el objeto en cuestión no sea auténtico, sólo se convierte en un fraude cuando la persona que negocia su venta sabe que no es

8. Tal como comentaremos en el apartado 4.1.2. En igual sentido: «La falsificación en el sentido estricto de la palabra –el engaño deliberado por parte de artistas, propietarios, coleccionistas o marchantes respecto al origen e historia de una obra– es relativamente poco común en comparación con los casos de atribución errónea sin mala fe. Esta última no incluye el elemento de intencionalidad, y es algo frecuente y preocupante en los museos de todo el mundo». M. Clark, «The perfect fake...», *op. cit.*, p. 18.

auténtico. Por lo tanto, teóricamente es posible que la misma obra de arte se venda varias veces y no siempre se vea involucrada en un fraude».⁹

«El concepto de falsificación implica necesariamente la *intención de engañar* por parte del falsificador o el vendedor de la obra: esto permite distinguir las falsificaciones de las copias inocentes o simplemente las malas atribuciones. El lenguaje corriente también admite que una copia honesta se puede utilizar más tarde como una falsificación, aunque originalmente la intención no fuera esa, y pueda terminar llamándose «falsificación». En dichos casos, un vendedor intenta estafar a un comprador, sin que éste lo sepa, tergiversando la procedencia de una obra, quizás incluso añadiendo una firma o un certificado de autenticidad falsos. La línea entre una copia inocente y una falsificación manifiesta puede ser difícil de establecer, como ya veremos.»¹⁰

3.2. CLASES DE OBRAS DE ARTE FALSAS

CLASES SEGÚN EL ELEMENTO FÍSICO SOBRE EL QUE SE ENGAÑA

Una obra se convierte en falsa cuando se distorsiona su origen o historia de creación de forma consciente y con la intención de engañar.

Puede que se engañe sobre la autoría y originalidad, pero también cabe considerar falsas aquellas obras en las que se ha faltado a la verdad sobre la fecha o época de su realización, la escuela o la corriente artística o cultural en la que se inscribe, el número de ejemplares de la edición limitada a la que pertenece, en el caso de que sea una obra seriada sobre papel o de esculturas...

Por tanto, una obra puede ser considerada falsa por distintos motivos. Nosotros sólo nos ocuparemos en este capítulo de las obras de arte falsas por discordancia de la autoría y la originalidad, no de aquellas que lo sean por el resto de características relativas a su creación y origen, que también pueden ser objeto de falsificación.

CLASES SEGÚN LA FORMA DE REALIZAR EL ENGAÑO

Son diversos los métodos que puede utilizar una persona que quiere engañar a otra sobre la autoría y la originalidad de una obra de arte.

9. D. Chappell and K. Polk, «Fakers and Forgers...», *op. cit.*, p. 402.

10. D. Dutton, «Authenticity in Art», *op. cit.*, en <http://www.denisdutton.com/authenticity.htm> (31-12-2012). En parecidos términos: D. Chappell and K. Polk, «Fakers and Forgers...», *op. cit.*, p. 405.

En muchos casos, lo hará manipulando directamente la obra. En otros, simplemente los datos y documentos relativos a su origen.

Por ello, podríamos hablar, por un lado, de obras en sí mismas falsas, aquellas en las que el engaño se pretende conseguir mediante la alteración de la obra, como puede ser realizando en la misma una firma o anagrama de un artista que no corresponde al autor de la obra. Por otro lado, estarían las obras falsas de forma indirecta, aquellas que el error en la atribución de la autoría es conscientemente buscado mediante elementos que no forman parte de la obra, como pueden ser los documentos relativos a su procedencia o las afirmaciones verbales o escritas sobre su autoría.

CLASES SEGÚN EL SUJETO QUE REALIZA EL ENGAÑO

La falsificación puede ser realizada por un tercero que no es el autor al que se atribuye la obra o puede serlo por éste mismo, tal como se ha comentado en el apartado 2.1.

OTRAS CLASIFICACIONES

En la literatura anglosajona se han identificado varias categorías de falsos utilizando criterios distintos a los anteriores. Las recogemos aquí a modo de listado de ejemplos que ilustra sobre los posibles métodos para crear obras falsas:

1. Copia exacta: Producir y vender una reproducción como si se tratara del original [...]
2. Finalizar: Tomar la obra inacabada de un artista y finalizarla sin dejar claro que no es el resultado del trabajo exclusivo del artista original.
3. Falsificación de la firma o la procedencia: Asignar la firma de un artista famoso a una obra creada en realidad por otra persona, y presentar documentos falsos de creación y propiedad para apoyar la falsa declaración.
4. Pastiche: Utilizar varios elementos de obras distintas o inacabadas de un artista combinándolos para crear una obra de arte, afirmando su integridad y atribuyéndola a dicho artista.
5. Tergiversación de la «escuela»: Atribuir la obra de un miembro de la escuela de un artista (un estudiante de Rubens, por ejemplo) a la mano del maestro».¹¹

11. M. Clark, «The Perfect Fake...», *op. cit.*, pp. 16-17, citas omitidas. En parecidos términos: Leonard D. du Boff, «Controlling the Artful Con: Authentication and Regulation», 27, *Hastings Law Journal*, 1975-1976, pp. 974-975 y Lanie Anderson, «Consumer Protection Legislation in the Sale of Original Prints: A Proposal for Michigan», 57, *Journal of Urban Law*, 1979-1980, pp. 59-60.

Como se observa, la mayoría de los métodos se basan en atribuir falsamente la autoría gracias a la semejanza de la obra falsa con una obra auténtica o con partes de ésta, o con el estilo y manera de trabajar del artista al que se quiere imputar la autoría.

Dada esta gran variedad de supuestos, podemos entender que el Derecho actúe de forma diferente según los derechos violados en cada caso concreto. Por ejemplo, el que crea y venda una falsificación, puede llegar a cometer el delito de estafa, siempre que se cumplan los requisitos legales de este tipo penal. Si además viola los derechos de propiedad intelectual del artista copiado, al delito de estafa se puede unir otro contra la propiedad intelectual.

3.3. LA PROBLEMÁTICA DE LA LUCHA CONTRA LAS FALSIFICACIONES DE LAS OBRAS DE ARTE

¿Por qué es tan difícil luchar contra las falsificaciones de las obras de arte?

FACILIDAD

La facilidad para crear falsos es hoy mucho mayor que en otras épocas.

Así, resulta más sencillo falsificar muchas de las obras de arte contemporáneo que las pertenecientes a épocas pretéritas, dado que la dificultad técnica de realizarlas puede ser escasa o nula y dado que los materiales que se utilizan para crearlas no pueden ofrecer las mismas pistas para detectar una falsificación que los propios de obras de arte no contemporáneas. Baste recordar, por ejemplo, *Lover Boys* (1991), una obra de Félix González-Torres consistente en 160 kg de caramelos azules y blancos apilados en una estructura triangular, vendida en Sotheby's en el año 2000 por 456.000 dólares, o las pinturas *spot* de Damien Hirst, que realizan sus ayudantes bajo su dirección y que consisten en círculos multicolores sobre fondo blanco.¹²

¹². «La autenticidad –quién y cuándo lo pintó– está determinada por la opinión de expertos, el examen físico y a veces el análisis científico. En el caso de un cuadro antiguo, hay dos tipos de expertos: el entendido y el conservador. Un entendido posee una dilatada experiencia en la obra del artista y un sentido altamente desarrollado para saber cuándo un cuadro es “correcto”. Mira los colores, la textura y cómo se representan los oídos, los ojos y las uñas. El conservador lo somete a un examen con luces negras, rayos X y pigmentos, para descubrir si el lienzo y la pintura son coherentes con la época del artista. Ni las habilidades del entendido ni las del conservador son demasiado útiles con el arte contemporáneo. Las mejores falsificaciones de obras contemporáneas no son transcripciones fieles de la obra real, sino composiciones nuevas, pintadas con los elementos de forma y contenido que utiliza el artista original. Una pintura *spot* de Damien Hirst con la composición adecuada de puntos, lienzos y pinturas, pero nueva combinación de colores, sería difícil de detectar tanto por un entendido como por un conservador.» Don Thompson, *Tiburón de 12 millones de dólares*, Barcelona: Ariel, 2009, pp. 250-251).

Por otra parte, los procesos de creación de las obras de arte seriada sobre papel o escultura permiten a los colaboradores de los artistas realizar más ejemplares de los consentidos por el autor. Además, si se tiene acceso a la matriz, el proceso de su reproducción puede ser incluso repetido posteriormente por terceros sin intervención del autor, para editar ejemplares muy semejantes a los que se hubieran obtenido con la participación y dirección de éste. En ambos casos, una vez se dispone de los mismos, que no son obras de arte del artista, entre otros motivos porque su ejecución no ha sido realizada por el artista ni por otros bajo su dirección,¹³ basta falsificar su firma para tener un objeto prácticamente idéntico a las obras sí de la autoría y originales del artista de la edición limitada primigenia.

Por último, el desarrollo actual de las nuevas tecnologías de la reproducción ha incrementado considerablemente las posibilidades de reproducir obras de arte con una gran calidad y semejanza a las originales, lo que ayuda a los falsificadores a hacerlas pasar por auténticas.

FALTA DE CONSENSO SOBRE LA AUTORÍA Y LA ORIGINALIDAD DE LAS OBRAS DE ARTE

Tal como hemos manifestado en el capítulo 1, no hay una única manera de entender qué es la autoría y la originalidad, ni en el ámbito del Derecho, ni en el del sector del arte.

Esto provoca una confusión en el mercado, que potencia las falsificaciones y otros fraudes. Especialmente, favorece la venta de objetos que son simples reproducciones, como obras de arte originales del artista cuya obra se ha reproducido.¹⁴

INCREMENTO DEL NÚMERO DE FALSOS

La lucha contra las falsificaciones se ha complicado porque éstas han aumentado en gran número, principalmente en el ámbito de la obra seriada.

Aunque no existen estadísticas fiables, se puede afirmar sin ningún género de dudas que ya no son casos puntuales, sino que existen a miles.¹⁵

¹³. Véase el apartado 1.5.1.

¹⁴. Véanse el capítulo 1 y los apartados 2.1, 2.2 y 2.3.

¹⁵. «Se estima que entre un 1% y un 10% de todas las transacciones de arte implican falsificaciones o imitaciones. Aunque el porcentaje pueda parecer pequeño, la cantidad de dinero que mueve es impresionante. Se ha sugerido que todas las colecciones de arte nuevas tienen como mínimo una falsificación; algunas colecciones contienen poco más. Aunque hace siglos que se realizan falsificaciones, actualmente han alcanzado unas proporciones epidémicas. Quizás el aumento del fraude en el mundo del arte pueda achacarse a la emergencia del arte como un instrumento de inversión.» L. du Boff, «Controlling the Artful...», *op. cit.*, pp. 973-974, citas omitidas. «Hoving (antiguo Director del Metropolitan Museum), en su libro sobre “lucha contra las falsificaciones”, declaró que “como poco el

GLOBALIZACIÓN

La falsificación de las obras de arte ha dejado de ser un problema local y ha pasado a ser de carácter internacional.

El mercado de los grandes artistas es global,¹⁶ por lo que las falsificaciones circulan de país en país. Esto dificulta enormemente la lucha contra ellas, debido a que los agentes e instituciones que tienen esta responsabilidad, por razones legales y económicas suelen tener sólo una eficacia nacional.

Por otra parte, se han multiplicado los países en donde se crean los falsos, algunos de ellos muy alejados y con sistemas legales muy poco combativos contra las falsificaciones, ya por lo endeble de sus Administraciones o por pertenecer a culturas en las que sus valores sobre la originalidad y las copias son muy diferentes a los de los países occidentales.¹⁷

NUEVOS CENTROS Y VÍAS DE COMERCIALIZACIÓN

Internet permite que haya actualmente muchas más personas y empresas que se dedican a comercializar obras de arte falsas, ya que este medio es más difícil de controlar

40%” de los literalmente miles de trabajos que había examinado “o bien eran falsos o bien habían sido restaurados tan hipócritamente” que se podían considerar falsificaciones [...]. Robyn Sloggett, de la Universidad de Melbourne, ofrece unas estimaciones más modestas al observar que: “Cerca del 10% de los cuadros del mercado, tanto en Australia como a escala internacional, se consideran por lo general casos de identidad equivocada” (citada por Porter 2007:18). Como hemos comentado anteriormente, al hablar de los distintos problemas que plantea el examen de la autenticidad, puede haber muchas circunstancias de “identidad equivocada” que no siempre implican fraude. Sin embargo, tanto si las obras de arte no auténticas representan el 40% o el 10% del mercado, el volumen de fraude potencial es enorme.» D. Chappell and K. Polk, «Fakers and Forgers...», *op. cit.*, p. 407.

16. Pensemos que China, en el 2012, destronó a Estados Unidos en el mercado de subastas: «El mercado del Arte es, desde los años cincuenta, el referente absoluto de una categorización geopolítica del mercado del arte. Desde hace cincuenta años ha estado bajo la égida de Estados Unidos y el Reino Unido, después del dominio de Francia en los siglos XIX y XX. Tradicionalmente, los grandes centros del mercado se construyen a largo plazo. Sin embargo, la plaza del mercado chino, balbuceante a principios del milenio, se ha impuesto como nuevo centro de crecimiento del arte a velocidad de vértigo. En sólo tres años ha pasado del tercer puesto que había arrebatado a Francia, a colocarse por delante de Nueva York y el Reino Unido, que parecían indestronables». Artprice, «Tendencias del mercado del arte 2010», p. 12, http://imgpublic.artprice.com/pdf/trends2010_es.pdf (31-12-2012).

17. «La demanda de originalidad de pensamiento y expresión de Europa occidental no es compartida en todo el mundo, ni siquiera ha estado presente en toda la historia moderna occidental. En la Edad Media, la copia y memorización de textos tradicionales era un aspecto mucho más habitual en la educación que ahora, y este planteamiento de mera reproducción sigue siendo un elemento importante en muchas culturas no europeas. Por ejemplo, en Osaka (Japón) se ha anunciado la creación de un museo de reproducciones de obras maestras de la pintura europea. Seguramente los europeos lo considerarían una parodia de un museo de arte, y la idea en sí ya indica grandes divergencias culturales en la actitud hacia la copia.» Denis Dutton, «Forgery and Plagiarism», Ruth Chadwick (ed.), *Encyclopedia of Applied Ethics*, Academic Press, San Diego 1998, en http://www.denisdutton.com/forgery_and_plagiarism.htm (31-12-2012).

y el coste económico de operar en el mismo es mucho más barato que el del comercio tradicional y presencial.

Y no sólo Internet es un nuevo canal de distribución de obras falsas, también han pasado a serlo las ventas y subastas en cruceros, sitios en aguas internacionales, e incluso la venta por correo anunciada en televisión.¹⁸

PROFESIONALIZACIÓN

La imagen romántica del falsificador como artista frustrado que engaña a los *connoisseurs*, a los ricos coleccionistas y a los policías, no suele darse en la mayoría de los casos.

En muchas ocasiones, los que falsifican son sujetos que se dedican a esta actividad con un carácter empresarial y masivo. Por ello, pueden llegar a dedicarle cuantiosos recursos personales y materiales, sobre todo cuando lo que pretenden es crear o exhibir centenares de simples reproducciones que intentan pasar como obras de arte seriadas de la autoría y originales de importantes artistas. Estas personas pueden organizar exposiciones permanentes o temporales y editar libros pagados por ellos mismos para tratar de legitimar sus obras falsas. Y lo que sin duda realizan es contratar equipos de abogados para aprovecharse de la deficiente regulación nacional e internacional de esta materia, y conseguir así sus objetivos.¹⁹

DIFICULTAD DE ACUDIR A EXPERTOS CON AUTORIDAD

En el momento de discernir si una obra es auténtica o no, juicio previo y necesario para saber si es falsa, es muy difícil encontrar expertos de reconocido prestigio a los que acudir para asesorarse.

En primer lugar, porque dejando a un lado el caso de artistas que tienen fundaciones que asumen esta tarea, suele resultar arduo para la mayoría de coleccionistas saber a

18. «Las páginas web que venden obras de arte dudosas al consumidor medio han proliferado. Como comenta Walton, “en eBay siempre hay alguien dispuesto a arriesgarse con prácticamente cualquier cuadro falsificado que se ofrece”. Otros falsificadores operan en destinos turísticos, estafando al consumidor incauto y profano. Algunos falsificadores son tan descarados que se atreven a vender obras de arte falsas por valor de millones de dólares en televisión. [...] Para los falsificadores de arte, Internet ha supuesto una gran fuente de clientes. Estas páginas hacen que los canales de distribución de obras de arte falsas sean bastante más porosos que en el pasado, cuando unos pocos marchantes tenían el monopolio del mercado y vendían a compradores más sofisticados. En los últimos años, la industria se ha vuelto cada vez más fragmentada, con la entrada en escena de millones de pequeños actores.» Joseph C. Gioconda, «Can Intellectual Property Laws Stem the Rising Tide of Art Forgeries?», *31, Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 2008-2009, pp. 57-58, citas omitidas.

19. Ya que estos abogados saben explotar la indefinición conceptual que afecta a esta materia, su complejidad legal, las lagunas legales que presenta y los conflictos de jurisdicciones que casi siempre se plantean.

ciencia cierta cuáles son los expertos con prestigio y honestidad que pueden realizar este peritaje.²⁰

Pero incluso cuando estos expertos se han identificado, puede que estén en otros países, sean caros de consultar, resulten personas de difícil acceso para la inmensa mayoría de coleccionistas o, simplemente, que no estén dispuestos a facilitar sus opiniones, debido a unas normas laborales que se lo prohíben,²¹ al temor a ser demandados²² o al deseo de no enemistarse con otros colegas que han opinado de forma divergente.²³

En cambio, lo que sí resulta más fácil es encontrar expertos de dudosa autoridad y/u honestidad dispuestos a emitir, a precios módicos y de forma rápida (pues apenas suelen efectuar investigación alguna ni exigir ver la obra), opiniones que acaban confundiendo al público no entendido en estas cuestiones.²⁴

20. Véase el apartado 4.3.4 sobre las condiciones que deben reunir los expertos en autentificaciones.

21. Véase la nota 23 de este capítulo.

22. «En 1929, el marchante de arte Sir Joseph Duveen pagó 60.000 dólares en un acuerdo extrajudicial por expresar la opinión, tras ver una fotografía de un supuesto cuadro de Leonardo da Vinci propiedad de la Sra. Andrée Hahn, de que el verdadero *La Belle Ferronnière* “se encontraba en el Louvre”. La ocurrencia de Duveen “para siempre” estableció “en las mentes de muchas personas que es peligroso expresar opiniones”. De hecho, desde entonces a los expertos les ha preocupado su responsabilidad legal ante el hecho de expresar opiniones sobre la autenticidad de una obra de arte. Este temor antiguo y generalizado ha inhibido a los expertos de expresar sus opiniones, incluso de manera informal o verbal, o cuando el asunto (por ejemplo, una compra de un importante museo) es de interés público. Su preocupación parte del riesgo de ser demandados por desprestigio del producto, por negligencia, o incumplimiento de contrato y quizás difamación. Una importante consecuencia de este temor a las demandas es que se coartan las publicaciones académicas y los comentarios de los expertos y esto facilita la distribución por todo el mundo del arte de falsificaciones, atribuciones erróneas e imitaciones por parte de personas deshonestas, negligentes o desinformadas.» Ronald D. Spencer, «Una sentencia legal en Nueva York protege a los expertos en sus opiniones sobre autenticidad», Ronald D. Spencer (ed.), *El experto frente al objeto*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 250, citas omitidas. «En nuestra cultura actual, tan aficionada a los litigios, en particular en Estados Unidos, las opiniones de expertos sobre las obras de arte no son fáciles de alcanzar debido a la amenaza de verse involucrados en un lío legal. Incluso alguien que presente una reclamación improcedente puede llevar a la bancarrota a un experto en arte, que vive de su salario profesional o de unos ingresos procedentes de escribir libros y artículos [...] Ahora es posible que un propietario ponga un pleito por pérdida de valor aunque este propietario haya solicitado la opinión y haya firmado un contrato para no demandar. Deben imponerse duras multas financieras para impedir este tipo de acciones judiciales infundadas, que no hacen más que inhibir a los expertos de dar su opinión académica.» Eugene Victor Thaw, «Lo auténtico triunfará», R. Spencer (ed.), *El experto...*, *op. cit.*, p. 107.

23. «Un refugio para los que buscan una valoración honesta podrían ser los museos. Pero, desgraciadamente, muchos empleadores prohíben a sus conservadores y comisarios dar opiniones a personas externas. [...] Una vez localizado un experto, quizás se muestre reticente a dar su opinión por temor a perjudicar su reputación si más tarde se demuestra que el dictamen era erróneo. Muchos se niegan a contradecir los informes equivocados de otros expertos, aunque el error sea flagrante. Su reticencia puede deberse al temor a ser demandados o a la esperanza de que otros puedan pasar igualmente por alto sus errores.» L. du Boff, «Controlling the Artful Con...», *op. cit.*, pp. 981-982, citas omitidas.

24. «Hay pocos expertos en arte a los que el público pueda acceder, y algunos de los que están disponibles quizás no sean del todo escrupulosos. Este hecho hace que algunos compradores de arte

LOS PROCESOS DE AUTENTIFICACIÓN SON COSTOSOS, LOGÍSTICAMENTE COMPLICADOS Y SE PROLONGAN EN EL TIEMPO

Las pruebas para declarar la autenticidad de las obras de arte, entre las que destacan las relativas a procedencia, peritajes estilísticos por expertos y pruebas científicas, en general son caras de realizar, lo que constituye un evidente obstáculo para su ejecución en todos los casos y, la mayoría de las veces, su coste no compensa.²⁵

Junto al importe económico, otros factores que desincentivan su realización son las dificultades logísticas y el tiempo necesario para llevarlas a cabo.²⁶

Todo ello crea graves inconvenientes para que se den procesos de autentificación rigurosos que sirvan para detectar las obras falsas.

FALTA DE FORMACIÓN DE LOS COMPRADORES

La entrada en el mercado del arte de una gran cantidad de coleccionistas que compran, no tanto porque tengan un conocimiento e interés en las obras y en el arte, sino por una cuestión especulativa o de estatus social, ha motivado un incremento considerable de personas que adquieren arte sin una mínima formación sobre lo que están comprando ni sobre las garantías que deben exigir al hacerlo, factores que facilitan que se les vendan obras de arte falsas.²⁷

renuncien a los servicios de un experto en arte y, en su lugar, confíen en una autoridad menor, en su propio conocimiento superficial o en las afirmaciones del vendedor.» *Ibid.*, p. 981.

25. «En la práctica, el coste de autentificar una obra de arte puede ser prohibitivo cuando el importe del objeto en cuestión no es demasiado elevado. Por lo tanto, los fraudes menos costosos pueden pasar desapercibidos.» *Ibid.*, p. 987.

26. Algunas de estas pruebas exigen por ejemplo que la obra sea transportada a lugares lejanos, para lo cual tal vez haya que contratar compañías de transporte especializadas, suscribir seguros de transporte y solicitar permisos de exportación.

27. Ninguna ley, ningún tratado doctrinal, ninguna norma ética de las asociaciones profesionales... podrá evitar que en un momento determinado un galerista o un comerciante sin demasiados escrúpulos venda una obra de arte falsa a un millonario o a un modesto coleccionista que no esté formado en la materia. Por ello, el mejor antídoto contra el fraude es sin lugar a dudas la formación de los compradores y los ciudadanos. Así, respecto a los fraudes en la obra seriada se ha escrito que «Muchos miembros de la comunidad artística creen que la única protección para el comprador de una obra seriada es utilizar sus ojos: “El comprador necesita protección, pero la única protección es el conocimiento, un conocimiento adquirido a través de la exposición y el estudio de las copias seriadas”. Si bien la educación es quizá la mejor protección, pocos consumidores tienen el tiempo o la voluntad de desarrollar las competencias necesarias para protegerse contra el fraude. Debe advertirse a los consumidores de que compren sólo a marchantes de reconocido prestigio». L. Anderson, «Consumer Protection Legislation...», *op. cit.*, p. 56, citas omitidas.

INCENTIVO ECONÓMICO

Son extraordinariamente elevados los márgenes de beneficio que obtienen los falsificadores, ya sea en el caso de la falsificación de obras únicas de gran valor económico o en el de obras seriadas de un precio más reducido pero que se venden en gran número de ejemplares.

Todos somos conscientes de las cantidades que mueve el mercado del arte de obras únicas y de las fuertes revalorizaciones que se han producido en el mismo, lo que constituye un evidente aliciente para crear falsificaciones.²⁸

Por otra parte, sólo se falsifican obras de las que existe una demanda clara y fuerte en el mercado, por lo que el falsificador sabe que tendrá muchas posibilidades de vender el resultado de su labor criminal.²⁹

Las expectativas económicas son aún más atractivas para los defraudadores, en la medida en que consideran, con acierto, que las posibilidades de ser detenidos o sancionados son relativamente pequeñas, por las razones que seguidamente expondremos.

LOS PERJUDICADOS NO SIEMPRE TIENEN INTERÉS EN DENUNCIAR O IDENTIFICAR PÚBLICAMENTE LAS FALSIFICACIONES

El coleccionista que descubre que ha sido engañado, lo que a veces ocurre sólo después de muchos años, no siempre optará por denunciar la lesión de sus intereses. En ocasiones, para preservar su imagen en el mercado y ante la sociedad y no pasar por

28. Como indica Michael Clark: «Entre 1960 y 1975, el índice Dow Jones creció aproximadamente un 38% en valor; algunas obras de impresionistas franceses crecieron un 230% durante el mismo período. Este fetichismo mercantil desorbitado convierte el mundo del arte en el terreno ideal para estafadores de toda suerte. A medida que las obras de arte evolucionan de un objeto de expresión estética o belleza formal hacia un mecanismo para incrementar la riqueza, la probabilidad de falsificaciones aumenta». M. Clark, «The perfect Fake...», *op. cit.*, p. 12.

29. «[...] Solía contarse un viejo chiste sobre Corot: que durante su vida pintó 4.000 cuadros, ¡de los cuales 5.500 estaban en América! Cuando había una gran demanda de cuadros de Corot, circulaban un montón de Corots falsos que se vendieron como auténticos y que actualmente no habrían engañado ni siquiera a alguien no experto. Como la demanda es la que dirige el mercado del arte, cuando la demanda supera la oferta, esta oferta debe inventarse.» Samuel Sachs II, «Museos y cuestiones de autenticidad», Ronald D. Spencer (ed.), *El experto...*, *op. cit.*, pp. 138-139. «En los años sesenta y setenta, se adoctrinó a millones de americanos en la creencia de que el arte era sinónimo de estatus, inversión y elegancia. Como los cuadros y las esculturas pocas veces estaban dentro del alcance económico del consumidor medio, muchos aspirantes a coleccionistas recurrieron a las artes gráficas. Desgraciadamente, la demanda de obras seriadas originales muchas veces superaba la oferta, y los artistas y empresarios respondieron de forma legítima e ilegítima a esta demanda.» L. Anderson, «Consumer Protection Legislation...», *op. cit.*, p. 55, citas omitidas. En el mismo sentido, véase Phillip R. Pollock, «Art Print Legislation in California: A Critical Review», 25, *Stanford Law Review*, 1973, p. 586.

un ignorante estafado, o incluso para intentar revender o donar la obra, preferirá guardar silencio.³⁰

Los galeristas afectados tenderán a no hacer público ningún caso de falsificación por temor a perder clientes o no poder revender la obra. Además, en general los galeristas no están interesados en que haya noticias sobre falsificaciones de obras de arte, ya que piensan que ello puede provocar una pérdida de confianza en el mercado del arte a muchos potenciales compradores.³¹

A los artistas tampoco les conviene que se sepa que son objeto de falsificación, pues ello puede perjudicar el precio de sus obras y la predisposición de los coleccionistas a adquirirlas.³²

LAS FALSIFICACIONES NO SE DENUNCIAN JUDICIALMENTE

Un factor que desincentiva la denuncia ante los tribunales de los perjudicados por falsificaciones es que éstos deben probar que la obra en cuestión no es auténtica, y no

30. «Aunque el coleccionista/comprador sea consciente [...], quizás le dé vergüenza presentar una demanda porque no quiere admitir su ignorancia. Asimismo, puede que no quiera hacer público que su compra no tenía valor si tiene previsto volver a vender la obra o desgravar impuestos. Estos factores pueden disuadir al comprador de denunciar el caso ante la justicia y, como resultado de ello, la falsificación queda impune.» Katherine Marik Thompson, «Regulation of fine Art multiples. A valiant but ineffective attempt to quell the market of fraud», 10, *Ent. & Sport Law*, 1992-1993, p. 12, citas omitidas. «La identificación de la obra como fraudulenta puede tener como resultado inmediato la desaparición de una elevada inversión monetaria. A ojos de la víctima, esta pérdida económica podría evitarse si no se identifica la obra como falsa, de modo que más adelante pueda volver a colocarla tranquilamente en el mercado con su identidad original intacta. Existen muchos procesos inherentes al mercado del arte que lo hacen posible, incluido el hecho de que los marchantes de arte suelen proteger el anonimato de los compradores, y que el mercado funciona de tal modo que las obras problemáticas enseguida se olvidan. [...] En resumen, el hecho de no denunciar un caso sospechoso de fraude supone un importante incentivo para las víctimas.» D. Chappell and K. Polk, «Fakers and Forgers...», *op. cit.*, p. 408.

31. «En medio están las galerías, los coleccionistas y los directores de museos, que muchas veces ayudan sin querer al falsificador. A menudo se muestran reacios, debido a lo costoso del asesoramiento, la enorme publicidad y el deseo de no mancillar el buen nombre del mercado del arte o su propio buen nombre admitiendo públicamente que han comprado una obra falsa, no cooperando así en el proceso penal. Si se denuncia un fraude, los marchantes afectados temen perder a sus clientes, y los coleccionistas afectados temen perder el valor de su acuerdo si el fraude sale a la luz. Así que los dos prefieren guardar silencio, uno para preservar su presunta integridad y el otro para preservar la supuesta "autenticidad" de su compra.» Peter Barry Skolnik, «Art Forgery: The Art Market and Legal Considerations» en 7, *Nova Law Journal*, 1982-3, pp. 327-8. «[...] existe una auténtica preocupación por el efecto que tendría en el mercado una gran cantidad de obras falsas. A los marchantes siempre les preocupa que los compradores potenciales se asusten y se alejen del mercado si ven que no pueden confiar en él.» D. Chappell and K. Polk, «Fakers and Forgers...», *op. cit.*, p. 409.

32. «En nuestro ámbito de trabajo, hemos conocido a más de un marchante que no quiere ni oír hablar del tema de las obras falsas en el mercado, por temor al impacto que eso podría tener en los clientes potenciales. Los que tienen relación con algunos artistas específicos que se convierten en objetivo del fraude están especialmente preocupados por las repercusiones que tendrían estas obras falsas en la reputación (y las ventas) de dichos artistas.» *Ibid.*, p. 409.

siempre es posible hacerlo con el grado de certeza que se exige judicialmente, dado que las pruebas que normalmente se aportan son sólo opiniones de expertos no basadas en pruebas científicas.³³

Además, y dado que estos expertos no siempre coinciden en sus conclusiones,³⁴ los denunciadores dependen de la decisión de los jueces sobre qué peritaje les merece más crédito, un tema discrecional³⁵ en el que no siempre se sienten cómodos y en el que pueden acabar posicionándose en contra, incluso, de lo que se acepta en el mercado.³⁶ A la incertidumbre que se deriva de esta posibilidad, se suma la de que, en algunos supuestos, debido a la movilidad física de las obras se pueden producir conflictos jurisdiccionales que hacen difícil discernir cuál será la legislación aplicable y, por tanto, predecir el sentido y consecuencias de la sentencia final. E incluso no existiendo duda sobre la legislación aplicable y la jurisdicción competente, en los Ordenamientos Jurídicos nacionales tampoco existe una jurisprudencia asentada sobre estas materias que oriente a los jueces y que permita a los interesados efectuar dicha predicción.³⁷

33. «A veces también resulta difícil para la acusación demostrar que un cuadro es falso más allá de una duda razonable. Los análisis científicos no son infalibles y las evaluaciones de los expertos sólo expresan unas opiniones que los jueces y jurados puede que no encuentren convincentes. La acusación debe demostrar una conexión entre la falsificación y el falsificador, lo cual resulta costoso y muchas veces complicado debido a la dificultad para averiguar la cadena de titularidad o los orígenes de la obra. Y la naturaleza internacional del mercado del arte todavía lo complica más.» P. Barry, «Art Forgery...», *op. cit.*, p. 329, citas omitidas. «Todos los casos que se llevan a juicio, ya sean penales o civiles, en última instancia dependen de si la parte con la carga de la prueba la asume y puede demostrar la culpabilidad. La diferencia en el contexto del arte es que, como veremos en las sentencias siguientes, es prácticamente imposible para el demandante demostrarlo. Esto se debe a que los tipos de recursos de que disponen los demandantes exigen la prueba de la falsedad –los demandantes deben demostrar que las declaraciones realizadas por los defensores son falsas–, lo que generalmente exige demostrar que una obra es auténtica en caso de demanda legal por difamación, descrédito o similar, o que una obra es falsa o está mal atribuida en caso de demanda por fraude o error.» Samuel Butt, «Authenticity Disputes in the Art World: Why Courts Should Plead Incompetence», 28, *Columbia Journal of Law & The Arts*, 2004-5, p. 75). Véase, sobre pruebas de autenticación, el apartado 4.3.

34. Véase la nota 39 del capítulo 4.

35. Motivo por el cual hay autores que consideran que este tipo de controversias no deberían ser objeto de decisión judicial, véase: S. Butt, «Authenticity Disputes...», *op. cit.*, pp. 71 y ss. Opinión con la que no podemos estar de acuerdo, dado que todo ciudadano debe tener derecho a la tutela judicial efectiva para defender sus intereses legítimos. Por otra parte, debemos recordar que en el sistema jurídico se dan muchos otros casos de discrecionalidad técnica ante los tribunales de justicia. Desde la determinación de quién es incapaz por motivos psíquicos, a quién disfruta de una eximente de estado de necesidad en la muerte de una persona. Véase sobre la fuerza probatoria de los dictámenes de autenticación de los expertos el apartado 4.3.4.

36. Tal como comentamos en apartado 4.3.1.

37. «[...] los casos comentados más abajo demuestran que, entre las demandas que acaban en los tribunales, los jueces han seguido un tipo de razonamiento que varía considerablemente de un caso a otro, lo que dificulta extraer algún tipo de autoridad coherente.» Kai B. Singer, «Sotheby's Sold Me a Fake!» -Holding Auction Houses Accountable for Authenticating and Attributing Works of Fine Art», 23, *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 1999-2000, p. 443.

Es indudable que todos estos hándicaps son relevantes para que los perjudicados no acudan a los tribunales. Junto a ellos, también se dan otros que abocan a dicha situación, tal como prueba la experiencia comparada: los procesos judiciales sobre falsificaciones pueden alargarse mucho en el tiempo y provocar gastos que no se compensen con los ingresos de una sentencia favorable.

DEFICIENTE REGULACIÓN LEGAL

Tradicionalmente, los legisladores han evitado la regulación del arte y sus procesos creativos, optando por una actitud no intervencionista semejante a la adoptada sobre las prácticas religiosas. Sin embargo, esta postura es ahora imposible de mantener, desde que las obras de arte se han convertido en bienes económicos de considerable valor y el mercado del arte ha crecido en gran medida, tanto a nivel nacional como internacional, demandando todo ello una necesaria regulación para proteger a los propietarios de las obras de arte, además de a sus creadores y a la sociedad en general.³⁸

A la espera de un desarrollo del Derecho del arte, lo cierto es que la escasa regulación de esta materia por parte del legislador ha provocado una serie de deficiencias en el sistema normativo, que en estos momentos inciden negativamente en la lucha contra las falsificaciones:

- No existe una regulación internacional y comparada armonizada que establezca las mismas medidas en todos los países para este problema, que es común y similar en todos ellos.
- A nivel nacional, Francia y algunos Estados de EE. UU. son excepciones a esta regla general, pero con intentos muy restringidos;³⁹ tampoco encontramos normas aprobadas de forma específica para luchar contra el fraude en el mercado del arte, por lo que no se cuenta con leyes que hayan intentado abordar de forma orgánica y completa esta cuestión.

38. «[...] la relación del arte con la ley es en gran parte (aunque no del todo) como la relación de la religión con la ley: en la mayor medida posible (y como mínimo en principio), se rige por una postura de no injerencia celosamente guardada. [...] Si se presiona, uno se encuentra con que la ley es deficiente para entender la falsificación de las obras de arte como arte. O, utilizando una formulación ligeramente distinta, podríamos decir que la ley debe participar en una especie de interpretación de la propia obra como un artículo fungible cuando se enfrenta a la falsificación de obras de arte. Para abordarlo adecuadamente, el arte debe convertirse en un objeto de propiedad y contrato a los ojos de la ley.» M. Clark, «The perfect fake...», *op. cit.*, pp. 3-5.

39. Sobre EE. UU., véase apartado siguiente, en el que se evalúan los resultados de dichas leyes. Sobre Francia, véase la nota 50 del capítulo 1.

· En los sistemas legales, tal como repetidamente hemos afirmado, no hallamos unas definiciones precisas y claras de lo que constituye una obra de arte original y la autoría de las obras de arte.⁴⁰

LOS MECANISMOS PENALES TRADICIONALES NO HAN RESULTADO EFICACES

Por varias razones, la normativa penal no ha resultado eficaz en la persecución de las falsificaciones.

Al no existir un delito de falsificación de las obras de arte y a pesar de que el Código Penal ofrece otras posibilidades,⁴¹ las falsificaciones se han perseguido tradicionalmente a través del delito de estafa. Sin embargo, el delito de estafa, en España y en otros países, exige tanto que se demuestre la intención de defraudar o engañar como que el engaño haya sido bastante para provocar la transacción patrimonial, lo que no siempre es posible probar.⁴² Por este motivo, junto al resto de los ya comentados –entre los que destaca la dificultad de acreditar que la obra no es auténtica–, a los falsificadores y a los vendedores de falsificaciones en muchos casos ni se les lleva a juicio. Así, apenas existen sentencias al respecto,⁴³ lo que contrasta con la gran atención mediática que las falsificaciones de obras de arte provocan.

DESINTERÉS Y POCA FORMACIÓN DE JUECES Y POLICÍAS

Las Administraciones públicas y el poder judicial no han adquirido conciencia de la repercusión de las falsificaciones de las obras de arte. La policía, los funcionarios

40. Véase el capítulo 1.

41. Véanse los apartados 3.4.3, 3.4.4 y 3.4.5.

42. Para un análisis de este problema en nuestro Ordenamiento Jurídico, véase el apartado 3.4.1. Respecto a EE. UU.: «Además, todos requieren demostrar una intención fraudulenta o delictiva. Este elemento es fácil de establecer en el caso del falsificador, pero se vuelve menos satisfactorio cuando se aplica a un vendedor intermedio, que quizás sólo sospecha del origen falso del objeto. Estas leyes no tienen ningún valor cuando el cedente desconoce el engaño y no hace autenticar la obra. De hecho, las disposiciones pueden animar a los vendedores a permanecer en la ignorancia sobre la autenticidad de las obras que venden». L. du Boff, «Controlling the Artful Con...», *op. cit.*, p. 998, citas omitidas. «[...] como tiene que demostrarse la intención delictiva o fraudulenta del marchante, la acusación debe enfrentarse a una importante carga de la prueba para prosperar. Es difícil obtener las pruebas necesarias para imponer una condena bajo ninguna de estas leyes, porque los fiscales necesitarán pruebas de las que se pueda deducir la intención del vendedor. Si se puede demostrar que el vendedor ha comercializado otras obras falsas o ha participado en su producción, se puede deducir que conocía la verdadera condición de las falsificaciones y la intención fraudulenta necesaria. En la mayoría de los casos, sin embargo, es difícil y costoso obtener dichas pruebas». Asimismo, el falsificador puede declarar que cuando pintó el cuadro falso, no tenía ni idea de que iba a venderse como original; el marchante también puede declarar que estaba convencido de la autenticidad de la obra. Por lo tanto, pocas acciones judiciales por falsificación han prosperado.» Lawrence Scott Bauman, «Legal Control of the Fabrication and Marketing of Fake Paintings», 24, *Stanford Law Review*, 1972, p. 940, citas omitidas. En parecidos términos: P. Barry, «Art Forgery...», *op. cit.*, pp. 327-328.

43. Véanse las notas 61 y 62 de este capítulo.

de aduanas y los jueces no suelen priorizar la lucha contra las mismas, prefieren dedicar sus limitados recursos a otros problemas. Ello se ve además apoyado por el hecho de que esta materia exige conocimientos en arte, de los que estos sujetos suelen carecer.⁴⁴

3.4. MEDIDAS JURÍDICAS CONTRA LA FALSIFICACIÓN DE OBRAS DE ARTE

La venta, exposición y divulgación de obras de arte falsas puede perjudicar un gran número de derechos de los ciudadanos protegidos en los Ordenamientos Jurídicos.

Aunque no en todos los casos se infringen los mismos derechos –depende del tipo de falsificación y de las circunstancias concurrentes–, los principales son:

- a) Los derechos de propiedad del comprador engañado
- b) Los derechos de los consumidores contra la publicidad engañosa
- c) Los derechos de los consumidores, comerciantes, artistas y titulares de derechos de propiedad intelectual, a la competencia leal entre empresarios, profesionales y cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado
- d) Los derechos patrimoniales de propiedad intelectual de los autores, sus causahabientes o cesionarios
- e) Los derechos morales de propiedad intelectual de los autores y causahabientes
- f) Los derechos industriales de marca de sus titulares
- g) El derecho al uso del nombre del autor al que falsamente se le atribuye una obra.⁴⁵

Para responder ante estas violaciones, el Derecho español otorga acciones judiciales a los titulares de los anteriores derechos para que hagan valer sus intereses legítimos ante los tribunales de justicia.

44. «Pero hay una razón más sencilla y directa para explicar la tendencia del poder judicial a evitar las deliberaciones de peso sobre obras de arte: la falta de experiencia. En general, los jueces están bien versados en razonamiento jurídico e historia, pero también suelen ser bastante ignorantes respecto a los problemas, temas y circunstancias históricas que rodean el mundo del arte.» M. Clark, «The perfect fake...», *op. cit.*, p. 3.

45. Junto a éstos también podríamos citar los de los donatarios engañados, los de las Administraciones que conceden subvenciones y beneficios fiscales a titulares de obras de arte falsas, los de las Administraciones que realizan gastos que afectan a obras de arte falsas, etc.

3.4.1. MEDIDAS JUDICIALES DERIVADAS DE LOS DERECHOS DEL COMPRADOR Y DE LOS CONSUMIDORES

Son diversas las vías judiciales a utilizar por el comprador de una obra de arte que resulta ser falsa o por los consumidores y comerciantes que se ven perjudicados en sus intereses legítimos por prácticas de publicidad engañosa sobre la autoría y originalidad de las obras de arte.

LAS VÍAS CIVIL Y MERCANTIL

Dejando de lado las cláusulas que se puedan haber pactado en los contratos de compraventa privados y mercantiles, así como las que figuren en los contratos que se subscriben con las casas de subastas,⁴⁶ el Código Civil establece varias garantías a favor del comprador de la obra falsa, que éste podrá aducir ante los tribunales civiles y mercantiles.

Todas ellas, las contractuales y las legales, han sido analizadas y desarrolladas extensamente por el catedrático de la Universidad de Barcelona D. Santiago Espiau Espiau en el capítulo 11 de este libro.

Otro autor que se ha ocupado de las posibilidades que ofrece el Código Civil al comprador defraudado es Paloma López-Carceller, para la cual son cuatro las acciones civiles que puede intentar el titular de la obra que descubre que no es auténtica, por ser falsa o mal atribuida por error. Las tres primeras pueden aplicarse en todos los casos, la cuarta, únicamente a las falsas:

- La resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa. La resolución del contrato se realizaría aplicando la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* o entrega de cosa diversa
- En la fase de ejecución del contrato, la falta de autenticidad del cuadro vendido podría dar lugar al ejercicio de las acciones edilicias por vicios o defectos ocultos
- Anulación del contrato de compraventa de la obra falsa por vicios del consentimiento, en particular, por error en las cualidades esenciales del objeto
- Anulación del contrato de compraventa de la obra falsa por dolo del vendedor.⁴⁷

⁴⁶. Por los términos en que se redactan, siempre que sean aplicables por el plazo en las que son vigentes, estas cláusulas son una excelente garantía para recuperar rápidamente el dinero invertido. Sobre las mismas, además de consultarse el capítulo 11 de este libro, véase también: K. Singer, «Sotheby's Sold Me a Fake...», *op. cit.*, pp. 441 y ss.

⁴⁷. Véase: Paloma López-Carceller Martínez, «Compraventa de obras de arte: falta de autenticidad. Comentario a la STS de 2 septiembre 1998», 3, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, pp. 157-162.

Del análisis de las acciones judiciales que ofrece el Código Civil, se concluye que éstas no garantizan de forma eficiente y eficaz los derechos de la persona que compra un cuadro que luego resulta ser de otro autor al que inicialmente se atribuyó la autoría, por ser falsa o simplemente mal atribuida por error. Por ello, para obtener esta garantía deben buscarse otros medios y recursos legales desde las esferas civil y mercantil.

Dichos recursos podrían encontrarse en la legislación española que protege al consumidor contra la publicidad engañosa y los abusos contractuales en sus relaciones con empresarios, ya sean éstos galeristas, marchantes, casas de subastas o artistas.⁴⁸

El país en que más se ha explorado esta posibilidad es EE. UU., donde se han aprobado numerosas leyes estatales al respecto y la doctrina jurídica ha defendido su potencialidad para erradicar el fraude en el mercado del arte.⁴⁹

En España, generalmente son las comunidades autónomas las que asumen las competencias sobre defensa de los consumidores,⁵⁰ y a pesar de que se plantean dudas sobre la aplicabilidad de esta normativa al mercado del arte,⁵¹ creemos que con la legislación actual ya se podría intentar el ataque contra muchas de las prácticas de publicidad engañosa que preceden a la venta de obras de arte falsas, y obtener para el comprador de la obra de arte falsa la posibilidad de reclamar daños y perjuicios e imponer las distintas y varias sanciones previstas en dichas normas a quienes venden y exponen este tipo de obras.⁵²

⁴⁸. Normativa a la que también podrían recurrir los consumidores y usuarios frente a la publicidad engañosa y los contratos abusivos de empresarios que ofrecen visitas a exposiciones de obras de arte falsas.

⁴⁹. Véase John Henry Merryman and Albert E. Elsen, *Law, Ethics and the Visual Arts*, Londres: Kluwer Law International, 2002, 4ª ed., pp. 923 y ss.

⁵⁰. La normativa estatal se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, parte de cuyos preceptos son de aplicación en toda España en virtud de las competencias constitucionales del Estado central.

⁵¹. Véase el capítulo 11. No parece que deba excluirse este sector de la actividad económica de la regulación de este tipo de leyes, pues la delimitación del ámbito de aplicación de las mismas es muy amplio y genérico. Así, si atendemos por ejemplo a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se establece en la misma que: «... será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios» (Art. 2).

⁵². En Cataluña, la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, establece que los consumidores tienen, entre otros, el derecho a «Recibir, por escrito o por otros medios que acrediten fehacientemente su autoría» (Artículo 123-2, e) y el de que «La promoción de los bienes y servicios destinados a las personas consumidoras debe ser concebida y llevada a cabo de modo que no pueda engañar o inducir a engaño sobre sus características o condiciones» (Artículo 126-1.1). Todos estos derechos de los consumidores y obligaciones de los empresarios se traducen en la tipificación de conductas

Sin embargo, a efectos de que no exista duda sobre la aplicación de dicha normativa a la problemática que nos ocupa, de ampliar las garantías de los compradores de obras de arte y de establecer precisas obligaciones de información veraz sobre la autoría y originalidad de las obras de arte que recaigan sobre los que las venden y exhiben, lo conveniente sería que se aprobasen, en la Unión Europea y en España, leyes parecidas a las norteamericanas que pasamos a comentar, y que afectan a los dos dominios del arte en los que más se han detectado abusos al respecto: el de las obras de arte seriadas sobre papel y el de las esculturas seriadas.

En EE. UU., el sector del arte que las leyes de defensa de los consumidores han regulado con mayor detalle y fuerza es el de las obras de arte seriadas sobre papel.

Ello se explica porque en dicho sector pronto se evidenciaron numerosos tipos de fraude que perjudicaban a los consumidores: desde publicidad engañosa, hasta falta de información, y claras falacias sobre datos relativos a la autoría y originalidad o al número de ejemplares de las ediciones.

Ante estos problemas, diversos Estados aprobaron, a partir de los años setenta, leyes que complementaban las garantías propias del código mercantil federal (Uniform Commercial Code) para aumentar la protección de los coleccionistas y consumidores en general.⁵³

Estas leyes tienen en común que exigen al marchante de arte «que revele algunos datos por escrito antes de una venta, y a veces en los anuncios de obras seriadas sobre papel, para que el comprador pueda tomar una decisión bien fundada sobre una compra que supere los 100 dólares sin el coste del marco».⁵⁴

que son sancionables. Entre ellas, entendemos que se podría incluir la de afirmar o publicitar de forma consciente la autoría de una obra de arte que no se corresponde con la realidad (véanse los artículos 331-2, c, d y 331-3, d). La comisión de estas conductas dará lugar a que el consumidor perjudicado pueda reclamar daños y perjuicios (Art. 124.1), a la imposición de sanciones económicas (Art. 333.1), e incluso, en los casos establecidos por dicha ley, a las siguientes sanciones accesorias: decomiso y destrucción de la mercancía, cierre temporal de la empresa infractora, rectificación pública y publicación de la sanción (Art. 333.1.2).

53. Skip Natzmer, en un artículo de 2004, cita los siguientes, además de la Michigan Art Multiples Sales Act, MCLA 442.351; MSA 19.409, a la que hace referencia específica su artículo: «Arkansas Annotated Code Sec. 4-73-301 (1983); California Civil Code Sec. 1740 (1970); Georgia Commerce & Trade Code Sec. 10-1-430 (1986); Hawaii Code Title 26, Sec. 481F (1986); 815 Illinois Compiled Statutes 435 (1972); Maryland Commercial Code Sec. 14-409 (1975); Minnesota Statutes Sec. 324.06 (1983); New York Arts & Cultural Affairs Sec. 15.01 (1981); North Carolina Statutes Chapter 25C, Article 2 (1997); Oregon Revised Statutes Sec. 359.300 (1981); South Carolina Trade & Commerce Sec. 38-16-10 (1986); Wisconsin Administrative Code ATCP Sec. 117.01 (1990)». «Art Prints: The Michigan Art Multiples Sales Act», *Michigan Bar Journal*, February, 2004, p. 34. Son numerosos los artículos que comentan esta legislación, además del citado: Susan Hobart, «A Giant Step Forward - New York Legislation on Sales of Fine Art Multiples», 7, *Columbia Journal of Art and the Law*, 1982-1983, pp. 261 y ss.; Ph. Pollock, «Art Print Legislation...», *op. cit.*, pp. 595 y ss.; K. Marik, «Regulation of fine Art...», *op. cit.*, pp. 8 y ss.; L. Anderson, «Consumer Protection Legislation...», *op. cit.*, pp. 55 y ss., entre otros.

54. Skip Natzmer, «Art Prints...», *op. cit.*, p. 33.

A modo de ejemplo, la ley del Estado de Nueva York⁵⁵ ha establecido diversas exigencias de información, que varían en función de la fecha de la edición y que son máximas en el caso de las producidas después de 1981:

«El marchante debe proporcionar algunas informaciones básicas por escrito, que se consideran parte del acuerdo y que crean una garantía expresa. Esta garantía no puede ser invalidada por el marchante por la falta de uso de términos formales de garantía, o por la falta de intención o autorización para hacer una garantía, o porque la declaración pueda interpretarse como la opinión del vendedor. Si la información facilitada es errónea, el comprador tiene derecho al reembolso completo. Si el comprador puede demostrar que el vendedor, deliberadamente, no proporcionó la información requerida o intencionadamente, facilitó información falsa, el comprador puede reclamar al vendedor el triple de los daños y perjuicios y los honorarios del abogado.

«Si la obra seriada sobre papel se presenta como parte de una edición limitada, debe facilitarse alguna información, como el número total real de la edición, incluidas las pruebas del artista. También debe proporcionarse una declaración sobre la autenticidad de la firma del artista, el año de ejecución, el medio utilizado y si la obra fue autorizada por el artista en caso de no haber firma».⁵⁶

Se trata de leyes que demandan a los vendedores que faciliten la máxima información posible sobre la naturaleza de la pieza que se vende o que expliciten que dicha información no se posee u ofrece. Todo ello con un objetivo: que el comprador pueda efectuar una decisión consciente y libre sobre la compra del bien y sobre los riesgos que está asumiendo.

Además de ello, han introducido diversas garantías otorgadas al comprador para rescindir la compra y obtener el precio pagado más intereses, obtener indemnizaciones, pagar los gastos de juicio e imponer multas administrativas y penales a los galeristas que violen estas normativas.

55. Artículos 12-C al 12-H de la New York General Business Law, comentados en P. Barry, «Art Forgery...», *op. cit.*, pp. 338 y ss.

56. *Ibid.*, pp. 347-350, citas omitidas. La New York General Business Law, más conocida como «New York's visual multiples disclosure bill», fue «un intento de crear una ley que disuadiera de las prácticas de copias ilícitas, impidiera la publicidad engañosa y proporcionara a los compradores “la información para elegir de forma inteligente”, exigiendo legalmente la revelación de algunos datos que –como indica la ley– los marchantes más reputados ya facilitan de manera voluntaria». Protege el derecho del comprador a una divulgación completa. Es un intento de la legislatura de frenar algunas prácticas, como el «uso de ediciones “ampliadas” por un número inusualmente elevado y no revelado de pruebas de artistas, ediciones no declaradas estrechamente relacionadas, reproducciones falseadas y reivindicaciones de que una obra está “firmada” por el artista cuando la firma es de otra persona. Curiosamente, la ley nunca utiliza los términos «original» u «obra seriada». El criterio es si se trata de «una obra del artista aprobada por el mismo tras su finalización». *Ibid.*, pp. 344-345, citas omitidas.

Su incidencia y efectividad no han sido las esperadas, y en algunos de sus aspectos han sido criticadas,⁵⁷ pero, indudablemente, los coleccionistas que compran este tipo de obras de arte en los estados en los que está vigente una de estas leyes disfrutaban de mayores garantías jurídicas que aquellos que lo hacen en otros estados de EE. UU. o en el resto del mundo.

El legislador norteamericano no sólo ha aprobado leyes específicas para proteger al comprador de obra seriada sobre papel, también lo ha hecho para proteger al de las esculturas seriadas.

Las leyes norteamericanas establecidas para evitar los fraudes en obra escultórica seriada han seguido las pautas de las que con anterioridad ya perseguían lo propio respecto a la obra seriada sobre papel. En este sentido, su principal exigencia es que se facilite una información mucho más detallada de la que se solía y se suele facilitar a los compradores de esculturas seriadas. Por ejemplo:

«California fue el primer Estado en promulgar una ley especialmente referida a las esculturas de bronce. Ahora la ley californiana incluye expresamente “cualquier escultura, pieza fundida, u objeto de arte similar producido en más de una copia” en su definición de obras múltiples o seriadas. Este ámbito de aplicación tan amplio fue adoptado por la asamblea legislativa de California en 1983, como enmienda a la ley sobre obras de arte seriadas sobre papel. El artículo 1744 de la ley californiana exige facilitar la información completa en el momento de la venta de algunos objetos de arte visuales producidos en múltiples unidades. Para luchar contra algunos problemas habituales, la ley exige que se revelen algunos datos, como detalles sobre la contribución del artista, el proceso de reproducción e información sobre las ediciones. El artículo 1744.7 de la ley estipula que dichas informaciones crean unas garantías expresas y son parte de la base del acuerdo. La ley de California exige que cualquier descargo de responsabilidad por un marchante de arte se indique “de forma específica y categórica” con respecto a cada detalle cuyo conocimiento se niegue. Si un marchante de arte no proporciona las informaciones o si se incumplen sus garantías, un comprador puede rescindir la venta y recuperar su dinero con intereses. Asimismo, si un comprador puede demostrar una violación deliberada, la ley contempla el pago del triple de los daños y perjuicios. Asimismo, si el demandante gana el juicio, puede tener derecho a recuperar los gastos del juicio, honorarios de abogados y testigos expertos. No obstante, estos gastos se pueden adjudicar al acusado, en caso de ganar el juicio, si el tribunal sentencia que la acción judicial se presentó de mala fe».⁵⁸

57. Se ha argumentado en su contra, por ejemplo, que podían limitar el derecho de los artistas a decidir el número de ejemplares de sus ediciones de obras seriadas. Véanse los artículos citados en nota 53 de este capítulo.

58. Leonard D. Duboff, «Bronze sculptures: casting around for protection», 3, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 1984, p. 279, citas omitidas.

Otro ejemplo es el del Estado de Nueva York, que hizo lo propio en 1991, en un proceso legislativo que se inició en 1987:

«Para tratar estas preocupaciones, un senador del Estado de Nueva York presentó un proyecto de ley en 1987 para enmendar la Ley sobre Arte y Asuntos Culturales. El proyecto de ley abordaba los abusos del mercado y el fraude al consumidor exigiendo la revelación de nueve datos para todas las esculturas, en caso de que un marchante de arte (o un agente de un marchante de arte) ofrezca para vender, venda o envíe una escultura en/ a/o desde Nueva York, a menos que vaya acompañada de un certificado de autenticidad [...]. El proyecto de ley también exigía información adicional para las esculturas de edición limitada, y estipulaba sanciones para las piezas fundidas sin autorización. Estas disposiciones tenían como objetivo proteger a una amplia variedad de consumidores, así como a los artistas, informando a los compradores potenciales sobre los datos objetivos de una escultura antes de proceder a la compra. [...] La información, que debía facilitarse por escrito, consistía en: nombre del artista; título de la escultura; nombre, si se conoce, de la fundición (o persona) que fundió, fabricó o grabó la escultura; medio; dimensiones de la escultura; año en que se fundió, fabricó o grabó la escultura; número de piezas fundidas; si el artista había fallecido cuando se realizó la escultura; y si la escultura está autorizada por el artista o sus herederos, sucesores u otro representante legal».⁵⁹

LA VÍA PENAL

La vía penal para defender los intereses del comprador de una obra de arte falsa que le ha sido vendida con pleno conocimiento de dicha condición por parte del vendedor y las consecuencias económicas y sancionatorias de esta venta, se analizan en el capítulo 13 de este libro.

En España, quien haya adquirido una obra de arte falsa y, en general, quien haya efectuado un dispendio patrimonial motivado por dicha adquisición, podrá denunciar a quien se la vendió o al que le provocó dicho dispendio, por el delito de estafa.

Esta posibilidad, sin embargo, sólo tendrá éxito si logra demostrar, entre otros elementos,⁶⁰ la intención de defraudar o engañar del vendedor, y que el engaño ha sido

59. Susan L. Troxell, «New York's Sale of Sculpture Disclosure Law: Art Merchant Beware», 2, *Journal of Art & Entertainment Law*, 1991-1992, pp. 15-17, citas omitidas.

60. «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilicen engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.» Art. 248. 1º del Código Penal. Los elementos que la jurisprudencia reclama para que pueda darse el delito de estafa son los siguientes: «1).—Un engaño precedente o concurrente, plasmado en algunos de los artificios incorporados a la enumeración que el Código (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; 2).—Dicho engaño

bastante para haber provocado la transacción patrimonial.

La dificultad de probar estas dos circunstancias, junto a otros motivos comentados en apartado 3.3, trae como consecuencia que a los vendedores de falsificaciones y a los falsificadores, en algunos de los casos en los que se les denuncia sólo se les consiga condenar penalmente por estafa,⁶¹ y que con bastante frecuencia ni siquiera se logre la condena.⁶²

Por ello, una de las medidas que se podría arbitrar para mejorar la efectividad de la lucha penal contra las falsificaciones de obras de arte, sería aprobar un tipo específico en el que se castigara la simple falsificación de las obras de arte y su posesión consciente, sin exigir que quien falsifica o intenta vender haya provocado ya una transacción económica de un tercero gracias a su engaño, tal como viene ocurriendo actualmente con la falsificación de ciertos documentos.⁶³ Esta normativa sería parecida a la introducida en el pasado en algunos estados de EE. UU.:

«Nueva York parecer ser uno de los pocos estados que reconoce la amplitud del mercado del arte. Su ley describe como delito menor de clase A el caso de una persona que, con la intención de estafar, “hace o altera cualquier objeto de

ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3).—Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad; 4).—Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; 5).—Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el dolo *subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, y 6).—Ánimo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma de 1983 (RCL 1983, 1325, 1588), que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos—TS SS 6 feb., 1989 (RJ 1989, 1474) y 5 mar. 1990 (RJ 1990, 2981)». AP Madrid (Sección 3ª), sentencia núm. 420/2002 de 18 noviembre.

61. Véanse las siguientes sentencias en las que sí se condenó por estafa: TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm 139/2007 de 23 febrero; AP Asturias (Sección 8ª), sentencia núm 7/2006 de 3 febrero; TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm 1120/2008 de 3 enero; TS (Sala de lo Penal), sentencia núm 310/2006 de 20 febrero; TS (Sala de lo Penal), sentencia núm 170/1999 de 2 febrero, AP Barcelona (Sección 6ª), sentencia núm 260/2006 de 9 marzo; AP Zaragoza (Sección 3ª), sentencia núm 25/2004 de 30 abril; AP Madrid (Sección 16ª), sentencia núm 171/2008 de 14 noviembre.

62. Véanse: AP Madrid (Sección 3ª), sentencia núm 420/2002 de 18 noviembre; TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm 759/2009 de 8 julio; AP Madrid (Sección 2ª), sentencia núm 473/2009 de 20 octubre; AP Madrid (Sección 16ª), sentencia núm 139/2008 de 24 septiembre; AP Madrid (Sección 4ª), auto núm 406/2003 de 18 septiembre; AP Navarra (Sección 1ª), sentencia núm 144/2001 de 7 noviembre.

63. Véase: L. Bauman, «Legal Control...», *op. cit.*, pp. 942 y ss. Contrariamente a lo que se suele pensar, la falsificación de una obra de arte no se persigue en la mayoría de países mediante el delito de falsificación, dado que éste sólo se refiere generalmente a la falsificación de documentos escritos e instrumentos financieros. Véase el delito de falsificación recogido en el Código Penal español, art. 386 a 400.

modo que parezca tener una antigüedad, rareza, fuente o autoría que de hecho no posee” o una persona que, conociendo el verdadero carácter de la obra y con la intención de estafar, “emite o posee un objeto de forma simulada”. En 1969, la asamblea legislativa de Nueva York también aprobó un proyecto de ley que impone sanciones penales a “[una] persona que, con la intención de estafar, engañar o perjudicar a otra, hace, pronuncia o emite un certificado falso de autenticidad de una obra de arte”». ⁶⁴

3.4.2. MEDIDAS DERIVADAS DEL DERECHO A LA COMPETENCIA LEAL ENTRE EMPRESAS

Otro sector del Ordenamiento Jurídico español que se puede utilizar para luchar contra las falsificaciones, muy próximo al que protege a los consumidores y con el que coincide en muchas de sus finalidades, es el que se ocupa de la competencia desleal entre empresas, en la medida en que éste ha dejado de «concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado».⁶⁵

La principal ley estatal sobre esta materia es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, como son los artistas, e incluso los titulares de derechos de propiedad intelectual.⁶⁶

Esta ley considera competencia desleal, por engañosa, cualquier conducta que dé lugar a información falsa sobre la naturaleza o las características principales de un bien que,

64. L. du Boff, «Controlling the Artful Con...», *op. cit.*, p. 1001, citas omitidas. Medidas que sin embargo tampoco han tenido una gran efectividad a juicio de la doctrina: «[...] a finales de los sesenta, el Estado de Nueva York intentó prohibir directamente las falsificaciones de obras de arte a través de una ley llamada Simulación Delictiva, redactada con suficiente amplitud para detener a los falsificadores y a los marchantes de arte que intentaran vender obras falsas intencionadamente. Sin embargo, desde su aprobación, sólo se han presentado cargos por simulación delictiva una vez, en Nueva York, en el contexto de la falsificación de obras de arte, y esta única acusación no prosperó. Posteriormente otros Estados adoptaron leyes similares, que se aplican a los casos de falsificación de obras de arte, con distintos grados de gravedad punitiva. Sin embargo, las acciones penales contra los falsificadores de obras de arte según estas leyes son poco frecuentes o inexistentes.» J. Gioconda, «Can Intellectual Property Laws...», *op. cit.*, p. 61, citas omitidas.

65. Preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

66. «[...] los cesionarios de los derechos, ya que ven perjudicada su explotación de la obra al existir otra en el mercado pretendidamente igual. Por ejemplo, en el caso de que el autor le haya transmitido el derecho de exposición de la obra, permitiéndole la obtención de unos ingresos por la misma. [...] Se trata de una situación clara de acto ilegítimo con el que se pretende generar una competencia desleal.» Jorge Ortega Doménech, *Obra Plástica y Derechos de Autor*, Madrid: Editorial Reus, 2000, pp. 220-221.

aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error en los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico.⁶⁷

Las virtualidades de esta ley son que, dado su ámbito subjetivo (Art. 3) y objetivo (Art. 2), las acciones de resarcimiento y para evitar dichas conductas (Art. 32) se ofrecen a un gran número de posibles perjudicados por las mismas (Art. 33).

En España, este tipo de legislación, como medio para luchar contra las falsificaciones y el fraude en el arte, aún ha de ser explorada y desarrollada en toda su potencialidad por la doctrina y la jurisprudencia.⁶⁸

3.4.3. MEDIDAS DERIVADAS DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES Y MORALES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El Derecho mercantil de la propiedad intelectual puede utilizarse para atacar las falsificaciones de obras de arte, pero no contra cualquier falsificación: sólo contra aquellas que comportan una violación de los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, por haberse cometido la falsificación utilizando una reproducción ilegal de una obra de un artista, que se vende como si dicha reproducción fuese una obra de su autoría. No, en cambio, cuando la obra original de un artista creada «a la manera de» otro⁶⁹ se atribuye a éste con ánimo de engañar.

En EE. UU. se han destacado las posibilidades que esta rama del Ordenamiento Jurídico ofrece para combatir las falsificaciones y el fraude en general en el arte, así como su escaso aprovechamiento para conseguir estos objetivos:

«En cambio, las leyes de propiedad intelectual se han reforzado y utilizado con éxito para combatir una lacra similar: la falsificación de productos de consumo, DVD y artículos de lujo. Sin embargo, estas leyes se utilizan poco en el contexto de las obras de arte falsificadas [...] La industria del arte debe considerar aplicaciones creativas de las leyes de propiedad intelectual estadounidenses para llenar el vacío cuando las leyes penales y civiles existentes han fracasado. Estas leyes de propiedad intelectual, por lo general no aplican el mismo nivel de prueba riguroso más allá de una duda razonable de mala intención, como sí lo hacen las leyes penales de fraude. Tradicionalmente, las leyes de propiedad intelectual no se han utilizado para luchar contra la

67. Evidentemente, engañar o confundir sobre la autoría de una obra de arte se inscribe en este supuesto, pues la autoría es un elemento esencial y principal de la naturaleza de todo bien.

68. Como ejemplo de sus posibilidades, ver por todos la sentencia de 12 de junio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona.

69. Véase el apartado 2.6.

falsificación de obras de arte debido a una serie de razones. Primero, las leyes de propiedad intelectual evolucionaron para ocuparse de asuntos puramente utilitarios, por lo tanto, presentan un complejo conglomerado de derechos, y sólo algunos de ellos son aplicables a la falsificación de obras de arte. [...] Las leyes de derechos de autor son ventajosas para combatir algunos tipos de falsificaciones de obras de arte. Por ejemplo, en el caso de una obra que no se encuentra en el dominio público y está sujeta a derechos de autor, la creación de réplicas o reproducciones de dicha obra infringe la Ley de Derechos de Autor estadounidense, acarreando responsabilidad civil. El artista tiene derecho a solicitar, entre otras cosas, los daños y perjuicios reales o legales y la confiscación inmediata y, en última instancia, la destrucción del objeto de arte infractor. La responsabilidad penal también es aplicable a la infracción de los derechos de autor. Las leyes penales federales contra la infracción de los derechos de autor han sido criticadas por ser difíciles e ineficientes; al igual que las leyes antifraude, exigen demostrar la intencionalidad más allá de una duda razonable, y generan poco interés del ministerio fiscal».⁷⁰

Las violaciones de los derechos de propiedad intelectual, tanto de explotación o patrimoniales, como de los derechos morales, y los remedios mercantiles y penales en contra de las mismas, han sido estudiadas en los capítulos 12 y 13 de este libro.⁷¹

Sólo nos queda recoger aquí la regulación penal de estos delitos, que ofrece numerosos mecanismos, a nuestro entender poco utilizados en España, para erradicar dichas acciones:

«Artículo 270.

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez

70. J. Gioconda, «Can Intellectual Property Laws...», *op. cit.*, pp. 49-66, citas omitidas. Esta vía, además, incorpora en EE. UU. mecanismos muy útiles, como son los controles de importaciones o de contenidos en Internet, véase *ibid.*, pp. 63-66.

71. Véase también la sentencia de 12 de junio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona.

podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento».

3.4.4. MEDIDAS DERIVADAS DEL DERECHO AL USO DEL NOMBRE

Según Espín, cuando la falsificación se produce por la simple atribución del nombre de un artista a una obra de otro:

«son varios los derechos que pueden resultar lesionados, el nombre, la personalidad usurpada e incluso la reputación profesional del autor a quien se atribuyan. Pero ninguno de estos derechos están protegidos por las leyes de propiedad intelectual, al menos de modo directo».⁷²

Este autor identifica las posibilidades que tiene el artista al que se le atribuye falsamente la autoría de una obra: supresión del nombre en la obra, con base en el artículo 53 de la Ley del Registro Civil; resarcimiento de los daños y perjuicios por el daño

⁷² Diego Espín Cánovas, *Los derechos de autor de obras de arte*, Madrid: Civitas, 1996, p. 81. En el mismo sentido: «El autor no puede ampararse en su derecho moral de paternidad para perseguir la falsa atribución de obras que en realidad no son suyas. [...] En otras latitudes la situación es distinta porque expresamente se contempla la defensa frente a la falsa atribución de obras como una facultad integrada en el derecho moral del autor, pero no así en el Derecho español. En nuestro Ordenamiento Jurídico serán las acciones civiles generales de tutela del nombre, o la específicamente contemplada en el art. 7.6 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, las que servirán al autor para defenderse de la falsa atribución de paternidad. También le cabrá al autor acudir a la protección dispensada por la LM si su firma o su nombre están registrados como marca. O a la normativa sobre competencia desleal o sobre publicidad engañosa y desleal si concurren sus respectivos presupuestos de hecho. Pero no servirá a estos fines el derecho moral de paternidad». José Marín López, *El conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2006, pp. 140-141, citas omitidas. «[...] no existe un derecho a “la no paternidad”. Su protección viene dada por la tutela civil del nombre, honor o reputación de la persona.» Pascual Martínez Espín, «Comentarios al art. 14», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Madrid: Tecnos, 2007, 3 edición, p. 221.

moral, vía el 1.902 del Código Civil, o en su caso, de la Ley Orgánica de Protección al Honor, Intimidación e Imagen; e incluso: confiscación judicial de la obra como vía para poner fin a la intromisión al honor, intimidación e imagen y restablecer al autor el ejercicio de sus derechos, también gracias a los preceptos de la referida ley orgánica.⁷³

En contraposición a la opinión de Espín y de gran parte de la doctrina, otros autores consideran que el derecho moral de paternidad, incluido en los derechos de propiedad intelectual del artista, sí puede utilizarse para defender a un artista al que se le atribuye una obra de otro.

Así, para Jorge Ortega, el artista o sus herederos legítimos tiene derecho, en virtud del artículo 14.3 de la LPI, a que se le reconozca la paternidad de una obra, por lo que *a sensu* contrario, también tiene el derecho de que no se le atribuya la obra de un tercero.⁷⁴

Pueda o no utilizarse la legislación de la propiedad intelectual para remediar este caso, lo cierto es que todas estas acciones apuntadas ofrecen unas posibilidades que, por su efectividad para resarcir al artista y detener la violación de sus derechos, deberían ser siempre intentadas ante los tribunales.

3.4.5. MEDIDAS DERIVADAS DE LOS DERECHOS DE MARCA

El análisis jurídico de esta vía respecto al Derecho español se realiza en este libro en el capítulo 12.

El Derecho de marcas puede ser en muchos países otra de las ramas del Derecho que aporten medios a aplicar para luchar contra algunos tipos de falsificaciones, como ha señalado la doctrina norteamericana:

«Las leyes federales de marcas de Estados Unidos “normalmente no son contempladas como recurso por los titulares de derechos de autor de arte visual”.

⁷³ Véase: D. Espín, *Los derechos de autor...*, *op. cit.*, pp. 82-83. Un remedio por tanto que sí puede emplear el artista que ve que se le atribuye la autoría de una obra que carece de este atributo, es el que le otorga la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Esta ley prohíbe la utilización del nombre de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, si el titular del derecho no hubiere otorgado a tal efecto su consentimiento expreso. Por este motivo, el que ve utilizado su nombre sin su consentimiento puede solicitar la tutela judicial frente a esta intromisión mediante las vías procesales civiles ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. Esta tutela permitirá al artista, entre otras posibilidades, solicitar a los tribunales que le garanticen y hagan efectivo el restablecimiento del pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma, la reposición al estado anterior, la prevención de intromisiones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

⁷⁴ Véase J. Ortega, *Obra Plástica...*, *op. cit.*, p. 220.

Aunque no se utiliza mucho, esta área de la ley sobre propiedad intelectual podría servir de ayuda en la lucha contra las obras de arte falsificadas». ⁷⁵

Y ello es así, ya que:

«A diferencia de las leyes antifraude, la intención de causar confusión no es un requisito previo para una sentencia de infracción de una marca. Si bien la infracción deliberada de una marca registrada, o la “falsificación” de una marca, conlleva unas sanciones mucho más duras, incluida la confiscación de la propiedad infractora, además de sanciones civiles y penales, incluso se puede prohibir la venta puramente inocente de un producto similar que se preste a confusión». ⁷⁶

El Derecho de marcas también tiene otras ventajas, como son las medidas que se pueden instar gracias al mismo para detener la importación de obras falsas que infrinjan el derecho de marcas. ⁷⁷

Por ello, cabe concluir que una de las posibles maneras de proteger la obra de un artista puede ser, cuando la legislación del país lo permita, registrar su nombre o su firma o su logo como marca, ⁷⁸ tal como han hecho en muchos países, tanto la

⁷⁵ J. Gioconda, «Can Intellectual Property Laws...», *op. cit.*, p. 68, citas omitidas.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 69, citas omitidas.

⁷⁷ «El registro de la marca del logotipo de un artista tiene una ventaja adicional, muy poco utilizada: la inscripción voluntaria del registro de la marca en el servicio de aduanas estadounidense ofrece al artista la protección de los agentes de aduanas que custodian las fronteras de Estados Unidos de la importación no autorizada de obras que lleven su logotipo o marca sin autorización. El servicio de aduanas de Estados Unidos ofrece esta ventaja a las marcas registradas –no se aplica a la imagen comercial no registrada. Además, como sucede con la infracción de los derechos de autor registrados, las aduanas estadounidenses tienen la autoridad para confiscar y en última instancia destruir las obras de arte que falsifican una marca registrada.» *Ibid.*, p. 71, citas omitidas.

⁷⁸ No en todos los países es posible de forma general registrar el nombre de una persona como marca. Así, en EE. UU.: «Las leyes estadounidenses de marca registrada desaprueban el simple uso de un nombre personal como marca. Por lo tanto, un apellido se puede proteger como una marca según el artículo 43(a) de la Lanham Act sólo si se cumplen algunas estrictas condiciones probatorias. Sólo si hay una asociación de marca generalizada y establecida entre el nombre y la obra del artista se considerará que el nombre ha desarrollado un significado secundario y quedará protegido del uso no autorizado. Los nombres de artistas famosos, pues, tienen más probabilidades de satisfacer este riguroso estándar que los de los menos conocidos. Por ejemplo, un tribunal sentenció que Pablo Picasso había establecido un significado secundario para su nombre, y por lo tanto sus herederos tenían el derecho único de hacer publicidad o aprovechar comercialmente el uso de su nombre y su reputación en el mundo del arte como si estuviera protegido por las leyes federales de marca registrada. Sin embargo, superar este obstáculo legal puede resultar difícil, por no decir imposible, para los artistas nuevos o relativamente desconocidos. La imagen gráfica del título también puede protegerse según las leyes de marca registrada. Debido a su historia comercial, los logotipos por lo general suelen gozar de una mayor protección que los nombres personales. Por lo tanto, según las leyes de marca registrada imperantes, los artistas están mejor posicionados para luchar contra las falsificaciones cuando incorporan un logotipo estilizado o un monograma único para identificar su obra, en lugar de utilizar solamente

Administración Picasso respecto a este artista como la Fundación Gala-Salvador Dalí respecto al maestro ampurdanés. ⁷⁹

Las violaciones más graves de estos derechos son sancionadas por el Código Penal. Han sido estudiadas por los expertos penales del seminario en el capítulo 13 de este libro. Baste aquí recoger su regulación positiva y que a nuestro juicio es también infrutilizada para combatir las falsificaciones:

«Artículo 274.

1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen estos productos.

2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5».

su firma personal. Esta práctica está muy extendida en Oriente, y se considera aceptable en el mundo occidental del arte. El uso sistemático de un logo característico por parte de un artista en sus creaciones artísticas puede darle derecho a un registro federal de la marca y procurarles las correspondientes protecciones. El registro federal de la marca permitiría al artista utilizar una herramienta legal más efectiva contra las falsificaciones de obras de arte que el simple uso de su nombre, ya que el falsificador incurriría en responsabilidad civil e incluso penal en caso de utilizar un logotipo similar que pueda crear confusión en obras de arte falsas». *Ibid.*, pp. 70-71, citas omitidas.

⁷⁹ Véase la efectividad de esta posibilidad en la sentencia de 12 de junio de 2012 del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona.