

CULTUS ET IUS

*Revista de Derecho,
Cultura y Bellas Artes*

N.º 1

PRIMER SEMESTRE

2023

**El hombre como objeto de la propiedad.
La esclavitud vista por el cinepág. 5**
Benjamín Rivaya

**Una inoculación pretendida: la inserción
de la cultura en la impartición de
docencia jurídico-civil pág. 25**
Antonio José Quesada Sánchez

**La libertad de expresión artística de
los fotógrafos: la protección de sus
creaciones por la propiedad intelectual
y como vía para la conservación del
patrimonio cultural pág. 47**
Elisa Gutiérrez García

**Derechos de Autor en el Arte
Conceptual: la protección de obras de
arte creadas con impresoras 3D y NFTs .. pág. 79**
Alba Enríquez Cruz

**El imperio de la ley frente al salvaje oeste
en *El hombre que mató a Liberty Valance*...pág. 103**
Francisco Pérez Fernández

**La memoria della dittatura argentina
tra cinema, letteratura e fumetto pág. 131**
Maria Chiara Vitucci

**El Profesor de Derecho Civil
fue asesinado al atardecer pág. 141**
Antonio J. Quesada Sánchez

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

© Editorial Colex S.L.

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

☎ 910 600 164

✉ info@colex.es

revistacultusetius.colex.es

✉ revistacultusetius@colex.es

DIRECCIÓN

Antonio José Quesada Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga

SUBDIRECCIÓN

Ana Sedeño Valdellós

Profesora Titular de Comunicación Audiovisual, Universidad de Málaga

CONSEJO EDITORIAL

José Francisco Alenza

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

José Manuel Cabra Apalategui

Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga.

Sonia Calaza López

Catedrática de Derecho Procesal, UNED.

Cristian Cerón Torreblanca

Profesor Contratado Doctor de Historia Contemporánea, Universidad de Málaga.

Rafael Malpartida Tirado

Profesor Titular de Literatura Española, Universidad de Málaga.

Alfonso Ortega Giménez

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

Mercedes de Prada Rodríguez

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

Carlos Pranger

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

Carlos Rivas Sánchez

Profesor Contratado Doctor de Hacienda Pública, Universidad de Málaga.

Benjamín Rivaya García

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Oviedo.

Francisco Ruiz Noguera

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

José Manuel Ruiz-Rico Ruiz

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Málaga.

Chiara Vitucci

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

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2990-0255

PRESENTACIÓN

La existencia de una nueva revista científica es, de entrada, una buena noticia. Nuestra sociedad necesita más pensamiento y menos inercias e intereses creados. Buena declaración de principios.

Si esa Revista, además, intenta aunar la reflexión sobre el Derecho con la necesaria presencia de elementos culturales, del tipo que sea, conectada con el elemento jurídico, la tonalidad que va adquiriendo la situación parece más brillante.

Nació la Revista «Cultus et lus» con la intención de ser un foro permanente de reflexión sobre el Derecho, pero siempre traspasado de Cultura, en su sentido más extenso. Mestizaje pleno. Y este primer número de la Revista, que ahora ve la luz, es toda una declaración de principios sobre lo que pretendemos. Basta repasar el elenco de trabajos, autores y temáticas para ser conscientes de que cumplimos la pretensión que tenemos desde el primer momento: ofrecer un buen producto jurídico-cultural y lograr ser felices consumidores de nuestro producto. Queremos hacer una Revista que mejore al lector (que quien termina de leer el trabajo haya crecido respecto de quien lo empezó) y... que nos apetezca leer. Recorramos dicho elenco.

Benjamín Rivaya, sobre el que está todo dicho (Maestro en el estudio del Cine y Derecho en España: todos aprendimos y aprendemos de él) se ocupa del hombre como objeto de la propiedad: la esclavitud vista por el cine. Imprescindible. A continuación, un servidor se ocupa, en un texto con interés pedagógico, sobre una inoculación pretendida fruto de su experiencia personal en el Aula: la inserción de la cultura en la impartición de docencia jurídico-civil, ejemplificando con cine, literatura, cómic, pintura, música, etc. Elisa Gutiérrez se ocupa de la libertad de expresión artística de los fotógrafos, centrándose en la protección de sus creaciones por la propiedad intelectual y en su utilidad como vía para la conservación del patrimonio cultural. Seguimos con los derechos de autor con el trabajo de Alba Enríquez: derechos de autor en el Arte Conceptual, adentrándose en la protección de obras de arte creadas con impresoras 3D y NFTs. El cine clásico tampoco estará lejos de este primer número, con «El imperio de la ley frente al salvaje Oeste en El hombre que mató a Liberty Balance», de Francisco Pérez Fernández. Que levante la mano el profesor de Derecho que trabaje con cine, pero nunca haya utilizado esta película: este artículo nos servirá para seguir mejorando nuestra tarea con esta película. Por último, interesante texto de Chiara Vitucci sobre la memoria de la dictadura argentina entre el cine, la literatura y el cómic, con el que certificamos cómo estas manifestaciones culturales pueden servirnos para reflexionar, también, sobre Derecho. Por último, en una revista que pretende integrar la cultura en el ámbito de la investigación jurídica no puede dejar de existir una Sección titulada «Rincón Cultural», que se permita la licencia de incluir textos creativos con interés para el Derecho: en este primer número se trata de un relato de un servidor, titulado «El Profesor de Derecho Civil fue asesinado al atardecer». Homenaje inequívoco a Manuel Vázquez Montalbán y... a las sociedades civiles sin personalidad jurídica en Derecho español.

Como Director de la Revista es para mí un honor presentar este primer número, deseando que resulte de interés para los lectores y... que sigamos encontrándonos durante mucho tiempo.

Antonio J. Quesada Sánchez
Director

EL HOMBRE COMO OBJETO DE LA PROPIEDAD LA ESCLAVITUD VISTA POR EL CINE

MAN AS OBJECT OF PROPERTY
SLAVERY SEEN BY CINEMA

Benjamín Rivaya
Universidad de Oviedo
rivaya@uniovi.es

RESUMEN:

Estudio del cine que versa sobre la esclavitud, distinguiendo entre la esclavitud en Roma y la esclavitud en América, especialmente en Estados Unidos, así como las distintas ideologías que refleja: la cristiana, la marxista y la liberal.

ABSTRACT:

Study of the cinema about slavery, distinguishing between slavery in Roma and slavery in America, especially in the United States, as well as the different ideologies that it reflects: Christian, Marxist and Liberal.

PALABRAS CLAVE:

Cristianismo. Derecho natural. Derecho romano. Derechos humanos. Esclavitud. Liberalismo. Marxismo

KEYWORDS:

Christianity. Human Rights. Liberalism. Marxism. Natural Law. Roman Law. Slavery.

ÍNDICE:

1. Esclavitud, cristianismo y cine, con especial referencia al género de romanos
2. Esclavitud, marxismo y cine
3. Esclavitud, liberalismo y cine sobre la historia de los Estados Unidos
4. La esclavitud libremente aceptada, en el cine
5. Filmografía citada

En la actualidad, la proscripción de la esclavitud o, en otras palabras, el derecho a ser libre en el sentido de no ser sometido a esclavitud, es el derecho humano absoluto, pues carece de excepción: en ninguna circunstancia, bajo ningún concepto, nadie debe ser sometido a esclavitud y, lógicamente, entonces, nadie puede someter a nadie a esclavitud. Por otra parte es absoluto en el sentido de que la norma que la prohíbe es la única que no admite ninguna excepción, una vez que surgieron voces pidiendo excepcionar la proscripción de la tortura, y que no se discute (aunque por supuesto siga existiendo la práctica criminal de la esclavitud). Además de la Convención sobre la odiosa institución, de 1926, la Declaración Universal de los derechos humanos, en su artículo 4, dice que nadie será «sometido a esclavitud o servidumbre», que «la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». Pero ¿qué se entiende por esclavitud?

Hoy en día, aunque quizás no en el pasado, cuando la esclavitud no se abole hasta una época relativamente reciente, a lo largo del XIX; hoy en día la tenemos por la institución inhumana por excelencia, lo que nos recuerda un clásico japonés sobre la esclavitud, *Sansho Dayu, El intendente Sansho* (Kenji Mizoguchi, 1954), que vale para plantear la cuestión conceptual: en una escena, refiriéndose a quienes como ella sufren esclavitud, una esclava afirma que no son seres humanos (entiéndase que no son personas) y otra compañera que se halla en la misma circunstancia dice que sus vidas son un infierno. ¿Es uno u otro lo característico de la esclavitud: que los esclavos no son personas o que sus existencias son infernales?

En el cine, en muchas ocasiones observamos que los esclavos son sometidos a un régimen de vida brutal, que son tratados de forma bárbara y cruel. Las películas de esclavos utilizan habitualmente el recurso del sufrimiento de éstos: en la recién citada *El intendente Sansho*, una esclava trata de escapar y se le cortan los tendones para que no vuelva a hacerlo; en *La última cena* (Tomás Gutiérrez Alea, 1976), el capataz corta la oreja a un esclavo rebelde; en *Spartacus, Espartaco* (Stanley Kubrick, 1960), marcan a los esclavos con hierro al rojo, como si fueran reses; en *Mandingo* (Richard Fleischer, 1975), el amo no sólo dice que son como animales sino que efectivamente los trata como animales; en *Amistad* (Steven Spielberg, 1997) los tratan con una violencia bestial, lo mismo que en *12 Years a Slave, 12 años de esclavitud* (Steven McQueen, 2013), donde se observa que las esclavas también son esclavas sexuales; lo que de nuevo se enseña en la más reciente *The Birth of a Nation, El nacimiento de una nación* (Nate Parker, 2016), película en la que no se ahorran torturas a los esclavos negros. Pero no es ese trato terrible lo característico de la esclavitud: terrible es la existencia a la que se ven sometidos los obreros de *Metrópolis* (Fritz Lang, 1927), por ejemplo, que viven en «las profundidades de la tierra», pero aun siendo su vida absolutamente indeseable, no son esclavos. Realmente el esclavo puede vivir bajo un régimen benévolo si tiene la suerte de ser propiedad de un amo bueno. Es el caso que se presenta en *Unconquered, Los inconquistables* (Cecil B. DeMille, 1947), por citar uno entre muchos, cuando un esclavo le pide a su amo, el capitán Holden (Gary Cooper), que lo lleve con él, dando a entender que se trata de un dueño bondadoso. No es ésa la cuestión; la cuestión es que el amo puede ser bueno o malo, pero es el dueño y el esclavo es su propiedad.

Por esclavitud entendemos la institución jurídica conforme a la cual un ser humano es propiedad de otro u otros, de tal forma que éstos son sus dueños, sus propietarios; es, en un sentido estricto, el caso en que a un sujeto se le tiene por objeto; a una persona, por cosa; constituyendo dicha cosa el objeto de un derecho de propiedad. A veces el dueño trata de forma intolerable a quien le pertenece, pero también puede significar una protección: en *12 años de esclavitud* un capataz quiere matar a Salomon, el esclavo protagonista, pero otro le

advertirá que se cuide de hacerlo, pues sería una pérdida para el amo. En cuanto a la trata, es el comercio de esclavos, de tal forma que éstos se compran o se venden como si fueran cosas o servicios. Como se dice en *Amistad* (1997), la película de Spielberg, los esclavos son mercaderías como cualesquiera otras.

Probablemente la imagen que tengamos en occidente de la esclavitud se la debemos al cine, sobre todo a dos de sus subgéneros, ambos dentro del amplio apartado del cine de aventuras: el cine de romanos y el cine histórico del nacimiento y el desarrollo de los Estados Unidos, si bien unas y otras películas no agotan la temática, que aparece reflejada en otro cine ambientado, sobre todo, hasta donde yo conozco, en el continente americano. Así como se puede clasificar esta filmografía atendiendo a los géneros y a los ámbitos geográficos, también se puede ordenar teniendo en cuenta las ideologías que manifiesta, que son básicamente tres, las tres grandes ideologías occidentales: cristianismo, liberalismo y marxismo.

1. ESCLAVITUD, CRITIANISMO Y CINE, CON ESPECIAL REFERENCIA AL GÉNERO DE ROMANOS

En cuanto al primero de los subgéneros citados, el cine de romanos, aunque no suele centrarse en la institución de la esclavitud, es habitual que trate el tema, a la vez que muchas de sus películas más representativas adoptan o aportan una perspectiva cristiana sobre el mismo, pues se trata en muchas ocasiones de un cine religioso, cristiano, de semana santa, tipo *La túnica sagrada* (Henry Koster, 1953), donde se dan cita la esclavitud y la fe, o *Ben Hur* (William Wyler, 1959), en la que el noble judío protagonista, interpretado por Charlton Heston, es propietario de esclavos (a los que trata como amigos), luego él mismo será sometido al estado de esclavitud, aunque conseguirá la libertad y acabará haciéndose seguidor de Cristo. Pero será en *Barrabás* (Richard Fleischer, 1961), biopic del preso al que por aclamación popular Poncio Pilatos liberó en vez de soltar a Jesús, donde un senador romano dará una definición del cristianismo, la nueva religión, que nos interesa especialmente:

«Una religión que se crea para amenazar al gobierno y el orden público, que niega la divina autoridad del emperador, que predica que el esclavo es igual que el hombre libre, que quiere reducir la sociedad a la anarquía. Una doctrina rebelde e intolerable».

Efectivamente, conforme recoge el cine hollywoodiense, el cristianismo sería una religión crítica con la esclavitud. En *Quo Vadis* (Mervyn LeRoy, 1951), se dice de Pablo de Tarso que predica la idea de un mundo en el que no habrá esclavitud y, más en concreto, en la misma película, cuando el militar romano y la cristiana protagonista parece que van a casarse, es Pablo quien le dice al primero que antes ha de liberar a sus esclavos, porque «Jesús no quiere que ningún hombre viva en la esclavitud».

Sin embargo, aunque sea una idea extendida, extensión en la que sin duda ha participado el cine, conforme al entendimiento de que el cristianismo y la esclavitud son incompatibles, durante siglos el rechazo cristiano de la esclavitud no fue tal y en cuanto a la Iglesia primitiva, «no sólo no condenó la esclavitud sino que la aceptó sin mayores problemas y terminó

por justificarla y servirse de ella»¹. En cuanto a San Pablo, no dijo lo que dice en *Quo Vadis* sino que asumió y legitimó la institución de la esclavitud en bastantes ocasiones. «Todos los que estén como esclavos bajo el yugo de la servidumbre consideren a sus dueños como dignos de todo respeto» (1 Tim 6,1, p. 1704), «Que los esclavos estén sometidos en todo a sus dueños, sean complacientes y no les contradigan; que no les defrauden, antes bien muestren una fidelidad perfecta para honrar en todo la doctrina de Dios nuestro Salvador» (Tt 2, 9-10, p. 1712). En fin, «la Iglesia no intentó ni procuró terminar con la esclavitud», por más que esa omisión se explique por las condiciones económicas de la época².

La relación entre la religión y la esclavitud va más allá. En varias películas nos encontramos cómo los amos blancos adoctrinan en el cristianismo a sus esclavos negros, leyéndoles textos sagrados, no sólo del antiguo sino del nuevo testamento también. Hace todavía no mucho tiempo, en una película que tuvo gran éxito de crítica y público, obteniendo un buen número de premios (por ejemplo, logró 3 Oscar), *12 años de esclavitud* (Steve McQueen, 2013), aparecen varios propietarios de esclavos, precisamente porque el esclavo protagonista iba cambiando de dueño, y todos les leen pasajes de la Biblia a sus humanas propiedades. En la película que Richard Fleischer dedica a la esclavitud, *Mandingo* (1975), enfurecido contra los abolicionistas, el amo gritaba: «La esclavitud fue dispuesta por Dios, por el mismo Dios». Pero hay más, porque es tanta la fuerza de las ideas que no resulta extraño que ocurra lo que ocurre en *Manderlay* (Lars von Traier, 2005), que una esclava diga que es justo que Dios hiciera esclavos a unos y libres a otros. Mas la obra cinematográfica que trata la cuestión con mayor fuerza no es estadounidense sino una genial película cubana que directamente trata de la relación entre el cristianismo y la esclavitud: *La última cena* (Tomás Gutiérrez Alea, 1976), que el mismo director describe de la siguiente forma:

«*La última cena* es una película metafórica basada en acontecimientos reales, narrados a modo de parábola. Aborda el hecho de cómo puede ser manipulada una ideología que representa valores éticos —la ideología cristiana, por ejemplo. Todas las ideologías religiosas y políticas representan valores morales, éticos, pero una ideología puede ser distorsionada desde el momento en que empieza a volverse contra sí misma. Es lo que ocurre en *La última cena* con la religión católica y con los principios del catolicismo»³.

En La Habana, a finales del siglo XVIII, un conde posee una gran plantación de caña de azúcar así como un buen número de esclavos negros, la mano de obra para cortar la caña (en la película llega a manifestarse una creencia que estuvo extendida, que los negros, «por naturaleza», están hechos para esa labor). El conde posee sólidos principios religiosos y es un devoto de la Iglesia católica, lo que no obsta para que los esclavos sean tratados como bestias por el mayoral y sus secuaces, llegando aquél a cortar la oreja a un negro en castigo por su rebeldía, como ya se dijo. También aquí se muestra el adoctrinamiento a que se somete a los sujetos a esclavitud. El sacerdote de la plantación, por ejemplo, se ocupa de la catequesis, explicando a los negros en una prédica absurda cómo es el cielo, un lugar donde «todo es de todos y a ninguno le falta nada». Pero más absurdo aún es el proceder del conde que, por ser jueves santo, decide reunir a doce esclavos para lavarles los pies y besárselos, y luego invitarles a cenar, en una cena que parecería preparada por el mismo Buñuel si no supiéramos que es obra de Gutiérrez Alea.

1 Armando BESGA MARROQUÍN 2001: «Esclavitud y cristianismo», *Historia 16* n° 298, 2001, p. 38.

2 Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ, *Instituciones de Derecho romano. III. Personas físicas y colectivas en el Derecho romano*. Madrid: Editoriales de Derecho reunidas, 1977, p. 26-27.

3 José A. ÉVORA, *Tomás Gutiérrez Alea*. Madrid: Cátedra, 1996, p. 43-44.

La idea que de una y otra manera les repite constantemente el conde a los esclavos es que deben obedecer, aceptar «el destino con resignación», «sufrir el dolor con alegría». Si el mayoral les pega —les dice—, es porque así lo dispuso el mismo Dios, que aunque es misericordioso no tiene piedad con el rebelde; al igual que les ofrece un paraíso a los que obedecen.

Llegados a este punto hay que volver a preguntarse por la relación entre el cristianismo y la esclavitud, pues si bien es cierto que aquél no sólo no condenó sino que justificó ésta, lo que en una interpretación descontextualizada puede resultar escandaloso, y que luego el cine contribuyó a falsear ese capítulo de la historia del pensamiento y de la práctica, también es cierto, eso creo, que el mensaje cristiano llevaba incorporado los principios de libertad e igualdad, y que tarde o temprano tendría que resultar incompatible con esta institución. La pregunta que en *12 años de esclavitud* le hace un personaje secundario, el del trabajador canadiense interpretado por Brad Pitt, al dueño de los esclavos, resultaba inevitable: «a los ojos de Dios, ¿cuál es la diferencia entre un hombre negro y uno blanco?», en clara referencia a un esclavo y un hombre libre. Ahora la pregunta nos parece retórica y, aun tácita, resulta evidente que la respuesta sólo puede ser: ninguna. Así todo, ¿cómo pudo el cristianismo tardar tantos siglos en darse cuenta de que la esclavitud resultaba aberrante y contradecía necesariamente su credo?

Es sin duda el momento de referirse a un capítulo de excepcional importancia de la historia del pensamiento de los derechos humanos, la llamada controversia de Valladolid, que con ese título, *La controverse de Valladolid* (Jean-Daniel Verhaeghe, 1992), fue llevada en Francia a la pantalla; controversia teológica y filosófica que enfrentó a Bartolomé de las Casas y a Juan Ginés de Sepúlveda, habiendo quien ve en la postura de aquél *el amanecer de los derechos del hombre*⁴. La película, quizás excesivamente académica, bien pudiera ser un resumen de posturas que hoy adjetivaríamos de liberal y autoritaria ante los derechos humanos y, más en concreto, ante la esclavitud. ¿De qué se debatía? En la realidad, la cuestión principal era la de la legitimidad de la conquista, pero ésa traía otras, que era de las que trataba la película, como la de si a los indígenas americanos les era aplicable o no la condición de seres humanos, si eran «criaturas de Dios, nuestros hermanos descendientes de Adán» o «una categoría distinta, incluso sujetos del mismo demonio», como se dice literalmente en el filme. Lo curioso, y esto se calla, es que se trató de un debate auspiciado por el mismo emperador Carlos I, «un examen de conciencia religioso» preparado por orden del monarca, que decidió la suspensión de la conquista del nuevo mundo hasta que no se resolviera esta cuestión, si era conforme al Derecho y la moral; un «caso único en la historia»⁵.

En la película de Verhaeghe, Bartolomé de las Casas comienza criticando duramente las muchas atrocidades que los españoles cometen sobre los indios⁶, a lo que quien dirige el debate le replica que no se discute de la crueldad de los españoles sino de la naturaleza de los nativos. Entonces describirá todas sus virtudes y afirmará que se trata de criaturas de Dios. La *crítica de la razón imperial*⁷, en cualquier caso, ya estaba hecha. Sepúlveda, en cambio, tachará a los indígenas de «sodomitas», «caníbales» y «salvajes feroces», a la vez

4 Jean DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*. Madrid: Encuentro, 2009.

5 *Ibidem*, p. 38.

6 La postura de Bartolomé de las Casas quedó por escrito en su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, Madrid: Cátedra, 1989, libro cuya primera edición corresponde a 1552.

7 Mario RUIZ SOTELO, *Crítica de la razón imperial. La filosofía política de Bartolomé de las Casas*. México: Siglo XXI, 2010.

que asegura que «ofenden a Dios», buenas razones todas ellas para justificar la conquista y, en su caso el exterminio, además de la esclavitud (los indios son «esclavos por naturaleza», dice) y la sumisión a la verdadera religión. Dos críticas se harán a su argumentación. El moderador del debate deduce de las palabras de Sepúlveda que se trata de seres humanos, pues si no lo fueran, si fueran por ejemplo animales, no podrían ser condenados por aquello de lo que se les acusa; y Bartolomé pregunta si es compatible ser cristianos y esclavos al mismo tiempo. Sepúlveda no ve contradicción alguna en ser uno y otro a la vez, y para escapar de la primera crítica alega que, en efecto, los indios tienen alma pero de inferior calidad que la de los españoles. No sé si se puede decir que el debate lo ganaron Bartolomé de las Casas y los indios, de quien fue amigo y protector, en palabras de Fernández Buey⁸, pero sí es cierto que lo perdieron los negros, quienes fueron llevados a América como mano de obra esclava para expandir la colonización y explotar el continente. En *Mandingo* (Richard Fleischer, 1975), precisamente el amo le pregunta a Mem, el esclavo si tiene alma, a lo que éste le contesta que «un negro estúpido y holgazán» como él no puede tener alma.

Como ocurre con el cine muchas veces, la película sobre *La controversia de Valladolid* resulta ser un medio didáctico muy interesante, pues plantea al estudioso una actividad intelectualmente útil, muy provechosa: analizar si el guion, escrito por el historiador Jean-Claude Carrière, consigue ser fiel al debate verdadero, a las alegaciones de Sepúlveda y De las Casas, cuyos textos se conservan y han sido estudiados e interpretados en muchísimas ocasiones y de diversa manera⁹. En uno de los libros más interesantes que se ha escrito sobre el debate de que tratamos, su autor, Jean Dumont, condena la película por ser «falsa de principio a fin», al pretender que el propósito de la controversia era informar y alumbrar la inteligencia del Papa, cuando se trataba de la del rey España, organizador de la discusión¹⁰. Así todo, lo que nos interesa especialmente, ¿se presentaron bien los argumentos de la controversia? Probablemente no.

Pero hemos de volver a *La última cena*, la genial película de Gutiérrez Alea ya referida, y fijarnos precisamente en la escena de la última cena, para observar una paradoja. Uno de los esclavos expone al amo que le queda muy poco tiempo para alcanzar la libertad, por lo que el conde, sintiéndose magnánimo, se la concede inmediatamente; lo manumite. Ahora resulta, sin embargo, que el recién liberado le pide que le permita quedarse en la hacienda, porque no tiene adónde ir. Liberarse del amo, que se ríe, no significa quedar libre de la necesidad. En este sentido, tradicionalmente se distingue entre la libertad negativa y la positiva. La libertad negativa, la libertad entendida como no impedimento, hace referencia al comportamiento permitido; significa que se es libre para actuar de una manera que no está prohibida, que se tiene «la facultad de hacer o dejar de hacer determinadas cosas no impedidas por normas vinculantes». La libertad positiva, en cambio, la libertad entendida como poder positivo, hace referencia no sólo al obrar meramente permitido sino al poder efectivo; significa que es posible actuar de esa manera que no está prohibida, que existe la «capacidad jurídica y material de concretar las posibilidades abstractas garantizadas» por la ley¹¹. Tanto quien era el amo como quien era el esclavo son ahora igualmente hombres libres (libertad negativa) pero la

8 En Bartolomé DE LAS CASAS, *Cristianismo y defensa del indio americano*. Madrid: Los libros de la Catarata, 1999, p. 10.

9 Juan Ginés de SEPÚLVEDA, y Bartolomé DE LAS CASAS, *Apología* (ed. de A. Losada). Madrid: Editora Nacional, 1975.

10 DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre*, p. 34.

11 Norberto BOBBIO, *Teoría general de la política*, Madrid: Trotta, 2009, p. 525-526.

libertad de uno no tiene nada que ver con la del otro (libertad positiva). Una y otra libertad nos llevan a una nueva cuestión, la del marxismo y la esclavitud.

2. ESCLAVITUD, MARXISMO Y CINE

Si volvemos al cine de romanos nos encontramos con que no todas las películas del género fueron cristianas; no lo fue la que se tiene por la mejor película de romanos de todos los tiempos, *Spartacus, Espartaco* (1960), de Stanley Kubrick, que narra precisamente la vida de un esclavo, Espartaco, que encabezó la rebelión más importante que se produjo en la península itálica contra el poder romano, la rebelión de los esclavos o de los gladiadores, que acabaría aplastada. Si bien es cierto que Espartaco era bien conocido por la literatura europea y americana mucho antes de que Kubrick rodara la película¹², ésta lo popularizó y, en el ideario colectivo, Espartaco quedó como símbolo del anti-imperialismo. Por lo demás, como algunos de los citados anteriormente, vale este filme para plantear la cuestión de la esclavitud de Roma, cuyo régimen sintetiza bien Ursicino Álvarez:

«La potestad del señor sobre el esclavo es perpetua; subsiste hasta la muerte del esclavo; y su contenido es ciertamente semejante al que tiene el propietario sobre las cosas que le pertenecen; puede disponer libremente de él imponiéndole castigos, e incluso la muerte; puede enajenarle, constituir sobre él un derecho de usufructo, de uso, de utilización de su trabajo por un tercero, de prenda, hacerle objeto de un legado, etc. A la muerte de su *dominus*, el esclavo forma parte del patrimonio hereditario, como las demás cosas que pertenezcan al causante. Por último, el *dominus*, en virtud de su *potestas*, tiene la facultad de otorgar al esclavo la libertad mediante el acto jurídico denominado manumisión»¹³.

Del clásico de Kubrick destaca la perspectiva que adopta el protagonista de la película, interpretado por Kirk Douglas, consciente de su humanidad y de la de los otros esclavos, manifestada en el grito que le lanza a su dueño: «¡No soy una animal!», aunque lo marcarán con un hierro al rojo, como si lo fuera. Mas me refiero a *Espartaco* no sólo por ser el mejor filme de temática romana sino también, y sobre todo, por el punto de vista marxista que parece adoptar, debido sin duda a la opción política del guionista, el gran Dalton Trumbo, perseguido en la caza de brujas que dirigió el senador McCarthy contra el comunismo en los Estados Unidos, huyendo de la cual el escritor se refugió en México. *Espartaco* fue la primera cinta en la que apareció Trumbo como guionista tras la persecución sufrida. Si se acepta ese axioma interpretativo conforme al cual la película histórica no habla tanto del pasado cuanto del presente, el senador Craso, que en la película representa la dictadura y el autoritarismo, bien puede ser el propio McCarthy. En cualquier caso, ¿dónde se observa la perspectiva marxista a la que me refiero?

La película trata del alzamiento de los sometidos contra quienes les someten, es decir, de la que sería la *lucha de clases* de la época, del conflicto social, que en este caso se traduce en el enfrentamiento de los esclavos contra sus amos, por una parte, y contra la organización política romana, por otra; aunque también se observan en la cinta los conflictos entre

12 Sandra R. JOSHELL, *Slavery in the Roman World*, Cambridge etc.: Cambridge University Press, 2010, p. 62.

13 ÁLVAREZ SUÁREZ, *Instituciones de Derecho romano*, p. 28-29.

patricios y plebeyos. Lo que refleja la película de Kubrick es la lucha que se produce en esa sociedad concreta, conforme a la ley general de la historia que formularon Marx y Engels:

«La historia de todas las sociedades humanas habidas hasta hoy ha sido la historia de la lucha de clases. Hombre libre y esclavo, patricio y plebeyo, barón y siervo de la gleba, maestro y oficial del gremio, en una palabra, opresores y oprimidos se enfrentaron en perpetuo antagonismo, librando una lucha incesante, a veces encubierta y a veces franca»¹⁴.

Pero lo que acabo de afirmar, que esta película de aventuras ha de interpretarse en clave marxista, es precisamente una interpretación que si puede sostenerse y pretender que se trata de la correcta es por las palabras que se ponen en boca de Espartaco, tan parecidas a aquéllas con las que Marx y Engels, de nuevo, pusieron fin al *Manifiesto comunista*. Dice aquél: «Todo hombre pierde algo al morir, pero el hombre libre y el esclavo no pierden lo mismo [...] El libre pierde el placer de vivir; el esclavo, su sufrimiento. La muerte es la única liberación para el esclavo; por eso no la teme». Dicen éstos: «Que las clases dominantes tiemblen ante una revolución comunista. Los proletarios nada tienen que perder en ella, salvo sus cadenas. Y tienen un mundo que ganar». Y lanzaron entonces el famoso eslogan: «¡Proletarios de todos los países, uníos!»¹⁵. Los seguidores de Espartaco ya parecían estar unidos, pues cuando los militares romanos tratan de dar con él, todos dicen ser Espartaco, desacreditando así lo que afirmará Craso, que la pretendida fraternidad entre los esclavo era un mito. La película acabará de la peor manera posible, con el protagonista crucificado¹⁶. A los pies de la cruz, su esposa le enseñará a su hijo, nacido libre, dando la impresión de que, aunque no sea una película cristiana, la iconografía salvífica de la película sí es de raigambre cristiana.

Mas si en la película de Kubrick podemos ver (quizás haya quien diga imaginar o intuir) a Marx y a Engels, además de a Espartaco, y entender que los filósofos revolucionarios se encuentran en ella porque fueron invitados por Dalton Trumbo, donde no cabe ninguna duda de su presencia es en otra película de un director que militó durante tiempo en el Partido Comunista de Italia, Gillo Pontecorvo, y que aunque parece que lo abandonó tras la invasión soviética de Hungría, en 1956, mantuvo siempre sus ideales comunistas; otra película, decía, que puede verse como una introducción al marxismo, *Queimada* (1969), introducción que también incluye la crítica de Marx a los derechos humanos¹⁷.

Que se trata de una introducción cinematográfica al marxismo se acredita, de nuevo, con la expresión del tópico con que se pone fin al *Manifiesto comunista*, que en *Queimada* se repite

14 Karl MARX y Friedrich ENGELS, *El manifiesto comunista. Once tesis sobre Feuerbach* [1848]. Madrid: Alhambra, 1985, p. 49.

15 *Ibidem*, p. 102.

16 Lo que parece que sólo es un recurso dramático. Según cuentan las crónicas, seis mil esclavos del ejército derrotado de Espartaco fueron crucificados a lo largo de la Vía Apia, de Capua a Roma, pero su líder ya habría muerto en combate. Una sintética presentación de la figura de Espartaco y de la rebelión de los esclavos, en Keith R. BRADLEY, *Slavery and Rebellion in the Roman World. 140 BC – 70 BC*, Indiana: Indiana University Press, 1989, p. 83- 101, es especial p. 95-96.

17 Sobre la concepción y crítica del marxismo a los derechos humanos, como primer acercamiento, con perspectivas distintas, yo recomendaría: Manuel ATIEZA, *Marx y los derechos humanos*. Madrid: Mezquita, 1983; José Antonio RAMOS PASCUA, *El asedio a la fortaleza de los derechos humanos*, Chile: Ediciones Olejnik, 2021; Luigi FERRAJOLI, «Marx y los derechos», *Jueces para la Democracia* 100, abril 2021, p. 163-177.

en dos ocasiones. Al poco de empezar la película, William Walker (Marlon Brando), agente británico que pretende poner fin al dominio portugués en la isla cuyo nombre da título a la obra, busca aliados para conseguirlo, y lo dirá sin ningún tapujo: necesitamos «a alguien que no tenga nada que perder, excepto sus cadenas». Avanzada la película, el mismo protagonista volverá a enunciar el principio al comparar a los soldados con los guerrilleros que luchan por una idea, lo que los convierte en más peligrosos. «El guerrillero no tiene otra cosa que perder que la vida; en cambio ustedes tienen mucho que perder: mujer, hijos, casa, carrera, ahorros, costumbres, vicios, ambiciones corrientes. No hay que avergonzarse por ello ya que en realidad es así». Que la ideología de la película es marxista también podía suponerse por indicios: la referencias a la Sierra Madre recuerdan la Sierra Maestra cubana, donde Fidel Castro y sus guerrilleros estuvieron acampados por un tiempo y se dio a conocer por el llamado Manifiesto de Sierra Maestra, y la lucha contra la guerrilla y su apoyo popular traen a la mente la guerra de Vietnam que se estaba librando cuando se rodó la película.

Lo curioso de *Queimada* es que los principios del marxismo los expone en buena medida el personaje que encarna Marlon Brando, que ya he dicho que primero es un agente al servicio de Inglaterra y que luego se convierte en un agente al servicio de la Royal Sugar, gran empresa británica, sugiriéndose así que hay una clara relación entre el poder político y el económico; es más, es que de nuevo William Walker dirá en alta voz que quien gobierna en Queimada no es el gobierno sino la empresa azucarera. En efecto, el protagonista enuncia las tesis marxistas, aunque en la lucha de clases él toma opción por el otro bando, el de los dominantes, no por el de los esclavos. De hecho, hay una clara contraposición entre la postura teórica y práctica de Walker y la de Teddy Souza, el presidente del nuevo gobierno provisional cuya primera medida será precisamente abolir la esclavitud. Mientras que el primero adopta explicaciones materialistas de los fenómenos sociales (explicaciones a las que, si se les da la vuelta, serían propias de un comunista), entre ellas la explicación de la esclavitud, el segundo es un idealista, además de un liberal y un reformista. Veámoslo.

Al comienzo de la película de Pontecorvo, cuando se explica el contexto en el que se va a desarrollar la trama, el narrador cuenta que la población de Queimada es, salvo cinco mil hombres blancos, negra, y que los negros son, «naturalmente», esclavos. Aunque se note la ironía del uso de la palabra en el guion de la película, la referencia no deja de ser interesante porque así la naturaleza vendría a justificar la esclavitud, que sería una institución natural, como natural es que los negros y no los blancos sean esclavos. Pero ¿es convincente la apelación a o el argumento de la naturaleza?

Desde luego no para el marxismo, pues ese tipo de justificación iusnaturalista no es más que una ideología, una «idea interesada» que presenta como «ley eterna de la naturaleza y la razón» lo que no es más que el resultado de un modo de producción determinado¹⁸, en este caso un modo de producción esclavista. Precisamente en *Queimada* va a darse el paso de una sociedad esclavista a otra en la que la odiosa institución es abolida. Lo que ahora nos interesa es la explicación de esa transformación. Materialista es la interpretación que se pone en boca de Marlon Brando: al igual que es más barata una mulata de la que servirse que una esposa, también es más barato un obrero asalariado que un esclavo, razón por la que es conveniente dar la libertad a los esclavos. La réplica del que va a ser presidente del gobierno provisional es inmediata: «hay razones ideales que son más importantes». William Walker, de nuevo, le explicará la coincidencia que se produce entre los intereses de Inglaterra y los de los

18 MARX y ENGELS, *El manifiesto comunista*, p. 77.

independentistas que se enfrentan a Portugal, el libre mercado, la abolición de la esclavitud y los intereses «del progreso y la civilización».

La otra cuestión que importa destacar aquí es la de los derechos humanos, precisamente; derechos en los que cree Souza y de los que descrea Walker. En dos ocasiones se refieren a ellos. En una escena en la que el ahora representante de la Royal Sugar conversa con las autoridades políticas de Queimada acerca de cómo acabar con los insurrectos, pregunta por lo que puede ofrecerles, a lo que Souza le responde: «Derechos civiles, mejoras en los salarios, amnistía general». Pero ya sabemos, porque el mismo Walker lo explicó, que para él todos esos progresos sólo tienen un carácter instrumental, utilitario, para conseguir el objetivo que busca, que es acabar con la rebelión; de ellos sólo interesa que sean eficaces para conseguir sus propósitos. La otra ocasión se produce cuando el presidente se encuentra ante gran número de guerrilleros presos, a los que arenga en estos términos: «Tened fe en nuestras promesas; trataremos desde ahora de remediar vuestras necesidades y vuestros sufrimientos. Escuchad todos, mis amigos fraternales; os lo ruego, os lo suplico, tened fe en nosotros». Parece que se trata de una referencia a los derechos sociales, referencia que sólo pretende calmar a los enemigos que ya han tomado conciencia de su circunstancia.

Aparecen así los derechos humanos como ideología, como engaño, como falsa conciencia. Uno de los más conocidos e importantes conceptos legados por el marxismo es el de ideología, un concepto fundamental precisamente para los estudios de Derecho y cine, pero también para los de derechos humanos. Para los estudios de Derecho y cine, porque hoy día los medios audiovisuales son utilizados en muchas ocasiones con ese objetivo deformador; para los estudios sobre los derechos humanos porque un análisis inevitable al estudiar los derechos humanos, precisamente por el prestigio que han adquiridos, es el de la verdadera función que cumplen, que (a veces) no es la que afirman. En el cine, quizás no hay mejor manera de expresar lo que es la ideología que la prédica de San Pedro, nada menos, en la ya citada *Quo Vadis?* cuando pide a los cristianos obediencia:

«Obedeced a los que os gobiernan y a sus leyes. Aunque cuando bajo ellas sufráis crueldades y contempléis maldades que vuestras mentes jamás pudieran imaginar, no respondáis con la violencia». Y luego: «Soportad todas las desdichas en su nombre para que podáis gozar de la divina gracia».

Esa doctrina que pretende que las leyes deben obedecerse en todo caso nada más que por ser leyes es pura ideología; de hecho se denomina positivismo ideológico (también podría hablarse de un iusnaturalismo ideológico) y lo que trata es de persuadir, de engañar sobre todo a quienes no tienen ninguna razón para cumplir las leyes, porque se ven perjudicados por ellas, para que lo hagan. Para el marxismo, el ejemplo clásico de ideología es la religión, pero podríamos ver otro ejemplo en los derechos humanos, que cumplirían la misma función, hacer creer a quienes carecen de ellos, que los disfrutaban; engañarlos, al fin, porque los pretendidos derechos de todos, los derechos humanos, en realidad serían sólo derechos de unos pocos, los derechos de la burguesía¹⁹. En relación con la esclavitud, en la práctica pero también en la práctica que enseña el cine, la religión cumple un papel ideológico fundamental; sirve para evitar que los esclavos se rebelen, para que acepten sumisos su situación sin necesidad de obligarles por la fuerza a trabajar. Recuérdese a la esclava de *Manderlay* que, apelando a Dios, justificaba la esclavitud. La cuestión queda perfectamente clara, aunque

19 *Ibidem*, p. 76.

sin ninguna sutileza, en una película fallida que se servía del título del clásico de Griffith para lanzar un mensaje antiesclavista, *The Birth of a Nation, El nacimiento de una nación* (2016). En una escena, un amo halaga a otro diciéndole que sus esclavos «sí saben comportarse», a lo que éste le contesta que son «temerosos de Dios». En otra el protagonista, un esclavo negro que a la vez es predicador, recibe la orden del dueño de los esclavos de lo que tiene que predicarles: «Ellos han de obedecerme, debes hablar de eso y de la recompensa en el cielo por someterse». La religión, por tanto, como ideología, pero no necesariamente, pues en este filme se observa cómo esa creencia puede cumplir el papel de engañar a los esclavos, pero también el de abrirles los ojos y propiciar la rebelión.

El concepto de ideología nos sirve también para ensayar la respuesta a una cuestión que puede hacerse no sólo a los esclavos sino también a otros grupos sometidos a dominación: ¿por qué no se rebelan? Se lo pregunta Calvin J. Candie (Lenardo DiCaprio), dueño de gran número de esclavos en la narración de Quentin Tarantino, *Django desencadenado* (2012):

«Ahí fuera, en ese porche, tres veces por semana durante cincuenta años, el viejo Ben afeitaba a mi padre con una navaja. Si yo hubiera sido él, le habría rebanado el maldito cuello a mi padre y no habría tardado cincuenta años en hacerlo, desde luego. Pero él no lo hizo. ¿Por qué?».

En la recién citada *El nacimiento de una nación* (2016), una escena consistía en eso precisamente, un esclavo negro recortaba la barba al amo en el porche de su casa, pero tampoco aprovechaba para *rebanarle el cuello*; ¿por qué? Efectivamente, ¿por qué los esclavos no se rebelaban contra sus amos? Conforme al ya tan citado tópico marxista, nada tenían que perder excepto sus cadenas. La respuesta, sin embargo, es clara: no se opusieron por dos motivos, porque les hicieron creer que aquello era lo normal y lo normal hay que aceptarlo (porque es lo normal) y porque en caso de que trataran de hacerlo tendrían que enfrentarse a una violencia que les destruiría. En cuanto a la fuerza bruta, no plantea duda alguna: en muchísimas ocasiones su aplicación consigue el comportamiento que se pretende. Pero aplicar la violencia es indeseable, socialmente muy costoso; es mejor reducir y, si es posible, evitar su uso; de ahí que el primer motivo para la obediencia no sea la fuerza sino «la psicología», como se dice en *Manderlay* (Lars von Trier, 2005), esto es, la persuasión, el convencimiento, en fin, lo que los marxistas denominan (otra vez) ideología, falsa conciencia, engaño.

La cuestión ha sido muy tratada también por el pensamiento anarquista bajo distintas denominaciones: la paradoja de Hume, «que expresaba su sorpresa ante el hecho de que la gente se sometiera siempre a sus gobernantes» (Chomsky)²⁰, el enigma de la servidumbre voluntaria (De la Boétie)²¹, el misterio de la «esclavitud voluntaria» (Bakunin)²². Pero esa paradoja, enigma o misterio tienen explicación: así como la violencia ejerce el control del cuerpo, la persuasión ejerce el control del pensamiento. La persuasión, entonces, como la fuerza, se convierten en recursos necesarios mas, según de qué régimen se trate, será más importante la una o la otra: en las democracias se utilizará más la persuasión, el control del pensamiento, mientras que en las dictaduras resultará más importante la fuerza. Cuestión central es la de cómo se consigue el control del pensamiento, para lo que han existido a lo largo de la histo-

20 Noam CHOMSKY, *Sobre el anarquismo*, Pamplona, Laeotoli, 2008, p. 94 y 133.

21 Étienne de LA BOÉTIE, *Discurso de la servidumbre voluntaria* [1577], Madrid: Trotta, 2008.

22 Mikail BAKUNIN, *Obras Completas 5. Estatismo y Anarquía*, Madrid: Ediciones de La Piqueta, 1986, p. 197, n.

ria diversos instrumentos: la religión, la democracia, la (des)educación o la publicidad, entre otros²³. En fin, que podríamos responder al personaje de Leonardo DiCaprio diciéndole que si el viejo Ben no rebanó el cuello de su amo fue o porque creía que no debía hacerlo o porque sabía que si lo hacía, inmediatamente sería muerto de forma atroz y perseguida su familia, sus amigos, sus compañeros, etc., de forma igualmente atroz.

3. ESCLAVITUD, LIBERALISMO Y CINE SOBRE LA HISTORIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Pero si hasta aquí me he fijado en un cine que claramente censura la esclavitud y que es sin duda de inspiración marxista, pudiera pensarse que ésta ha sido la opción política (cinematográfica) que más claramente ha condenado la propiedad de los seres humanos. En el cine, sin embargo, también se observa muy claramente la crítica liberal contra la esclavitud, y no parece extraño porque algunos partidarios del liberalismo definen su pensamiento precisamente haciendo referencia al derecho (natural) de propiedad sobre uno mismo, esto es, al principio conforme al cual cada uno es dueño de sí mismo o, dicho de otra forma, el liberalismo se caracterizaría básicamente por proscribir la esclavitud. Sin embargo, no todos los liberales la condenaron²⁴. Nada menos que John Locke, por ejemplo, llegó a justificar el tráfico de esclavos llevado a cabo por la Royal African Company y, en general, pensaba que en ciertas ocasiones, en caso de victoria en guerra justa, la esclavitud era una institución natural, de Derecho natural²⁵. También Montesquieu, que parecía un crítico implacable, resulta que condenaba la esclavitud de los europeos pero no la de otras razas, fundándola en la «naturaleza de las cosas»²⁶.

Sin embargo en el cine se presenta el liberalismo como la gran ideología antiesclavista; sobre todo en el cine norteamericano, probablemente porque se acepta que en «los Estados Unidos los liberales dirigieron el movimiento abolicionista», como dice David Boaz en su magnífico libro sobre esta opción política. «Los principales abolicionistas equiparaban la esclavitud con el ‘robo de seres humanos’, porque la esclavitud negaba la propiedad que cada hombre tiene de sí mismo y usurpaba la misma esencia del ser humano»²⁷. Ese cine estadounidense y esa crítica liberal han conformado en buena medida la imagen y la opinión sobre la esclavitud, como si esta institución no fuera universal. Léanse las acertadas palabras de José Antonio Marina y María de la Válgoma:

«Es posible que el lector tenga una idea mítica y lejana de la esclavitud. Una idea hecha de cabañas del tío Tom y de mansiones lujosas que el viento se llevó. Hemos visto demasiadas

23 Benjamín RIVAYA, *Filosofía anarquista del Derecho. Un estudio de la idea*, Valencia: tirant lo blanch, 2018, p. 73-92.

24 Sobre el liberalismo y la esclavitud véase el clarificador trabajo de Clara ÁLVAREZ ALONSO, «Libertad y propiedad. El primer liberalismo y la esclavitud». *Anuario de Historia del Derecho español* nº 65, 1995, p. 559-584.

25 JOHN LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* [1689], Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 52-54.

26 MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* [1748], Madrid: Tecnos, 1995, p. 167.

27 DAVID BOAZ, *Liberalismo. Una aproximación*. Madrid: Editorial Fundación Faes, 2007, p. 85.

películas americanas en las que los abolicionistas, presididos por el rostro aquilino y enjuto de Lincoln, se enfrentaban a los caballeros del Sur, empeñados en mantener la esclavitud. Quizás por eso le sorprenda saber que hasta finales del siglo XIX la esclavitud era legal en España»²⁸.

En efecto, por su importancia comencemos refiriéndonos a una obra literaria cuyo argumento antiesclavista dará lugar a varias versiones cinematográficas: *Uncle Tom's Cabin, La cabaña del tío Tom*, novela escrita por Harriet Beecher Stowe en 1852, y de la que se ha dicho (por la filóloga Carme Manuel, y no son las palabras más subidas de tono) que es «el libro más importante del siglo XIX», un clásico de la literatura universal que convirtió a su autora en la «defensora por antonomasia de la situación del esclavo»²⁹. Si la novela legó a la posteridad un relato literario de la esclavitud, las películas que en ella se basaron legaron la imagen cinematográfica, no sólo a los Estados Unidos sino, al menos, a todo el occidente, así como la crítica cristiana y liberal de la institución, enfrente de esa otra crítica cinematográfica ya referida que podríamos llamar marxista o revolucionaria.

Tomó como ejemplo la versión de Harry A. Pollard, de 1927, una película muda, en blanco y negro, que, como el libro, explota eficazmente los recursos dramáticos: la clara diferencia entre el bien y el mal, entre el buen tío Tom y algún amo odioso, por ejemplo; las persecuciones con sabuesos de los esclavos que huyen; el amor de una madre esclava capaz de hacer todo por su hija; la avaricia de quienes se aprovechan de la trata de seres humanos, etc. Pero la película no es completamente fiel al libro, cuando éste se publicó dos años después de mediados de siglo y, sin embargo, en el filme aparece el estallido de la guerra civil, que se produjo en 1861, así como Lincoln proclamando la libertad de los esclavos, en 1863. Parece que fue entre una y otra fecha cuando Stowe visitó al presidente en la Casa Blanca y éste le dijo: «¡Así que usted es la mujercita que escribió el libro que ha desencadenado esta gran guerra!»³⁰. En efecto, *La cabaña del tío Tom* es una obra mítica no sólo en la literatura sino en la historia misma de los Estados Unidos. La película, liberados los esclavos, en la teoría y en la práctica, acaba con el *Glory, glory, hallelujah!*

Por basarse en otra obra literaria, la deliciosa novela de Mark Twain, *Adventures of Huckleberry Finn, Las aventuras de Huckleberry Finn*, de 1884, cabría citar aquí las películas que la versionan, de entre las que destaca la dirigida por Michael Curtiz (1960), donde se observa el sarcasmo con que se presenta a los partidarios de la esclavitud, que utilizan el término «abolicionista» como un insulto. Al fin, la obra trata del viaje de un negro esclavo, Jim, ayudado nada menos que por un niño, Huck, hacia la libertad.

Entre multitud de películas que podrían citarse en este apartado del cine histórico estadounidense, fijémonos en dos clásicos de los años cuarenta: *Santa Fe Trail, Camino de Santa Fe* (Michael Curtiz, 1940) y *Unconquered, Los inconquistables* (Cecil B. DeMille, 1947), que vinculan el nacimiento (o, mejor, la perfección) de los Estados Unidos con la cuestión del mantenimiento de la esclavitud o su abolición. La película de Curtiz es especialmente interesante porque parece ser una respuesta a las ideas defendidas por el cine marxista acerca

28 José Antonio MARINA y Marina de la VÁLGOMA, *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*. Barcelona: Anagrama, 2000, p. 74.

29 Harriet Beecher STOWE, *La cabaña del tío Tom* [1852], Edición de Carme Manuel, Madrid: Cátedra, 1998, p. 9, 110 y 40.

30 *Ibidem*, p. 14.

de la esclavitud, institución que para ser derogada exigía —parece que se nos decía— el uso de la violencia. Eso es precisamente lo que niega o, mejor, censura *Camino de Santa Fe*, una anti-hagiografía de John Brown, presentado como un antiesclavista terrorista y fanático (que sólo reconoce la ley de Dios, pero no el Derecho positivo) que no dudó en ejercer la violencia para conseguir su propósito de liberar a los negros. El personaje de Olivia de Havilland lo expresará claramente: «Sus motivos pueden ser justos, incluso pueden ser extraordinarios, pero creo que lo que hace está mal». En fin, Espartaco o José Dolores, el líder revolucionario de *Queimada*, estarían equivocados y la idea liberal de la condena de la esclavitud se habría de implantar por su propio peso, como fruta madura, sin necesidad de imponerla por las armas. «Hace tiempo que los habitantes de Virginia tomaron la decisión de abolir la esclavitud. Creen que atenta contra la moral y el resto del sur seguirá el ejemplo de Virginia. Es cuestión de tiempo», concluye Jeb Stuart, el protagonista interpretado por Errol Flynn, en defensa de la evolución y el gradualismo.

En cuanto a *Los inconquistables*, cuyo título hacía referencia a los colonos que se asentaron en tierras de los indios (presentados otra vez como salvajes sanguinarios capaces de torturar a mujeres y asesinar a niños) extendiendo así los Estados Unidos hacia el oeste, narra un caso de uso de la esclavitud como sanción para castigar graves crímenes. Al final, tras casarse la protagonista y de esta forma recobrar la libertad, la película se cierra con una cita de Benjamin Franklin: «Donde habita su libertad, allí está mi patria», cita que puede interpretarse de múltiples formas (y más si tenemos en cuenta el ultraconservadurismo del director), pero que parece vincular en cualquier caso la crítica a la esclavitud con la esencia de los Estados Unidos y el liberalismo, presentada como ideología oiginaria.

No voy a decir que el cine norteamericano liberal como el indicado es condescendiente con la esclavitud, porque no sería cierto, pero sí parece que la indignación que provoca no es máxima. Permítaseme una comparación entre los relatos de dos películas que pertenecen a mundos y a épocas distintas, pero que tienen algunos rasgos comunes en sus tramas: la japonesa *El intendente Sansho* (1954) y la norteamericana *12 años de esclavitud* (2013). Debido a diferentes circunstancias, en ambos relatos *personas normales*, hombres libres, se ven sometidos a esclavitud. La empatía que provocan esos personajes en quienes ven las películas resulta clara, pues ya no se trata de que hayan nacido esclavos sino que, como los espectadores, son libres y, sin embargo, lo que parecía inimaginable en ambos casos, se ven convertidos en esclavos. Los horrores que sufren los nuevos esclavos otorgan gran fuerza dramática a ambos filmes, punto en el que se parecen. Sin embargo los relatos son diferentes, ya no por desarrollarse uno en el Japón del siglo XII y otro en los Estados Unidos del siglo XIX, sino por la opción de los protagonistas unas vez que recobran la libertad: mientras que Zushiô dedicará todo su tiempo y energía a luchar por la abolición de la esclavitud, conforme a la moralidad que le inculcó su padre pero también la que le enseñó su amarga experiencia, Solomon Northup se reintegrará a su vida burguesa y así se pone fin a la obra. No pretendo que las películas tengan que regirse por un objetivo moralizante, pero al ver ambas en un lapso de tiempo no muy largo, la comparación se vuelve inevitable y la fuerza moral de una contrasta con la carencia de la otra.

Hay que hacer una referencia a la esclavitud de la mujer, que presenta cierta especificidad frente a la del hombre, sobre todo porque aquella también puede convertirse en esclava sexual (en el caso del hombre quizás fuese más improbable, aunque no imposible). Realmente la esclavitud institucionalizó la violación de las mujeres negras, cuestión a la que Richard Fleischer dedicó *Mandingo* (1975), en la que hizo uso del desnudo y del sexo para

resaltar esa sumisión sexual de las esclavas negras³¹. La película ponía en imágenes las palabras de Ángela Davis:

«Las mujeres también sufrían de modos distintos, puesto que eran víctimas del abuso sexual y de otras formas brutales de maltrato que sólo podían infringírseles a ellas. La actitud de los propietarios de esclavos hacia las esclavas estaba regida por un criterio de conveniencia: cuando interesaba explotarlas como si fueran hombres, eran contempladas, a todos los efectos, como si no tuvieran género; pero, cuando podían ser explotadas, castigadas y reprimidas de maneras únicamente aptas para las mujeres, eran reducidas a su papel exclusivamente femenino»³².

Pero creo que en este apartado hay que referirse sobre todo al cine de Spielberg, pues tiene enorme importancia, como veremos. La primera de sus películas que hay que citar por ser representativa de este punto de vista liberal al que me vengo refiriendo es la por otra parte muy criticable *Amistad* (1997). Muy criticable porque desde la ciencia de la historia no son defendibles muchos de los sucesos que se narran, ni tampoco la que parece que es su tesis general, probablemente debido al pretendido carácter didáctico (y simplista, maniqueo) del cine de este director, que se viene a erigir en una especie de memoria histórica oficial norteamericana, aunque no se atenga a la verdad histórica. Pero desde una perspectiva ideológica vale como manifiesto del cine liberal contra la esclavitud; es incluso una buena representación de éste. El argumento se centra en un juicio que se llevó a cabo contra un grupo de negros que, apresados como esclavos, se amotinaron en el barco que los transportaba matando a casi toda la tripulación. En la película, el proceso, que comenzó siendo un asunto de Derecho positivo, el de a quién correspondía la propiedad de los esclavos, el del mejor título, por tanto, acabó convirtiéndose en un juicio a la esclavitud, es decir, no en una cuestión de Derecho positivo sino de Derecho natural.

Me refiero a la distinción Derecho positivo/ natural porque aparece reflejada en la misma película de forma clara. En una conversación entre Baldwin, el abogado, y uno de los abolicionistas que lucha por los negros capturados, aquél dice que se trata de «un caso como cualquier otro», en el que se discute del derecho de propiedad de los negros en cuestión, como podría discutirse de «tierras, ganado, herencias o lo que sea», a lo que el abolicionista le contesta que no es ésta una cuestión de Derecho positivo, técnico jurídica, como cualquier otra en la que se puedan utilizar argucias legales, sino de Derecho natural, de lo que en último término, en absoluto, es o no correcto. En este momento hay que recordar que ya Aristóteles apeló a la naturaleza pero no para condenar la esclavitud sino para justificarla; es decir, que según Aristóteles resultaba natural que hubiera esclavos. ¿Qué quería decir Aristóteles? Que ciertas personas, por su naturaleza, han nacido para ser esclavas; el papel que mejor les corresponde, conforme a sus atributos, sus rasgos, su carácter, es decir, conforme a su naturaleza, es la esclavitud. Pero, ¿existen esas personas³³? En fin, parece que la naturaleza lo soporta todo, los «intereses de los esclavistas y los sueños de los antiesclavistas»³⁴.

También Spielberg da respuesta a esta pregunta por medio del (chauvinista) discurso que pone en boca de John Quincy Adams (Anthony Hopkins), quien vuelve a dejar claro que de

31 Realmente en la película de Fleischer los amos usan sexualmente a sus esclavas, pero también algunas amas usan de la misma forma a sus esclavos.

32 Ángela DAVIS, *Mujeres, raza y clase*, Madrid, Akal, 2004, p. 15.

33 Michael SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*. Barcelona: Debate 2011, p. 229-230.

34 MARINA Y VÁLGOMA, *La lucha por la dignidad*, p. 97.

lo que se discute en el juicio es de Derecho natural: aquí, «de lo que verdaderamente se trata es de la naturaleza del hombre», proclama. Pero ya sabemos que tanto los partidarios como los detractores de la esclavitud apelan a la naturaleza: unos para defenderla y otros para condenarla. En fin, ¿qué es lo natural? En la película el expresidente norteamericano, ahora abogado ante el tribunal supremo, dice: «Para mi el estado natural del hombre, y sé que se trata de una idea polémica, es la libertad». La esclavitud, entonces, no sería natural; no podría serlo, lo que se demuestra por la lucha de los hombres por ser libres; si la esclavitud fuera natural los esclavos no se rebelarían, aceptarían su sino; si no lo hacen es porque no han nacido para ser esclavos, sino para ser libres. No se trata de que la esclavitud sea injusta porque sea coactiva; «la coacción es un síntoma de la injusticia, no su fuente»³⁵.

Otro argumento que en *Amistad* combate Quincy tiene un carácter conservador, es el que apela a la tradición. Podría rebatirlo diciendo que esa tradición resulta lamentable, que atenta contra la naturaleza, que es injusta, etc. Pero lo que hace Quincy es negar que la esclavitud sea tradicional, pues la tradición estadounidense nace con la Declaración de independencia, en la que se afirman la libertad, la igualdad y los derechos del hombre. Entonces, la abolición de la esclavitud será, dice, la última batalla de la revolución norteamericana, de la revolución liberal por excelencia, en referencia a la próxima guerra civil, con lo que Quincy está previendo lo que va a ocurrir, a la vez que vinculando el ser de Norteamérica con la libertad, valor exigido por la razón, por la naturaleza humana, pero también por la tradición estadounidense.

De esa última batalla de los Estados Unidos por la libertad también trató Steven Spielberg en *Lincoln* (2012), película con la que, de nuevo, presenta al pueblo norteamericano y al mundo todo una lucha que aparece como constitutiva de esa nación, la lucha contra la esclavitud y por los derechos humanos³⁶. Spielberg, ya lo he apuntado, es el *historiador* más influyente que cabe imaginar y en este *biopic* del gran presidente se centra en su empeño por sacar adelante la enmienda que proscriba la esclavitud, para lo que utilizará procedimientos poco ortodoxos, dando a la narración un carácter pretendidamente realista que se halla lejos del fondo de la película, inevitablemente idealista, cuando en último término viene a defender, otra vez, que la esencia de Norteamérica son los derechos humanos. Un Lincoln reflexivo y frío, interpretado por un impresionante Daniel Day-Lewis, se enfrenta a una misión casi imposible, acabar con la esclavitud, pero lo conseguirá. Otra vez surgirá la cuestión de si estamos ante una institución natural, pero resulta claro que la opción de la película es entenderla, así se dice, de nuevo, como un «insulto al Derecho natural». Tras la gesta del presidente, la película acaba no con el magnicidio sino con una voz en off que dice: «Ahora pertenece a la eternidad».

35 SANDEL, *Justicia*, p. 230.

36 La misma idea es expresada en otras películas norteamericanas. Baste como ejemplo *Glory*, *Tiempos de gloria* (1989), de otro representativo director norteamericano, Edward Zwick, en la que el protagonista, «hijo de ricos abolicionistas de Boston», se integra en el ejército de la Unión. En la primera carta que remite a sus padres, les dice: «Es maravilloso conocer a hombres de todos los Estados dispuestos a luchar por su patria como lo hicieron nuestros antepasados en la guerra de independencia. Pero esta vez tenemos que conseguir que el país entero sea para todos los que vivimos en él y para que todos tengamos voz». Lee a Emerson: «el amor puede triunfar incluso sobre fuerzas muy superiores». Al fin, después de muerto, consigue que los soldados negros se sientan representados por la bandera de la Unión.

4. LA ESCLAVITUD LIBREMENTE ACEPTADA, EN EL CINE

El mapa de la esclavitud en el cine ya está trazado pero queda por referir un concreto problema que se le plantea al pensamiento liberal. Si éste dice que se puede hacer todo aquello que no perjudique a los demás, ¿qué ocurre si una persona decide libremente convertirse en esclava? En *Malcolm X* (Spike Lee, 1992), el líder afroamericano distingue dos clases de esclavos negros: el doméstico y el salvaje. «El doméstico vivía en la casa, junto al amo, en el sótano o en el desván. Se vestía bien, comía bien, las sobras del amo. Amaba a su amo». Parece que el esclavo doméstico acepta su circunstancia; consiente en ella. No perjudica a nadie más que a sí mismo, ¿entonces? Veamos el ejemplo cinematográfico que nos brinda *Gone with the Wind, Lo que el viento se llevó* (Victor Fleming, George Cukor, Sam Wood, 1939), un clásico imprescindible también para enfrentarse a la historia de los Estados Unidos pues, como *El nacimiento de una nación*, mira la guerra civil y la reconstrucción con los ojos del sur. En la grandiosa superproducción, uno de los personajes importantes es la sirvienta-esclava a la que en casa llaman Mammy, una negra corpulenta que es nada menos que uno de los pilares de la familia O'Hara, hasta el punto de que ella se ocupa de la educación de los pequeños y resulta respetada y querida por todos. Que los sirvientes son esclavos nos lo dice Escarla O'Hara cuando, medio en broma medio en serio, amenaza a una joven criada negra con venderla. Desde luego, *Lo que el viento se llevó* embellece la esclavitud, que queda presentada como una institución aceptable, que no hace infelices a quienes la sufren sino felices a todos, a quienes la soportan y a quienes se aprovecha de ella. Así todo, Mammy no es una mujer libre que decide convertirse en esclava sino que, imaginamos, ya nació en esclavitud, pero si le preguntáramos si quiere seguir siendo esclava, los espectadores estamos seguros de que nos respondería que sí. Entonces, ¿por qué no va a ser esclava si es lo que quiere?

Pero la película que pone en imágenes esta cuestión, la del contrato de esclavitud, es española y lleva por título el nombre de un esclavo romano, *Stico* (Jaime de Armiñán, 1985), porque el protagonista es Leopoldo Contreras (Fernando Fernán-Gómez), un catedrático jubilado de Derecho romano al que no le alcanza la jubilación, que propone a un antiguo alumno suyo (Agustín González) un contrato de esclavitud: a cambio de alojamiento y manutención, él será su esclavo.

Si es verdad que para «la teoría política liberal, la esclavitud es injusta porque es coactiva», en el caso de Contreras no sería injusta. Pero realmente eso sólo lo defenderían algunos liberales, creo que pocos; los demás exigirían que para que el acuerdo por el que alguien se somete a esclavitud fuera válido, tendría que producirse en el marco «de unas condiciones equitativas»³⁷. Pero Mammy no llegó a ningún acuerdo con nadie; sólo cabría hablar de acuerdo tácito, en todo caso. Desde luego, las circunstancias que vive no son las idóneas para comprometerse con un contrato en el que vende sus propias libertad y su dignidad, y asegurar que lo hace libremente.

En fin, la esclavitud voluntaria ¿vulnera o no la proscripción de la esclavitud? Preguntado de otra forma: ¿ha de tener límites la libertad? Por supuesto, ya está dicho que el límite liberal del perjuicio a los demás resulta obvio. Aceptada ahora la propuesta liberal y que el esclavo

37 SANDEL, *Justicia*, p. 230.

voluntario, con su actitud, no perjudica a los otros sino a sí mismo, en todo caso, ¿debe admitirse la esclavitud voluntaria? Creo que la cuestión no preocupa a los liberales moderados, que no la aceptarían en ningún caso, pero sí a los más extremos, entre los que se ha producido la polémica. Robert Nozick, partidario de un Estado menos que mínimo, se pregunta si un sistema libre debería permitir venderse a uno mismo como esclavo, y se responde (con una respuesta que parece más intuitiva que razonada): «Creo que sí»³⁸. Más allá de dar esa opinión, no la argumenta pero, como sabemos, Nozick parte del axioma conforme al cual cada uno es dueño de sí mismo y, por tanto, podría venderse, podría convertirse en esclavo, siempre que no sea coaccionado para hacerlo.

Sin embargo, el liberal más extremista que conozco, Murray Rothbard, precisamente define el liberalismo por relación a la esclavitud; entiende que el liberalismo tiene que admitir un axioma originario, el derecho de propiedad sobre uno mismo. Entonces, habría que preguntarle, ¿la propiedad sobre uno mismo no implica la posibilidad de enajenarse y someterse voluntariamente a esclavitud? Su respuesta es tajante: no. Ninguna persona «puede nunca y bajo ningún concepto *enajenar* el control sobre su cuerpo y sobre su voluntad. Y al ser *inalienable*, el contrato es inválido y no se le puede aplicar por medios coactivos. Aquel acuerdo fue una *simple* promesa, a la que puede tal vez sentirse moralmente obligado, pero de la que no se pueden derivar deberes legales»³⁹, lo que es tanto como decir que existe el derecho a no ser sometido a esclavitud en ninguna circunstancia.

Pero más allá de la polémica entre los ultraliberales, creo que la relación entre el liberalismo y la esclavitud, al igual que entre el cristianismo y la esclavitud, es/debe ser de negación. El canon liberal en relación a la esclavitud, formulado por John Stuart Mill es éste: «El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. No es libertad el poder de renunciar a la libertad»⁴⁰. Mammy, la esclava negra de *Lo que el viento se llevó* y tantos otros esclavos que, en el cine y en la realidad, parecían aceptar su sino, realmente no podían hacerlo, porque no se es libre para ser esclavo. En el fondo, todos creemos que los esclavos que aceptan su sino tienen *lavado* el cerebro, controlado su pensamiento:

«La mayoría de nosotros cree que los esclavos viven en el estado último de la indignidad cuando están subyugados en forma tan completa que piensan que la esclavitud constituye el estado apropiado y no se afectan, o sufren de cualquier otra manera, por vivir en la esclavitud»⁴¹.

5. FILMOGRAFÍA CITADA

- *Amistad*. EEUU, 1997. D. Steven Spielberg.
- *Aventuras de Huckleberry Finn*, *Las*. T.O. *The Adventures of Huckleberry Finn*. EEUU, 1960. D. Michael Curtiz.
- *Barrabás: Baraba*. Italia, 1961. D. Richard Fleischer.
- *Belle*: GB, 2013. D. Amma Asante.

38 Robert NOZICK, *Anarquía, Estado y utopía*, New York: Inisfree, 2014, p. 282.

39 Murray N. ROTHBARD, *La ética de la libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2009, p. 190.

40 John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 190.

41 Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 308.

- *Ben-Hur*. EEUU, 1959. D. William Wyler.
- *Cabaña del tío Tom, La*. T.O. *Uncles Tom's Cabin*. EEUU, 1927. D. Harry A. Pollard.
- *Camino de Santa Fe*. T.O. *Santa Fe Trail*. EEUU, 1940. D. Michael Curtiz.
- *Controversia de Valladolid, La*, T.O. *La controverse de Valladolid*. Francia, 1992. D. Jean-Daniel Verhaeghe.
- *Django desencadenado*. T.O. *Django Unchained*. EEUU, 2012. D. Quentin Tarantino.
- *Doce años de esclavitud*. T.O. *Twelve years a slave*. EEUU, 2013. D. Steve McQueen, 2013.
- *Espartaco*. T.O. *Spartacus*. EEUU, 1960. D. Stanley Kubrick.
- *Gladiator*. EEUU, 2000. EEUU, 2000. D. Ridley Scott.
- *Inconquistables, Los*. T.O. *Unconquered*. EEUU, 1947. D. Cecil B. DeMille.
- *Intendente Sansho, El*. T.O. *Sansho Dayu*. Japón, 1954. D. Kenji Mizoguchi.
- *Lincoln*. EEUU, 2012. D. Steven Spielberg.
- *Lo que el viento se llevó*. T.O. *Gone with the Wind*. EEUU, 1939. D. Victor Fleming, George Cukor, Sam Wood.
- *Manderlay*. Dinamarca, 2005. D. Lars von Trier.
- *Metrópolis*. T.O. *Metropolis*. Alemania, 1927. D. Fritz Lang.
- *Nacimiento de una nación, El*. T.O. *The Birth of a Nation*. EEUU, 1915. D. D. W. Griffith.
- *Nacimiento de una nación, El*. T.O. *The Birth of a Nation*. EEUU, 2016. D. Nate Parker.
- *Queimada*. T.O. *Queimada!* Italia, 1969. D. Gillo Pontecorvo.
- *Quo Vadis*. EEUU, 1951. D. Mervyn LeRoy.
- *Túnica sagrada, La*. T.O. *The Robe*. EEUU, 1953. D. Henry Koster.
- *Última cena, La*. Cuba, 1976. D. Tomás Gutiérrez Alea.

UNA INOCULACIÓN PRETENDIDA: LA INSERCIÓN DE LA CULTURA EN LA IMPARTICIÓN DE DOCENCIA JURÍDICO-CIVIL

A DESIRED INOCULATION: THE INSERTION OF CULTURE IN THE CIVIL LAW TEACHING

Antonio José Quesada Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga

aq@uma.es

RESUMEN:

Se ocupa este trabajo de exponer estrategias pedagógicas que necesariamente utilizan Cultura, bajo cualquiera de sus manifestaciones, en el ámbito de la docencia del Derecho civil. Dichas estrategias inoculan Cultura en el alumnado, y eso es muy positivo para la docencia y la condición de ciudadano culto.

ABSTRACT::

This work exposes pedagogical strategies in which Culture is necessarily used, in any of its manifestations, in Civil Law Teaching. These strategies inoculate Culture in the students, and this is very positive for teaching and for the condition of cultured citizen.

PALABRAS CLAVE:

Docencia, cultura, literatura, Derecho Civil

KEYWORDS:

Teaching, Culture, Literature, Civil Law

ÍNDICE:

1. Introducción: ¿todos los docentes el docente?
2. La cultura como estrategia pedagógica. Posibilidades.
 - 2.1. Empleo de la Literatura. Algunos ejemplos de interés.
 - 2.2. La poderosa atracción del cine: nuestra experiencia.
 - 2.3. El cómic. Un recurso sorprendente... o no tanto.

- 2.4. Más «madera cultural»: Música, pintura...
- 2.5. Trabajo con noticias de prensa y foros de debate en la web de la asignatura.
3. A modo de conclusión.
4. Bibliografía básica de interés.

1. INTRODUCCIÓN: ¿TODOS LOS DOCENTES EL DOCENTE?

Todos los docentes felices se parecen unos a otros, pero cada docente infeliz lo es a su manera. Queríamos empezar estas líneas trayendo a nuestro terreno, aunque conveniente adaptada, la mítica frase inicial con la que Leon Tolstói nos adentra en «Ana Karenina». No sabemos con qué intención, quizás sea simplemente estética, porque recordemos que el Maestro Albert Camus aseguraba que él se movía por palabras, como el artista que era, y no por ideas, como el filósofo que no era. En todo caso, este primer párrafo será el único caprichoso que incluyamos, pues en un trabajo científico eso no es de recibo. Pero nos viene bien la frase para recordar que el mundo de los docentes es muy amplio, como el mundo en general (como este planeta mal llamado «mundo» que habitamos), y de todo hay en él, en todos los sentidos.

En la docencia universitaria, además, la cuestión es más compleja, como todo lo que tiene que ver con cuestiones de identidad: los profesores de universidad somos docentes e investigadores. Y podemos elaborar toda una metafísica a este respecto: si nos sentimos más docentes, si nos consideramos más investigadores, ambas facetas por igual o, incluso, ninguna («yo pasaba por aquí, sin más»), algo que sería más triste. Sin querer convertir una simple cuestión laboral en una duda shakesperiana que adquiera tintes metafísicos, reivindicamos nuestra condición de docentes y nos consideramos deudores de la doctrina de Don José ORTEGA Y GASSET, que en una publicación imprescindible para comprender nuestra profesión razonaba sobre la misión de la Universidad y ubicaba en su debido lugar a la ciencia, pero ante todo destacaba la tarea de la Universidad de formar personas cultas y buenos profesionales¹. Si en un arrebato legislativo se despojase a la Universidad de su misión investigadora, la Universidad podría seguir existiendo, aunque quizás perdiera calidad la actividad estrictamente docente, porque todo se retroalimenta (en la Universidad medieval no se investigaba, por ejemplo, lo que no quería decir que en la Edad Media no se investigase²), pero si se despojase a la institución de su misión docente el edificio de la misma caería a plomo. Por tanto, sin minusvalorar la apasionante labor investigadora, no está de más **reconocer a la docencia universitaria** la relevancia que tiene y merece: toda aquella estrategia que sirva para que sea una docencia de calidad, una docencia que permita formar a «personas cultas y buenos profesionales», como defendía ORTEGA Y GASSET, nos resulta positiva y reivindicable.

Con esa filosofía afrontamos nuestras reflexiones en el presente trabajo. Es evidente que cada persona va perfilando, en la vida, su modo de ser y de estar gracias a la evolución personal que vive: experiencias, formación, vivencias, que colaboran en esta tarea de madurez individual. Cada docente, además, gracias al paso del tiempo, a la formación en cuestiones

1 ORTEGA Y GASSET, J.: Misión de la Universidad, Cátedra, ed. 2015, pp. 78-81, 100 y 114.

2 ORTEGA Y GASSET, J.: Misión de la Universidad, cit., p. 77.

pedagógicas y a sus propias reflexiones y experiencias personales y profesionales, va también evolucionando y creando un modo de ser y de estar propio en el aula. Y aunque todo docente desarrolla una interesante faceta de actor, en mayor o menor medida, no cabe duda de que no es más que un ser humano particular que, además de conducirse en otros diversos ámbitos en su vida, se desenvuelve como docente en su faceta profesional. Afable, introvertido, irascible, extrovertido, desagradable, instruido, autoritario, etcétera, son cualidades positivas o negativas que pueden adornar una personalidad y, por tanto, a un profesor, y con independencia de que uno siempre imparta sus clases con cierta máscara, lo que uno lleva dentro, lo que es, saldrá a relucir inevitablemente también durante el ejercicio de esta tarea. Por tanto, el «yo» que más o menos somos, con todos sus matices, suele reflejarse, en el día a día docente, en el «yo» que se sube a la tarima y se dedica a la docencia. Y ese «yo» general, esa personalidad, ya sea rica, normal o pobre (con sus casi infinitos matices, claro está), repercutirá en la actividad docente, como no podía ser de otro modo. Una persona autoritaria suele ser un docente autoritario en el aula, mientras que una persona más abierta de mente, propensa a atender a la intervención de los demás y a la crítica será un profesor que, seguramente, impartirá una docencia en la que el desarrollo de la tarea y la relación profesor-alumno serán más agradables.

Tampoco es algo exclusivo de los docentes, claro está: esto sucede en cualquier profesión. Seguramente será más sosegado un policía aficionado al ajedrez y a la música clásica que otro aficionado al cine negro o a las películas de Tarantino, o un oficinista que lee a Pessoa que otro que adora el cine de terror y los cultos satánicos. La personalidad, en formación o definida, según el caso, suele salir a relucir en las facetas de nuestra vida, sean personales o profesionales.

Consideramos, además, que el docente es un **ejemplo para el alumno**. El docente no solamente forma a sus alumnos en una materia concreta, aquella de la que se ocupe científicamente, sino que forma en valores y puede guiar a los alumnos por caminos variados e influir en ellos, para bien y para mal. Resultará difícilmente creíble que un profesor explique detalladamente lo que implica la igualdad efectiva si discrimina entre sus alumnos y sus alumnas, o no atiende a alumnos de otra nacionalidad, por ejemplo. El docente no solamente imparte unas lecciones de algo, sino que es un ejemplo constante. Debe ser consciente de ello.

Intentemos ser conscientes de esto y, por tanto, ofrecer el mejor ejemplo posible, en lo relativo a nuestro modo de ser y de estar. También a la hora de ofrecer al alumnado el mejor producto pedagógico posible. Y esto implica que debamos ser capaces de **reubicarnos en el Aula**. Ya comenzamos a realizar esta labor de reubicación en el Aula cuando el docente dejó de ser la única fuente de información del alumnado, y ahora debemos seguir reubicándonos a la hora de valorar el producto pedagógico que queremos ofrecer.

No nos engañemos: somos conscientes de que la mayor parte de los contenidos con los que trabajamos en nuestras clases puede encontrarse en multitud de manuales, monografías, artículos científicos (e, incluso, páginas web, con algo más de peligro). Consideramos que nuestra verdadera tarea es enseñar, por supuesto, pero ante todo acercar esa materia que impartimos al alumno. Es el reto. Y a la hora de asumir ese reto pretendemos **ofrecer algo más a ese alumnado**, una estrategia metodológica especial, y a ello dedicaremos el presente trabajo: queremos ofrecer a nuestro alumnado un **producto de calidad en el plano cultural**, más allá de lo jurídico. Para ello utilizamos la cultura como recurso habitual, en nuestro día a día docente. De casi todo empieza a hacer, ya, veinte años, nos enseñó el poeta Jaime Gil de Biedma, y tenía razón: más de veinte años de trayectoria docente avalan nuestras reflexiones.

La estrategia que vamos a describir tiene, como toda estrategia docente, ventajas e inconvenientes para el docente: así, podríamos apuntar, como **ventaja**, que estamos ante una estrategia que, para el docente con un nivel cultural adecuado, y sin perjuicio del necesario diseño que requiere toda estrategia pedagógica, es relativamente fácil de diseñar e intentar plasmar en la práctica. En la medida en que se recurre al bagaje del docente, no requiere una preparación especialmente alejada de sus intereses, aunque aquí reside también su gran **inconveniente**: una cultura no se puede improvisar o formar en un corto periodo de tiempo, por lo que no está al alcance de cualquiera actuar como aquí describiremos. Resultaría absurdo, por ejemplo, dedicar un fin de semana a preparar la impartición de clases de la semana siguiente y, además, por ejemplo, bucear profundamente en la filmografía de Almodóvar o de Visconti (y conectarlo con las obras de otros cineastas y escritores), o de Antonioni o Godard, etc., para extraer ejemplos sobre tal o cual cuestión jurídica que trataremos en clase, el lunes. Nos parece no solamente absurdo: nos parece una tarea inasumible, del modo descrito.

Pero, correctamente diseñada, la estrategia es muy provechosa. Y **se inocular cultura en el alumnado**: culturalmente hablando, nunca será igual de sugerente ilustrar sobre los problemas de partición de una herencia con textos de Camilo José Cela o de Mario Vargas Llosa, por ejemplo, que con las andanzas de un personaje de la prensa del corazón (aunque, en ocasiones, pueda resultar inevitable, por la riqueza práctica de matices; en todo caso, por cuestión de principios intentamos evitar este tipo de ejemplos). Consideramos que el poso cultural que conlleva la primera ejemplificación es muy valioso.

Apostamos por esta estrategia, desde hace años, y esta apuesta nos ha proporcionado interesantes rendimientos y personales satisfacciones. Con este artículo que ahora comenzamos pretendemos sistematizar las diversas aristas de estas cuestiones y exponer en qué momento se encuentran nuestras reflexiones al respecto.

Si se ejemplifica con la cultura se inocular cultura al alumnado. Intentaremos convencer al amable lector de nuestra firme convicción acerca de que es un camino acertado.

2. LA CULTURA COMO ESTRATEGIA PEDAGÓGICA. POSIBILIDADES

Si hacemos inventario de las asignaturas que todos hemos cursado, a lo largo de nuestra vida académica (en sus diferentes etapas), como alumnos, no suele haber excesivas diferencias entre unas personas y otras (salvando las naturales divergencias curriculares cuando uno escoge carrera, etc.). Sin embargo, puede ser curioso conocer a aquellos profesores de los que tenemos buen recuerdo o a los que recordamos como muy buenos en su tarea, y seguramente no coincidiremos. Incluso puede que sus materias no nos interesaran, en principio, pero ese buen docente logró captar nuestro interés en ella por algo.

Esa debe ser la pretensión de un docente. Estimamos que la aspiración de un docente es la de lograr que sea más asequible una concreta materia a su alumnado (en nuestro caso, el Derecho civil). Consideramos que el docente debe ser consciente de que el verdadero valor añadido de su tarea no es tanto lo que se explique o aquello sobre lo que se trabaje (algo que se puede encontrar en infinidad de manuales, trabajos científicos, páginas web, etc.), sino

cómo se haga. Aquí reside la gran diferencia, y desde nuestra óptica, ofrecer un producto que, además, resulte culturalmente sugerente, es del mayor interés, como hemos apuntado. Lograr que el alumno, además de aprender Derecho civil, tenga contacto con las Artes y se interese por la literatura, por el cine, por la pintura, por la música, por contrastar noticias en prensa, etc., gracias al contacto con ellas, fomenta que sea un ciudadano con formación más integral, pese a estar estudiando una asignatura estrictamente jurídica. Es nuestro objetivo. Un objetivo que se plantearán, seguramente, aquellos profesores para los que el cultivo de las bellas artes es un fin, y lo es hasta tal punto de que lo utilizan como medio, en su actividad docente.

Repasaremos algunas estrategias que nos parecen interesantes, que hemos utilizado en nuestra labor profesional y cuyos resultados han sido, en nuestra modesta opinión, bastante aceptables y gratificantes.

2.1. Empleo de la Literatura. Algunos ejemplos de interés

Trabajar con temas literarios, en el ámbito jurídico, puede no ser complicado, aunque es cierto que uno debe estar familiarizado con dicho ámbito, pues de lo contrario es excesivamente complejo, como apuntamos en la introducción de este trabajo. No se improvisa una cultura literaria, es obvio, pero si se posee (mayor o menor: nunca será perfecta) es relativamente fácil trabajar con este tipo de ejemplos. Al fin y al cabo, la Literatura, como el Derecho, es una realidad alternativa vertebrada en torno a palabras, aunque la literatura jurídica vehiculada por medio de normas posee un efecto que no tiene ninguna otra literatura: influye en nuestra vida, obligándonos a dar, hacer o no hacer algo. Un poema o narración que no merezca la pena simplemente nos provoca una sensación puntual desagradable y, a lo mejor, la certeza de haber perdido el tiempo. Un artículo de una norma jurídica influye en nuestra vida. Por ello, mientras la Literatura es un fin en sí mismo, el Derecho es un medio: un arrendatario se acerca al artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no para gozar estéticamente con él, sino para conocer su contenido y ser consciente de que ese artículo puede afectar a su vida en el seno del contrato de arrendamiento que tiene vigente. Una defectuosa norma jurídica puede hacer daño a la vida de las personas.

Por otra parte, nos sorprendería la gran cantidad de escritores que poseen formación jurídica: desde Federico García Lorca a Jaime Gil de Biedma, pasando por Carlos Barral, Luis Cernuda, Lorenzo Silva o Mario Vargas Llosa, entre otros. Gabriel García Márquez comenzó a estudiar la carrera, pero estaba más tiempo en la cafetería de la Facultad, emborronando papeles, que atendiendo a las explicaciones de Derecho Romano. Nos alegramos: romanistas hemos conocido a algunos, juristas a bastantes (incluso yo pertenezco a la «secta jurídica»), pero... Gabriel García Márquez solamente conocimos a uno: el autor de «Cien años de soledad». Al que se saltaba las clases para escribir y que, con el tiempo, revolucionó la Literatura.

Como queremos exponer alguna propuesta y vertebrarlas en torno a anécdotas y estrategias personales, recordemos, en primer lugar, cómo en ocasiones hemos **citado a escritores o textos literarios durante explicaciones en sesiones magistrales**, para ejemplificar, ilustrar o aclarar alguna idea. Una de las veces que recordamos con más cariño sucedió cuando explicábamos a los alumnos ese tema que, quizás, tanto nos intimida a los civilistas, que es el del primer acercamiento al Código civil (siempre tenemos la sensación de que pasamos de puntillas por el tema). A la hora de motivar la desfasada redacción de algunos artículos del Código civil español (en concreto, nos referíamos a preceptos de la regulación del contrato de socie-

dad civil y de arrendamiento de servicios), apuntamos sobre la marcha que dichos artículos «nacen muertos, viven muertos y mueren muertos», parafraseando los inolvidables versos del «Díptico español» de Luis Cernuda (mítico poema del no menos mítico libro «Desolación de la Quimera»). En este caso no estaba premeditada la cita, debemos reconocer que surgió espontáneamente, al explicar que esos artículos nacieron ya desfasados, pero si el docente no está familiarizado con los versos de Cernuda no puede traerlos a colación. Cuando explicamos el contrato de servicios en el Código Civil (en adelante, CC), citamos literalmente la terminología que se puede encontrar en los preceptos de interés (artículos 1583 a 1587 CC), en los que leemos referencias a «criados» y «amo», presunción de veracidad del amo o «sirvientes», siempre recordamos que la terminología es propia del inigualable Siglo de Oro español, y que parece que uno se adentra en una novela picaresca canónica. Podríamos exponer más ejemplos, aunque con los citados consideramos que está descrita la cuestión (en todo caso, leer los textos literarios con «gafas jurídicas» aporta una riqueza ejemplificativa importante, en este sentido, y una renovación permanente de ejemplos: es algo que siempre estamos haciendo, y se percibe en la citada renovación que vamos insertando en nuestras sesiones).

Además de nuestras explicaciones en clase, no es infrecuente que expongamos **conexiones entre autores u obras literarias y Derecho**, que sirven para vertebrar conferencia y publicaciones, además de referencias concretas en clase.

En este sentido, queremos detenernos muy especialmente en ciertos hechos biográficos y literarios de la obra del Premio Nobel de Literatura español Camilo José Cela, que exceden de la pura coincidencia y, por ello, son ejemplos recurrentes cuando lo consideramos oportuno en nuestra labor docente. Las referencias a estos datos que expondremos nos han proporcionado numerosos buenos momentos con interés jurídico-cultural.

La relación de Camilo José Cela con el Derecho civil es intensa, pues el Premio Nobel de Literatura tenía cierta fijación con nuestra materia³. Por ello, la referencia al mismo en nuestro trabajo docente es muy recurrente y fértil. Como no es excesivamente conocida, consideramos que es interesante dedicarle cierta atención.

Podemos citar, básicamente, dos textos de interés de Cela, más algún otro texto que podamos espigar, pues Cela estudió Derecho y aprovecha esos conocimientos en algunas de sus obras literarias. CHICO Y ORTIZ, en cierto prólogo a su mítico texto sobre Derecho hipotecario español, recuerda la figura del opositor a Notarías de «La colmena», del que hablaremos a continuación, y alude a Cela como a un «catedrático, sin haber hecho oposiciones»⁴.

En primer lugar, «La colmena», su mítica novela publicada en 1951, está traspasada por constantes referencias al Derecho civil⁵. En ella nos gustaría destacar muy especialmente a dos personajes íntimamente conectados con el Derecho civil: en primer lugar, don Ibrahim de Ostolaza y Bofarull, eterno aspirante a ingresar en la Real Academia de Jurisprudencia

3 Consideramos, en pura elucubración personal, que el Derecho civil le proporcionaba a CJC el poso histórico que él deseaba (el Derecho mercantil no le daba ese tono histórico), pero a diferencia de otras ramas en las que ello es esencial (como el Derecho romano o la Historia del Derecho), el Derecho civil está plenamente vigente en el día a día del ciudadano.

4 CHICO Y ORTIZ, J.M.: «Prólogo de la primera edición (1981) con carta responsorial», en CHICO Y ORTIZ, J.M.: Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo I, Marcial Pons, 1994, p. 11.

5 CELA, C.J.: La colmena, Cátedra – Letras Hispánicas, 2003.

y Legislación, siempre atento a perfeccionar su discurso de ingreso⁶, y en segundo lugar, Ventura Aguado Sans, otro eterno aspirante, pero en este caso a ingresar por oposición en el Cuerpo de Notarios.

En lo relativo a don *Ibrahim de Ostolaza y Bofarull*, resulta muy tierno asistir a cómo ensaya su Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia, ante el espejo (en la fantástica versión cinematográfica realizada por Mario Camus, en 1982, el ensayo lo hará en el café ante los poetas un sublime Luis Escobar, a los que invita a café cada vez que recita el famoso texto y, de este modo, ellos logran que algo de alimento acceda a sus estómagos). Don Ibrahim aspira a integrarse como Académico en dicha institución y quiere tener preparado su discurso de ingreso para el momento en que sea llamado, por lo que lo tiene memorizado y lo ensaya periódicamente. Dicho discurso versa sobre la usucapión como modo de adquirir derechos, tema clásico de Derecho civil, e incluso citará a Clemente de Diego en el mismo⁷. No es el único momento en que ejerce de tribuno y hombre con *auctoritas*: en otro momento de la novela, y ante la situación de revuelo que se vive en su bloque de vecinos, Don Ibrahim asume el mando y dirige un solemne discurso, de otro estilo, aunque siempre tribunicio, a sus vecinos⁸. El estilo es inevitable: «los jurídicos, los políticos, los oradores sagrados y los charlatanes de feria, cada uno a su aire y con sus condicionamientos, sus hábitos y aun sus prejuicios, siempre fueron muy aficionados a jugar con las palabras, que es entretenimiento muy peligroso, casi tanto como la ruleta rusa, y muy proclives a buscarles y darles a las palabras significados imprevistos y a insinuar, con la entonación oportuna, muy sutiles matices e intenciones», apuntaría alguna vez CELA⁹.

Ventura Aguado, por su parte, es otro eterno aspirante fracasado a algo, aunque en este caso es a la plaza de Notario (como «estudiante de notarías» se nos presenta, en su primera aparición en la novela¹⁰), pero no parece especialmente interesado en conseguir la plaza, sino más bien en vivir en Madrid y gozar de sus placeres. Su padre le recomienda que se presente también a las oposiciones a Registrador de la Propiedad, pero él responde que no, que «no hay color»¹¹. El padre está inquieto porque su hijo no obtiene la plaza, pero él le tranquiliza argumentando que no merece la pena obtener plaza fuera de Madrid o Barcelona, que es preferible retirarse, pues «en notarías, el prestigio es una cosa muy importante, papá»¹². Se comprueba a cada paso que su interés por aprobarlas es bastante endeble, y el padre no está nada convencido de que pueda hacerlo, pues «su hijo, fumando pitillos rubios como

6 En cierto artículo de prensa Cela confiesa que don Ibrahim «no llegó a individuo de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por esas cosas que pasan» (CELA, C.J.: «Un juego peligroso (I)», Diario ABC, 24 de enero de 1998, p. 11).

7 CELA, C.J.: La colmena, cit., pp. 131-133 y 136-138.

8 CELA, C.J.: La colmena, cit., pp. 165-169. No podemos evitar recordar a cierto personaje de «Muerte de un ciclista», mítica película de Juan Antonio Bardem (1955), cuñado del protagonista de la misma, que siempre hablaba, en privado y público, como recitando un solemne discurso de cara a la posteridad. Aunque el personaje de don Ibrahim tiene un tono tierno insustituible, a diferencia del desagradable tono del cuñado del protagonista de la película de Bardem.

9 CELA, C.J.: «Un juego peligroso (I)», cit., p. 11.

10 CELA, C.J.: La colmena, cit., p. 157.

11 CELA, C.J.: La colmena, cit., p. 171. Es habitual, todavía hoy, que los aspirantes se presenten a las oposiciones de Registro de la Propiedad y de Notarías, ante el paralelismo de los temarios, para así rentabilizar su esfuerzo opositor.

12 CELA, C.J.: La colmena, cit., pp. 171-172.

una señorita, no llegará nunca a notario. Todos los notarios que él conoce, gente seria, grave, circunspecta y de fundamento, fuman tabaco de cuarterón»¹³. El hijo es un auténtico pícaro, en la línea de la mejor tradición española. El padre indaga en su conocimiento de los textos con los que trabaja un opositor a Notarías, para quien la memoria es esencial: los manuales de Derecho civil de Castán Tobefías, ilustre catedrático de la materia, y el Código Civil: «- ¿Te sabes el Castán de memoria? / - No, de memoria, no; es de mal efecto. / - ¿Y el código? / - Sí, pregúntame lo que quieras y por dónde quieras»¹⁴. / - No, era sólo por curiosidad»¹⁵.

No es la única persona que desea que obtenga plaza: su novia madrileña también lo desea, y ha ofrecido dos velas si saca una Notaría de primera, y una si la que obtiene es de segunda¹⁶. En la película, Ventura confiesa que si no se casan (algo que no entra en sus planes, como tampoco aprobar la oposición, aunque jamás lo confiese a nadie) es por culpa de la Dirección General de los Registros y del Notariado (departamento del Ministerio de Justicia, órgano administrativo que, entre otras funciones, ordena el gobierno y régimen de Notarios y Registradores), por no sacar las plazas idóneas en la convocatoria de la oposición.

No son las únicas menciones a los estudios de Derecho, en la novela: también se refieren recuerdos de facultad (vivencias sentimentales, el administrativista Gascón y Marín o la importancia de la filosofía del Derecho)¹⁷. Martín Marco, el poeta pobre que colabora con la prensa del nuevo Régimen para sobrevivir, pues es un derrotado de la guerra civil, también estudió Derecho y fue compañero de Ventura en la Facultad, antes de la guerra¹⁸.

Se comprueba, por tanto, que un civilista no puede leer «La colmena» sin captar estos guiños a su materia de trabajo que, en más de una ocasión, terminan siendo utilizadas en clase, para ejemplificar.

Una vez repasados los datos más sugerentes conectados con la novela «La colmena», en segundo lugar, también existen sabrosas referencias a cuestiones conectadas con el Derecho civil en el segundo tomo de memorias de Cela, «**Memorias, entendimientos y voluntades**»¹⁹. La primera que nos llama la atención será la referencia al paso de Cela por la Facultad de Derecho como estudiante, «sin pena ni gloria»²⁰, además de una crítica bastante dura a los llamados exámenes patrióticos, propios de los primeros tiempos de la postguerra (los alumnos acudían uniformados y armados a ellos, generalmente, haciendo ostentación de su condición)²¹. Recuerda a algunos profesores de diversas materias, entre ellos al civilista Federico de Castro y Bravo, que fue su profesor de Derecho Civil, parte general, al que critica por su definición de ley («expresión de la voluntad directamente dimanada del Caudillo») apun-

13 CELA, C.J.: La colmena, cit., p. 172.

14 Es conocido el derroche de memoria de que suelen hacer gala los opositores a Notarías y/o Registro de la Propiedad. Conocí un caso de un profesor de Derecho civil, ex-opositor de Notarías, que retaba a citar un artículo del CC, pues él era capaz de recitarlo... desde la última palabra a la primera, en ese orden inverso.

15 CELA, C.J.: La colmena, cit., p. 172.

16 CELA, C.J.: La colmena, cit., p. 283.

17 CELA, C.J.: La colmena, cit., pp. 192-193.

18 CELA, C.J.: La colmena, cit., p. 158.

19 CELA, C.J.: Memorias, entendimientos y voluntades, Plaza y Janés – Cambio 16, 1993.

20 CELA, C.J.: Memorias..., cit., p. 327.

21 CELA, C.J.: Memorias..., cit., pp. 327-328.

tando que «el miedo es libre y se despacha sin receta»²². Visión excesivamente reduccionista e inexacta de un maestro reconocido de civilistas. También recuerda a Moro Ledesma y su anécdota con la definición de usucapión (que tanto juego dará en «La colmena», como hemos visto)²³. Y muy especialmente, aunque en el sentido más negativo posible, recuerda a su profesor de Derecho civil, segundo curso, Pedro Rocamora y Valls, quien «me puso la proa» en la docencia y le seguirá atosigando en el mundo literario, pues tuvo importantes responsabilidades en las tareas administrativas de censura²⁴. Se despacha a gusto con él en este trabajo calificándole de «pobre títere» y añade toda una sarta de insultos, recordando que en cierta carta (se puede valorar su contenido en el artículo citado en nota de «El País») le calificaba de «hombre anormal», se vanagloriaba de haberle suspendido en Derecho civil (como docente nunca hemos entendido este comentario) y de haber prohibido una de sus novelas²⁵.

Pero la relación de Cela con el Derecho civil no termina ahí. Con el tiempo, Cela recordará cómo no se considera capacitado para prologar un tomo de estudios de Derecho Hipotecario, y alude a sus escasos méritos, entre ellos «haber sido suspendido en Derecho civil por un auxiliar sonrosado y con pretérito buen acomodo»²⁶.

La literatura es campo abonado para utilizar ejemplos en nuestra docencia, y Camilo José Cela tiene una relación muy especial con el Derecho civil, como hemos comprobado, por lo que resulta muy recurrente acudir a él para ilustrar concretas cuestiones de Derecho civil. Nuestra utilización de Cela en la actividad docente ha sido siempre positiva, ilustrativa y divertida.

También hemos dedicado atención, desde esta óptica, a **Mario Vargas Llosa**²⁷, al **Quijote**²⁸, a **Harper Lee**²⁹ o a textos con interés concreto, como la novela «**Vidas**», de Mercè Rivas Torres, sobre inmigración³⁰. Sabedores de que todo esto se metaboliza y, en último término, es un poso que luego revierte en la actividad docente (y permite improvisar sobre la marcha, incluso, como en el caso de los versos de Luis Cernuda).

22 CELA, C.J.: Memorias..., cit., p. 328.

23 CELA, C.J.: Memorias..., cit., p. 328.

24 No tiene desperdicio cierto artículo publicado en el Diario «El País» en 1982, «Carta de censores», sobre la censura, Rocamora y Camilo José Cela. Se puede leer en el siguiente enlace: https://elpais.com/diario/1982/03/04/cultura/384044408_850215.html.

25 CELA, C.J.: Memorias..., cit., pp. 328-329.

26 CHICO Y ORTIZ, J.M.: «Prólogo de la primera edición (1981)», cit., p. 12.

27 QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «A Juridic Reading of the Novel «La tía Julia y el escritor» by Mario Vargas Llosa», *Philippine Journal of Legal Education*, vol. II, 2016, pp. 419-427. Esta publicación es la versión resumida de la Conferencia que impartí en el Ateneo de Manila en junio de 2016.

28 QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Lectura del *Quijote* realizada por un civilista: cuestiones jurídicas puntuales de interés», *e/Humanista / Cervantes* (9-10) 2022, pp. 69-92.

29 Fue muy provechosa la labor que llevamos a cabo para preparar nuestra intervención en las V Jornadas sobre Literatura y Cine de la Universidad de Málaga (2015), en la que nos centramos en la relevancia jurídica de la novela «Matar a un ruiseñor» y de su mítica adaptación cinematográfica, que en nuestra modesta opinión ha despertado más vocaciones jurídicas que la gran mayoría de Salones del Estudiante que las Universidades organizan periódicamente con la intención de atraer alumnos.

30 QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Vidas» en ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Coordinador): *Literatura sobre inmigración*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 129-153.

Los estudios sobre Literatura y Derecho, generales y sectoriales, han proliferado en el universo científico-jurídico, a nivel mundial, y hoy encontramos excelentes trabajos generales y reflexiones particulares sobre los más variados aspectos de esta unión (lecturas jurídicas de obras literarias y/o autores, etc.). Nos permiten formarnos y extraer ideas interesantes para nuestra actividad profesional.

2.2. La poderosa atracción del cine: nuestra experiencia

«Yo nació —respetadme— con el cine»
(Rafael Alberti: poema «Carta abierta»,
en «Cal y canto»)

No es difícil justificar hoy día lo útil que puede resultar el empleo del cine para la enseñanza del Derecho. En realidad, es útil tanto en el ámbito docente como investigador, pero nos vamos a centrar en el ámbito docente, pues donde más nos interesa desarrollar estrategias pedagógicas novedosas que permitan una mejor interacción con el alumnado³¹.

En realidad, el cine puede ser muy útil para el ámbito pedagógico, en general, tal y como comprueban constantemente docentes de todas las ramas del saber (se puede reflexionar pedagógicamente acerca de periodismo, economía, filosofía, historia, religión, literatura, química, informática, medicina, danza, etc., gracias a películas que puedan resultar de interés en cada uno de esos ámbitos³²). La propia Academia de las Artes y de las Ciencias Cinematográficas de España es consciente, e intenta también fomentar la educación cinematográfica en la enseñanza pre-universitaria³³. El cine se ocupa de todas las parcelas de la vida y de todo lo referido a la persona, en su sentido más extenso y, trabajando con rigor, podemos encontrar las conexiones cinematográficas que deseemos y para aquello que deseemos, de cara a nuestra actividad docente.

En el ámbito del Derecho, por tanto, también es útil, aunque todavía pueda existir cierto tradicionalismo pedagógico al respecto que es más refractario al uso del cine³⁴. Algunos estudiosos han puesto de manifiesto con especial énfasis dicha utilidad desde hace bastantes años: ya CARNELUTTI apuntaba la facilidad con la que el cine podía utilizarse como medio para

31 Sobre la bondad de la incorporación del cine a la pedagogía jurídica, vid. inicialmente PÉREZ TRIVIÑO, J.L.: «Cine y Derecho. Aplicaciones docentes», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXVI, 2010, pp. 247-255 y RUIZ SANZ, M.: «¿Es conveniente enseñar derecho a través del cine?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXVI, 2010, pp. 257-264.

32 Muy interesante, el acercamiento metodológico a la Historia, la Literatura y el Derecho gracias al cine, realizado por RIVAYA, B.: «Derecho y cine. Sobre las posibilidades del cine como instrumento para la didáctica jurídica», en PRESNO LINERA, M.A. y RIVAYA, B. (Coordinadores): *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 13-19.

33 En este sentido, merece ser destacado su completo trabajo «Cine y Educación», un documento marco para introducir el cine en las aulas, 2018. Se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://www.academiadecine.com/2019/03/28/la-academia-presenta-el-libro-cine-y-educacion/>.

34 Sobre el mismo, vid. RIVAYA, B.: «Derecho y cine. Sobre las posibilidades del cine como instrumento para la didáctica jurídica», cit., pp. 19-20.

la enseñanza del Derecho³⁵; Saldarriaga-Agudelo Ramírez, por su parte, apuntan que en el cine encontramos «un escenario decisivo para pensar sobre categorías jurídicas»³⁶, y Ruiz Gutiérrez asegura que «el cine es, quizás, el mejor medio para comprender la relación del derecho con realidades sociales actuales»³⁷. Por nuestra parte, hemos intentado sistematizar algunas ideas al respecto³⁸.

Thury Cornejo apuntó en su momento las cuatro aportaciones fundamentales que el cine hace a la enseñanza del Derecho, y es oportuno recordarlos: en primer lugar, el cine cuenta una historia y ella ayuda a contextualizar conceptos abstractos y mostrar cómo juegan en la vida cotidiana, más allá de la esquematización a la que la ciencia jurídica somete a la realidad que examina; en segundo lugar, el cine involucra emocionalmente a los espectadores y, así, derriba la distancia que produce la objetivación científica; en tercer lugar, el análisis de una película es un acto hermenéutico y, como tal, homólogo de los actos de interpretación que se ponen en juego al aplicar el Derecho en los casos concretos; en cuarto y último lugar, el Derecho y la cultura popular tienen relaciones recíprocas en el mundo contemporáneo³⁹.

De todas formas, el docente e investigador jurídico que trabaja con cine tiene que ser consciente, también, de que el cine es el ejercicio de una actividad creativa y, por tanto, tiene mucho de crítica de la realidad que refleja y de incitación a la reflexión sobre las cuestiones o instituciones sociales, por lo que es más que posible que el reflejo de cuestiones jurídicas sea fiel, pero que incida especialmente en aspectos negativos o se haga con enfoque crítico de las mismas, antes que en los positivos. Por poner ejemplos (sin salirnos del ámbito civil, que es el nuestro, aunque hay otros sectores jurídicos muy sugerentes para ejemplificar), siempre resultará más frecuente en el ámbito cinematográfico reflejar problemas de vecindad en una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal con obras no consentidas, con odios intensos, amores desbocados, demandas, actividades molestas variadas y visiones críticas de la realidad legal que una comunidad en la que cada propietario participa religiosamente en sus obligaciones de contribución a los gastos de comunidad, que no realiza actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas y en la que buena convivencia es la regla.

35 Lo recuerda con detalle RIVAYA, B.: «Todo lo que siempre quiso saber sobre el Derecho y nunca se atrevió a preguntar», en RIVAYA, B.; AGUDELO RAMÍREZ, M.; ANJEL, M.; ESTRADA VILLA, A.; Saldarriaga Montoya, J.F. y CERÓN GONZALEZ, W.: *Cine y Derecho*, Ediciones Unaula, 2016, p. 54.

36 Saldarriaga, J.F. y Agudelo Ramírez, M.: «Presentación» a RIVAYA, B., AGUDELO RAMÍREZ, M., ANJEL, M., ESTRADA VILLA, A., Saldarriaga Montoya, J.F. y CERÓN GONZALEZ, W.: *Cine y Derecho*, cit., p. 12.

37 RUIZ GUTIÉRREZ, A.M.: «Imago: el cine en la educación e investigación jurídica», *Iustitia*, enero-diciembre 2013, p. 172.

38 SEDEÑO VALDELLÓS, A. y QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Cine y Derecho: un sugerente cruce de caminos de cara a la actividad docente», *Diario La Ley*, núm. 9595, 17 de marzo de 2020 (12 páginas). Enlace: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/03/17/cine-y-derecho-un-sugerente-cruce-de-caminos-de-cara-a-la-actividad-docente1?fbclid=IwAR1tTFMzi1I2FbGzL69ZDlyAKDMdJjgL39H-6VfPqY8JleDng3ajoJyjZbh8>. También QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José, «Introducción. El cine y la actividad pedagógica en el ámbito jurídico», en QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (Coordinador), *La utilización del cine en la docencia del Derecho: propuestas de interés*, Colex, 2021, págs. 19-24.

39 THURY CORNEJO, V.: «El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del Derecho?», *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*. Año 7, núm. 14, 2009, p. 61.

En cualquier caso, diseñando adecuadamente la estrategia, es evidente la utilidad del cine para la docencia en el ámbito del Derecho, y es algo que se ha valorado y concluido por los docentes⁴⁰. Así, en la pedagogía jurídica de ámbito británico se viene usando desde finales de siglo XX, y desde antes en Norteamérica, y se ha extendido geográficamente conforme se han comprobado las bondades pedagógicas del mismo⁴¹. Incluso podemos encontrar cada vez más testimonios de experiencias en las más diversas ramas jurídicas, en nuestro país, ramas como la Filosofía del Derecho, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho mercantil, el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Internacional o el Derecho Civil, además de reflexiones de corte más general, que nos ayudan a perfeccionar esta utilización⁴². En nuestro país podemos encontrar, hoy, desde asignaturas sobre el tema, en Facultades de Derecho, a Cursos de Extensión Universitaria, libros, proyectos de investigación, páginas web⁴³ e, incluso, algún Proyecto de Innovación Educativa como el que hemos coordinado en la Universidad de Málaga, añadido sea con toda la modestia del mundo, y que ha dado como fruto varios congresos y monografías⁴⁴.

Expondremos, en este momento, diversas experiencias concretas que hemos llevado a cabo⁴⁵.

En primer lugar, es interesante, como en el caso de la literatura, las **menciones y referencias cinematográficas durante las explicaciones en las sesiones magistrales**. Nos atrevemos a declarar que es extraña la sesión magistral en la que no se cita alguna película o escena de película, y por propio bagaje cultural del alumnado, es más fructífera la cita de películas que la de libros. Repasemos algunos títulos concretos utilizados en nuestras sesiones magistrales.

- «Patrimonio Nacional», de Luis García Berlanga (1981), es interesante para ocuparnos del antiguo proceso de incapacitación, advirtiendo de que no es Derecho vigente, el que se aplica en la pantalla, sino el anterior a la esencial reforma de 1983.
- Sobre responsabilidad medioambiental (en España tenemos Ley expresa sobre la cuestión con la Ley 26/2007, de 23 de octubre), «Erin Brockovich» (1999) y «Acción civil» (1998) son dos recomendaciones esenciales para clarificar cuestiones. Hay más películas, pero para ejemplificar no está mal.

40 Interesante trabajo de conjunto sobre el tema en RIVAYA GARCÍA, B.: «Algunas preguntas sobre *Derecho y Cine*», cit., pp. 219-230. Nos gustaría destacar, también, la obra de madurez del gran estudioso sobre el tema en España, que es Benjamín Rivaya. Vid. RIVAYA, B.: «Plano general de Derecho y Cine: concepto, método y fuentes», en RIVAYA, B.: *Derecho y Cine en 100 películas*, segunda edición, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 19-150.

41 SEDEÑO VALDELLÓS, A. y QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Cine y Derecho: un sugerente cruce de caminos de cara a la actividad docente», cit., p. 3.

42 Sobre todo ello, vid. SEDEÑO VALDELLÓS, A. y QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Cine y Derecho: un sugerente cruce de caminos de cara a la actividad docente», cit., p. 3 (así como las completas reflexiones de RIVAYA, B.: «Plano general de Derecho y Cine: concepto, método y fuentes», cit., pp. 49-108).

43 Vid. el repaso de RIVAYA GARCÍA, B.: «Algunas preguntas sobre *Derecho y Cine*», cit., pp. 219-221 y RIVAYA, B.: «Plano general de Derecho y Cine: concepto, método y fuentes», cit., pp. 121-131.

44 Proyecto de Innovación Educativa PIE19-016, «La inserción del cine en la docencia de asignaturas jurídicas: la relevancia de la lengua inglesa», financiado por la Universidad de Málaga en la Convocatoria 2019-2021, y cuyo coordinador es Antonio J. Quesada Sánchez.

45 Destacamos algunas de ellas en SEDEÑO VALDELLÓS, A. y QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Cine y Derecho: un sugerente cruce de caminos de cara a la actividad docente», cit., pp. 3-6.

- El fraude de ley sería menos comprensible si no trabajáramos con «El pisito», de Marco Ferreri (1959). Esta película, además, suele ser muy útil para ejemplificar sobre arrendamientos urbanos.
- «La caza», de Thomas Vinterberg (2013) ilustra muy bien interesantes cuestiones jurídico-civiles, como las familias (desestructuradas o no), la capacidad de los menores de edad, el ejercicio de la patria potestad o la convivencia matrimonial, así como sugerentes cuestiones que exceden de lo jurídico-civil, como la presunción de inocencia, el valor de los testimonios en un proceso, los llamados «juicios paralelos», etc.
- «El show de Truman», de Peter Weir (1998) es bastante sugerente para trabajar sobre el concepto de intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. Citamos la película norteamericana porque es la más conocida, pero atentos a la película española «El elegido», de Fernando Huertas (1985), precedente de la película norteamericana (con lazo de parentesco, en la crítica a la televisión, con «Ginger & Fred», de Federico Fellini (1986).
- La mítica escena testamentaria de «Novecento», de Bernardo Bertolucci (1976) sirve para ilustrar acerca del deber del notario de apreciar la capacidad del testador y de la diligencia que debe emplear en dicha tarea (artículos 665 y 666 del Código Civil).
- «Plácido», de Luis García Berlanga (1961), es muy útil para ejemplificar acerca del pago aplazado en las obligaciones y la operatividad lógica propia de los títulos-valores.
- «El ladrón de bicicletas», de Vittorio de Sica (1950), ilustra cómo funciona la garantía pignoraticia.

Podríamos seguir citando, pero con los ejemplos expuestos queda claro nuestro modo de obrar. En segundo lugar, el cine no solamente ofrece sugerentes resultados cuando se ejemplifica durante las sesiones magistrales, aunque sea un interesante paso adelante, sino que en ocasiones ha servido para **vertebrar sugerentes actividades prácticas** en grupos reducidos de clase⁴⁶. Exponemos algunos ejemplos de estas actividades de interés que hemos llevado a cabo.

En primer lugar, visionado de una película con interés jurídico, fuera del Aula, y tertulia durante una parte del tiempo de la sesión de trabajo en grupo reducido. En este sentido, hemos utilizado películas de la talla de «El proceso», de Orson Welles (1962), «El hombre que mató a Liberty Valance», de John Ford (1962), o «Matar a un ruiseñor», de Robert Mulligan (1962). Son películas más conectadas con el mundo de Derecho en general que con el Derecho civil en sentido estricto, por lo que son ideales para realizar tareas introductorias a la asignatura, pretendiendo que los alumnos se familiaricen con el Derecho para, después, ir profundizando en el Derecho civil.

El debate en clase, voluntario, se ve complementado con la posibilidad de subir a la página web de la asignatura en la plataforma CampusVirtual un trabajo individual, que también será tenido en cuenta. La actividad suele ser fructífera: el cine es un arma poderosa para trabajar con alumnos sobre temas jurídicos. En todo momento nuestra tarea, como moderadores del

46 En este sentido, es cierto que cada docente encuentra su camino más adecuado al respecto. Por ejemplo, tenemos en mente en este momento las prácticas propuestas metodológicas de Ruiz SANZ, M.: «¿Es conveniente enseñar derecho a través del cine?», cit., pp. 262-264. Para encontrar propuestas concretas de trabajo que hemos llevado a cabo nosotros, explicadas con detalle, vid. QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (Coordinador): *Docencia en asignaturas jurídicas y cine: fichas prácticas de trabajo*, Colex, 2021.

debate e impulsores de la actividad, reside en diseñar adecuadamente, dinamizar la misma e incitar a tratar, si no partiera de los propios alumnos, aquellas cuestiones que se consideran oportunas. Una versión reducida y *sui generis* de esta actividad se produce cuando no se incita al visionado de la película concreta, sino a la interpretación de alguna escena seleccionada de una película, para de ahí extraer las cuestiones que se quieran tratar. Recordamos, en este sentido, como muy fructífera la actividad llevada a cabo con escenas de «El pisito», de Marco Ferreri o «Una noche en la ópera», de los Hermanos Marx.

En segundo lugar, en versión avanzada de la actividad citada, planteamos el visionado de una película, fuera del Aula, con exposición de ideas interesantes por alumnos voluntarios en grupos de sesión magistral o grupos reducidos. Hemos utilizado esta versión también con las tres películas citadas («El proceso», «El hombre que mató a Liberty Valance» y «Matar a un ruiseñor»). Esta versión plantea el problema de que no todos los alumnos se impliquen de igual medida en la actividad, pues si bien la motivación de los directamente implicados es muy potente (y sobre sus intervenciones pivota el buen desarrollo de la actividad), la motivación del resto del alumnado es bastante menor a la hora de ver la película, de cara al debate a tener en clase. Es cierto que su motivación crece durante la sesión presencial, a la hora de ir tratando temas, y se ven incitados a participar en el debate y a ver la película, pero cuesta motivarles para que la vean antes de la sesión. Como en el apartado anterior, el debate en clase, voluntario, se ve complementado con la posibilidad de subir a la página web de la asignatura en la plataforma CampusVirtual un trabajo individual, que también será tenido en cuenta.

En tercer lugar, la propia proyección de películas como actividad a tener en cuenta durante la actividad docente lo llevamos a cabo con «El pisito», de Marco Ferreri (1959). Pese a estar ubicada cronológicamente en la España de los años cincuenta del Siglo XX, los problemas son claramente universalizables, y para los alumnos no resultó una actividad extraña (las cuestiones son comunes, aunque cambien las regulaciones: arrendamientos de vivienda y para uso distinto del de vivienda, subarriendo, muerte del arrendatario, subrogación en dicha posición, resolución del derecho del arrendador, renta y elevación de la misma, etc.).

De cara a la realización de la actividad, subimos a la plataforma diversos enlaces de interés sobre la película, para que la ubicaran y se ubicaran, antes de la proyección, que hicimos en clase. Teniendo en cuenta que disponíamos de tres sesiones de grupos reducidos, aprovechamos el tiempo de dos de los grupos para proyectar la película y el tiempo del tercero para debatir presencialmente. Además, los alumnos podían subir un trabajo individual sobre algún aspecto jurídico concreto reflejado en la película a nuestra página web en CampusVirtual. En el debate se resumió brevemente la película y, posteriormente, se debatió sobre los temas arrendaticios interesantes, valorando cómo se trataban en la película y cómo se regulaban hoy día en el Derecho vigente. Fue una experiencia muy gratificante y muy bien recibida por los alumnos, y por nuestra parte valoramos la labor de resumen y comentario de las cuestiones de mayor interés jurídico en el debate presencial (detección y solución de los problemas relevantes) así como la calidad del trabajo individual subido a la plataforma.

En cuarto y último lugar, también resulta sugerente intercalar el visionado de alguna escena que tenga que ver con el momento que se vive en el Aula, durante sesiones magistrales o grupos de trabajo, y reflexionar sobre ella. Los medios técnicos con que cuentan hoy las Aulas (perfeccionados por la necesidad que provocó la pandemia de la Covid-19) conllevan que sea fácil poder acceder a esta posibilidad, que es especialmente fructífera en un entorno en el que

es complicado mantener la atención de una persona durante mucho tiempo. Trabajar con una escena concreta, no demasiado larga, que conecta necesariamente con la cuestión que se trata, y el alumnado reacciona fenomenalmente bien a esta herramienta. Lo hemos probado con escenas de «Una noche en la ópera», «Matar a un ruiseñor», «El pisito» o «El hombre que mató a Liberty Valance», y la experiencia también ha sido muy provechosa.

2.3. El cómic. Un recurso sorprendente... o no tanto

Puede, en principio, sorprender que nos planteemos la utilización del cómic como recurso pedagógico para trabajar en clase, pero es un recurso plenamente útil si, como sucede con todo recurso, se valora, medita y diseña su operatividad adecuadamente⁴⁷. Nuestra experiencia en este ámbito es menor que las descritas anteriormente, y eso se notará en nuestra exposición, pero no por ello es menos sugerente, cuando consideramos que debemos acudir a ello.

La incorporación de la historieta gráfica como medio de comunicación y manifestación artística puede fijarse a finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX⁴⁸, y es interesante explorar sus posibles aplicaciones didácticas: en este sentido, el éxito de «Persépolis», de Marjane Satrapi, provocó un importante interés por su aplicación pedagógica⁴⁹, pero no cabe duda de que, desde las sugerentes reflexiones de UMBERTO ECO sobre la ampliación del campo cultural y la «cultura de masas», en la que hay que incluir a los tebeos⁵⁰, no debemos dudar sobre la «riqueza de impresiones y de descubrimientos que en toda la historia de la civilización los razonamientos por medio de imágenes han dado a los hombres»⁵¹.

Pese a todo, el uso del cómic en las aulas era inexistente hasta bien entrada la década de los años 70 del siglo pasado⁵², aunque hoy podemos encontrar experiencias sobre la aplicación pedagógica del cómic ya en el ámbito del Derecho⁵³, si bien generalmente se desarrollan

47 Personalmente hemos trabajado con «13, rue del percebe», y hemos reflexionado sobre su utilidad, así como sobre la utilización del cómic, en general, como recurso interesante para la docencia (vid. QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «El cómic como herramienta educativa: '13, rue del percebe' y su utilidad en el ámbito del derecho civil», *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre de 2021, pp. 1-41; reflexiones generales sobre el cómic y la docencia en pp. 2-3).

48 En este sentido, CATALÁ CARRASCO, J.L.: «La historieta 13, Rue del Percebe en la clase de E/LE», *Foro de Profesores de E/LE*, 2008, núm. 4, p. 1.

49 CATALÁ CARRASCO, J.L.: «La historieta 13, Rue del Percebe...», p. 1.

50 ECO, U.: *Apocalípticos e integrados*, Tusquets, 2013, p. 23, 34 y 42.

51 ECO, U.: *Apocalípticos e integrados*, cit., pp. 341-342.

52 JIMÉNEZ GARCÍA, E.: «Comunicación verbal y no verbal en el cómic como recurso didáctico en la enseñanza de español como lengua extranjera», *Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 7, núm. 3, 2020, p. 32.

53 En este sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ GIL, M.J.: «Algo más que cultura de masas: la dimensión (est)ética del cómic», en RAMIRO AVILÉS, M.A. (Editor): *Derechos, cine, literatura y cómics. Cómo y por qué*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 87-100; CARDEÑA CONTRERAS, J.: «¿Cómo representa Maus los derechos humanos? El héroe imposible», en RAMIRO AVILÉS, M.A. (Editor): *Derechos, cine, literatura y cómics...*, cit., pp. 101-113 y FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El género de superhéroes como herramienta docente en las ciencias jurídicas», *Magister, Revista Miscelánea de Investigación*, Vol. 31, núm. 1, 2019, pp. 31-37.

en otros sectores del saber. Personalmente nos ha interesado «13, Rue del Percebe» para ilustrar con sus ricas viñetas explicaciones jurídico-civiles (se podría también leer desde otras ramas del Derecho), y no somos los únicos que hemos puesto nuestros ojos en esta mítica creación: CATALÁ CARRASCO utilizó «13, Rue del Percebe» para sus clases de Español como Lengua Extranjera (E/LE)⁵⁴.

Las aventuras del cómic citado, como sabemos, se ubican en el seno de una comunidad de propietarios constituida en régimen de propiedad horizontal, con todo lo que ello implica a la hora de atender a la convivencia de los copropietarios, y las cuestiones jurídicas, tratadas en clave de humor, son múltiples, en dichas viñetas, como ya probamos en su día⁵⁵. La ejemplificación sobre propiedad horizontal en las más diversas variantes es frecuente (especialmente interesantes las múltiples actividades molestas o el uso discutible de elementos comunes como el ascensor o los pasillos), así como sobre cuestiones jurídico-civiles generales, tales como cumplimiento de obligaciones, incumplimiento y consecuencias, contratos de suministros (agua, luz, gas), daños a terceros, contrato de obra, múltiples matices del contrato de alojamiento de huéspedes o lesiones de los derechos de los consumidores en el comercio de don Senén.

El modo de trabajar con cómic es evidente: el docente debe seleccionar aquella viñeta que interese en un determinado momento (la tarea del docente, a la hora de diseñar la actividad, es esencial), proyectarla en imagen gracias a los medios técnicos del Aula, y reflexionar sobre ella, conectando con la materia que se trate en ese momento.

El resultado es muy provechoso y agradable (el cómic es un formato especialmente afín a los alumnos), simpático (el tratamiento de la norma legal de que se trate se vertebraba en torno a enfoques caracterizados por el humor) y el provecho académico es, conforme a nuestra experiencia, elevado, a la hora de ejemplificar con supuestos de la materia de estudio.

2.4. Más «madera cultural»: Música, pintura...

No solamente la literatura y el cine pueden ser fuente de inspiración para trabajar en el ámbito jurídico, aunque sean las principales manifestaciones artísticas que utilizamos y que se suelen utilizar con intención pedagógica. Brevemente expondremos algunas manifestaciones artísticas que nos pueden aportar experiencias que también pueden ser útiles. En este sentido, la primera de ellas es, inevitablemente, la **música**. «Sin música, la vida sería un error», nos enseñó Nietzsche, y tenía razón. Trabajar con música puede ser una actividad divertida y sugerente, aunque lo hemos practicado en menos ocasiones.

Del trabajo con ella se puede predicar lo ya expuesto acerca de la Literatura, del Cine y del Cómic: el docente debe diseñar adecuadamente la estrategia, escoger cuidadosamente el material (la canción, en este caso) y saber qué pretendemos con la realización de la actividad. Por exponer un ejemplo real diseñado por nosotros, recordaremos cómo en cierta ocasión, con alumnos de Derecho Civil I, del Grado en Derecho, durante el curso académico 2010/2011, organizamos la siguiente actividad práctica: solicitamos a los alumnos que escucharan la canción «Tierna y dulce historia de amor», de Ismael Serrano, y que destacaran todo aquello

54 CATALÁ CARRASCO, J.L.: «La historieta 13, Rue del Percebe en la clase de E/LE», cit., p. 1.

55 QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «El cómic como herramienta educativa: '13, rue del percebe' y su utilidad en el ámbito del derecho civil», cit., pp. 5-13.

que les sonara a jurídico en la canción, tanto en el debate que tendríamos en clase sobre el tema como en trabajo individual subido a la web de nuestra asignatura en CampusVirtual. No necesariamente jurídico-civil, pero sí que sonara a jurídico, debatiendo sobre los perfiles de aquello que se tratara (identificación, explicación, tratamiento del tema en la canción, etc.). Por ello, se evaluaron tanto las intervenciones en el debate, presenciales, como el trabajo individual de cada uno entregado en la plataforma.

La actividad era, claro está, un divertimento destinado a alumnos que se iniciaban en sus estudios del Derecho, pero sirvió para educar la mirada y el oído, para destacar cómo se puede utilizar una mirada jurídica también sobre la letra de una canción. Los temas que salieron, obviamente, son imaginables (y excluimos el Derecho penal, que no deja de ser importante aquí): derecho fundamental de participación política, minoría de edad y reflejo en la capacidad jurídica de las personas físicas, libre desarrollo de la personalidad, derecho al matrimonio, libertad de expresión, libertad de información, derecho de creación, derecho de asociación, libertad ideológica, religiosa y de culto, etc.

Fue una actividad muy bien recibida y tratada con gran interés y motivación, y fue fructífera para acercarnos de modo lúdico a instituciones claramente jurídicas, a sus contenidos, contornos conceptuales y límites.

Tan sugerente resulta esta actividad, cuando se diseña y ejecuta adecuadamente, que tenemos como un objetivo científico para el futuro analizar desde el prisma del Derecho civil cierta canción, cuyo título omitiremos en este momento, que puede dar juego académico, por la exposición de conceptos civiles canónicos que hay en ella.

También se puede trabajar con **obras pictóricas**, y en este caso debemos confesar que no hemos llevado a cabo esta práctica, pero la tenemos en mente después de leer la publicación cuyo enlace aportamos (<https://tienda.boe.es/detail.php?id=9788434026483>) y que dedica una mirada laboralista a la pintura del Museo del Prado. Trabajar con arte siempre merece la pena, y debemos esforzarnos por diseñar actividades de interés en dicho sentido, tarea que tenemos todavía pendiente en el momento de escribir estas líneas.

2.5. Trabajo con noticias de prensa y foros de debate en la web de la asignatura

Aunque cuando hablamos de Arte no es tan frecuente tener presente el periodismo, en el que la palabra es más medio que fin, en la medida en que somos admiradores (y seguidores, en lo que podemos) de la filosofía de la «Literatura en prensa», defendida y practicada con eficacia por César González-Ruano, Francisco Umbral o Manuel Alcántara, entre otros, no podemos mirar el periódico como un simple montón de papeles en los que se puede leer la información sobre deportes, horóscopo, crucigramas y parrilla televisiva. El periódico es algo más. El periódico puede ser algo más, mejor dicho.

Desde que comenzamos nuestra actividad docente comprobamos lo útil que resulta para el día a día académico la creación de **foros de debate** en las páginas web de nuestras asignaturas (en Campus Virtual, la plataforma de nuestra Universidad existente a estos efectos), por la gran cantidad de posibilidades pedagógicas que ofrece. Su carácter asíncrono beneficia que uno pueda organizar su tiempo de modo flexible, e incentiva que los alumnos trabajen

fuera del horario de las sesiones presenciales con supuestos que, pese a estar íntimamente conectados con la materia, se salgan del día a día docente. Además, se complementa la actividad de las sesiones presenciales y se mantienen sugerentes debates⁵⁶. Como profesores debemos ser conscientes de nuestra tarea de diseño, supervisión y gestión del foro, para que resulte fructífero (motivando el debate, ordenándolo, orientándolo y logrando que sea lo más provechoso posible), así como de que estamos ante una herramienta que enriquece y complementa la labor docente, pero que no la sustituye⁵⁷.

Sin embargo, y partiendo de la bondad de dicha herramienta, dimos **un paso más** y ésta resultó especialmente fructífera: organizar debates en torno a noticias de prensa conectadas con temas de nuestra programación académica. Hemos desarrollado esta actividad de modo constante hasta que cierta modificación legislativa nos impidió seguir con ella (desde la Universidad se nos recordó, expresamente, la cuestión, para que los docentes estuviésemos informados y no volviéramos a subir noticias de prensa a la plataforma)⁵⁸. Pero queremos recordarla por lo fructífera que resultó, lo agradable que es el recuerdo y lo provechosa que siempre fue.

¿De qué modo se vertebraba la estrategia pedagógica que presentamos? ¿En qué consiste la actividad? Como es imaginable, estamos ante un foro de debate general en la web, pero lo iniciamos gracias a insertar una noticia de periódico⁵⁹ conectada con alguna cuestión concreta de nuestra programación para vertebrar el debate⁶⁰. De este modo logramos, en primer lugar, un interesante efecto ajeno al ámbito de nuestra materia: resaltamos la bondad de la lectura de la prensa rigurosa y la carga de estar informados sobre lo que sucede en el mundo que habitamos. Hay personas que jamás se han acercado a la lectura de la prensa, o que no lo hacen con frecuencia, y consideramos que incentivar dicha lectura es positivo para lograr un mayor nivel de responsabilidad como ciudadano. Es obvio que, si estuviésemos ante alumnos de la Facultad de Ciencias de la Comunicación, el uso y estudio de la prensa se haría de otro modo, más científico-técnico, completo y riguroso, pero nunca olvidemos que estamos ante la impartición de una asignatura conectada con el Derecho civil.

En segundo lugar, el efecto positivo que provoca sobre la valoración de nuestro objeto de estudio es evidente: gracias a estos ejemplos es todavía más palpable la utilidad del estudio

56 MARTÍN RÍOS, P. y PÉREZ MARÍN, A.: «El empleo del foro de discusión virtual en la enseñanza del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Bosch Editor, 2011, pp. 461-470.

57 En este sentido, FERNÁNDEZ FUSTES, D.: «Los foros de discusión en la docencia del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, cit., p. 474.

58 Pese a que ya no utilizemos estas noticias en foros, sin duda seguimos apelando a estas noticias durante nuestras sesiones presenciales para ejemplificar. En este sentido, seguimos utilizando esta estrategia, aunque la utilización en foros de debate resultaba infinitamente más fructífera y sugerente, por permitir un trabajo más sosegado, ilustrado y profundo (derivadas de las características de trabajar en un foro, como hemos apuntado anteriormente).

59 Es obvio que extraemos las noticias de prensa seria, rigurosa y contrastada, para fomentar la lectura responsable de prensa que merece el calificativo de rigurosa.

60 Interesante reflexión sobre la utilidad de la prensa en el estudio del Derecho procesal en GRANDE SEARA, P., ESPINO HERNÁNDEZ, D.: «La prensa escrita como recurso para el aprendizaje del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, cit., pp. 533-542.

del Derecho civil, cuando comprobamos cómo en la vida real los asuntos relativos con él son frecuentes y pueden ser noticia de prensa. Lo que estudiábamos cada día en clase, por tanto, era cierto. Sucedió en la vida, y ese suele ser el mejor banderín de enganche para defender la utilidad de una materia.

En tercer lugar, ayuda a ilustrar nuestras sesiones presenciales con ejemplos que resultan generalmente más elaborados que los mejores «ejemplos de laboratorio» que podamos diseñar. Esto redundaba positivamente en la cercanía de nuestra docencia hacia el entorno más inmediato.

En cuarto lugar, incentiva a leer la realidad y sus asuntos diarios, en general, con mentalidad y óptica jurídicas, algo que consideramos muy positivo en nuestros alumnos, por la interiorización del modo de razonar que implica.

En quinto lugar, no cabe duda de que este modo de trabajar promueve el autoaprendizaje, también, en la medida en que los alumnos deben realizar búsquedas inevitables para formar y explicar su argumentación, contrastar hechos, etc.⁶¹

Es fundamental, en esta tarea, saber **seleccionar los ejemplos**. Es la gran responsabilidad del docente, a la hora de diseñar esta estrategia. En este sentido es esencial, en primer lugar, utilizar periódicos rigurosos. Existen muchas posibles fuentes de la que escoger ejemplos, pero debemos fomentar un uso responsable de la red, y conceder credibilidad a aquellos medios que, por su trayectoria y buen hacer, la merezcan. Diarios sensacionalistas de cualquier tipo, prensa del corazón, páginas con sesgos fanáticos o caprichosos, etc., deben ser descartadas. En segundo lugar, es muy importante también saber escoger a los personajes protagonistas de la noticia: intentamos que sean personas conocidas, aunque no que pertenezcan a la prensa del corazón o que sean conocidos por circunstancias que no consideremos pedagógicamente positivas para los estudiantes. Siempre que se mantenga en sus justos términos, tendemos a seleccionar a científicos, creadores de todo tipo (escritores, pintores, cineastas, etc.), deportistas, cantantes, actores y actrices, etc. En todo caso, personas que han labrado su fama gracias a su trabajo y esfuerzo.

En tercer lugar, puede que la noticia que se escoja no incluya a ningún personaje conocido (algo que suele incentivar a participar en el foro), pero resulte cercana por la razón que sea (geográfica, etc.) o porque sintonice perfectamente con alguna cuestión tratada en clase. En todo caso es muy importante saber seleccionar los ejemplos para que nadie se pueda sentir ofendido: es imprescindible ser cuidadoso con los detalles. Nos viene a la mente un caso que encontramos en prensa rigurosa y que era una noticia llamativa: un señor iba a demandar a su esposa una reparación por, según se describía, la fealdad de sus hijos (con ciertos detalles más o menos truculentos). Pese a que estábamos trabajando sobre responsabilidad civil en aquellos momentos, y a que el ejemplo era lo suficientemente estrambótico como para ilustrar gráficamente la cuestión de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, optamos por no utilizarlo por una razón muy clara: la pretensión se llevaba a cabo en China, y utilizar el ejemplo nos parecía una grosera descortesía hacia la importante comunidad de alumnos chinos que teníamos en clase en ese momento.

61 En este sentido, GRANDE SEARA, P., ESPINO HERNÁNDEZ, D.: «La prensa escrita como recurso para el aprendizaje del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, cit., p. 541.

Recordamos como un ejemplo especialmente fructífero el del entonces proceso de incapacitación del futbolista Alfredo Di Stéfano, que utilizamos con alumnos de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Insertamos varias noticias de prensa rigurosa sobre el tema y el debate fue fluido y sugerente. Siempre llevaremos a gala que logramos que se hablara, en el sugerente debate, de procesos de incapacitación, legitimación para el proceso, medidas cautelares, actuación del Ministerio Fiscal, sentencia de incapacitación y su contenido, posible internamiento del incapaz, etc., en un foro de alumnos que no eran de la Facultad de Derecho. Un gran logro pedagógico.

La frescura ejemplificativa que conlleva la utilización de noticias de prensa es insustituible, y solamente el cambio legal citado ha provocado que dejemos de utilizarlas en foros en nuestra página web (seguimos utilizando, en su caso, noticias de prensa durante nuestras sesiones presenciales, pero la profundidad de la actividad no es la misma, como ya hemos apuntado).

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de nuestra exposición hemos ejemplificado para defender la bondad pedagógica de la utilización de la Cultura, de la estrategia cultural, a la hora de afrontar la docencia jurídico-civil. La utilización de la cultura como mecanismo para trabajar el Derecho civil nos ha proporcionado interesantes rendimientos y muy personales satisfacciones. Cine, literatura, cómic, música, arte, periodismo, son útiles a la hora de afrontar el estudio de materias jurídico-civiles, y cada año lo volvemos a comprobar. La cultura nos es útil en nuestra tarea, y convierte nuestra docencia en una docencia de mayor calidad, con un plus que nos parece muy positivo. Como hemos apuntado en nuestra introducción, si se ejemplifica con la cultura se inculca cultura al alumnado.

Es nuestro objetivo: formar en el Derecho civil pero, también, lograr incentivar la existencia de ciudadanos responsables y, en la medida de lo posible, cultos o interesados por la Cultura.

4. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE INTERÉS

CARDEÑA CONTRERAS, J.: «¿Cómo representa *Maus* los derechos humanos? El héroe imposible», en RAMIRO AVILÉS, M.A. (Editor): *Derechos, cine, literatura y cómics. Cómo y por qué*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 101-113.

CATALÁ CARRASCO, J.L.: «La historieta *13, Rue del Percebe* en la clase de E/LE», *Foro de Profesores de E/LE*, 2008, núm. 4, pp. 1-9. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4896146>

CELA, C.J.: *Memorias, entendimientos y voluntades*, Plaza y Janés – Cambio 16, 1993.

CELA, C.J.: «Un juego peligroso (I)», *Diario ABC*, 24 de enero de 1998, p. 11.

CELA, C.J.: *La colmena*, Cátedra – Letras Hispánicas, 2003.

- CHICO Y ORTIZ, J.M.: «Prólogo de la primera edición (1981) con carta responsorial, en CHICO Y ORTIZ, J.M.: *Estudios sobre Derecho hipotecario. Tomo I*, Marcial Pons, 1994, pp. 9-13.
- Eco, U.: «Apocalípticos e integrados», Tusquets, 2013.
- FERNÁNDEZ FUSTES, D.: «Los foros de discusión en la docencia del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Bosch Editor, 2011, pp. 471-475.
- FERNÁNDEZ GIL, M.J.: «Algo más que cultura de masas: la dimensión (est)ética del cómic», en RAMIRO AVILÉS, M.A. (Editor): *Derechos, cine, literatura y cómics. Cómo y por qué*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 87-100.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El género de superhéroes como herramienta docente en las ciencias jurídicas», *Magister, Revista Miscelánea de Investigación*, Vol. 31, núm. 1, 2019, pp. 31-37. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://reunido.uniovi.es/index.php/MSG/article/view/14255>
- GRANDE SEARA, P., ESPINO HERNÁNDEZ, D.: «La prensa escrita como recurso para el aprendizaje del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Bosch Editor, 2011, pp. 533-542.
- JIMÉNEZ GARCÍA, E.: «Comunicación verbal y no verbal en el cómic como recurso didáctico en la enseñanza de español como lengua extranjera», *Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 7, núm. 3, 2020, pp. 29-37. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/1612>
- MARTÍN RÍOS, P. y PÉREZ MARÍN, A.: «El empleo del foro de discusión virtual en la enseñanza del Derecho procesal», en PICÓ I JUNY, J. (Director): *El aprendizaje del Derecho procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Bosch Editor, 2011, pp. 461-470.
- ORTEGA Y GASSET, J.: *Misión de la Universidad*, Cátedra, 2015.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L.: «Cine y Derecho. Aplicaciones docentes», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXVI, 2010, pp. 247-255.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «A Juridic Reading of the Novel «La tía Julia y el escribidor» by Mario Vargas Llosa», *Philippine Journal of Legal Education*, vol. II, 2016, pp. 419-427.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (Coordinador): *Docencia en asignaturas jurídicas y cine: fichas prácticas de trabajo*, Colex, 2021.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Introducción. El cine y la actividad pedagógica en el ámbito jurídico», en QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José (Coordinador), *La utilización del cine en la docencia del Derecho: propuestas de interés*, Colex, 2021, págs. 19-24.

- QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «El cómic como herramienta educativa: '13, rue del percebe' y su utilidad en el ámbito del derecho civil», *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre de 2021, pp. 1-41.
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Lectura del *Quijote* realizada por un civilista: cuestiones jurídicas puntuales de interés», e/*Humanista / Cervantes* (9-10) 2022, pp. 69-92. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.ehumanista.ucsb.edu/>
- QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Vidas» en ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Coordinador): *Literatura sobre inmigración*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 129-153.
- RIVAYA, B.: «Derecho y cine. Sobre las posibilidades del cine como instrumento para la didáctica jurídica», en PRESNO LINERA, M.A. y RIVAYA, B. (Coordinadores): *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 12-28.
- RIVAYA, B.: «Todo lo que siempre quiso saber sobre el Derecho y nunca se atrevió a preguntar», en RIVAYA, B.; AGUDELO RAMÍREZ, M.; ANJEL, M.; ESTRADA VILLA, A.; SALDARRIAGA MONTOYA, J.F. y CERÓN GONZALEZ, W.: *Cine y Derecho*, Ediciones Unaula, 2016, pp. 21-55.
- RIVAYA, B.: «Plano general de Derecho y Cine: concepto, método y fuentes», en RIVAYA, B.: *Derecho y Cine en 100 películas*, segunda edición, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 19-150.
- RUIZ GUTIÉRREZ, A.M.: «Imago: el cine en la educación e investigación jurídica», *Iustitia*, enero-diciembre 2013, pp. 163-190.
- RUIZ SANZ, M.: «La enseñanza del Derecho a través del cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas», *Revista de Educación y Derecho*, núm. 9, 2014, pp. 1-16. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4698277>
- SEDEÑO VALDELLÓS, A. y QUESADA SÁNCHEZ, A.J.: «Cine y Derecho: un sugerente cruce de caminos de cara a la actividad docente», *Diario La Ley*, núm. 9595, 17 de marzo de 2020 (12 páginas). Enlace: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/03/17/cine-y-derecho-un-sugerente-cruce-de-caminos-de-cara-a-la-actividad-docente?fbclid=IwAR1tTFMzi1I2FbGzl69ZDLyAKDMdJjgL39H6VfPqY8JleDn-g3ajoJyjZbh8>.
- THURY CORNEJO, V.: «El cine, ¿nos aporta algo diferente para la enseñanza del derecho?», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 14, 2009, pp. 59-81. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/acdmia/cont/14/art/art3.pdf>

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA DE LOS FOTÓGRAFOS: LA PROTECCIÓN DE SUS CREACIONES POR LA PROPIEDAD INTELLECTUAL Y COMO VÍA PARA LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

PHOTOGRAPHERS' FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION:
THE PROTECTION OF THEIR CREATIONS BY INTELLECTUAL PROPERTY
AND AS A MEANS OF PRESERVING CULTURAL HERITAGE

Elisa Gutiérrez García

Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
elisagut@ucm.es

RESUMEN:

El presente trabajo analiza la libertad de expresión artística de los fotógrafos y la protección de los frutos derivados de su creación. Estos se tutelan por la propiedad intelectual como obras, sujetas a derechos de autor, y como meras fotografías, por derechos «afines» o «conexos», dependiendo de si resultan originales. A la luz de esta doble vía, las fotografías serán las creaciones que mayor protección tendrán por la propiedad intelectual. Esta protección, esencialmente inmaterial, se proyectará asimismo sobre la conservación del patrimonio cultural a través del derecho moral del autor a exigir el respeto a la integridad de su obra.

ABSTRACT:

This paper analyses photographers' freedom of artistic expression and the protection of the results derived from their creation. These are protected by intellectual property as works, subject to copyright, and as mere photographs, by «neighbouring» or «related» rights, depending on whether they are original. In the light of this double track, photographs will be the creations that will have the greatest intellectual property protection. This protection, which is essentially immaterial, will also affect the preservation of cultural heritage through the moral right of the author to demand respect for the integrity of his or her work.

PALABRAS CLAVE:

Libertad de expresión artística, libertad de creación, derechos fundamentales, obra fotográfica, mera fotografía, propiedad intelectual, derechos de autor, derecho de participación, patrimonio cultural.

KEYWORDS:

Freedom of artistic expression, freedom of creation, fundamental rights, photographic work, mere photography, intellectual property, copyright, resale right, cultural heritage.

ÍNDICE:

1. Introducción.
2. La libertad de expresión artística.
3. La propiedad intelectual y los derechos de autor.
4. Las obras como objeto de protección de la propiedad intelectual.
5. Las fotografías como objeto de protección de la propiedad intelectual.
6. La propiedad intelectual como vía (indirecta) para la protección del patrimonio cultural.
7. Conclusiones.
8. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La fotografía es una de las formas artísticas de más reciente aparición, sobre todo si la comparamos con las artes clásicas, de tantos siglos de trayectoria. Su concepción como arte gozó de cierto escepticismo entre juristas, académicos y virtuosos de otras áreas a comienzos del siglo pasado, tal y como sucedería años después con la cinematografía —fotografía en movimiento, a fin de cuentas—. El componente técnico característico de la nueva disciplina parecía anular cualquier atisbo de creatividad que pudiera tratar de implementar su responsable, por lo que no existía posibilidad de que el resultado contuviera impronta personal alguna de éste. Para muchos se trataba meramente de capturar la realidad circundante, donde lo bello o digno de admiración ya estaba presente frente al objetivo, no suponiendo su captura mecánica un acto creativo ni su resultado algo digno de protección.

El paso del tiempo, no obstante, constató que la libertad creativa de los emergentes autores era muy vasta. La intervención del fotógrafo podía resultar crucial desde la preparación de la estampa hasta el relevado de la imagen, pasando por su fijación y la forma final de concebirla o ejecutarla. Por ello, el resultado alumbrado por la cámara fotográfica —y posteriormente por la cinematográfica—¹ podía ser considerado una obra que merecía ser amparada por el derecho.

1 No es el objeto del presente trabajo abordar las diferentes denominaciones y desarrollos técnicos que derivaron en la cámara fotográfica y sus soportes de fijación, como tampoco en rela-

Por su parte, con carácter añadido, el paralelo desarrollo de los derechos fundamentales y los sistemas políticos democráticos, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, puso de relieve la importancia que tenía la libertad de expresión para el libre desarrollo de la personalidad. Esta libertad debía comprender la facultad de todos los sujetos para expresarse creativamente en un marco jurídico de libertad, sin cortapisas que fueran más allá del respeto a los derechos de los demás, incluyendo a los autores que nos ocupan como titulares de este a la libertad de expresión artística.

En la actualidad, este contexto creativo es firmemente tenido en cuenta y respaldado por el legislador. La libertad de expresión artística o libertad de creación se recoge en el artículo 20.1.b) de la Constitución Española (CE), como derecho fundamental, entroncando con la libertad de expresión garantizada en la letra precedente. Dicho precepto reconoce y protege el derecho «[a] la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; esto es, a la libertad de creación pacífica y sin injerencias, otorgando especial valor a lo creativo a efectos de su difusión, más allá del discurso de corte político, clásicamente amparado por la genérica «libertad de expresión»².

Los frutos derivados de ese acto creativo, a su vez, se encuentran regulados por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI). Esta protección de los resultados inmateriales resulta básica, en primera instancia, como incentivo a la creación para los potenciales autores, a la luz de los derechos personales y patrimoniales que la norma les atribuye. De no existir este incentivo por el que rentabilizar el esfuerzo intelectual y protegerlo frente a terceros, la producción artística sin lugar a dudas aminoraría sustancialmente, pues cualquiera podría hacer uso de las creaciones sin mediar ningún tipo de remuneración y en cualquier condición, incluso «maltratando» la creación ajena. En segunda instancia, la importancia de esta protección es destacable desde el punto de vista patrimonial y en beneficio último de la sociedad, por la tutela indirecta que proporciona el texto sobre el soporte en el que se contenga la expresión artística³.

ción con la cámara cinematográfica, la película virgen para impresionar, ni las distintas invenciones paralelas que dieron lugar a sendas disciplinas como las conocemos en la actualidad. Cabe señalar, sin embargo, que la fotografía y la cinematografía resultaron de un cúmulo de avances técnicos que difícilmente y en justicia se pueden atribuir a un único sujeto en ambos casos. Sin perjuicio de lo anterior, existe cierto consenso en atribuir a Joseph Nicéphore NIÉPCE la invención de la cámara fotográfica y a Auguste y Louise LUMIÈRE el cinematógrafo. Sobre ello, *vid.* SOUGEZ, Marie-Loup, «La aparición de la fotografía. Inventores y primeros procedimientos», en *Historia general de la fotografía*, obra colectiva, coordinadora Marie-Lout Sougez, Cátedra, Madrid, 2007, págs. 31 y ss.; GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román. *Historia el cine*, Anagrama, Barcelona, 2016.

2 URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iniesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 617.

3 Bien entendido que la propiedad intelectual no recae sobre el soporte que contiene la obra, sino sobre la propia obra, de carácter inmaterial.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

El derecho a la libertad de expresión artística o de creación se considera una manifestación concreta o ramificación de la libertad de expresión⁴, aunque de distinto significado⁵. La tutela internacional de ésta última se alcanzó en el texto regulador por antonomasia de los derechos fundamentales en el mundo: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1950). En ella se reconocía el derecho de todo individuo «a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión» (art. 19). Con una plasmación monista de la libertad de expresión, comprendiendo en su seno el derecho a la información, se trataba del reconocimiento de un derecho de carácter esencialmente político, que se complementaba con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18); el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas (art. 20); y el derecho, por último, a la participación política (art. 21).

El reconocimiento expreso del derecho a la libertad de expresión artística no se producirá en este contexto hasta 1976, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)⁶ y, sobre todo, con motivo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)⁷, ambos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas. Éste último reconoce el compromiso de los Estados Partes en el Pacto «a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora» (art. 15.3), sin perjuicio de toda persona a «participar en la vida cultural» [art. 15.1.a)].

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce, con carácter añadido, «el derecho de toda persona a: [...] [b]eneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» [art. 15.c)]; dicho en otros términos, a la protección de la propiedad intelectual que le pudiera corresponder.

El derecho «[a] la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» actualmente recogido en la CE [art. 20.1.b)] manifiesta su verdadera entidad propia en la protección constitucional del momento creativo, garantizando plena libertad tanto en la reflexión como en la elaboración de la creación. Y ello deviene esencial para el propio desarrollo de la personalidad. De hecho, tal y como afirma URÍAS MARTÍNEZ⁸, «la íntima vinculación entre el proceso creativo

4 GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. «Libertad de expresión: régimen jurídico-administrativo sustantivo y procesal», en *Libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, obra colectiva, director Pedro J. Tenorio Sánchez, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pág. 434.

5 ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, octava edición, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 419.

6 Conforme a su artículo 19.2, «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

7 Vid. art. 15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

8 URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Nieta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 618.

y la esencia misma de la personalidad hacen que cualquier determinación de la manera en que se ha de elaborar una obra afecte a la dignidad misma de la persona y su capacidad de autodeterminación». El amparo a la libertad de creación entronca directamente con la interdicción de censura previa del apartado 2 del mismo artículo; una práctica que ha afectado fuertemente a autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores y demás agentes culturales en un pasado muy reciente de nuestro país, y que necesariamente comporta una serie de vulneraciones en materia de propiedad intelectual y un correlativo daño irreparable para la cultura, la educación, el desarrollo social y la economía en cualquier Estado.

En este sentido y a falta de mención expresa, se ha cuestionado frecuentemente si la protección procurada a la libertad de expresión artística en la CE, debía comprender los frutos que del ejercicio de dicha libertad se derivaran, con todas las implicaciones que ello suponía; es decir, si la propiedad intelectual sobre las creaciones que resultaran debía entenderse como un derecho fundamental, digno de la máxima protección constitucional, o si, en cambio, este aspecto escapaba del núcleo duro o contenido esencial del derecho mencionado, quedando excluido del régimen garantista aplicable a «los derechos fundamentales y de las libertades públicas» de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I.

La primera redacción del apartado b) del artículo 20 garantizaba «los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica», por lo que a la luz del devenir legislativo parece que tal materia se excluyó como derecho fundamental⁹. De hecho, nótese que el propio TRLPI debía haber sido una Ley Orgánica, en caso contrario, tal como impone el artículo 81 de la CE.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar que el artículo 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) «protege la propiedad intelectual», dentro del derecho a la propiedad. Esta propiedad especial de carácter inmaterial ha sido recientemente puesta en valor por el TJUE frente a la libertad de expresión, en igualdad de condiciones formales¹⁰. Todo ello, junto a los tratados multilaterales de las Naciones Unidas citados, de carácter vinculante, se debe tener en cuenta a la luz del artículo 9.2 de la CE, según el cual, «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y

9 URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iniesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 617.

10 *Vid.* la reciente STJUE, de 26 de abril de 2022 (ECLI:EU:C:2022:297) (asunto C-401/19, República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea), a propósito de un recurso de anulación interpuesto por la República de Polonia frente al Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. En éste, el país de la Europa Oriental señalaba que la Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE atentaba contra la libertad de expresión de los usuarios con motivo la inclusión de un régimen de responsabilidad agravado dirigido a ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información, que trata de garantizar el máximo respeto a los derechos de propiedad intelectual de los creadores. El recurso fue desestimado, condenando en costas a la República de Polonia. Sobre ello, *vid.*, GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa. «La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº58, págs. 1-33.

los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», a pesar de la incorporación insuficiente que ha procurado nuestro Tribunal Constitucional¹¹.

Con independencia de la calificación jurídica dada por el legislador patrio, la propiedad intelectual es de mayúscula importancia en relación con la libertad de creación que debe guiar todo proceso artístico.

3. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR

A grandes rasgos, se puede definir la propiedad intelectual como aquella propiedad inmaterial, de carácter especial¹², que ostentan determinados sujetos sobre las obras literarias, artísticas o científicas que crean o en las desarrollan un papel relevante en el proceso creativo.

La expresión «propiedad intelectual» se usa frecuentemente como sinónimo de «derechos de autor» cuando el sujeto beneficiado es el creador de la obra. No obstante, conviene apuntar que tal equiparación sólo sería acertada desde una concepción relativamente «reduccionista» de la propiedad intelectual. En realidad, la propiedad intelectual se integra por dos conjuntos de derechos en nuestro país. En primera instancia, por los ya citados «derechos de autor»: aquellos que la ley le reconoce al autor, atribuyéndole facultades de distinta naturaleza sobre su creación; una suerte de monopolio que le permitirá decidir las condiciones en las que otros pueden explotarla. Serán los derechos que le corresponderán a un fotógrafo sobre su obra fotográfica por el solo hecho de crearla, a título de ejemplo.

En segunda instancia, la propiedad intelectual se integra, asimismo, por otro conjunto de derechos denominados «conexos», «afines» o «vecinos», que recaen sobre otros sujetos que desempeñan un papel especial en la gestación de obras u otras creaciones, sin ser los autores. Sería el caso, por ejemplo, del productor fonográfico o del productor audiovisual sobre la grabación fonográfica o audiovisual que sea fruto de su iniciativa y responsabilidad (arts. 114-119 y 120-125, respectivamente). También de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones (arts. 105-113); de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o retransmisiones (arts. 126-127); de determinados sujetos y editoriales sobre ciertas publicaciones (arts. 129-130); y, en lo que aquí nos interesa, de los realizadores de meras fotografías sobre sus fotografías o reproducciones obtenidas por procedimiento análogo a aquéllas (art. 128).

Los derechos de autor están protegidos en el Libro Primero —de los derechos de autor— del TRLPI, ofreciendo a los autores las máximas garantías de protección, mientras que los «otros derechos» de propiedad intelectual están regulados en el Libro Segundo —de los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección «sui generis» de las bases de datos—,

11 CARMONA CONTRERAS, Ana María. «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias», en *La Constitución de los españoles. Estudio homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, obra colectiva, directores Manuel Aragón Reyes, Javier Jiménez Campo, César Aguado Renedo, Antonio López Castillo y José Luis García Guerrero, págs. 578-590.

12 Vid. arts. 428 y 429 del Código Civil.

según los cuales los sujetos beneficiarios ostentarán determinadas facultades sobre algunas creaciones, pero no de la entidad y naturaleza que las de los autores.

Por último, conviene señalar, retomando el aspecto terminológico de la cuestión, que en foros internacionales y otros ordenamientos jurídicos la propiedad intelectual comprende asimismo lo que en España se denomina «propiedad industrial» y que es tratada separadamente. Ésta se integra por el derecho de patentes, marcas, diseños industriales, secretos profesionales y demás materias más próximas al área industrial que intelectual¹³. El uso de las expresión propiedad intelectual habrá de circunscribirse en cada caso.

4. LAS OBRAS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El objeto de protección paradigmático de la propiedad intelectual, en general, y de los derechos de autor, en particular, son las obras. Éstas se definen en el TRLPI como «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro [...]» (art. 10.1).

La propia norma establece a continuación un listado, meramente ejemplificativo, sobre los tipos de creaciones que pueden quedar englobadas en el objeto de protección precisado. Entre ellas se especifican «[l]as obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía» [art. 10.1.h)]. Se trata de un listado abierto en el que cabría tomar en consideración cualquier creación que encontrara encaje en la definición general de obra, contenida al comienzo del artículo.

Así, tan pronto como un resultado creativo pueda considerarse obra, se entenderá amparado por la norma y su responsable se erigirá, *a priori*¹⁴, titular de todos los derechos personales y patrimoniales que le correspondan por el solo hecho de su creación¹⁵, sin más limitaciones que las establecidas en la ley¹⁶.

De la definición de obra del TRLPI, se extraen los requisitos que las creaciones deberán cumplir para ostentar la condición de «obras» y sus responsables, consecuentemente, puedan erigirse como «autores» y titulares, por tanto, de «derechos de autor». Así, las obras deberán: (i) ser una creación, gestada por un ser humano; (ii) presentar originalidad en la medida suficiente; (iii) pertenecer al ámbito artístico, literario o científico, a título descriptivo; (iv) estar expresada en un medio o soporte, de tal modo que sea perceptible.

13 BEROVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. «La obra», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs.19-20.

14 La norma general es que el autor sea el titular originario de todos los derechos. Cabe la posibilidad, no obstante, de que los derechos sean atribuidos a un tercero si nos encontramos, por ejemplo, ante una obra colectiva (art. 8 TRLPI) o bajo una relación laboral (art. 51 TRLPI).

15 Vid. art. 2 TRLPI.

16 Vid. art. 1 TRLPI.

De entre los citados requisitos, es la originalidad el que más enjundia presenta. Siguiendo al jurista OTERO LASTRES¹⁷, se trata de un «concepto enigmático [...], expresión que tiene una significación oscura, misteriosa y muy difícil de penetrar». Y ello, a pesar de toda la literatura relacionada y de ser un término acogido por nuestra legislación desde el siglo XIX.

La identificación de la originalidad en una concreta creación no resultará baladí, pues, en el ámbito fotográfico, será determinante para delimitar si una creación es tenida por «obra» y su responsable por «autor» o si ésta constituye, en cambio, una «mera fotografía» gestada a manos de un «realizador».

5. LAS FOTOGRAFÍAS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. La originalidad de las obras fotográficas y las meras fotografías

La originalidad como condición *sine qua non* para que una creación esté protegida por el derecho de autor se ha entendido tradicionalmente desde dos perspectivas: la originalidad subjetiva, por la que la obra debía reflejar la impronta creativa del autor, su personalidad, no habiendo copiado nada ajeno; y la originalidad objetiva, entendida como la necesidad de que el autor creara algo nuevo en relación con el acervo cultural ya existente, en términos absolutos, cumpliendo con un requisito semejante a la novedad exigible a las patentes o diseños industriales¹⁸.

Si bien la originalidad subjetiva resultaba propia de las artes clásicas, las nuevas formas de expresión derivadas del desarrollo tecnológico, en las que la impronta personal del autor es tan difícil de advertir, hacen que la aplicación del criterio de originalidad objetivo sea preferible, dada la seguridad jurídica que genera frente al criterio subjetivo. La identificación de una creación como original a partir del universo de las obras preexistentes —originalidad objetiva— será mucho menos arbitraria, que si el criterio aplicable deriva de la propia persona del autor —originalidad subjetiva—.

17 OTERO LASTRES, José Manuel. «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a* (A Coruña, 22 y 23 de marzo de 2007), obra colectiva, coordinadores Rafael García Pérez y Marcos-A. López-Suárez, Universidad de La Coruña (Servizo de Publicacións), A Coruña, 2008, pág. 73.

18 *Vid.*, en este sentido, el artículo 6 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. y homólogo artículo en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. La regulación en materia de diseño industrial está siendo objeto de revisión por parte del legislador europeo. El requisito de novedad, no obstante, no parece que vaya a sufrir modificaciones sustanciales ni a dejar de ser exigible. *Vid.* art. 4 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (refundición), COM(2022) 667 final (Bruselas, 28.11.22). Disponible en ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12609-Propiedad-intelectual-revision-de-las-normas-de-la-UE-sobre-diseno-industrial-Directiva-sobre-dibujos-y-modelos_.es. Fecha última visita: febrero 2023.

En relación con las obras fotográficas y de manera poco pacífica para la doctrina, el legislador europeo se inclinó abiertamente por la originalidad subjetiva en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Según advierte el Considerando 16 del texto, «[u]na obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que *refleja su personalidad*, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad»¹⁹. Por su parte, según el artículo 6, «[l]as fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean *creaciones intelectuales propias del autor* serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección»²⁰. Según BERCOVITZ²¹, la incorporación de este criterio no tuvo justificación jurídica. El único objetivo de la Directiva 2006/116/CE era unificar la duración temporal de los derechos de propiedad intelectual en la región. La determinación de los requisitos exigibles para considerar una creación como digna de tutela era una materia que le resultaba ajena, debiendo haber sido competencia exclusiva de los legisladores nacionales la fijación de este concepto.

En cualquier caso, en la actualidad no cabe duda de que el concepto de obra presenta como rasgo definitorio la originalidad, aún cuando no se mencione de forma expresa, de tal manera que una creación que no la ostente, no podrá ser considerada obra. Con carácter añadido, ésta deberá presentarse en la medida suficiente; deberá tener una relevancia mínima²².

De cara a la necesaria apreciación de originalidad en una creación, su responsable —el potencial autor—, debe tener margen de libertad suficiente para tomar determinadas decisiones arbitrarias, dentro de un abanico de posibilidades, en el proceso gestacional. De lo contrario, si el sujeto se ve fuertemente circunscrito en su acto creativo, limitado o ceñido por normas u otros factores determinantes, de tal manera que en la práctica carezca de esa libertad creativa, el resultado de su intervención nunca llegará a ser original. La falta de libertad creativa aquí mencionada resulta más amplia que la que se derivaría de una vulneración del artículo 20.1.b) y del 20.2 de la CE. Ésta podría quedar incluida si responde a algún tipo de censura administrativa, a título de ejemplo, pero también podría darse el caso de que el contexto en el que se pretenda enmarcar la obra genere esa ausencia de libertad por parte del que pretende ser autor, como se ha afirmado del fútbol²³ o de las faenas taurinas²⁴.

19 El remarcado es propio.

20 El remarcado es propio.

21 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 163.

22 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo «Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 105-109.

23 *Vid.*, en este sentido, la STJUE, de 4 de octubre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:631) (asunto C403/08, *Football Association Premier League* y otros), en la que el tribunal europeo entendió, respecto de los partidos de fútbol, que «las obras protegidas deben constituir una creación propia de su autor» (apdos. 97 y 155) y que este criterio no se cumple en el caso de un partido de fútbol, «al estar delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa en el sentido de los derechos de autor» (apdo. 98).

24 Según la STS 82/2021, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:497), «[l]a pretendida creación intelectual de cada lidia, atribuible al torero, participa de un argumento común: el torero se enfrenta a un toro bravo, a quien intenta dominar y finalmente matar, eso sí, con la pretensión de hacerlo de

La aparente falta de aportación (suficientemente) original de los fotógrafos sobre el resultado a la vista del supuesto poco margen de maniobra del que disponían, unido indudablemente al elemento técnico mediante, ha sido el principal escollo para que la fotografía fuera jurídicamente «denostada» desde su alumbramiento.

2. La protección de las obras fotográficas por el Convenio de Berna

A nivel internacional, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (CB) es el texto por antonomasia regulador de los derechos de autor²⁵. El escepticismo inicial del texto hacia las fotografías, una forma artística emergente, fue manifiesto. Un escepticismo que, lamentablemente, pervivió en el tiempo hasta la fecha.

El CB data de 1886, habiendo sido revisado en siete ocasiones desde entonces; la última de ellas, por el Acta de París, en 1971. En el momento de la redacción originaria, la fotografía existía desde hacía décadas, sin embargo, no se reflejó en el articulado, a pesar de la insistencia de la delegación francesa en las negociaciones. La delegación germana mostró una fuerte oposición acerca de la protección de las obras fotográficas; una recelosa actitud que mantendría en las distintas revisiones y que representaría un importante freno a su reconocimiento y amplitud de protección en contra de la arraigada postura francesa. Según habían señalado los opositores, el ordenamiento alemán no les permitía aceptar la mención de las fotografías en el proyecto de Convenio. Sin embargo, reconociendo que la protección de las obras fotográficas originales era conveniente, el Comité decidió expresar el deseo de que se introdujera su tutela en el futuro cercano²⁶.

forma artística. Esta faena se desenvuelve en una secuencia de actos en cierto modo pautada, en cuanto que se desarrolla en tres tercios (varas, banderillas y muleta), además de la muerte del toro, y está previsto el contenido de cada uno de ellos, el lugar en que se ha de desarrollar y la función que ha de realizarse. Por otra parte, en la lidia del toro destacan dos aspectos que escapan a la protección como obra de propiedad intelectual: la técnica y la habilidad del torero. Forma parte de su saber hacer proyectado en cada faena, el conocimiento que tiene de los toros y su capacidad de entender el que en ese caso le corresponde torear, que le permite adaptarse a su comportamiento (provocar una salida, encauzar el curso del animal, dirigirlo con un movimiento de brazo o de muñeca, etc.), así como su colocación respecto del toro. También la habilidad desarrollada con el capote, la muleta y la espada, para realizar una concreta faena, que no dejan de ser destrezas». Así, continúa el tribunal, «la creación intelectual atribuible al torero, a su talento creativo personal, estaría en la interpretación del toro que le ha correspondido en suerte, al realizar la faena, en la que además de la singularidad de ese toro, influiría mucho la inspiración y el estado anímico del torero. Esta creación habría de plasmarse en una expresión formal original, que en este caso podría llegar a ser la secuencia de movimientos, de los pases realizados por el torero, que para ser originales deberían responder a opciones libres y creativas, o a una combinación de opciones con un reflejo estético que proyecte su personalidad. Y, en cualquier caso, esta expresión formal original debería poder ser identificable con precisión y objetividad» (F.J. 3º). Resulta inidentificable la pretendida creación intelectual para el tribunal.

25 Hasta la fecha, el texto está suscrito por 181 Estados. Datos extraídos del documento actualizado a 9 de junio de 2022, disponible en www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf. Fecha última visita: febrero 2023.

26 DROZ, Numa; SOLDAN, Charles; FREY, Bernard. «First Conference In Berne, 1884 – Minutes», en *Berne Convention Centenary. 1886-1986*, International Bureau of Intellectual Property, Ginebra, 1986, pág. 95.

Diez años después, el Acta Adicional de París (1896) dejaría en manos de cada país la protección de las «obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo [...] en la medida de la protección que conceda a las obras nacionales similares» (art. 2.I.B, por el que se modifica el art. 4)²⁷. Sin embargo, sí protegería, con carácter general, «la fotografía autorizada de una obra de arte protegida» durante el mismo plazo de protección que la obra capturada. Nótese que no se denominó a estas imágenes «obras», sino que simplemente se habló de «fotografías» de otras obras, a partir de las cuales se estableció ese vínculo de protección. Las fotografías no eran protegidas *per se*, en este caso, sino por retratar una creación suficientemente original preexistente, a modo de «reproducción». Como ya argumentó durante la tramitación para la original del Convenio Louis ULBARCH²⁸, el delegado del gobierno francés, «si bien es posible que no deseen proteger la fotografía comercial ordinaria en este momento, considerarán que una fotografía artística que reproduzca una obra maestra es un reflejo de dicha obra maestra, y digna de respeto, aunque no en la misma capacidad, pero al menos en virtud de una especie de relación remota».

Las obras fotográficas se consolidarían en el Acta de Berlín (1908), cuando se preceptuó la obligación de los países contratantes de garantizar su protección (art. 3), aunque sin incluirse en el listado genérico de «obras literarias y artísticas» del artículo 2, conviene apuntar. El plazo de protección se regulaba por la ley del país donde la protección fuera reclamada, sin que ésta pudiera exceder la fijada en el país de origen de la obra (art. 7); una fórmula semejante a la empleada en la primera versión del CB para la generalidad de las obras (art. 2 CB, 1886). Ello conllevaba que la efectiva protección de una obra fotográfica dependía del país donde fuera publicada por primera vez²⁹, sin perjuicio de que un tercer país impusiera un menor plazo de protección. La generalidad de las obras ya gozaban entonces de un plazo de protección de cincuenta años tras la muerte del autor (art. 7).

En el Acta de Bruselas (1948) quedarían incorporadas al artículo 2, junto con el resto de creaciones protegidas, despejando cualquier duda sobre su sujeción a determinados preceptos, de aplicabilidad general.

Fue en la revisión de Estocolmo (1967) cuando se impuso un periodo mínimo de protección de veinticinco años desde la realización de la obra [art. 7(5)], que se mantiene en la actualidad [art. 7(4)]. El periodo del que gozan la generalidad de las obras excede en mucho la reconocida a las obras fotográficas, siendo realmente más del doble: téngase en cuenta que el periodo mínimo de veinticinco años impuesto a las obras fotográficas comienza en el momento en el que se «realiza» la obra, mientras que el plazo de cincuenta años de la generalidad de las obras comienza «tras la muerte del autor» [art. 7(1)].

27 Las traducciones empleadas en el presente trabajo han sido extraídas de *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013.

28 ULBARCH, Louis, citado en DROZ, Numa; SOLDAN, Charles; FREY, Bernard. «First Conference In Berne, 1884 – Minutes», en *Berne Convention Centenary. 1886-1986*, International Bureau of Intellectual Property, Ginebra, 1986, pág. 96.

29 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Art. 5», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 444-447.

Como agravio comparativo, conviene señalar además que la «obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía» —las otras nuevas formas de expresión artística, ligeramente posteriores— se equipararon a las «obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía» en el Acta de Bruselas (1948). Sin embargo, desde el Acta de Estocolmo (1967), el plazo de protección de aquéllas expira cincuenta años después de que la obra haya sido hecha accesible al público (con el consentimiento del autor) o, en su defecto, a los cincuenta años desde la realización de la obra, a criterio del legislador nacional [art. 7(2)].

Terminológicamente, conviene destacar el tránsito de la expresión «obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía»³⁰, como objeto de protección del texto en un comienzo³¹, a «obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía»³². Lo relevante, se dieron cuenta, no era el procedimiento por el que se obtuviera la imagen, sino el resultado obtenido. Ello permitía ampliar el ámbito de protección a los resultados logrados a través de procedimientos químicos o técnicos distintos de los que tradicionalmente caracterizan la fotografía, que fueran entonces conocidos o que estuvieran pendientes de desarrollar³³. A día de hoy, se incluirían, sin lugar a dudas, las fotografías digitales.

El CB no entra a definir lo que es una fotografía. Lo mismo sucede con el resto de obras, que también carecen de definición expresa, pero, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³⁴, en las creaciones que nos ocupan «es sabido que [...] se trata de una cuestión problemática y difícil de deslindar, cuya solución en cada caso concreto lleva a la distinción entre obra fotográfica y una mera fotografía»; éstas últimas, no necesariamente protegidas en las legislaciones nacionales.

3. La fotografía como cuestión terminológica y su protección privilegiada en el ordenamiento español

Nuestro TRLPI es fuertemente garantista con las fotografías. Protegerá tanto las «obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía» [art. 10.1.h) TRLPI], por el Libro Primero, como las «meras fotografías» (art. 128), por el Libro Segundo. Las primeras entendidas como aquellas creaciones fotográficas o reproducciones análogas que presenten altura creativa suficiente. Las meras fotografías, por su parte, entendidas como fotografías o reproducciones obtenidas por procedimientos análogos a éstas cuando no «tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I» o, dicho con otras palabras, cuando no

30 El remarcado es propio.

31 *Vid.* art. 2, por el que se modifica el art. 4 del Acta Adicional de París (1896); art. 3 del Acta de Berlín (1908); art. 3 del Acta de Roma (1928); y art. 2(1) del Acta de Bruselas (1948).

32 El remarcado es propio. Redacción seguida desde el Acta de Estocolmo (1967), art. 2(1).

33 MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza, 1978, pág. 17.

34 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo «Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 127.

sean originales. Sin embargo, en la línea del CB, el texto no recoge una definición expresa de lo que se debe entender por «fotografía», siendo el denominador común de ambos objetos de protección.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), fotografía es el «[p]rocedimiento o técnica que permite obtener imágenes fijas de la realidad mediante la acción de la luz sobre una superficie sensible o sobre un sensor». También identifica la «[i]magen obtenida por el medio de la fotografía»³⁵. La voz engloba, en consecuencia, tanto la vía o método de obtención de la imagen, como el efectivo resultado alumbrado. Partiendo de los principios en los que se basa de la propiedad intelectual, el objeto de protección recaerá sobre el resultado obtenido, entendido como algo inmaterial, aunque el procedimiento o técnica para su obtención resulte determinante en el propio TRLPI, ampliando el espectro protegido en su literal.

Aunque siempre resulta reprochable el hecho de que no se acoten las definiciones de un texto legal que puedan generar cierta inseguridad jurídica, conviene recordar que, según el Código Civil (CC), las normas han de interpretarse, en primer lugar, siguiendo «el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3.1 CC).

En este sentido, el término «fotografía» se encuentra en la práctica actual bastante acotado —incluyendo tanto su manifestación analógica como digital—, por lo que podría resultar prescindible una definición expresa al respecto. Máxime, teniendo en cuenta que el artículo 10.1.h) del TRLPI protege también «las [obras] expresadas por procedimiento *análogo* a la fotografía» y el 128 «una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento *análogo* a aquella»³⁶, abriéndose a cualesquiera otras realidades semejantes que pudieran causar cierta duda sobre su calificación jurídica, en caso de no encajar a la perfección bajo el término habitual de fotografía.

Está técnica de apertura es empleada, tanto en el CB³⁷, como en el derecho comparado. En algunas legislaciones, sin emrgaro, entran a definir lo que se debe entender por fotografía³⁸

35 Definiciones extraídas de www.rae.es. Fecha última vista: febrero 2023.

36 Los remarcados son propios.

37 Como se ha señalado, hasta el Acta de Estocolmo (1967), se empleó la expresión «obras *obtenidas* por un procedimiento análogo a la fotografía» (los remarcados son propios). Con la sustitución del término por el de «expresadas» se ponía en relieve que lo importante de cara a la protección era que la expresión de la creación fuera análoga, no cómo se llegara a ella. En este sentido, cabría hacer una pequeña crítica al legislador patrio, que debió haber homogeneizado el tratamiento extensivo del artículo 128 respecto del artículo 10.1.h) del TRLPI.

38 La legislación del Reino Unido entra a definir lo que se ha de entender por fotografía, en Ley de Derecho de Autor de 1988, Diseños y Patentes (Capítulo 48, actualizada el 14 de junio de 2021). Para la norma, fotografía «significa un registro de luz u otra radiación en cualquier medio en el que se produce una imagen o desde el cual se puede producir una imagen por cualquier medio, y que no es parte de una película» [la traducción es propia. Versión original: «*‘photograph’ means a recording of light or other radiation on any medium on which an image is produced or from which an image may by any means be produced, and which is not part of a film*» (art. 4.2)].

o mera fotografía³⁹ —siguiendo nuestra terminología—, sin perjuicio de reconocer, o no, una diferencia de trato entre ambas figuras⁴⁰.

Por su parte, conforme el DRAE, «mero» significa «[p]uro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa. U[sado] en sentido moral e intelectual», en su primera acepción; «[i]nsignificante, sin importancia», en la segunda⁴¹.

39 En Italia, el artículo 2.7 de la Ley N° 633 de 22 de abril de 1941 sobre la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos (actualizada con las modificaciones introducidas por la Ley n° 142 de 21 de septiembre de 2022) protege «las obras fotográficas y las expresadas con un procedimiento similar al de la fotografía, siempre que no se trate de una simple fotografía protegida de conformidad con las disposiciones del Capítulo V del Título II» (la traducción y el remarcado son propios. Versión original: «*le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia*») a lo que añade «*sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II*»). Deja fuera, por tanto, lo que nosotros denominamos «meras fotografías» a las que define en el artículo 87 (Capítulo V del Título II): «Son consideradas fotografías, a los efectos de la aplicación de las disposiciones de este capítulo, las imágenes de personas o aspectos, elementos o hechos de la vida natural y social, obtenidos con el proceso fotográfico o con un proceso similar, incluidas las reproducciones de obras de arte figurativo y cuadros de películas cinematográficas» (La traducción es propia. Versión original: «*s[ono] considerate fotografie, ai fini dell'applicazione delle disposizioni di questo capo le immagini di persone o di aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale, ottenute col processo fotografico o con processo analogo, comprese le riproduzioni di opere dell'arte figurativa e i fotogrammi delle pellicole cinematografiche*»). De esta protección excluye las fotografías de escritos, documentos, documentos comerciales, objetos materiales, dibujos técnicos y productos similares.

40 El artículo 112-2 del Código de la Propiedad Intelectual francés (versión consolidada de 30 de junio de 2022) habla de «las obras fotográficas y las realizadas utilizando técnicas similares a la fotografía» (la traducción y el remarcado son propios. Versión original: «*[l]es oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie*»). Por su parte, la Ley de derecho de autor y derechos conexos de Alemania (Ley de derecho de autor, modificada hasta la Ley de 1 de septiembre de 2017, enmendada el 3 de enero de 2018) recoge como objeto de protección las obras fotográficas, incluidas las obras producidas por procesos similares a la fotografía («*Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden*») (§ 2.1.5). Vía derechos conexos protege asimismo las fotografías y los productos fabricados de manera similar a las fotografías («*Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werde [...]*») (§ 72) (la traducción y el remarcado son propios). La distinción regulatoria originariamente resultaba más compleja, pues subdividía además las meras fotografías en fotografías simples y fotografías simples de valor documental. *Vid.* BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, n° 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 1.066. La Ley de derecho de autor de los Estados Unidos de 1976, 17 [Estados Unidos. §§ 101 et seq. (última modificación por la Ley Pública n° 117-81, del 27 de diciembre de 2021)], legislación caracterizada por recoger numerosas definiciones en su sección §101, incluye las creaciones que nos ocupan, curiosamente, dentro del concepto general de «obras pictóricas, gráficas y escultóricas» (la traducción es propia. Versión original: «*Pictorial, graphic and sculptural works*»), que comprende obras bidimensionales y tridimensionales de distintas categorías, pero sin entrar a definir qué se ha de entender por tal.

41 Definiciones extrañas de www.rae.es. Fecha última vista: febrero 2023.

A la vista de lo anterior, pudiera parecer que la figura jurídica de la «mera fotografía» supone una afrenta, en cierto modo, a los fotógrafos, a su aporte a la creación o a la valía de su resultado, obtenido con poco o escaso esfuerzo intelectual. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. En contra de lo que se pudiera pensar, el reconocimiento y protección de las meras fotografías no hace sino poner en valor el trabajo de estos sujetos. De hecho, los fotógrafos serán los únicos sujetos —potenciales autores— cuyas creaciones estarán siempre protegidas, ya sea como obra fotográfica —en el mejor de los casos—, ya sea como mera fotografía —en el peor de los casos—, ostentando, en consecuencia, un mayor o menor grado de protección; pero siempre amparados⁴².

El resto de los sujetos-autores comprendidos en el Libro Primero no van a tener una regulación propia en el Libro Segundo para el caso de que su creación no sea original⁴³.

Por su parte, los demás sujetos listados en el Libro Segundo, si bien pueden ostentar derechos sobre creaciones no originales, tampoco tendrán una regulación espejo semejante y propia en el Libro Primero, en el caso de que éstas sí sean originales⁴⁴; o no van a estar protegidos bajo los mismos conceptos en ambos Libros, estribando únicamente como diferencia que la creación sea original⁴⁵.

Así, el fotógrafo será la única figura cuya creación siempre estará sujeta a uno de los dos regímenes de protección, por «derechos de autor» o por «otros derechos», con plena certeza, aunque el ámbito de protección no sea el mismo, en amplitud, duración y contenido.

El hecho de que el único criterio determinante del sometimiento a un régimen u otro sea la apreciación de originalidad, no es un hecho exento de polémica entre la doctrina; conduce al círculo vicioso del que sólo podrá salir el juzgador en cada caso concreto, como advierte BONDÍA ROMÁN⁴⁶, de modo semejante a lo que ocurrirá con el resto de las obras protegidas del artículo 10 del TRLPI, necesariamente originales, o, en su defecto, desprotegidas.

42 Esta amplísima protección de las fotografías en el TRLPI es empleado como argumento por ROGEL VIDE para abogar por el reconocimiento de los directores de fotografía de las obras audiovisuales, como autores de la creación audiovisual, junto al director-realizador, a los autores de las aportaciones literarias y a los compositores de las obras musicales creadas *ad hoc* para su inclusión en la audiovisual. ROGEL VIDE, Carlos. *El derecho de autor de los Directores de Fotografía*, Reus, Madrid, 2006, pág. 22-23.

43 A título de ejemplo, en una materia próxima a la fotográfica, un director, un guionista o un compositor podrán ser coautores de la obra audiovisual (art. 87 TRLPI), pero si sus creaciones no adquieren la originalidad suficiente, en su caso, quedarían desprotegidos por el Libro Primero, pues no podrían ser considerados autores, y no ostentarán «otros derechos» por el Libro Segundo, pues no le son reconocidos.

44 P. ej., el productor de grabaciones audiovisuales sobre las fijaciones de creaciones audiovisuales —no necesariamente obras— (arts. 120 y ss. TRLPI), no va a ser considerado titular originario de los derechos sobre las mismas por el Libro Primero en caso de que éstas sean originales (art. 87 y ss. TRLPI), de forma semejante a lo que ocurre en el caso del productor de fonogramas (arts. 114 y ss. TRLPI), a salvo que el propio productor sea asimismo el autor, como es lógico.

45 Esto es lo que sucede con el fabricante de una base de datos con derecho «*sui generis*», cuya protección por el Libro Segundo recae sobre la inversión sustancial que realiza bajo determinados criterios para la obtención, verificación o presentación de contenido (art. 133.1 TRLPI), no sobre la creación en sí.

46 BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 1070.

A nivel europeo, este problema se quiso corregir en la Comisión de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, considerando obra fotográfica a todas las fotografías. Finalmente, se dejó en manos de los Estados miembros la protección, o no, en mayor o menor grado, de las demás fotografías (las que no sean obra)⁴⁷. Así se ha mantenido en la vigente Directiva 2006/116/CE: «Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. [...] Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías». Nótese que la redacción final de la Directiva no impone ni la protección de las meras fotografías ni el alcance de ésta, en tal supuesto, por lo que podría darse el caso de que en un Estado miembro quedaran equiparadas a la obra fotográfica, eliminando en la práctica cualquier distinción entre ambas, y en otro quedaran completamente desprotegidas⁴⁸.

La inicial opción de otorgar la misma duración de protección a todas las fotografías, de cara a salvar las evidentes dificultades de distinguir entre obra fotográfica y mera fotografía, solucionaría definitivamente la cuestión, dejando en manos del mercado la selección de aquellas fotografías que tuvieran algún valor, respecto a las que no. Pero el derecho de autor no debe guiarse por el criterio de originalidad, no por hipotéticos motivos económicos para que una creación esté protegida⁴⁹.

Aparentemente, habría sido un error considerar por el derecho europeo obra fotográfica a todas las fotografías, pues, como máxima que debe guiar nuestra disciplina, las obras son tales en la medida en la que presentan originalidad suficiente, y por ello dignas de tutela. Suprimiéndose ese criterio clásico diferenciador, como sucede en muchos países de tradición anglosajona⁵⁰, se diluye la esencia del propio derecho de autor, estableciéndose un tratamiento sumamente preferente respecto al resto de creaciones —que se seguirán protegiendo en la medida en la que éstas sean originales—, algo que, *in extremis*, debe quedar al criterio de cada Estado miembro.

Del mismo modo, parece criticable la posibilidad de los territorios de dejar en completa indefensión a las meras fotografías, cuyo valor puede ser inestimable.

En vista de lo anterior, es loable la recepción de ese margen dejado en la Directiva por el legislador español, que implementó una justa protección de las meras fotografías en el artículo 128 TRLPI, no impuesta por el derecho comunitario, sino herencia del artículo 118 de la ley precedente de nuestro país, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI de 1987).

47 Según el artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE, «[l]as fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. *Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías*» (el remarcado es propio).

48 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 1.765.

49 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 129.

50 BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones» en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 1066.

4. Los derechos de autor y «otros derechos» sobre las fotografías

La propiedad intelectual se integra por derechos de carácter patrimonial y por derechos de carácter personal (art. 2 TRLPI). Ambas categorías de derechos le serán reconocidos al autor de la obra fotográfica por el simple hecho de su creación (art. 1 TRLPI), sin necesidad de registrarla desde la LPI de 1987⁵¹.

En primer lugar, los derechos patrimoniales del fotógrafo-autor estarán relacionados con la explotación de su creación —por ello, también son llamados «derechos de explotación»—. En concreto, éste ostentará el derecho a autorizar la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de su obra⁵². Esta categoría de derechos podrán ser licenciados o cedidos a un tercero, que generalmente tratará de optimizar su explotación o rentabilizarlos. De no mediar autorización del autor, el resto de sujetos deberán abstenerse de hacer uso de esa obra, salvo que resulte de aplicación alguno de los límites contenidos en los artículos 31 y ss. del TRLPI.

En segundo lugar, los derechos personales o morales del fotógrafo-autor se integrarán por aquellas facultades que protegerán y conservarán el vínculo espiritual que une al creador con su obra. Serán derechos irrenunciables e inalienables (art. 14), que siempre permanecerán en la esfera del autor. Entre estas facultades se encuentra: (i) el derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación —o no— de su creación y la forma de llevarla a cabo; (ii) el derecho a exigir el reconocimiento de su autoría, de forma pública, de tal manera que se vincule en calidad de responsable autoral, haciendo figurar su nombre junto a la creación; y (iii) el derecho impedir que un tercero deforme, modifique, altere o atente contra su obra, perjudicando sus legítimos intereses (art. 14. 1º-4º). Son los denominados derecho de divulgación, derecho de paternidad y derecho a la integridad de la obra, respectivamente. Sobre éste último volveremos más adelante, a propósito de la tutela del patrimonio cultural por la propiedad intelectual.

Los autores de obras fotográficas también podrán ser titulares de un derecho llamado «de participación» (art. 24) sobre el que igualmente nos detendremos más adelante con idéntico propósito.

Los derechos patrimoniales tendrán una duración de setenta años tras la muerte del autor (art. 26), al igual que el derecho de participación (art. 24.9). Las facultades morales tendrán duración dispar. En relación con las citadas, el derecho de divulgación de una obra no hecha pública en vida de su autor podrá ejercerse por determinadas personas legalmente previstas —y no por otras— durante un plazo de setenta años desde la muerte de su creador (art. 15.2 TRLPI); y el derecho de paternidad y a la integridad de la obra podrá ejercerse —y, por tanto, deberá respetarse— sin límite de tiempo, *ad aeternum* (art. 15.1 TRLPI).

Por su parte, el realizador de la mera fotografía —que no autor— ostentará los derechos patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación pública. Estos derechos tendrán una duración de veinticinco años desde la fecha de la realización de la fotografía o reproducción (art. 128 TRLPI)⁵³. Al realizador de la mera fotografía no se le reconoce el derecho patri-

51 Vid. párrafo decimoquinto del Preámbulo de la Ley de 1987.

52 Vid. arts. 17-21 TRLPI, principalmente.

53 Tanto los plazos de duración de los derechos de autor, como los de los derechos afines o conexos recogidos en el TRLPI se computan desde el 1 de enero del año siguiente al hecho generador en cada caso (arts. 30 y 29.9)

monial de transformación, por lo que no podrá impedir la creación de otras obras, por parte de terceros, a partir de la suya. Tampoco se le reconocerá cualquier otro de derecho de naturaleza patrimonial no listado expresamente⁵⁴. Si resultan aplicables, subsidiariamente y en lo pertinente, los límites recogidos en los artículos 31 y siguientes⁵⁵. Sin embargo, puesto que no ostenta el derecho de transformación, el límite de parodia quedará excluido del régimen general⁵⁶. A estos creadores tampoco se les reconoce el derecho de participación ni ningún derecho moral sobre su imagen fotográfica.

El régimen de los realizadores de meras fotografías es, por tanto, sustancialmente inferior en amplitud, duración y contenido, que el régimen del que disfrutaban los fotógrafos-autores.

Las meras fotografías pueden ser técnicamente brillantes, igual que podría ser cualquier otra creación, pero carecer de la impronta personal de su autor que la haga ostentar la categoría de obra⁵⁷. Sin perjuicio de ello, la principal razón para su protección es que este tipo de

54 El artículo 17 del TRLPI lista, de forma meramente ejemplificativa, los derechos de explotación que le corresponden a un autor, mediante la inclusión de la fórmula «y, en especial,» para a continuación listar los desarrollados en los artículos 18 y ss.

55 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 1767-1769.

56 Conforme al artículo 39 TRLPI, «[n]o será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor». En relación con el derecho de transformación y el límite de parodia resulta muy interesante la sentencia de primera instancia de la Sala de lo Civil de la Corte de Amberes (Bélgica) del 15 de enero de 2015, que resolvía a favor de la infracción de los derechos de autor del fotógrafo Katrijn VAN GIEL por la posterior obra pictórica «Belgian Politician», de Luc TUYMANS. Ambas imágenes mostraban un primer plano del busto del político, casi de perfil, desde un ángulo elevado y sin mostrar la boca, con el sudor de su frente como elemento protagonista. La imagen fotográfica se estimó que era una obra y el artista plástico trató de basar su defensa acogiéndose al límite de la parodia que contempla el ordenamiento belga y permite la realización de caricaturas, parodias o pastiches sobre las obras, teniendo en cuenta los usos honestos (art. XI.190.10º Código de Derecho Económico, actualizado el 21 de abril de 2022). La Corte desestimó su argumento por las grandes similitudes que existían entre ambas creaciones, careciendo la segunda de ellas de tono humorístico o crítico que le permitieran dicho amparo. De no haber sido considerada obra fotográfica la creación de VAN GIEL, éste, como realizador de una mera o simple fotografía no podría haber impedido la realización de una obra a partir de la propia, como la de Luc TUYMANS.

57 En este sentido, resulta reveladora la SAP Barcelona 377/2005, de 29 de julio (ECLI:ES:APB:2005:7715), según la cual, «la mera fotografía se ha definido en sentido negativo por carecer de los requisitos que conforman la obra fotográfica. En este sentido tendrán tal consideración aquellas fotografías que se limiten a recoger de forma ordinaria o común escenas, figuras o acontecimientos de la realidad aunque sea con gran precisión técnica y perfección de imagen. [...] El hecho que las fotografías fueran realizadas con precisión técnica no resulta relevante a los efectos de considerar las fotografías como obra fotográfica. Lo realmente relevante para ostentar la cualidad de obra fotográfica se representada más por el continente que por el contenido, pues aquel es como señala la STS de 29 de marzo de 1996 el resultado de incorporar a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produce la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer reproductor del fotógrafo» (FF.JJ. 2º y 3º).

creaciones pueden alcanzar un gran valor económico en el mercado⁵⁸, documental, científico o informativo⁵⁹ y, en justicia, los realizadores deben tener reconocidos ciertos derechos sobre las mismas que les permitan beneficiarse de ellas.

Hay que tener en cuenta que la pericia técnica o la habilidad no son sinónimos de originalidad. Como afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁶⁰, «[l]a mera fotografía se limit[a] a recoger de forma normal o común escenas, figuras, acontecimientos de la realidad, aunque sea con gran precisión técnica y perfección de la imagen obtenida. Por ello no son en principio obras las fotografías científicas; tampoco las fotografías sobre noticias de actualidad, por muy valiosas que puedan resultar (también en términos de explotación económica) debido a la excepcionalidad de la circunstancia fotografiada [...]; tampoco las fotografías de carácter turístico; tampoco aquéllas en las que el comitente determina los objetos fotografiados y la forma de hacerlo, aunque la presentación profesional del fotógrafo tenga un elevado nivel técnico». Nótese que la lista ejemplificativa que realiza el autor está precedida por un «no son *en principio* obras las fotografías [...]»⁶¹; expresión que, aunque no se reitere de forma expresa, parece extensible al resto de los ejemplos listados, aparentemente unificados por temática/contexto, ya que presumiblemente serán factores que determinarán el contenido en la imagen. Nada impide, no obstante, que una obra científica, periodística o turística, por ejemplo, no pueda presentar efectivamente originalidad suficiente⁶².

En este tipo de obras la creatividad se puede presentar en cualquiera de las tres fases que componen el proceso de creación: preparación, fijación, revelado⁶³ y, en su caso, retoque de la fotografía, que puede ser concebida y/o ejecutada con altos creatividad. Si bien, el contenido de la imagen —realidad presentada y generada en un determinado contexto—, será relevante, no será el único criterio que se estime en la fijación de la imagen. El resultado final también variará en función de la perspectiva, el encuadre, la sensibilidad ISO, la apertura de diafragma, la velocidad de obturación, etc. Como es lógico, cuantos más elementos considerados individualmente —en cualesquiera de los tres procesos— presenten originalidad, mayor facilidad tendrá una fotografía para ser considerada obra, pero no dependerá, ni mucho menos, del contenido propio de la imagen mostrada ni el contexto en el que se cree.

La fotografía se basa en la reproducción, por medios técnicos, de algo que previamente existía en la realidad que rodea al que la capta⁶⁴, de forma semejante a lo que ocurre en las grabaciones audiovisuales⁶⁵, aunque, tanto en un caso como en otro, la realidad circundante

58 Piénsese, p. ej., en determinadas fotografías políticas, o para prensa o publicidad.

59 MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Otros Derechos de Propiedad Intelectual», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 289.

60 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 190.

61 El remarcado es propio.

62 Piénsese en el ejemplo recién mencionado de la obra fotográfica de Katrijn VAN GIEL, que dio lugar a la obra pictórica de «Belgian Politician», de Luc TUYMANS.

63 Predicable, desde una perspectiva estricta, únicamente de las fotografías de formato analógico, no digital.

64 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 190.

65 A título aclaratorio, los derechos que protegen a los productores audiovisuales por el Libro Segun-

pueda estar dramatizada. Esto sucederá con mayor frecuencia en las obras fotográficas y en las grabaciones que fijan una obra audiovisual, que en meras fotografías y aquellas grabaciones audiovisuales que no fijan una obra, pues la originalidad muchas veces vendrá determinada por esa dramatización arbitraria del entorno recogido.

La relación entre la fotografía y la cinematografía es muy estrecha, ya no sólo por los medios técnicos empleados, deudora ésta última de aquélla, sino por el recelo que rodea a las creaciones surgidas de tales tecnologías —como meras reproducciones de la realidad ya existente—, cuyos reflejos legislativos siguieron un camino semejantemente discriminatorio respecto al resto de creaciones en un comienzo, tal y como referíamos líneas atrás. Esta diferencia de trato se ha ido superando en la actualidad, aunque no en la medida deseable. El escepticismo mantenido en el tiempo por el CB⁶⁶, fue aplacado por el legislador europeo⁶⁷, pero heredado, en parte, por los tribunales patrios a la hora de enjuiciar la originalidad de este tipo de creaciones; un juicio que no deja de ser una valoración sujeta a la arbitrariedad del observador responsable de categorizarla.

Dos son las resoluciones de nuestros tribunales más representativas en el deslinde de las creaciones fotográficas. En primera instancia, la STS 1304/2002, de 31 de diciembre⁶⁸, estimó que las fotografías realizadas por un fotógrafo sobre temas de actualidad para la editora del diario ABC son meras fotografías, manejando un concepto bastante estrecho de obra fotográfica en el que aquéllas imágenes de valor informativo —así como, podríamos incluir, las de valor documental o científico—, carecen aparentemente, por defecto, de originalidad creativa: «se trataba de simples fotografías destinadas a complementar las noticias o reportajes del periódico, exigiéndose para ello que se acomode al contenido

do recaen sobre las grabaciones audiovisuales. Éstas pueden contener una obra, beneficiándose sus autores (art. 87) —que no el productor— de los derechos reconocidos en el Libro Primero. Pero las grabaciones audiovisuales también pueden contener una «simple grabación», por lo que no tienen que ser necesariamente originales ni contener una obra. *Vid.* art. 120 TRLPI.

- 66 Recuérdese que el CB en la actualidad mantiene un plazo de protección para la generalidad de las obras de la vida del autor y cincuenta años tras su muerte [art. 7(1)]. Para las obras cinematográficas, los países unionistas pueden establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o, en su defecto, a los cincuenta años tras a la realización de la obra [art. 7(2)], algo que tiene en cuenta que sólo las personas naturales fallecen y la titularidad originaria de una obra cinematográfica la puede ostentar una persona jurídica [*Vid.*, en este sentido, el artículo 14bis(2)], pero que se puede considerar un plazo más aproximado al régimen general que el estipulado para las obras fotográficas. Para estas últimas, el plazo de protección queda a la determinación de los estados de la Unión, estableciendo un mínimo de veinticinco años contados desde la realización de las mismas [art. 7(4)]; regulación muy lejos del criterio general aplicable a obras de corte más clásico.
- 67 Según la Directiva 2006/116/CE, los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas del artículo 2 del CB —en el que se incluyen «las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía»— duran toda la vida del autor y setenta años tras su muerte. Sin embargo, téngase en cuenta, como veíamos previamente, que el legislador regional deja en manos de los Estados miembros la protección de las meras fotografías y, en su caso, el alcance de ésta, según el artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE.
- 68 ECLI:ES:TS:2002:8943. *Vid.* en semejante sentido, STJMer de Bibao 90/2016, de 6 de junio (ECLI:ES:JMBI:2016:3046), SAP Valencia 380/2014, de 29 de diciembre (ECLI:ES:APV:2014:5906); o SAP Barcelona 377/2005, de 29 de julio (ECLI:ES:APB:2005:7715), entre otras.

del texto y una normal calidad técnica, sin otras pretensiones que no son necesarias para la finalidad del periódico» (F.J. 2º). De forma semejante pareció entenderlo el legislador francés en 1957 —cuya norma tan fuertemente inspiró la LPI de 1987 y, por extensión, el actual TRLPI—, aunque sí dispensase protección a las fotografías documentales, protegiendo «obras fotográficas de carácter artístico o documental» (art. 3)⁶⁹; una clara ampliación del concepto aunque, asimismo, pudiera dar a entender que una fotografía de carácter documental no pudiera ser artística.

Por su parte, la SAP de Madrid 259/2010, del 22 de noviembre⁷⁰, por su parte, consideró obras fotográficas a una serie de imágenes captadas «por lo inusual de las escenas retratadas, que son consecuencia de una escenificación preparada para ser fotografiada y que está lejos de corresponderse con una captación espontánea de la realidad. Asimismo, constatamos que han sido muy cuidados los encuadres, las perspectivas, las iluminaciones y los revelados finales. El resultado final es fruto de una tarea creativa y merece, desde luego, la consideración de original, no sólo desde el punto de vista subjetivo sino, lo que es más relevante, objetivo»⁷¹ (F.J. 5º).

Convendría señalar que la aparente equiparación inicial que realiza el juzgador de «escenificación» a «obra fotográfica» —o de «fotografía espontánea» o «no preparada» a «mera fotografía»— se trata de una visión sesgada de la realidad creativa. Es cierto que el tribunal tiene en cuenta otros factores, que pueden presentarse igualmente cuidados tanto en las obras fotográficas como en las meras fotografías —encuadres, perspectivas, iluminaciones⁷² y revelados finales—, pero el criterio determinante para su decisión parece ser la preparación escenográfica del espacio captado.

Esta aproximación no parece que resulte del todo acertada, pues los factores de los que puede derivar la originalidad en este tipo de creaciones son muchos y la inmensa mayoría pueden estar presentes tanto en una imagen dramatizada —que lo único que determinaría, en principio, de forma más acusada sería el motivo mostrado en la fotografía— como en la captación espontánea de una imagen en la que un buen fotógrafo sabrá buscar el motivo, y definir la perspectiva, el encuadre, la sensibilidad de exposición, la apertura de diafragma, la velocidad de obturación y demás extremos, con gran rapidez, además de poder proceder posteriormente a un cuidadoso revelado y/o retoque de la imagen captada.

La identificación de la originalidad en una fotografía y la correspondiente sujeción a un régimen u otro de protección —como obras fotográficas o meras fotografías— es una actividad altamente compleja, para cuyo desempeño es necesario conocer la intrincada realidad creativa que envuelve el trabajo de los fotógrafos y todos los factores determinantes de los que se pueden servir para implementar originalidad a sus creaciones.

69 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 1.764.

70 ECLI:ES:APM:2010:17910. *Vid.* en semejante sentido, SJMer de Palma 116/2017, de 5 de marzo de 2017 (ECLI:ES:JMIB:2017:2039); STJMer de Bibao 90/2016, de 6 de junio (ECLI:ES:JMIB:2016:3046); SAP Valencia 380/2014, 29 de diciembre (ECLI:ES:APV:2014:5906); o SJMer de Palma 281/2014, de 3 de noviembre (ECLI:ES:JMIB:2014:1682), entre otras.

71 El remarcado es propio.

72 La iluminación también puede estar cuidada por el fotógrafo, sin mediar elemento artificial alguno, como foco, difusor, reflector o filtro alguno ni alterar la posición del motivo captado, por ejemplo, por esperar a una determinada posición del sol o la luna, como fuentes de luz natural.

Proteger adecuadamente este tipo de creaciones por la propiedad intelectual es fundamental para los autores, sirviéndoles de incentivo desde múltiples perspectivas, pero también para promover el avance cultural de un país, así como para la protección de su patrimonio cultural, en beneficio último de la sociedad.

6. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO VÍA (INDIRECTA) PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

La necesidad de proteger los bienes culturales, a nivel internacional, fue fruto de los estragos y daños ocasionados por la Primera Guerra Mundial, a raíz de los cual se creó en 1927 la Oficina Internacional de Museos, por iniciativa de figuras tan emblemáticas como Henri FOCILLON o Paul VALERY. Fue, sin embargo, a propósito de la Segunda Guerra Mundial cuando se creará el primer gran instrumento jurídico de carácter internacional para la protección de estas manifestaciones culturales, tras la Constitución de la UNESCO, en 1946. Dicho instrumento será la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, firmado en La Haya, el 14 de mayo de 1954, entrando en vigor dos años más tarde⁷³. Este texto definía en su artículo 1 los bienes culturales como «los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos [...]», así como «los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles [...]» y «los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales», también llamados «centros monumentales».

El espectro de bienes considerados dignos de tutela —así como la entidad de esta tutela— fue aumentando con el paso del tiempo a través de los distintos instrumentos jurídicos⁷⁴, tanto a nivel internacional como nacional.

En concreto, en nuestro país y siguiendo la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) —norma de carácter nuclear en el ámbito—, dentro del concepto de Patrimonio Histórico Español, habremos de incluir en la actualidad «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico», así como el Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 3.2

73 MARTÍNEZ PINO, Joaquín. «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías de patrimoniales», en *El estudio del patrimonio cultural, obra colectiva*, coordinadores María Victoria García Morales, Victoria Soto Caba, Joaquín Martínez Pino, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, págs. 221-243.

74 El patrimonio y los distintos elementos que lo integran se dividen tradicionalmente en (i) patrimonio natural, comprendiendo aquellos elementos que tienen que ver con las expresiones de la propia naturaleza; y (ii) patrimonio cultural. Este segundo tipo de patrimonio a su vez se divide en patrimonio cultural material o tangible —que de nuevo se subdivide en mueble e inmueble—, y patrimonio cultural inmaterial o intangible.

LPHE). Si bien, aquellos bienes más relevantes, deberán ser inventariados o declarados de interés cultural (art. 3.3 LPHE), conviene remarcar la amplitud del objeto digno de protección conforme a la normativa.

Existen otros múltiples instrumentos jurídicos creados *ad hoc* para proteger el patrimonio de un Estado en España, además de la citada LPHE y sus reglamentos de desarrollo⁷⁵, como la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, o la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, entre otras.

Si bien de las normas anteriormente relacionadas depende de manera fundamental la tutela del patrimonio, en términos generales, la propiedad intelectual complementará dicha protección desde una perspectiva impropia.

La propiedad intelectual es un tipo de propiedad especial que no recae sobre el soporte que contiene la obra, como elemento tangible, sino sobre la propia obra, de carácter inmaterial. Tal y como señala el artículo 3.1º del TRLPI, «[l]os derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con [...] [l]a propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual», entre otros derechos. El hecho de que la definición de obra del artículo 10.1 del TRLPI requiera que las creaciones estén «expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible» no implica la necesaria fijación de la creación ni que el soporte que, en su caso, las contuviera fuera el objeto de protección de la norma. Se trata de la clásica distinción entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, recayendo la protección otorgada por los derechos de autor sobre el primero —la obra—, si bien el segundo —el soporte— puede sujetarse a los presupuestos de la propiedad ordinaria⁷⁶. Esta distinción es básica en propiedad intelectual⁷⁷. Por ello, la propiedad o posesión del soporte que contenga una obra no confiere a su titular derecho alguno sobre la propia obra, como norma general⁷⁸ (art. 56.1 TRLPI).

Sucede, sin embargo, que en las obras fotográficas —como pasará con otras obras de arte gráficas y plásticas— se puede dar una especial identificación entre el soporte que contiene la obra y la propia obra; máxime, si se trata del ejemplar original único. Obra y sustrato material

75 Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sobre garantía del Estado para obras de interés cultural.

76 CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, pág. 53.

77 SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, obra colectiva, coordinador Luis Antonio Anguita Villanueva, Madrid, 2016, pág. 119.

78 Salvedad hecha a continuación sobre el derecho de exposición pública reconocido a los propietarios de determinadas las obras.

pueden formar una unidad indisoluble⁷⁹. Ello hará que la protección de la propiedad intelectual sobre este tipo de creaciones se proyecte sobre su manifestación corpórea, afectando a la protección patrimonial cultural material mueble.

El legislador es plenamente consciente de esta compleja realidad y las circunstancias excepcionales que rodean a las creaciones fotográficas, y así lo manifiesta en el TRLPI.

1. La especial naturaleza de las obras fotográficas

Una muestra inequívoca de la especial naturaleza de las obras fotográficas es la excepción a la regla general sobre el «derecho de exposición pública de la obra» (art. 56.2). Como advertíamos, el sujeto que adquiere el soporte al que se haya incorporado una obra no ostenta, por esa única razón, ningún derecho de explotación sobre la misma. A título de ejemplo, la mera compra de la novela de *Harry Potter y la piedra filosofal* (1997), de J.K. Rowling, no otorga el derecho a reproducirla, distribuirla, comunicarla públicamente o transformarla, al antojo de su propietario. Sin embargo, en el caso de las obras fotográficas y las obras de arte plásticas, dada su especial naturaleza, el propietario del ejemplar original tendrá el derecho a exponerla públicamente, salvo que el autor se opusiera a ello en el momento de la enajenación del soporte (art. 56.2).

Otra muestra de la consideración sobre especial naturaleza de las obras fotográficas, por parte del legislador, es el derecho de participación reconocido a los autores de las obras de arte gráficas y plásticas, entre las que se entienden incluidas las fotografías (art. 24 TRLPI). Estos autores tienen derecho a percibir una parte del precio de la reventa una pieza de su creación por parte de aquel sujeto que la enajena, tras la primera cesión realizada por aquéllos (art. 24 TRPLI). También es llamado comúnmente «droit de suite», por su bucólico origen francés, donde se reconoció por primera vez en el año 1920 para paliar las consecuencias que la especulación del arte tenía sobre ciertos autores, que vivían de forma miserable y explotados, mientras terceros se enriquecían con las reventas de sus obras⁸⁰. Si bien esto no era algo nuevo en el universo intelectual⁸¹, el contexto artístico del París de finales del siglo XIX —con los grandes exponentes del impresionismo, como MANET, DEGAS, CÉZANNE, MONET o RENOIR, entre otros—, unido al eco generado por los periódicos parisinos sobre su situación, hicieron saltar todas las alarmas.

79 CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019. págs. 54-55.

80 BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. «El derecho de participación y el derecho de compensación de copia privada», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 145.

81 Piénsese en la invención de la imprenta y los estragos que causó para los creadores literarios, dadas las posibilidades que el artilugio ofrecía a los editores para generar copias de forma ágil y a un coste moderado, siendo, cabe advertir, el detonante del origen de los derechos de autor. UREÑA SALCEDO, Juan Antonio. *Breve historia de la expresión y el control de las ideas y la (des)protección de sus autores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 23-39.

El derecho de participación es reconocido en el CB (art. 14ter), así como en el derecho europeo⁸². En nuestro país, aunque ya se estableció en la LPI de 1987 (art. 24) y en la redacción originaria del TRLPI (art. 24), tuvo que ser recientemente reincorporado al TRLPI (art. 24), tras una regulación temporal ajena al texto en virtud de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁸³.

El derecho de participación durará toda la vida del autor y hasta transcurridos setenta años tras su muerte⁸⁴, aplicándose a todas las reventas realizadas por profesionales del mercado del arte, en calidad vendedores, compradores o intermediarios, o personas físicas o jurídicas que desarrollen habitualmente actividades de intermediación en este mercado (art. 24.4), fundamentalmente⁸⁵, salvo que se trate de una reventa por parte de una galería que adquirió la pieza directamente del propio autor (art. 24.6). Este derecho trata de garantizar una cierta continuidad en la explotación patrimonial de la creación, fruto de la transmisión del soporte⁸⁶; una prerrogativa de la que no gozan los autores de aquellas obras creadas en serie, como los libros o los DVDs.

Desde la perspectiva moral y sin perjuicio de lo que a continuación se señalará acerca del derecho a la integridad de la obra, los autores tienen el derecho a «[a]cceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda» (art. 14.7º TRLPI). Se trata de un derecho de carácter instrumental que se hace eco, nuevamente, de esa distinción-aproximación entre la obra y el soporte que la contiene⁸⁷, como puede suceder en la fotografía.

82 Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, influida por el propio CB.

83 El artículo 24 del TRLPI se derogó por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Como bien afirmaba CASAS VALLÉS, «[s]e trataba de una opción muy criticable con la que se volvía a incidir en la deficiente técnica de incorporación de Directivas mediante Leyes especiales en la que se había caído entre la LPI/1987 y el TRLPI de 1996», en vez de, como habría resultado más lógico, plantear una reforma del TRLPI. CASAS VALLÉS, Ramón. «Ley 3/2008», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 474. La regulación del derecho de participación fue pronto reincorporado al cuerpo legislativo del TRLPI por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

84 Sobre su ejercicio, *vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda. «Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa*: indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación», en *Revista Crítica de Derecho Civil*, nº 737, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013.

85 *Vid.* art. 24.5 TRLPI.

86 CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019. pág. 62.

87 MARTÍNEZ ESPIN, Pascual. «Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 253.

2. El derecho moral a la integridad de la obra

La propiedad intelectual reconoce a los autores el derecho a la integridad de las obras, entendiéndose por tal, según el TRLPI, el derecho del creador a «impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación» (art. 14. 4º), que deberá respetarse sin límite de tiempo (art. 15.1). Esta facultad —junto al derecho de paternidad mencionado— es tan relevante que goza de amparo internacional. Así, el CB faculta igualmente al autor a «oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación» [art. 6bis.1)]; una redacción muy flexible que «concede a los tribunales un amplio margen para interpretar los hechos o apreciar las intenciones», como bien apunta MASOUYÉ⁸⁸. Este derecho se debe extender, por lo menos, hasta la extinción de los derechos patrimoniales, según el CB; es decir, como mínimo, cincuenta años tras el fallecimiento del autor.

Las acciones que potencialmente pueden afectar al derecho a la integridad de la obra pueden manifestarse o llevarse a cabo de muy diferente forma en la explotación de la obra, de tal manera que se desvirtúe o descontextualice el mensaje que el autor quiere hacer llegar al espectador con su creación. Sin embargo, llegado el caso, también pueden tener lugar sobre el soporte que contiene la obra.

Como norma general y a pesar de su aparente agresividad, la destrucción física del soporte de la obra, no supondrá un atentado contra esta facultad moral de su autor, salvo que, en su caso, tenga lugar en un contexto en el que se haga escario público de la creación y/o del autor, sobrepasando los límites a la libertad de expresión. La alteración del soporte por parte de su propietario, que desarrolla en la esfera privada, no afecta a los legítimos intereses del autor de la obra producida en serie, siendo prevalente el derecho de propiedad sobre la cosa material⁸⁹.

No obstante lo anterior, en las obras plásticas —esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, etc.— se produce una gran aproximación de los conceptos *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, como referíamos, puesto que el soporte es capaz de contener el ejemplar único que haya de esa obra; existe, por tanto, una «estrecha unión material», en palabras de GALÁN CORONA⁹⁰. Por ello, un daño al soporte de la obra plástica puede derivar indudablemente en un atentado contra la integridad de la creación. En semejantes condiciones, no se desvirtúa o descontextualiza el mensaje del autor, en una ocasión puntual, sino que se produce la propia destrucción del mensaje —en todo o en parte—, lo que supone el atentado más grave contra la obra⁹¹. Esto mismo puede suceder con la fotografía, en función de múltiples circunstancias, como el número de ejemplares disponibles; la técnica empleada para su

88 MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza, 1978, pág. 46.

89 GALÁN CORONA, Eduardo. «Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 44.

90 GALÁN CORONA, Eduardo. «Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 44.

91 SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «Aspectos esenciales de derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, pág. 137.

generación; la propia conservación del negativo que permita el positivado de la creación; o el mero paso del tiempo, que puede hacer que no exista otra vía de alcanzar una plasmación de la obra en idénticas condiciones.

En este sentido, resulta especialmente llamativo que en nuestro ordenamiento quede expresamente «prohibida la destrucción del soporte original de la obra audiovisual en su versión definitiva» (art. 93.2 TRLPI) —es decir, de la obra audiovisual finalizada, tal y como la hayan acordado el director-realizador y el productor contractualmente (art. 92 TRLPI)—; prohibición que realiza el legislador consciente de la tradicional degradación del propio soporte de las obras cinematográficas, tanto por la generación de copias como por el simple transcurso del tiempo.

A la luz de lo anterior, la protección de la integridad de la obra, a través de esta prerrogativa moral, despliega sus efectos sobre el soporte físico, prohibiendo cualesquiera tipos de agresiones —reparables o irreparables— en ellos que causen un perjuicio a su creador.

Ello se alinea, de forma directa, con la obligación de preservar el patrimonio impuesto a los poderes públicos por la CE, los cuales, además de promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44.1), «garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad» (art. 46)⁹².

El derecho a la integridad de la obra no impone una actitud activa al propietario del soporte de evitar daños o garantizar económicamente su conservación o restauración⁹³ —salvo que esté integrada en el Patrimonio Histórico o pertenezca a la Administración—⁹⁴. En la generalidad de los casos, se trata, más bien, de una obligación de «no hacer», en la que el propietario deberá manifestar el respeto debido que le corresponde a cualquier persona hacia la integridad de su obra, sin mediar dolo o culpa grave⁹⁵, y siembre bajo las exigencias de la buena fe, que deben guiar el ejercicio de su derecho de propiedad, según el CC (art. 3)⁹⁶.

92 Vid. art. 2.1 LPHE.

93 Vid., en este sentido, SAP de Barcelona 11667/2000, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2000:11667). Afirma el tribunal, que «el propietario del soporte no es un obligado a entregarlo o restituirlo y, por ello, a conservarlo con la diligencia propia de un buen padre de familia, cual sucede con quien ostenta aquella condición de tenedor transitorio de una cosa ajena o debida a otro —artículos 1.094, 1.468, 1.563, 1.744, 1.746, 1.766 del Código Civil—. Tampoco puede ser considerado titular de un *ius in re aliena*, obligado a conservar para luego restituir —artículos 467 y 497 del Código Civil—» (F.J. 7º).

94 Vid., en este sentido, SAP de Málaga 3070/2005, de 7 de junio. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tecnos. Madrid, 2018, pág. 244.

95 SAP de Barcelona 11667/2000, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2000:11667).

96 Como señala GALÁN CORONA («Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 45), acerca de la destrucción de la obra por el propietario del soporte, la doctrina española se encuentra fuertemente lastrada con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo, del 9 de 1985, en el famoso caso del escultor Pablo Serrano. Sobre esto, vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda. «'Viaje a la luna en el fondo del mar': un escultor en defensa de la integridad de su obra y una revisitación del derecho de participación o *droite de suite*», en *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2015.

7. CONCLUSIONES

La cultura es un factor de desarrollo innegable en cualquier sociedad. Tal y como señala la UNESCO⁹⁷, «[d]esde el patrimonio cultural a las industrias culturales creativas, la cultura es facilitador y motor de las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible».

Indudablemente, todas las formas de expresión creativa que puedan entenderse comprendidas bajo el conjunto de conocimientos y elementos que integran la cultura deben ser incentivadas, desde el punto de vista individual o personal y desde el punto de vista patrimonial, pues se trata de un producto que redundará en beneficio del conjunto de la sociedad.

La libertad de creación, entendida como concreta manifestación de la libertad de expresión internacional y constitucionalmente amparada, debe ser garantizada a todos los autores y demás creadores en pro del enriquecimiento del acervo cultural. Por su parte, los frutos derivados de su ingenio precisan ser protegidos por la propiedad intelectual, en general, y por los derechos de autor, en particular. Entre los sujetos respaldados por el TRLPI, destacan los fotógrafos, cuyas creaciones siempre encontrarán cobijo en el texto, como objeto privilegiado de la norma, ya sea como obras fotográficas, ya sea como meras fotografías. Ambas categorías son francamente difíciles de deslindar, a pesar de las implicaciones prácticas. Los derechos aparejados a cada tipo de creación serán en sumo grado diferentes en amplitud, duración y contenido, delimitándose a través del complejo concepto de originalidad, tan difícil de desenmarañar y valorar —máxime, a partir de un juicio de valor desde la originalidad subjetiva—, debiendo estar al caso.

Por su parte, no deja de resultar destacable que un derecho esencialmente inmaterial, como es la propiedad intelectual, a través del derecho moral a la integridad de la obra, afecte de forma tan determinante a la expresión corpórea que protege el patrimonio cultural material. Esta perspectiva de ambas materias pasa frecuentemente inadvertida, pero precisa ponerse de relieve, de conformidad con la necesidad de entender el ordenamiento jurídico como un sistema, conjunto de normas armónico en la que el todo es superior a la suma de sus partes.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, octava edición, Tecnos, Madrid, 2018.

ANÓN. (s. f.). «Cultura para el desarrollo sostenible». UNESCO. Recuperado de: es.unesco.org/themes/cultura-desarrollo-sostenible. Fecha última visita: marzo 2013.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. «El derecho de participación y el derecho de compensación de copia privada», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 145-167.

97 Anón. (s. f.). «Cultura para el desarrollo sostenible». UNESCO. Recuperado de: es.unesco.org/themes/cultura-desarrollo-sostenible. Fecha última visita: marzo 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «La obra», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 51-80.

«Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 159-195.

«Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 1763-1770

«Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 99-135.

BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, págs. 1065-1114.

CASAS VALLÉS, Ramón. «Ley 3/2008», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, págs. 469-513.

CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, págs. 37-79.

CARMONA CONTRERAS, Ana María. «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias», en *La Constitución de los españoles. Estudio homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, obra colectiva, directores Manuel Aragón Reyes, Javier Jiménez Campo, César Aguado Renedo, Antonio López Castillo y José Luis García Guerrero, págs. 571-582.

GALÁN CORONA, Eduardo. «Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, págs. 38-67.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. «Libertad de expresión: régimen jurídico-administrativo sustantivo y procesal», en *Libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, obra colectiva, director Pedro J. Tenorio Sánchez, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014, págs. 429-499.

GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román. *Historia el cine*, Anagrama, Barcelona, 2016.

GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa. «La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital: sentencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 58, págs. 1-33.

DROZ, Numa; SOLDAN, Charles; FREY, Bernard. «First Conference In Berne, 1884 – Minutes», en *Berne Convention Centenary. 1886-1986*, International Bureau of Intellectual Property, Ginebra, 1986, págs. 83-107.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Art. 5», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 393-453.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Otros Derechos de Propiedad Intelectual», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 285-319.

«Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tecnos. Madrid, 2018, págs. 227-256.

MARTÍNEZ PINO, Joaquín. «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías de patrimoniales», en *El estudio del patrimonio cultural*, obra colectiva, coordinadores María Victoria García Morales, Victoria Soto Caba, Joaquín Martínez Pino, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, págs. 231-265.

MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza, 1978.

MORETÓN SANZ, María Fernanda. «'Viaje a la luna en el fondo del mar': un escultor en defensa de la integridad de su obra y una revisitación del derecho de participación o *droite de suite*», en *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 103-143.

«Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión mortis causa: indisponibilidad inter vivos del derecho de participación», en *Revista Crítica de Derecho Civil*, nº 737, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013, págs. 1913-1946.

OTERO LASTRES, José Manuel. «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a (A Coruña, 22 y 23 de marzo de 2007)*, obra colectiva, coordinadores Rafael García Pérez y Marcos-A. López-Suárez, Universidad de La Coruña (Servizo de Publicacións), A Coruña, 2008, págs. 73-102.

ROGEL VIDE, Carlos. *El derecho de autor de los Directores de Fotografía*, Reus, Madrid, 2006.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «Aspectos esenciales de derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, 129-151.

«El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, obra colectiva, coordinador Luis Antonio Anguita Villanueva, Madrid, 2016, págs. 119-134.

SOUGEZ, Marie-Loup, «La aparición de la fotografía. Inventores y primeros procedimientos», en *Historia general de la fotografía*, obra colectiva, coordinadora Marie-Lout Sougez, Cátedra, Madrid, 2007.

UREÑA SALCEDO, Juan Antonio. *Breve historia de la expresión y el control de las ideas y la (des)protección de sus autores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iniesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 617-625.

DERECHOS DE AUTOR EN EL ARTE CONCEPTUAL: LA PROTECCIÓN DE OBRAS DE ARTE CREADAS CON IMPRESORAS 3D Y NFTS

COPYRIGHT IN CONCEPTUAL ART:
THE PROTECTION OF ARTWORKS CREATED WITH 3D PRINTERS AND NFTS

Alba Enríquez Cruz
Abogada cultural
albaenriquezcruz@gmail.com

RESUMEN:

Tras definir el marco del concepto de arte, originalidad y arte conceptual, este artículo analiza la problemática actual de adaptación que presenta la normativa nacional y europea vigente respecto a la realidad existente, creándose un vacío suplido por la jurisprudencia. Por ello, se desarrollan varios casos reales que invitan a la apertura de este debate que se extiende a creaciones tan singulares como las derivadas de impresoras 3D o los NFTs.

ABSTRACT:

After defining the framework of the concept of art, originality and conceptual art, this article analyzes the current problem of adaptation presented by the Spanish and European regulations in force in relation to reality, creating a gap filled by jurisprudence. For this reason, several real cases are reviewed and invite the opening of this debate, which extends to such singular creations as those derived from 3D printers or NFTs.

PALABRAS CLAVE:

Derecho, cultura, arte, original, conceptual, contemporáneo, NFTs, impresora 3D, Blockchain.

KEYWORDS:

Law, culture, art, original, conceptual, contemporary, NFTs, 3D printer, Blockchain.

ÍNDICE:

1. Introducción
2. ¿Qué es arte? ¿Qué es obra de arte?
3. Orígenes de la propiedad intelectual y de los derechos de autor
4. Normativa de aplicación
 1. Normativa Internacional y Europea
 2. Normativa española
5. Autoría y originalidad
 1. Arte contemporáneo y arte conceptual
 2. Idea vs. Expresión de la idea
 3. Obras de arte creadas con impresoras 3d
 4. Obras de arte y nfts
 5. ¿Una opción poco sostenible?
6. Conclusiones
7. Bibliografía
 1. Libros, manuales y monografías
 2. Artículos de revista y artículos web
 3. Legislación
 4. Jurisprudencia

1. INTRODUCCIÓN

El marco jurídico actual presenta un problema grave a la hora de proteger las obras de arte conceptual. Además, la tecnología se ha introducido en el mercado del arte, quedando la legislación todavía más alejada de la realidad para la que es promulgada, surgiendo una serie de problemáticas que se ven finalmente resueltas por la jurisprudencia.

A lo largo del presente trabajo se analizará, en primer lugar, qué es arte, y en consecuencia qué es obra de arte, para poder delimitar el objeto de protección en el marco jurídico. No obstante, los conceptos *autoría* y *originalidad* también saldrán a colación como objeto de estudio, pues son conexos a las obras de arte y necesarios para comprender el arte conceptual.

Finalmente, tras un breve análisis de la normativa, se estudiará el arte conceptual con referencia a alguna obra, llegando a estudiar cuál es la protección de las obras de arte creadas con impresoras 3D, pues empieza a ser un procedimiento utilizado por grandes artistas y expuestos en importantes museos, tales como Matthew Plummer-Fernández o Ross Lovegrove.

No obstante, la llegada del arte digital no parece que vaya a extinguirse en un futuro próximo, sino que más bien crece a una velocidad impredecible. Por ello, el estudio de los NFTs y el impacto que puede tener en el mercado internacional del arte son mencionados también en el presente trabajo.

En definitiva, se pretende realizar una breve aproximación a la problemática en la protección por la normativa jurídica de las obras de arte conceptual que continúa latente en la actualidad, así como realizar unas breves pinceladas de lo que parece el futuro en este sector, para finalmente concluir los aspectos positivos de la inclusión del *Blockchain* en el mercado del arte.

2. ¿QUÉ ES ARTE? ¿QUÉ ES OBRA DE ARTE?

Definir los conceptos *arte* y *obra de arte* es una tarea intrínsecamente compleja. No obstante, es preciso determinar qué es, en primer lugar, *arte*, para poder establecer posteriormente el concepto *obra de arte*¹. Esta cuestión no es nueva, sino que ya ha sido planteada en 1926 durante el transcurso del caso *Brancusi v. United States*.

«Un funcionario de aduanas del puerto de Nueva York declaró que un objeto de bronce esculpido por la mano de Brancusi era simplemente un utensilio de cocina y que, por lo tanto, estaba sujeto a un elevado arancel de importación. [...] Concebido por Marcel Duchamp, financiado por Gertrude Vanderbilt Whitney y facilitado por Edward Steichen, Brancusi v. United States reunió bajo el mismo techo —sólo por unos días— al incipiente mercado del arte neoyorquino, planteando la pregunta: *¿Qué es el arte?*»

El objeto era original, no tenía ningún valor utilitario, era el producto de un escultor profesional, y podía considerarse como una verdadera obra de arte»².

Respecto a la cuestión planteada, «la mayoría de los testimonios respondieron a la pregunta de cómo definir el arte», planteándose en el transcurso del juicio tres respuestas distintas a esta pregunta³. Al final del juicio se habían asociado al concepto arte una serie de atributos sin precedentes. «Las obras de arte se parecían a las ideas, encarnaban cualidades como el equilibrio y la armonía, provocaban un sentimiento de belleza y eran la creación inspirada de alguien considerado un artista». No obstante, en definitiva, la característica más importante atribuida consistió en considerar las obras de arte una especie de mercancía.⁴

Finalmente, el juez Waite reflexiona al respecto y expone que «ninguna definición del arte podía resistir el paso del tiempo»⁵, por lo que es preciso centrarnos en el concepto *obra de arte*, en la mercancía con la que se va a comercializar, siendo la definición ofrecida por Leonard D. Duboff una de las más acertadas dentro de la doctrina jurídica y desde el punto de vista legal⁶:

«A universal legal definition of art probably cannot go much further than stating that a work of art is an original expression of the creator, embodying a creative process in which the creation is distinctively the work of that creator. A more precise definition, although desirable, would not do justice to the diverse interests involved»⁷.

1 PEÑUELAS I REIXACH, L.: Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte, Polígrafa, España, 2014, p. 18.

2 MANN, T., «The brouhaha: when the bird became art and art became anything» en Spencer's Art Law Journal, Vol. 2, Núm. 2, Otoño 2011. Disponible en <http://www.artnet.com/magazineus/news/spencer/spencers-art-law-journal-12-9-11.asp>

3 Ídem.

4 PEÑUELAS I REIXACH, L.: Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte, Polígrafa, España, 2014, pp. 19 y 20.

5 Ibídem, p. 20.

6 Ídem.

7 DUBOFF, LEONARD D., «What is Art? Toward a legal definition» en 12, Hastings Comm/Ent L.J., Vol. 12, Num. 3, 1989-1990, pp. 303 y ss. Disponible en: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=hastings_comm_ent_law_journal

Este mismo hecho se ha repetido recientemente, pues en 2006 las aduanas de Reino Unido consideraron que debían tributar en aduanas un conjunto de fluorescentes de Dan Flavin sin beneficiarse de las tarifas aplicadas a las obras de arte⁸. En este caso, se enfrentaron ante los tribunales una galería y las TVA (aduanas), que consideraron que los fluorescentes apagados no eran más que material industrial sin la posible aplicación de exoneración de tasas de exportación aplicables a las obras de arte originales. Finalmente, la Comisión Europea emitió el Reglamento (UE) n. 731/2010, de 11 de agosto de 2010 relativo a la clasificación de mercancías, a través del cual establece que aquellas obras creadas con material industrial no pueden tener la condición de obra de arte⁹. En conclusión, se determinó que no deben clasificarse como obras de arte aquellas que *no lo son* en el momento de cruzar la aduana, siendo esta regulación la causante de una gran problemática teniendo en cuenta que la obra de arte es creada previo transporte de los materiales, y no a la inversa¹⁰.

En definitiva, una obra de arte se podría definir como aquel objeto material, con relevancia económica, originado por un artista, dónde plasma su personalidad, y al que los expertos otorgan tal consideración¹¹.

Atendiendo a la normativa de aplicación en España que se desarrollará más adelante en el presente trabajo, el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual enumera a título de ejemplo *obras y títulos originales* tras indicar que «son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro». Entre dichos ejemplos figuran los libros, las composiciones musicales, obras cinematográficas, esculturas, obras de pintura, grabado y litografías, proyectos, fotografías, gráficos, mapas y programas de ordenador, entre otros.

3. ORÍGENES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Históricamente podemos afirmar que durante la vigencia del Estado Absolutista se ejercía un control del poder público sobre distintos aspectos culturales, como en materia educativa,

Traducción al español disponible en PEÑUELAS I REIXACH, L.: *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, Polígrafa, España, 2014, p. 20:

«Probablemente una definición universal jurídica del arte deba limitarse a estipular que una obra de arte es una expresión original del creador que plasma un proceso creativo en el que la creación es claramente la obra de dicho creador. Una definición más precisa, aunque sería deseable, no haría justicia a los diversos intereses implicados».

8 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral Arte contemporáneo y Derechos de Autor, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 51. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

9 Ibídem, p. 149.

10 Ibídem, p. 52.

11 OTERO GONZÁLEZ, P.M.: «Respuesta Jurídico penal a la falsificación de obras de arte», en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 116, septiembre-octubre, 2015, p. 4.

siendo la progresión de la cultura durante la Edad Moderna escasa y fragmentaria¹². No obstante, el interés por la protección del patrimonio-histórico se encontraba latente, encontrándonos ante una soberanía progresivamente consciente de su poder que disciplinó la actividad cultural¹³. En este periodo el negocio editorial empieza a manifestarse debido a la llegada de la imprenta, con un sistema de privilegios de impresión ejercido a través de concesiones.

La relación entre Derecho y Cultura es antigua, anterior a la determinación del propio concepto, destacando en lo que se refiere a la propiedad intelectual el Estatuto de la reina Ana de Inglaterra, fechado en 1709, en el que se regula por primera vez el *Copyright*¹⁴.

Resulta esencial destacar el requisito del valor, pues «el Derecho sólo concibe como culturales aquellas manifestaciones intelectuales o estéticas del hombre a las que la sociedad atribuye un valor como tales», teniendo en cuenta que una misma cosa puede incorporar, al mismo tiempo, un valor económico y cultural¹⁵.

4. NORMATIVA DE APLICACIÓN

Normativa Internacional y Europea

La propiedad intelectual desde el siglo XIX es un derecho globalizado, pues se dictaron convenios bilaterales e internacionales para la protección de los autores y sus obras¹⁶.

Dentro de los Tratados amparados por el organismo de Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI), nos encontramos con el Convenio de Berna de 1886 como el texto básico de carácter internacional para la protección de obras literarias y artísticas¹⁷. Posteriormente, en 1994, la Organización Mundial del Comercio aprobó el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (en adelante, ADPIC) en el cual se establecen garantías de la protección de la propiedad intelectual entre distintos países¹⁸. No obstante, tampoco la

12 VAQUER, M. Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española, 1998, Madrid, p. 33. Disponible en

https://www.researchgate.net/publication/316993855_Estado_y_cultura_la_funcion_cultural_de_los_poderes_publicos_en_la_Constitucion_espanola_Part_I

13 *Ibidem*. 35-36.

14 PRIETO DE PEDRO, J. «Lección 26. El Derecho de la Cultura» en Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII, Los sectores regulados, Volumen II, Iustel, p. 264.

15 VAQUER, M. Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española, 1998, Madrid, p. 93. Disponible en

https://www.researchgate.net/publication/316993855_Estado_y_cultura_la_funcion_cultural_de_los_poderes_publicos_en_la_Constitucion_espanola_Part_I

En relación con PRIETO DE PEDRO, J. *Cultura, Culturas y Constitución*, 2004, Madrid, pp. 98-99.

16 BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7, pp. 27-28.

17 *Ibidem*, p. 28.

18 *Ibidem*, pp. 29-30.

Convención Universal sobre el Derecho de Autor de la UNESCO de 1952 ofrece una descripción de las características esenciales de una obra para gozar de protección de los derechos de autor¹⁹.

En contraposición al concepto de obra de arte desarrollado en el punto previo, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, define el concepto obra en su artículo 2.1, y establece:

«Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias».

Sin hacer referencia a la idea, se refiere a que las obras pueden ser protegidas como expresiones sin que dicha expresión se encuentre en un soporte, indicando en el siguiente apartado que «queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material»²⁰.

Como entidad supranacional de carácter económico y político, la Unión Europea ha promulgado varias Directivas en la materia, debido a las cuales la legislación estatal ha sufrido muchas de las modificaciones para su correcta adaptación, destacando, entre otras, la siguiente normativa²¹:

- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los mismos en la sociedad de la información.
- Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas.
- Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.
- Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

19 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 78. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

20 *Ibidem*, p. 75.

21 BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7, pp. 30-21.

Normativa española

La Constitución Española no contempla explícitamente la Propiedad Intelectual, aunque su protección se considera necesaria para la garantía de derechos fundamentales. A pesar de ello, la jurisprudencia ha considerado esta materia y los derechos morales como hecho de relevancia constitucional.²²

El primer Texto Legal aplicable en España en materia de Propiedad Intelectual fue la «Ley de Propiedad Literaria de 10 de junio de 1847», la cual fue derogada por la «Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879», desarrollada por el Reglamento de 1880, con gran parte de su articulado todavía vigente en la actualidad y calificadas por la doctrina como «de un gran valor y perfección técnicas». No obstante, la mencionada normativa no recogía el derecho moral del autor, siendo necesaria la inscripción de las obras en un Registro de Propiedad Intelectual.²³

Posteriormente, el Código Civil de 1889²⁴ regulaba la Propiedad Intelectual dentro de las «Propiedades Especiales»²⁵, concretamente en el Capítulo III del Título IV, estableciendo en el artículo 428 que «el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad» y en el siguiente que «la Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad». De este modo, se introduce la Ley específica de Propiedad Intelectual y establece la regulación del propio Código Civil como supletoria.

Tras ello, en 1987 se promulga la ley 22/1987, de 22 de noviembre, antecedente inmediato a la actual, y caracterizada principalmente por establecer las siguientes consideraciones²⁶:

1. La propiedad intelectual de una obra correspondía al autor sin necesidad de Registro ni de inscripción.
2. Los derechos cedidos se regían bajo el principio de interpretación restrictiva.
3. Se introducen otro tipo de obras como las tecnológicas y los programas de ordenador.
4. Se establece el marco jurídico de la gestión colectiva de derechos.
5. Se establece la duración de los derechos de autor hasta setenta años después de su fallecimiento.
6. Liberaliza el establecimiento de entidades de gestión.
7. Regula el derecho moral del autor.

22 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 36. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

23 BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7, p. 25.

24 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889, con Referencia BOE-A-1889-4763, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&tn=1&p=18890725>

25 BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7, p. 25.

26 *Ibidem*, p. 26.

La incorporación de nuestro Estado a la Comunidad Económica Europea fue clave para la promulgación de esta Ley, la cual sufrió continuas modificaciones debido a la entrada en vigor de distintas Directivas comunitarias en esta materia.

Finalmente, se promulga el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia²⁷, modificado recientemente por la Ley 2/2019, de 1 de marzo²⁸, por la que además se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

Actualmente esta norma es la fuente de derecho de la protección de la Propiedad Intelectual en España y, a pesar de que no aparece explícitamente en la Constitución – tal y como ya se ha expuesto –, su protección se considera necesaria para la de Derechos Fundamentales consagrados en la misma como puede ser la libertad de expresión, el derecho a la cultura y, en relación con este último, el derecho a la producción artística, científica y literaria. En consecuencia, la jurisprudencia ha considerado la propiedad intelectual y, más específicamente, sus derechos morales, como hecho de relevancia constitucional en sentencias tales como la de 2007 del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao²⁹, en la cual se establece que:

«Hay que subrayar la relevancia constitucional del derecho de autor. Se ha dicho, con razón, que hablar de derecho de autor es hablar de cultura, y cualquier sociedad que quiera preservarla habrá de disponer un régimen protector de la actividad creativa. La nuestra lo ha hecho, pues el art. 20.1.b) de la Constitución (RCL 1978, 2836) reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística, científica y técnica. Luego se ha desarrollado con rango de Ley ordinaria todo lo relativo a esos derechos y a la propiedad intelectual».

5. AUTORÍA Y ORIGINALIDAD

Se plantean, en consecuencia, más conceptos relacionados con *obra de arte* y en la propia definición de la misma, entre los que destacan *autor* y *original*. Conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual – RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto

27 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, publicado en «BOE» núm. 97, de 22/04/1996, con entrada en vigor el 23 de abril de 1996 y con ref BOE-A-1996-8930 disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930&p=20220330&tn=6>

28 Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, publicado en «BOE» núm. 53, de 2 de marzo de 2019, páginas 20282 a 20340 (59 págs.), con ref. BOE-A-2019-2974, disponible <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2974>

29 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral Arte contemporáneo y Derechos de Autor, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 36. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

refundido de la LPI, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia — «se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica», presumiéndose como tal «salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique», indica el siguiente artículo 6³⁰.

Asimismo, es preciso destacar lo contemplado en el artículo 1 del mismo texto legal, el cual señala que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el simple hecho de su creación, otorgándole todas las facultades inherentes y diferenciando así la propiedad intelectual de la industrial, siendo todavía necesario el registro para la protección de esta última.³¹

Podemos concluir al respecto que *autor será el que ha creado y ejecutado una obra incluyendo la aceptación del resultado final, plasmando su personalidad de tal forma que la hace única*, por lo que crea la obra intelectual y materialmente.³²

Según RODRÍGUEZ TAPIA³³, crear una obra consiste en «plasmarse en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos», lo que nos lleva a los términos *originalidad* y *original*, procediendo a continuación a su análisis, para lo cual es preciso atender no sólo a la legislación española, sino también a la europea, dónde encontramos varias normas que contemplan este concepto.

Por un lado, la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE emplea el concepto *original* en su considerando X y en su artículo 14 bajo la rúbrica «obras de arte visual de dominio público», y establece que «los Estados miembros dispondrán que, cuando haya expirado el plazo de protección de una obra de arte visual, cualquier material resultante de un acto de reproducción de dicha obra no esté sujeto a derechos de autor o derechos afines, a menos que el material resultante de dicho acto de reproducción sea original en la medida en que sea una creación intelectual de su autor»³⁴.

30 Artículos 5 y 6, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, publicado en «BOE» núm. 97, de 22/04/1996, Ref. BOE-A-1996-8930. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930&p=20200708&tn=1#a5>

31 BARBERÁN MOLINA, P., Manual Práctico de la Propiedad Intelectual, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7, p. 34.

32 OTERO GONZÁLEZ, M.P. y VERÓN BUSTILLO, E.: «La falsificación de obras de arte: casuística criminal, investigación y punición», artículo seleccionado por el Jurado para su publicación en la monografía, Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2017. Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (en coautoría con D. Emilio Javier Verón Bustillo), Madrid/Navarra: Fundación Profesor Uría/Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ISBN: 978-84-9177-567-6, p. 677-766.

33 RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 42.

34 Directiva (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, publicado en «DOUE» núm. 130, de 17 de mayo de 2019, páginas 92 a 125 (34 págs.), Ref. DOUE-L-2019-80826. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>

La doctrina ha analizado este aspecto y lo concretó como la existencia de obras «cuyo especial valor no reside en la capacidad para multiplicar ejemplares de las mismas, sino en el carácter único de la obra original»³⁵, diferenciando además de este modo las obras plásticas de lo que ocurre con la cesión de los derechos de las obras literarias³⁶. Asimismo, expone en contraposición también la doctrina que «la originalidad es un concepto vago, abstracto e impreciso, carente de formulación legal, en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados»³⁷, lo cual nos lleva a diferenciar la concepción subjetiva de originalidad por la plasmación del autor, de la concepción objetiva, referente a la novedad y diferenciación frente a creaciones preexistentes³⁸.

Retomando el concepto de obra de arte original, la originalidad aparece en el Convenio de Berna y en otros instrumentos de derecho internacional como un fundamento del derecho de autor y estableciendo los requisitos mínimos para su protección, pero sin definir su alcance, de tal modo que «solo el titular de una obra mantiene sus derechos sobre su obra original». Por otro lado, el Tratado de la OMPI de 1996 se refiere al objeto original como aquel tangible y sus copias, siendo la interpretación substantiva competencia de cada jurisdicción³⁹.

Atendiendo a la normativa europea, el artículo 2 de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001⁴⁰ se encarga de concretarnos esta cuestión y expone que «a efectos de la presente Directiva, «1. Se entenderá por *obras de arte originales* las obras de arte gráficas o plásticas tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales». De este modo, establece la legislación un listado abierto, donde se cita un contenido a título de ejemplo, pudiendo afirmar tal y como señala la doctrina que hablamos de obras de arte originales cuando nos encontramos ante «obras únicas, que han salido de las manos del autor»⁴¹.

No obstante, no se define por el Derecho de la Unión Europea el concepto de obra, siendo un concepto autónomo⁴², por lo que existen dificultades para determinar cuándo nos encon-

35 CORNISH, W / LLEWELYN, D. / APLIN, T: *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 7ª ed., London, 2010, pág. 593, citado por CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: «La Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 32, 2011-2012, pp. 28 y 29.

36 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: «La Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 32, 2011-2012, p. 29.

37 BONDÍA ROMÁN, F. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº3, 2006, p. 1070.

38 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª Edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, p. 53.

39 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 99. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

40 Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001», publicado en «DOCE» núm. 272, de 13 de octubre de 2001, Ref. DOUE-L-2001-82294.

41 *Ibíd*em, pág. 35.

42 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma

tramos ante una obra de arte original⁴³, exceptuando lo relativo a las ediciones limitadas, pues el propio artículo 2.2 de la Directiva establece que «los ejemplares de obras de arte objeto de la presente Directiva que hayan sido hechos en ediciones limitadas por el propio artista o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales, a los efectos de la presente Directiva. Dichos ejemplares estarán normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el artista».

A pesar de contemplar el concepto originalidad, éste no se encuentra armonizado en todos los tipos de obras a excepción de los programas, bases de datos y fotografías, debiendo acudir a la jurisprudencia del TJUE para establecer el ámbito de la definición, siendo *Infopaq Internacional* la más comentada por la doctrina⁴⁴. En la citada sentencia, se estudia la aplicación del artículo 2, letra a) —y artículo 5— de la Directiva 2001/29, pues sólo se aplica a las obras que constituyen creaciones intelectuales atribuidas a éste, sin especificar que no resulte de aplicación a partes que integran una obra, determinando que dichas partes deben someterse al mismo régimen gozando de la protección de las estipulaciones de este artículo. En definitiva, dado que las palabras o frases que integran un texto pueden transmitir al lector la singularidad de una determinada publicación, éstas también son protegidas por la Directiva señalada.

Este concepto de originalidad se menciona ya en la derogada Ley 22/87, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, y se mantiene en la vigente, pero no es definido por la misma, por lo que debemos acudir a la doctrina y jurisprudencia para conocer el término, en sentencias tales como la del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1992. Este concepto está formado por dos aspectos: un aspecto subjetivo, que consiste en que la obra sea resultado de la inventiva del autor y reflejo de la personalidad del mismo; y un aspecto objetivo, que consiste en el requerimiento de cierto grado de novedad, resultando fundamental el requisito de relevancia mínima señalado por el Tribunal Supremo en sentencias tales como la número 214/2011 o la 542/2004, el cual consiste en que la obra debe ostentar un factor de reconocibilidad o diferenciación, pues es un elemento esencial para gozar del derecho de exclusiva, el cual no se puede apreciar frente al patrimonio cultural común de la sociedad⁴⁵; concretamente, expone:

«Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador».

-
- de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 99. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 43 OLIVEIRA ASCENSÃO, J. de: «O «Direito de Sequência»: sobre o preço ou sobre o aumento do preço», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 101 (2009), pág. 47, citado por C.M. CAA-MIÑA DOMÍNGUEZ, «La Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 32, 2011-2012, p. 35.
- 44 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 100. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 45 GARCÍA SEDADO, T., «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario jurídico y económico escorialense*, XLIX (2016) 251-274 / ISSN: 1133-3677, p.260-262.

El segundo requisito para la protección de una obra de arte, además de su originalidad, es la exteriorización, es decir, «es necesario que la obra tenga expresión concreta, manifestación suficiente, o sea, que la obra salga de la mente del autor a la luz por cualquier medio»⁴⁶. La finalidad de la exteriorización es que terceros puedan percibir y reconocer la idea creadora⁴⁷. A pesar de que el Convenio de Berna no establece ninguna consideración al respecto, existe una práctica generalizada sobre la protección de creaciones formales y no de ideas, siendo el Anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁴⁸ el que así lo instaura en su artículo 9 bajo la rúbrica «relación con el Convenio de Berna», en su apartado 2, «la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí»⁴⁹.

La jurisprudencia desempeña un rol fundamental delimitando el concepto originalidad⁵⁰. Respecto a este requisito resulta ilustrativo el caso analizado por la Audiencia Provincial de Madrid núm. 96/2005, de 17 de febrero, conocido como «el gran concurso del siglo». En este procedimiento, se considera autor del concurso televisivo al que crea y redacta la memoria-proyecto en la que se desarrolla por reflejar la intervención del autor mediante la exposición de ideas distintas y enriquecedoras del ámbito social o cultural al que iban destinadas, con un suficiente grado de intervención personal de quien se lo atribuye como propia, con una explicación escrita y detallada del contenido y aspectos esenciales del concurso.⁵¹

Arte Contemporáneo y Arte Conceptual

Sin embargo, en la década de 1960 surge el arte conceptual desafiando las normas impuestas por museos y galerías buscando cuestionar la propia naturaleza del arte, remon-tándose sus raíces al dadaísmo y a los *ready-mades* de Marcel Duchamp⁵², pues la mayoría

46 PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «Comentarios a los artículos 428 y 429 CC», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S. (coords.), «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», Edersa, Madrid 1995, t.V-2, p. 760.

47 GARCÍA SEDADO, T., «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», Anuario jurídico y económico escorialense, XLIX (2016) 251-274 / ISSN: 1133-3677, p. 270.

48 *Ibidem*, p. 271.

49 Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994, Ratificado por España el 30 de diciembre de 1994 (publicado en el BOE de 24 de enero de 1995). Disponible en:

https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/Normativa/normas_comunes/Internacionales/Anexo_1C_del_Acuerdo_por_el_que_se_establece_la_Organizacion_Mundial_del_Comercio.html y https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

50 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 98. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

51 BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7, p. 38.

52 FARTHING, S., *Arte. Toda la historia*, Blume, 2019, ISBN 978-84-17757-77-9

de los críticos sitúan los orígenes del arte conceptual con la célebre obra *Fountain* (1917), a pesar de no ser teorizado e identificado como un movimiento artístico diferenciado hasta posteriormente en la década señalada⁵³. Asimismo, fue una reacción al arte visto como una mercancía — desarrollado al principio del presente trabajo —, cuestionando así la naturaleza del objeto artístico y sentando las bases de las instalaciones artísticas⁵⁴. Nunca fue un movimiento congruente, sino un amplio término que hoy en día se refiere a varios tipos de arte que surgieron en Norteamérica y Europa⁵⁵.

Partiendo de una profunda revisión de los procesos creativos, los autores que siguen esta tendencia llevan hasta las últimas consecuencias la valoración de la idea por encima del objeto artístico⁵⁶. Sol LeWitt definía el arte conceptual en la revista *Art Forum* como «en el arte conceptual la idea o el concepto es la parte más importante de la obra. Cuando un artista usa una forma conceptual del arte, significa que todas las decisiones importantes las ha tomado con anterioridad y que la ejecución de su obra es un puro trámite»⁵⁷.

Respecto al concepto de obra de arte desde el punto de vista del arte conceptual es preciso tener en cuentas que la doctrina expone que «el concepto de obra que utiliza la propiedad intelectual puede no coincidir —y así ocurre frecuentemente— con el concepto de obra relevante para otros campos del conocimiento y para otras actividades incluidas las literarias, artísticas y científicas»⁵⁸. Este movimiento es crucial e innovador en la historia del arte⁵⁹, siendo central la idea en estas obras artísticas, planteando cuestiones fundamentales sobre el acto creativo y considerando el resultado artísticamente irrelevante⁶⁰.

La distinción entre idea y la expresión de la idea es uno de los fundamentos principales sobre los que se basa la Ley de Derechos de Autor, pues una misma idea puede ser expresada de maneras distintas según cada autor, siendo esta expresión particular la protegida por el Derecho y se exige, por tanto, que su expresión tenga una existencia autónoma a la idea⁶¹. No obstante, WALRAVENS introduce una novedad respecto a esta concepción tradicional pues defiende que los elementos protegibles de una obra sean todos aquellos perceptibles, tangibles o no⁶².

53 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 59. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

54 FARTHING, S., *Arte. Toda la historia*, Blume, 2019, ISBN 978-84-17757-77-9.

55 HODGE, S., *Breve historia del arte*, Blume, 2017, ISBN 978-84-16965-02-1.

56 TRIADÓ TUR, M. PENDÁS GARCÍA, J.R. y TRIADÓ SUBIRANA., X.: *Historia del Arte*, Vicens Vives, 2011, ISBN 978-84-682-0066-8.

57 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 12. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

58 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 54.

59 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 58. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

60 *Ibidem*, p. 60.

61 *Ibidem*, p. 72-73.

62 *Ibidem*, p. 115.

Esta perspectiva se adapta perfectamente y muestra solución a las cuestiones planteadas por el arte conceptual, a pesar de que la jurisprudencia actualmente defiende que «lo que el derecho de autor protege no son las ideas relacionadas con la obra, inspiradoras o contenido de la misma, sino la forma en que las mismas aparecen recogidas en ella, ya que la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural y científico»⁶³. Esto se debe a que, en muchas ocasiones, esta separación es imposible o incómoda⁶⁴, continuando la existencia de la problemática en la casuística contemporánea.

Idea vs. expresión de la idea

El Derecho de autor no desarrolla una limitación formal o expresiva en la protección de los derechos de autor, pues presume la creatividad humana como inagotable y transformable, sin limitar tampoco dicha protección a unas formas o expresiones determinadas. No obstante, es requisito indispensable que la idea creativa y original haya trascendido del mundo de las ideas a una forma o expresión concreta. Es por ello que ERDOZAIN LÓPEZ expone que «si se tiene en cuenta que el Derecho de autor protege la creatividad original, no puede llegarse a otra conclusión».⁶⁵

La protección por autor existe y se aplica a la obra desde el momento en que tiene lugar la creación original sin requisito alguno de registro, tal y como establece el artículo 5.2 del Convenio de Berna y el 145 de la LPI. No obstante, en algunos ordenamientos sí se exige este requisito, pues la normativa citada permite la aplicación de requisitos adicionales al introducir la expresión *en principio* en su disposición⁶⁶. Exista o no un registro, la carga creativa original resulta indispensable para la aplicación de los derechos de autor, aportando la obra *un nivel mínimo propio de expresividad artística o científica*⁶⁷.

La jurisprudencia sobre propiedad intelectual ha evitado definir «arte» y, en consecuencia, lo que consideran «obra protegible». No obstante, en ocasiones ha resultado inevitable, al igual que ocurre con la difícil distinción entre *idea* y *expresión de la idea*, imposible de establecer en muchas ocasiones en el ámbito del arte contemporáneo⁶⁸. A pesar de ello, existen sentencias que tratan este punto, tales como la de Peter Pan Fabrics, Inc. Vs. Martin Weiner Corp.⁶⁹, en la cual el juez Hand expone que «la prueba para demostrar infracción es necesari-

63 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Sevilla de 16 de septiembre de 2003 (rec. 1351/2002).

64 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 74. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

65 ERDOZAIN LÓPEZ, J.C. «El concepto de originalidad en el derecho de autor» en *Revista de Propiedad Intelectual*, N° 3, 1999, ISSN: 1576-3366, pp. 15-16. Disponible en: <https://docplayer.es/19801121-El-concepto-de-originalidad-en-el-derecho-de-autor.html>

66 *Ibidem*, p. 17.

67 *Ibidem*, p. 18.

68 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 183. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

69 Peter Pan Fabrics, Inc. Vs. Martin Weiner Corp. United States Court of Appeals Second Circuit. Jan. 27, 1960. 274 F.2d 487, 124 USPQ 154.

riamente vaga. No se puede establecer ningún principio sobre cuándo un imitador ha ido más allá de copiar la *idea* y ha tomado prestada su *expresión*. Por tanto, las decisiones deben ser inevitablemente ad hoc»⁷⁰.

La creación de una obra artística es el resultado de un *esfuerzo creativo*⁷¹, apareciendo la creatividad como primer carácter o rasgo fundamental para indicar que nos encontramos ante una obra, distinguiéndolo del valor económico o prestación patrimonial que pueda aportar. De este modo, podríamos defender que lo que distingue una obra de la prestación es el carácter original – que tanto se ha tratado en el presente trabajo – en términos de carga creativa, siendo protegidas aquellas que aporten este valor. Indica ERODOZAIN que «en este punto radica la paradoja conceptual del moderno Derecho de autor, y esa percepción ideal por parte del observador es la que dificulta la labor de averiguar qué es obra, qué debe ser considerado como mera prestación, y qué actividad o exteriorización formal ni siquiera deben entrar a formar parte de las expresiones protegidas por el Derecho de Autor», siendo su objetivo las creaciones de las que se pueda predicar su originalidad⁷².

Apunta SÒRIA PUIG que todos estos problemas entre los que se encuentra la distancia entre la definición de obra en la ley y de obra en el arte contemporáneo, puede que sea consecuencia de falta de diálogo entre el legislador y el sector de las artes visuales⁷³. Continúa exponiendo que los artistas conceptuales «no tienen ni la pretensión ni la herramienta legal adecuada para protegerse, porque su obra, analizada bajo el prisma jurídico, no es una obra»⁷⁴.

En efecto, la falta de definición de los conceptos expuestos – principalmente, arte, obra de arte y originalidad – conlleva un vacío que apenas se ha cubierto por la doctrina y la jurisprudencia, que aplica en muchas ocasiones criterios subjetivos para la resolución de los conflictos *ad hoc* como hemos visto en el análisis de las sentencias señaladas. La falta de protección de la idea origina otra problemática para este tipo de artistas, pues para casos como la obra de Wilfredo Prieto «Vaso de agua medio lleno» o el de las obras de Christo Vladimirov Javacheff y Jeanne-Claude Denat caracterizadas por envolver instalaciones creadas por los hombres – monumentos y edificios – así como estructuras de la naturaleza implicaría la protección de la expresión de la idea en particular, llegando a parecerse o ser imitado el estilo del artista.

Una posible solución aportada por SÒRIA PUIG sería «otorgar al arte conceptual un derecho de propiedad intelectual sui generis considerando sus obras artísticas como prestaciones que no incluyera el derecho de transformación»⁷⁵. Expone, además, en su tesis doctoral «Arte

70 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., pp. 183-184. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

71 *Ibidem*, p. 178.

72 ERODOZAIN LÓPEZ, J.C. «El concepto de originalidad en el derecho de autor» en *Revista de Propiedad Intelectual*, Nº 3, 1999, ISSN: 1576-3366, pp. 2-3. Disponible en: <https://docplayer.es/19801121-El-concepto-de-originalidad-en-el-derecho-de-autor.html>

73 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 179. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

74 *Ibidem*, p. 181.

75 *Ídem*.

Contemporáneo y Derechos de Autor» utilizando como ejemplo las obras de Christo y Jeanne-Claude que la Ley trata de evitar que un artista se apropie de su *estilo* para no perjudicar la libertad de expresión de otros artistas, pero que la solución a este problema sería no conferirle el derecho exclusivo de transformación. De este modo, la reproducción del vaso de agua medio lleno de Wilfredo Prieto no sería prohibida por la LPI pero su obra, *su vaso medio lleno*, sí estaría prohibido.⁷⁶

Debemos tener presente la situación actual en la que nos encontramos, pues la distancia entre el arte y la propiedad intelectual es cada vez mayor, al igual que el despegue del sector artístico hacia la normativa promulgada para su protección⁷⁷. Las obras creadas participan y viven de un mercado del arte que actualmente se encuentra en una era post Covid, destacando la digitalización de dichas obras y originando una brecha respecto a la normativa cada vez mayor.

Obras de arte creadas con impresoras 3D

La tecnología de la impresión 3D hizo su primera aparición en la década de 1980 cuya finalidad era, principalmente, industrial. No obstante, su uso ha trascendido a otras disciplinas entre las que se encuentra la medicina, pues ya existen casos de válvulas cardíacas creadas mediante este proceso, o la rama que aquí nos interesa, la artística. En cualquier supuesto, se plantean preguntas sobre las implicaciones que esto conlleva para la Propiedad Intelectual y los Derechos de Autor.⁷⁸

Antes de adentrarnos en las consecuencias jurídicas, debemos comprender cómo funciona el proceso de impresión 3D, pues este puede comenzar de dos modos:

1. A partir de un archivo digital en el que el objeto que se desea imprimir se encuentra formateado digitalmente.
2. Mediante un escáner tridimensional.

A continuación, se produce un proceso también conocido como fabricación por adición, en el cual el archivo es exportado a un programa específico que, utilizando un material fundido, habitualmente plástico, que capa por capa crea el objeto físico.

En consecuencia, en estos casos estamos ante una doble protección: por un lado, del archivo digital que se envía a la impresora y, por otro, el objeto físico que es creado.

Tras analizar la posible protección de estas creaciones parece que el Derecho de Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor tienen solución a la problemática planteada, pues estudiosos consideran que un archivo digital 3D podría ser protegido como un archivo informático, ya que se realiza un esfuerzo intelectual personalizado por el autor. Asimismo, podría reclamar derechos morales sobre su obra si alguien la reproduce sin autorización en apli-

76 *Ibidem*, p. 188.

77 *Ibidem*, p. 185-186.

78 MALATY, E. «La impresión en 3D y el Derecho de propiedad intelectual en *IMPI REVISTA*, publicado en febrero de 2017. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/01/article_0006.html

cación del artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, ya desarrollado previamente en el presente trabajo.⁷⁹

La protección de los programas informáticos se contempla como obra en el artículo 10.1.i) de la LPI y se desarrolla en el Título VII de la misma ley siendo protegida «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación».

Respecto a la obra resultante, se trataría de una obra de arte original objeto de propiedad intelectual englobándose en las establecidas en el artículo 10.1.e) de la LPI. La cuestión que se plantea es si se considera autor a todo aquel que imprime la obra, ¿o es autor aquel que la imprime pero ha realizado también el diseño del archivo digital? ¿Son entonces el resto de obras reproducciones que generan derechos? ¿Cómo podemos controlar en un mundo digital y globalizado las impresiones que se realizarán de la obra?

Es por ello que debemos tener especial consideración al derecho de reproducción del artículo 18 de la LPI previamente señalado, así como los de distribución y transformación de los artículos 19 y 21 de la misma Ley planteándonos qué ocurrirá si la obra es reproducida por alguien sin autorización poniendo en entredicho la autoría de la misma. Pues bien, podemos afirmar que «cualquier persona que cree un diseño tridimensional original por ordenador gozará de un derecho exclusivo sobre él. Si alguien descarga de Internet y sin autorización un archivo que contenga este diseño y lo imprime con una impresora 3D, estará infringiendo el derecho exclusivo del autor»⁸⁰ y lo hará desde una doble perspectiva: por un lado, descargando el archivo y, por otro, imprimiéndolo.

En relación con esta idea y relacionándola con el arte conceptual tratado en el presente trabajo, traigo a colación la obra *Comedian* de Maurizio Cattelan, la cual consiste en un plátano pegado a una pared con cinta adhesiva. Retomando, por tanto, el arte conceptual, ¿es sólo este plátano la obra resultante? ¿Otro plátano pegado por el artista sería la misma obra? ¿Otro plátano pegado por cualquier persona es una reproducción?

Y es que en cierto modo, ambas obras guardan relación y el mercado del arte avanza más rápido que la protección otorgada a las obras, por lo que se han creado ciertos mecanismos para su circulación en el mercado con garantías entre las que se encuentra la venta con un certificado de autenticidad. En el caso de «*Comedian*», el certificado cuenta con 14 páginas con instrucciones para la instalación, como plazo de duración del plátano antes de su cambio y altura de colocación⁸¹.

Es preciso destacar la existencia del contrato creado en 1971, pionero en la materia, denominado «The Artist's Reserved Rights Transfer and Sale Agreement», que no consiguió extenderse

79 *Ídem*.

80 FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P., «Límites que impone la Ley Española al usuario de impresoras 3D» en *Abanlex*, publicado el 12 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.abanlex.com/2014/11/limites-que-impone-la-ley-espanola-al-usuario-de-impresoras-3d/>

81 «El plátano pegado a la pared de Maurizio Cattelan ya es una pieza de museo» en *Periódico ABC Cultura*, publicado el 21 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.abc.es/cultura/arte/abci-platano-pegado-pared-maurizio-cattelan-pieza-museo-202009210051_noticia.html

para su uso normalizado. Su objetivo «era cambiar las relaciones de poder en el mercado del arte a favor de los artistas en un mercado informal y poco regulado», diseñado para el contexto norteamericano pero basado en la regulación de los derechos de autor y propiedad intelectual europeos, reconocía el derecho moral garantizando la integridad y autoría de la obra.⁸²

Sin perder la perspectiva y retomando la protección de las obras de arte creadas con impresoras 3D debemos acudir también a alternativas prácticas, que no tienen por qué ser las idóneas, hasta lograr una protección jurídica real. Entre estas alternativas nos encontramos con marcar el objeto impreso por el artista, que el mismo circule con un certificado como ocurre con *Comedian*, o encriptar mediante contraseña el archivo digital para que este no sea reproducido.

No obstante, en muchas ocasiones los artistas propios de estos movimientos buscan la denuncia de ciertas situaciones, la experiencia del espectador o la creación de una obra efímera, resultando intrascendente las posibles reproducciones o publicaciones del archivo digital.

Obras de arte y NFTs

La tecnología del *blockchain* ha llegado a nuestras vidas permitiendo la transferencia de un valor o activo de un lugar a otro sin intervención de terceros, proponiendo un nuevo modelo de autenticidad verificado por una red. Para su funcionamiento, la información es codificada y, una vez introducida la información, esta no puede ser eliminada ni modificada.⁸³

En relación con este tipo de tecnología surgen también los NFT, *non fungible token*, activos digitales que no se pueden cambiar entre sí al no existir dos iguales. Todo aquello digitalizado puede convertirse en un NFT, permitiendo estos *tokens* acreditar que el propietario es el único poseedor de la pieza original, permitiendo asociar a cualquier objeto virtual un certificado de autenticidad utilizando la misma tecnología que las criptomonedas.⁸⁴

Un NFT se caracteriza por no poder ser duplicado y solo transferirse usando una llave privada, quedando las transacciones registradas en la cadena de bloques, de tal modo que se conserva un registro histórico en el cual se puede confirmar la procedencia y el tracto de la obra de arte digital en el mercado.⁸⁵

El arte conceptual y los NFTs no son incompatibles y así lo demuestra Damien Hirst con una de sus últimas obras. *The Currency*, compuesta por 10.000 copias, consiste en 10.000 dibujos únicos de puntos de colores asociados a un NFT cada copia, de tal manera que el

82 SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., p. 152. Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

83 COMMUNICATIONS, «Claves para entender la tecnología «blockchain»» en *Sección Innovación web del BBVA*. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/claves-para-entender-la-tecnologia-blockchain/>

84 COMMUNICATIONS, «Qué son los NFTs: los «tokens» para el coleccionismo de bienes digitales» en *Sección Innovación web del BBVA*, publicado el 20 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/que-son-los-ntfs-los-tokens-para-el-coleccionismo-de-bienes-digitales/>

85 «Los NFTs y su relación el blockchain» en *Telefónica*, publicado el 11 de junio de 2022. <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/los-ntfs-y-su-relacion-con-el-blockchain/>

consumidor podrá adquirir o bien el NFT, o bien la obra física, siendo su correlativo destruido. El artista decide realizar este experimento sobre la *creencia*, ya que en eso consiste el valor del dinero, planteando además qué ocurriría si todos los compradores deciden conservar su pieza física y quemar su NFT, ¿volveríamos al punto de partida?⁸⁶

¿Una opción poco sostenible?

La polémica y los dilemas éticos también afectan al mundo tecnológico y de los NFTs, pues muchos artistas rechazan este sistema por culpa de la cantidad de dióxido de carbono que emiten las redes de ordenadores que emplean este sistema⁸⁷.

En el citado caso de Damien Hirst, decide emplear la llamada *Palm Blockchain*, precisamente por ser un nuevo token cuya energía es un 99% más eficiente que Ethereum o Bitcoin, otros sistemas empleados hasta el momento, de forma que busca un método mucho más sostenible y con cuidado del medio ambiente.⁸⁸

No obstante, resulta evidente que la sostenibilidad es una preocupación para los artistas que deciden utilizar este método de venta de arte digital que, a medida que evoluciona, se adapta a las necesidades tanto sociales como del propio mercado del arte.

6. CONCLUSIONES

De lo estudiado a lo largo del presente trabajo podemos concluir que los Derechos de Autor no se encuentran actualmente adaptados para la protección efectiva del Arte Conceptual. Los artistas que se dedican a crear este tipo de obras ya llevan un periodo considerable actuando en el mercado del arte, no obstante la legislación no se ha adaptado a las *performance*, denuncias y obras que son diseñadas en este campo.

La principal problemática se plantea en definir qué es obra de arte y en la no protección de las ideas, así como en la inclusión del derecho de transformación en la protección de este tipo de obras efímeras y tan fáciles de reproducir, cuando en muchas ocasiones esto no es una preocupación real del artista conceptual que crea la obra, sino que pretende causar un impacto, reflexión y huella en el espectador de la creación.

Resulta también esencial el concepto de originalidad en la creación de las obras de arte y, en consecuencia, en las de arte conceptual. La problemática aquí planteada consiste en la utilización por los artistas de objetos cotidianos para la creación de estas obras viéndose

86 BURGO, M., «Damien Hirst to burn «the currency» as buyers can't own both NFT & physical artwork» en *Designboom Website*, publicado el 27 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.designboom.com/art/damien-hirst-the-currency-burn-nft-physical-artwork-07-27-2022/>

87 LANDI, L. «La fiebre de los NFT dispara el valor del arte Digital» en *Quo. El Diario*, publicado el 13 de abril de 2021. Disponible en: <https://quo.eldiario.es/tecnologia/q2104186287/nft-subasta-arte-digital/>

88 BURGO, M., «Damien Hirst to burn «the currency» as buyers can't own both NFT & physical artwork» en *Designboom Website*, publicado el 27 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.designboom.com/art/damien-hirst-the-currency-burn-nft-physical-artwork-07-27-2022/>

obligados a acudir a la jurisprudencia para delimitar qué se considera original y qué no, así como qué se considera obra de arte y qué no. Por ello, la jurisprudencia tiene un papel importantísimo a desempeñar en este campo, requiriendo que las ideas sean expresadas para poder proceder a su protección.

Por otro lado, tras realizar un breve estudio de la normativa actual y una vez definida la problemática de este sector, se han planteado también cómo afectan las novedades tecnológicas al mercado del arte, pues los nuevos materiales se están utilizando para obras de arte que se exponen en grandes museos como el Centro Pompidou de París, y que empieza a trascender a una realidad digital que avanza a pasos agigantados, pues la llegada de los NFTs no ha dejado indiferente a este sector y ha creado una burbuja que poco a poco se está desinflando pero no desapareciendo.

No obstante, la introducción de este elemento resulta interesante, no sólo cómo un nuevo modelo de compraventa que ya ha llegado a las grandes casas de subastas como Christie's, sino también cómo un método efectivo para garantizar la autoría de una obra y evitar así los plagios y falsificaciones. Además, es un método que puede llegar a impedir las ventas en el mercado negro, pues como se ha expuesto registra todas las transacciones que se realizan, avalando a los propietarios previos.

En conclusión, si el Derecho no se adapta a la realidad, la realidad va a buscar alternativas que se adapten a sus necesidades, y así han surgido los la creación de certificaciones y contratos privados, NFTs, o simplemente la existencia de un sistema basado en la confianza de las grandes galerías, casas de subasta y artistas que se dedican a la creación de obras de arte conceptual, pero la adaptación de la legislación y jurisprudencia resulta inevitable, esperando que ocurra en un periodo relativamente corto de tiempo.

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros, Manuales y Monografías

BARBERÁN MOLINA, P., *Manual Práctico de la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 2018, ISBN: 978-84-309-7417-7.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, 9ª Edición, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, ISBN: 9788413360195.

BONDÍA ROMÁN, F. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº3, 2006.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M.: «La Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal» en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. 32, 2011-2012.

Cornish, W / Llewelyn, D. / Aplin, T: *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 7ª ed., London, 2010.

FARTHING, S., *Arte. Toda la historia*, Blume, 2019, ISBN 978-84-17757-77-9

HODGE, S., *Breve historia del arte*, Blume, 2017, ISBN 978-84-16965-02-1.

OTERO GONZÁLEZ, M.P. y VERÓN BUSTILLO, E.: «La falsificación de obras de arte: casuística criminal, investigación y punición», artículo seleccionado por el Jurado para su publicación en la monografía, *Derecho del Arte. Anuario Iberoamericano 2017*. Premio Rodrigo Uría Meruéndano de Derecho del Arte (en coautoría con D. Emilio Javier Verón Bustillo), Madrid/Navarra: Fundación Profesor Uría/Thomson Reuters Aranzadi, 2017, ISBN: 978-84-9177-567-6.

Peña y Bernaldo de Quirós, M.: «Comentarios a los artículos 428 y 429 CC», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S. (coords.), «Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales», Edersa, Madrid 1995, t.V-2.

PEÑUELAS I REIXACH, L.: *Autoría, autenticación y falsificación de las obras de arte*, Polígrafa, España, 2014, ISBN 10: 8434313227/ISBN 13: 9788434313224.

PRIETO DE PEDRO, J. «Lección 26. El Derecho de la Cultura» en *Lecciones y materiales para el Estudio del Derecho Administrativo, Tomo VIII, Los sectores regulados, Volumen II*, Iustel.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SÒRIA PUIG, E., Tesis Doctoral *Arte contemporáneo y Derechos de Autor*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, Gener 2021., Disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/671698/esp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TRIADÓ TUR, M. PENDÁS GARCÍA, J.R. y TRIADÓ SUBIRANA., X., *Historia del Arte*, Vicens Vives, 2011, ISBN 978-84-682-0066-8.

VAQUER, M. *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*, 1998, Madrid. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/316993855_Estado_y_cultura_la_funcion_cultural_de_los_poderes_publicos_en_la_Constitucion_espanola_Part_I

VAQUER, M. *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución Española*, 1998, Madrid. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/316993855_Estado_y_cultura_la_funcion_cultural_de_los_poderes_publicos_en_la_Constitucion_espanola_Part_I

Artículos de Revista y Artículos Web

BURGO, M., «Damien Hirst to burn «the currency» as buyers can't own both NFT & physical artwork» en *Designboom Website*, publicado el 27 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.designboom.com/art/damien-hirst-the-currency-burn-nft-physical-artwork-07-27-2022/>

- COMMUNICATIONS, «Claves apra entender la tecnología «blockchain»» en *Sección Innovación web del BBVA*. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/claves-para-entender-la-tecnologia-blockchain/>
- COMMUNICATIONS, «Qué son los NFTs: los «tokens» para el coleccionismo de bienes digitales» en *Sección Innovación web del BBVA*, publicado el 20 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.bbva.com/es/que-son-los-ntfs-los-tokens-para-el-coleccionismo-de-bienes-digitales/>
- DUBOFF, Leonard D., «What is Art? Toward a legal definition» en *12, Hastings Comm/Ent L.J.*, Vol. 12, Num. 3, 1989-1990, pp. 303 y ss. Disponible en: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=hastings_comm_ent_law_journal
- ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C., «El concepto de originalidad en el derecho de autor» en *Revista de Propiedad Intelectual*, Nº 3, 1999, ISSN: 1576-3366, pp. 15-16. Disponible en: <https://docplayer.es/19801121-El-concepto-de-originalidad-en-el-derecho-de-autor.html>
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P., «Límites que impone la Ley Española la usuario de impresoras 3D» en *Abanlex*, publicado el 12 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.abanlex.com/2014/11/limites-que-impone-la-ley-espanola-al-usuario-de-impresoras-3d/>
- GARCÍA SEDADO, T., «Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual», *Anuario jurídico y económico escurialense*, XLIX (2016) 251-274 / ISSN: 1133-3677.
- LANDI, L. «La fiebre de los NFT dispara el valor del arte Digital» en *Quo. El Diario*, publicado el 13 de abril de 2021. Disponible en: <https://quo.eldiario.es/tecnologia/q2104186287/nft-subasta-arte-digital/>
- MALATY, E. «La impresión en 3D y el Derecho de propiedad intelectual» en *IMPI REVISTA*, publicado en febrero de 2017. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/01/article_0006.html
- MANN, T., «The brouhaha: when the bird became art and art became anything» en *Spencer's Art Law Journal*, Vol. 2, Núm. 2, Otoño 2011. Disponible en: <http://www.artnet.com/magazineus/news/spencer/spencers-art-law-journal-12-9-11.asp>
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J. de: «O "Direito de Sequência": sobre o preço ou sobre o aumento do preço», *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, 101 (2009).
- OTERO GONZÁLEZ, P.M.: «Respuesta Jurídico penal a la falsificación de obras de arte», en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 116, septiembre-octubre, 2015.
- «El plátano pegado a la pared de Maurizio Cattelan ya es una pieza de museo» en *Periódico ABC Cultura*, publicado el 21 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.abc.es/cultura/arte/abci-platano-pegado-pared-maurizio-cattelan-pieza-museo-202009210051_noticia.html

«Los NFTs y su relación el blockchain» en *Telefónica*, publicado el 11 de junio de 2022. <https://www.telefonica.com/es/sala-comunicacion/blog/los-nfts-y-su-relacion-con-el-blockchain/>

Legislación

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889, con Referencia BOE-A-1889-4763, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&tn=1&p=18890725>

Directiva (UE) 2019/790 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, publicado en «DOUE» núm. 130, de 17 de mayo de 2019, páginas 92 a 125 (34 págs.), Ref. DOUE-L-2019-80826. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>

Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001», publicado en «DOCE» núm. 272, de 13 de octubre de 2001, Ref. DOUE-L-2001-82294.

Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 15 de abril de 1994, Ratificado por España el 30 de diciembre de 1994 (publicado en el BOE de 24 de enero de 1995). Disponible en: https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/Normativa/normas_comunes/Internacionales/Anexo_1C_del_Acuerdo_por_el_que_se_establece_la_Organizacion_Mundial_del_Comercio.html y https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, publicado en «BOE» núm. 97, de 22/04/1996, con entrada en vigor el 23 de abril de 1996 y con ref BOE-A-1996-8930 disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930&p=20220330&tn=6>

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, publicado en «BOE» núm. 97, de 22/04/1996, Ref. BOE-A-1996-8930. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930&p=20200708&tn=1#a5>

Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, publicado en «BOE» núm. 53, de 2 de marzo de 2019, páginas 20282 a 20340 (59 págs.), con ref BOE-A-2019-2974, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2974>

Jurisprudencia

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Sevilla de 16 de septiembre de 2003
(rec. 1351/2002).

Peter Pan Fabrics, Inc. Vs. Martin Weiner Corp. United States Court of Appeals Second Circuit.
Jan. 27, 1960. 274 F.2d 487, 124 USPQ 154.

EL IMPERIO DE LA LEY FRENTE AL SALVAJE OESTE EN *EL HOMBRE QUE MATÓ A LIBERTY VALANCE*

THE RULE OF LAW AGAINST THE WILD WEST IN
THE MAN WHO SHOT LIBERTY VALANCE

Francisco Pérez Fernández

Universidad de Oviedo

perezfernandezfrancisco@hotmail.com

RESUMEN:

El hombre que mató a Liberty Valance, uno de los *westerns* más famosos del célebre John Ford, narra un proceso decisivo en la historia norteamericana: la transformación del llamado salvaje Oeste a través de la expansión, más allá de la frontera, de la civilización y el imperio de la ley. Este relato es presentado de forma compleja, huyendo de visiones simplistas o moralejas fáciles, y con un tono trágico que hacen de la película una obra encomiable. Trataremos de examinar aquí los principales contenidos e ideas que plantea, los cuales son de máximo interés desde una perspectiva jurídica y política.

ABSTRACT:

The man who shot Liberty Valance, one of the most famous *westerns* by the celebrated John Ford, narrates a decisive process in American history: the transformation of the so-called wild West throughout expansion, beyond the border, of civilization and the rule of law. This story is presented in a complex manner, fleeing from simplistic visions or easy morals, and with a tragic tone that makes the film a commendable work. We will try to examine here the main contents and ideas that it raises, which are of maximum interest from a legal and political perspective.

PALABRAS CLAVE:

Derecho, cine, política, estado natural, imperio de la ley, cine del Oeste

KEYWORDS:

Law, cinema, politics, state of nature, rule of law, western

ÍNDICE:

1. Un western atípico
2. La ley del salvaje Oeste
3. Cómo abandonar el estado de naturaleza
4. La necesidad de violencia
5. Una victoria amarga
6. Que se imprima la leyenda
7. Bibliografía

1. UN WESTERN ATÍPICO

La película que vamos a comentar en este ensayo, *El hombre que mató a Liberty Valance* (Ford, 1962)¹, ocupa un lugar destacado dentro de la historia del *western*, también conocido como cine del Oeste, un género cinematográfico muy cultivado por John Ford y con el que el propio director se identificaba: «Me llamo John Ford y hago *westerns*»². No en vano, trabajó en este tipo de cine en sus muy diferentes vertientes, lo que permite identificar dentro de su filmografía películas que sirven para ejemplificar los distintos puntos de la evolución experimentada por este género.

Todos los *westerns* presentan un mismo telón de fondo, ya que se encargan de narrar la expansión de la civilización occidental a través del territorio de América del Norte durante el siglo XIX. Es por tanto el género que se encarga de relatar la fundación de los Estados Unidos, razón por la cual las películas del Oeste gozaron siempre de una enorme popularidad en este país³. Esta crónica fílmica ha tendido generalmente a revestir el momento histórico que aborda de un carácter épico muy eficaz a la hora de elogiar y enaltecer la fundación de Estados Unidos, cuestión esencial para una nación que tan joven resultaba en comparación con los antiguos países europeos de los que provenían los colonos americanos. La importancia de la épica a la que nos referimos no ha de ser subestimada, tal y como nos recuerda Borges: «La épica, en nuestro tiempo, ha sido salvada para nosotros, de manera extraña, por los *westerns* [...] Hollywood, sin quererlo, ha salvado la poesía épica, que fue la primera forma de poesía»⁴. Por otro lado, también debemos tener en cuenta que el carácter épico imprimido

1 En adelante nos referiremos a esta película como *HMLV*.

2 Ésta es la famosa frase pronunciada por Ford antes de tomar la palabra en una reunión del sindicato de directores celebrada en 1950, y que había sido convocada para fijar una posición común frente a las persecuciones que en ese momento estaban siendo espoleadas por el senador McCarthy, con el fin de acusar de comunismo o traición a la patria a personas relevantes en el ámbito público.

3 Ira Konigsberg define el cine del Oeste haciendo hincapié en su perspectiva histórica y en su importancia a la hora de dar forma a la concepción que de sí mismo tiene el país que vio nacer este tipo de películas: «Género cinematográfico popular desde los albores del nacimiento del cine que se nutre de la historia y las leyendas de la zona oeste de los EE.UU. [...] El *western*, en mayor medida que cualquier otro género cinematográfico y que cualquier otra forma creativa, ha encarnado la historia cultural de América y ha servido para moldear la imagen que esa nación tiene de sí misma». Ira KONIGSBERG, *Diccionario técnico Akal de cine*, 1ª ed., Akal, Madrid, 2004, p. 95.

4 Jorge Luis BORGES (1970 y 1976), *Borges A/Z* (Ed. Antonio FERNÁNDEZ FERRER), Siruela, Madrid, 1992, versión electrónica, p. 34.

a estas narraciones ha sido utilizado generalmente para ocultar o legitimar el genocidio indio sobre el que se levantó el país norteamericano. El cine ha contribuido así a lavar la conciencia colectiva universal y a confirmar la famosa máxima de George Orwell: «La historia está escrita por los vencedores»⁵.

A pesar de compartir un mismo contexto histórico, al que acabamos de hacer alusión, el género del *western* alberga películas muy diferentes entre sí. Algunas de ellas narran historias desde una perspectiva ciertamente sencilla, presentando personajes poco desarrollados y buscando despertar el interés del espectador únicamente mediante la puesta en escena de elementos de acción o intriga; mientras que otras huyen de planteamientos ingenuos o maniqueos, procuran dar énfasis al elemento psicológico y cuentan con personajes complejos y totalmente alejados del típico héroe justiciero o del malvado forajido. Este segundo tipo de películas, que conforma el subgénero conocido como *western* crepuscular o revisionista, se encuentra en clara oposición al *western* tradicional, y pretende desmitificarlo aportando una visión de la realidad mucho más compleja y realista.

El término crepuscular suele ser empleado para referirse a aquellas películas realizadas por los grandes directores de cine durante los últimos años de sus carreras, especialmente cuando éstos abordan las mismas temáticas que los hicieron célebres, adoptando nuevos puntos de vista que los alejan de sus anteriores enfoques. En este sentido, *HMLV* suele ser considerada una obra crepuscular, ya que es uno de los últimos *westerns* dirigidos por Ford, y muchos ven en él un cierto cariz de despedida por parte del director respecto a su querido y viejo Oeste, un adiós al género cuya idiosincrasia fue en buena medida creada por él mismo. No obstante, el carácter crepuscular de *HMLV* es también puesto en duda por opiniones tan fundadas como la que sostiene Eduardo Torres-Dulce, quien acertadamente señala la conveniencia de no confundir el carácter trágico propio de la película con un supuesto tono de despedida: «Lo que puede inclinar a esa idea (considerar que *HMLV* es una película testamentaria de Ford) es el carácter profundamente trágico, muy shakespeariano del relato y del destino de sus personajes, el estilo evocador y melancólico de toda la película, el poderoso romanticismo de los perdedores [...] Ese ha sido siempre el mundo creativo, y estrictamente personal de John Ford»⁶.

En cuanto al rasgo revisionista, resulta difícil no poder atribuírselo al *HMLV*, en tanto que nos encontramos ante un ejercicio reflexivo en el que Ford se aleja del arquetipo clásico del *western* para cuestionar la habitual visión idealizada del Oeste, poniendo de manifiesto realidades históricas complejas que suelen permanecer escondidas o ausentes. La película posee un claro componente subversivo que nos sitúa ante dilemas éticos o situaciones de carácter ambiguo, presentes tanto en el plano público, propio de la política o el Derecho, como en el ámbito privado, en el que afectan de forma íntima a los personajes. Un claro ejemplo de cine revisionista lo encontramos en los *westerns* que reexaminan la relación entre vaqueros e indios, comúnmente retratada como un heroico enfrentamiento en el que los primeros han de hacer frente a la amenaza que para ellos representa el violento salvajismo de los segundos. La nueva perspectiva cinematográfica revisionista se encargó de hacer una presentación mucho más compleja y crítica de esta cuestión, plasmando el maltrato sufrido por los nativos

5 George ORWELL (4 de febrero de 1944), «As I please», en *Tribune*, disponible en (consulta: 21 de enero de 2023): https://orwell.ru/library/articles/As_I_Please/english/

6 Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *El asesinato de Liberty Valance*, 8ª ed., Hatari Books, Madrid, 2020, p. 292.

y reivindicando su papel como víctimas de la colonización⁷. Con otra temática, pero con el mismo espíritu crítico, *HMLV* desafía el convencionalismo clásico del *western*.

La película de Ford no pretende en absoluto contribuir al mito romántico tan habitualmente extendido acerca de la conquista del salvaje Oeste, sino que, muy al contrario, nos plantea una historia en la que se encaran complejos problemas que versan sobre el proceso civilizatorio, la justicia privada, el origen y el fundamento del Derecho, la obligatoriedad y el carácter coactivo de las normas jurídicas, etc. El cine del Oeste resulta francamente idóneo a la hora de exponer este tipo de cuestiones, que tan cruciales resultan para la filosofía del Derecho. Benjamín Rivaya, gran experto en cine jurídico, nos confirma claramente las posibilidades que este género cinematográfico posee a la hora de plantear esta clase de problemáticas:

El *western* plantea problemas jurídicos fundamentales. De hecho las películas de vaqueros suelen mostrar situaciones anómicas, cuando no existe ley o, en todo caso, no hay quien la imponga. Es curioso que la ausencia de ley, o la ley del más fuerte, se llame la ley del Oeste, y que precisamente las instituciones más típicas del *western* sean la justicia privada, el *tomarse la justicia por su mano*, y el linchamiento, la ley de Lynch. [...] Como ocurre en muchas ocasiones, realmente no se puede hablar del Oeste a secas sino de la dialéctica Este/Oeste: la civilización frente a la selva, el ferrocarril frente al caballo, la ciudad frente al campo, el Derecho frente a la anarquía. Ninguna circunstancia podría ser mejor que la de las películas de vaqueros para especular sobre el origen y el fundamento del Derecho⁸.

En los siguientes apartados de este ensayo procuraremos ofrecer un análisis acerca de la plasmación cinematográfica que de estas cuestiones se hace en *HMLV*. Pronto descubriremos que la profundidad de las posibles lecturas que ofrece su visionado es sin duda prueba incontrovertible del interés que la cinta posee para cualquier interesado en la reflexión filosófica acerca del Derecho. Jordi Nieva Fenoll reconoce sin género de duda lo mucho que en este sentido puede aportar la película de Ford: «Simplemente comentaré lo mucho que sugiere y enseña esta obra de arte a un jurista, o a alguien que pretenda serlo. O incluso a aquel que, sin conocimiento jurídicos, desee descubrir por qué existe el Derecho, es decir, cuál es su razón de ser. De hecho, esta película es un regalo para cualquier docente de una Facultad de Derecho»⁹. Al hilo de lo anterior, podemos citar de nuevo a Benjamín Rivaya, quien pone claramente de manifiesto el valioso papel que el cine puede jugar a la hora de acrecentar y enriquecer la formación de un jurista: «La formación de un jurista pudiera quedarse en el aprendizaje de leyes y artículos de códigos, pero pronto se evidenciaría que semejante retención de datos resulta escasa. [...] Si se quiere una educación jurídica integral, holística, es razonable pedir al estudiante de Derecho que no se ciña sólo a tratados y leyes, y que aprenda del «material no jurídico», también del cine»¹⁰.

7 John Ford también tratará este tema en el que fue su último *western*, *El gran Golpe* (1964), una brillante película y un homenaje a los indios cheyenes expulsados de sus tierras y sometidos al acoso del Gobierno de los Estados Unidos.

8 Benjamín RIVAYA y Pablo DE CIMA, *Derecho y cine en 100 películas*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 31.

9 Jordi NIEVA FENOLL, *El hombre que mató a Liberty Balance. Un alegato por la democracia y la libertad*, 1ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 13.

10 Benjamín RIVAYA GARCÍA, «Algunas preguntas sobre Derecho y Cine», en *Anuario de filosofía del Derecho*, n.º 26, 2010, pp. 219-230.

2. LA LEY DEL SALVAJE OESTE

Uno de los objetivos de *HMLV* es mostrarnos la transformación en virtud de la cual una sociedad que se encuentra sumida en el estado de naturaleza¹¹ comienza a organizarse de tal forma que acaba alcanzando el estado civil. Podemos así ver un retrato realista de los elementos cuya evolución posibilita el aludido cambio social, y que guardan relación con la implantación de un orden plenamente jurídico y con la construcción de un gobierno. Es por este motivo que el crítico Richard Brody considera que *HMLV* es «la mejor película política estadounidense», una calificación a la que Brody añade lo siguiente: «El *western* es el género cinematográfico más político, porque, al igual que la *República* de Platón, se preocupa por la fundación de las ciudades, y porque representa las distintas funciones abstractas de un gobierno como acciones físicas directas»¹². En este mismo sentido se pronuncia también otro famoso crítico, Roger Ebert, para quien *HMLV* fue «el más pensativo y reflexivo» de los *westerns* de Hollywood: «La película tiene lugar en ese punto de inflexión en Occidente en el que el imperio de la fuerza dio paso al imperio de la ley»¹³.

El principio y el final de la película (de los que hablaremos en detalle más adelante) se desarrollan en una línea temporal distinta a aquella en la que tiene lugar el resto de la historia, por lo que podemos decir que *HMLV* consiste en un gran *flashback*¹⁴ recordado por el que será uno de sus principales protagonistas, Ransom Stoddard (James Stewart). Desde el mismo comienzo de ese *flashback* se nos sitúa ante el problema esencial que padece una sociedad *precivil*. Esto se hará sin ambages, a través de una escena en la que se muestra el asalto a una diligencia perpetrado por un violento grupo de forajidos. Uno de los viajeros de la diligencia es el ya mencionado Stoddard, un abogado idealista que acaba de terminar sus estudios y viaja en dirección oeste, hacia al nuevo mundo, para encontrar un lugar en el que establecerse y ejercer su profesión. Ante la agresión que están sufriendo los viajeros, Stoddard acaba asumiendo la determinación de enfrentarse a los salteadores, a quienes les hace la siguiente pregunta: «¿Qué clase de hombres sois?»¹⁵. La respuesta será rápida e implaca-

11 El término *estado de naturaleza* es utilizado en filosofía para referirse a la hipotética situación en la que la humanidad se encuentra antes de la creación del Estado y la sociedad civil. Este concepto adquirió gran relevancia debido al uso que de él hicieron los teóricos clásicos del contrato social: Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau. Aunque todos estos filósofos contractualistas emplearon el concepto de estado de naturaleza en sus obras, cada uno de ellos lo concibió de una manera distinta a la de los demás.

12 Richard BRODY (21 de octubre de 2009), «The man who shot Liberty Valance», en *The New Yorker*, disponible en (consulta: 21 de enero de 2023): <https://www.newyorker.com/culture/richard-brody/the-man-who-shot-liberty-valance>

13 Roger EBERT (28 de diciembre de 2011), «The western frontier, between fact and legend», en *rogerebert.com*, disponible en (consulta: 21 de enero de 2023): <https://www.rogerebert.com/reviews/great-movie-the-man-who-shot-liberty-valance-1962>

14 Eduardo TORRES-DULCE señala la presencia de esta fragmentación, un rasgo propio de la película que encaja a la perfección con su carácter enigmático y emocional. Tal y como nos dice, Ford ofrece con esta película «una narración fragmentada, rota. Vamos y venimos del presente al pasado y regresamos al hoy. Es una narración suspensiva, anclada en los misterios que la atraviesan y justifican. Una narración que, como ocurre con todo el cine de Ford, exige al espectador una participación emocional». Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, p. 28.

15 Los diálogos de la película citados en este artículo son traducciones del guion original, disponi-

ble: son hombres que nada saben sobre la civilización. Liberty Valance (Lee Marvin), el líder de la banda, es un violento delincuente famoso en la región por sus crímenes, y lo veremos propinar una brutal paliza al abogado después de que éste lo amenazase con llevarlo a la cárcel. Sin duda, Valance cumplió así la promesa que hizo a Stoddard tras romper los libros de leyes con los que este último viajaba: «Yo te enseñaré la ley... La ley del Oeste».

De esta forma, Stoddard es arrojado de súbito ante una realidad que hasta ese momento le era ajena. Ahora se encuentra en un lugar en el que las normas legales que él tanto respeta son poco más que una sutileza sin valor, un elemento irrelevante dentro de ese permanente conflicto de voluntades en el que consiste la vida, y en el que cualquier tipo de triunfo no es más que el resultado de un simple pero eficaz juego de fuerzas. Los libros de leyes que Valance hace pedazos son en este ambiente una mera recopilación de pactos sin utilidad alguna, dado que carecen del respaldo necesario para que su observancia sea garantizada. Esta idea fácilmente traerá a nuestra memoria una famosa frase de Thomas Hobbes: «Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno»¹⁶. Lo que pretende poner de manifiesto el filósofo inglés con esta aseveración es la imperante necesidad que toda norma tiene de contar con el apoyo de la fuerza para resultar eficaz. Por tanto, la eficacia de todo tipo de leyes o pactos estará condicionada, según Hobbes, a la creación previa de un poder común, el cual ha de ser capaz de servir como límite fáctico a la libertad que los hombres tienen, en su condición natural, para dañarse libremente los unos a los otros: «Es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos»¹⁷.

Aunque en *HMLV* no se retrate una situación tan deplorable para la vida humana como la que es concebida por Hobbes al definir el estado de naturaleza¹⁸, sí que existen puntos en común en base a los cuales puede establecerse una conexión entre ambas visiones. En este sentido, en la tesis inicial que plantea la película percibimos la facilidad con la que los habitantes de la frontera se ven obligados a lidiar con amenazas muy diversas en la medida en la que sus propias fuerzas se lo permitan. Tal y como Valance le *explica* a Stoddard, allí únicamente rige la ley del Oeste, y no existe gobierno alguno capaz de garantizar la seguridad de nadie a través de la imposición coactiva de sus normas. Ante tan desventurada situación, cada uno será potencial soberano de los demás y posible vasallo de cualquiera. Estas condiciones, que son de las que se beneficia Valance, son las mismas a las que Hobbes se refiere cuando plantea el derecho de dominio que, fuera de la sociedad política, asiste a los fuertes frente a los débiles: «En el estado natural de los hombres, *un poder seguro e irresistible da derecho de dominio y gobierno sobre quienes no pueden resistir*, hasta tal punto que a la omnipotencia que de aquí surge va anejo, esencial e inmediatamente, el derecho de hacer todo lo que puede hacerse»¹⁹. En este estado de cosas, poco podrán hacer quienes vivan en

ble en (consulta: 20 de febrero de 2023): <https://transcripts.thedealr.net/script.php/the-man-who-shot-liberty-valance-1962-Ecj>

16 Thomas HOBBS, *Leviatán*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 141.

17 *Ibidem*, p. 110.

18 Recordemos que para Hobbes el estado natural es aquél en el que «cada hombre es enemigo de los demás», y en el que todos «los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia invención pueden proporcionarles». En semejante escenario, existirá un «continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve». *Idem*.

19 Thomas HOBBS, *De Cive*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2016, p. 75.

la frontera y sean acosados por forajidos como Valance, más allá de intentar defender sus vidas como mejor puedan y entonar la clásica fórmula *vae victis*²⁰.

Ransom se resistirá obstinadamente a aceptar la nueva realidad en la que ahora se ve inmerso, lo que nos demuestra no sólo su gran perseverancia, sino también una ingenuidad muy peligrosa. Esta circunstancia hace que Cheyney Ryan afirme que la película nos invita a considerar al abogado como una especie de don Quijote: «Como con Quijote, la búsqueda de Ransom está alentada por el deseo de vivir una vida sobre la que sólo ha leído en los libros. Este deseo dota ambas búsquedas del elemento de lo imaginario, y lo cómico»²¹. Stoddard nunca dejará de encarnar ciertos ideales relacionados con el orden legal y la paz social, aunque a lo largo de la película veremos cómo su optimista visión inicial se irá en buena medida tiñendo de amargura. Independientemente de lo imprudente que pueda parecernos en un principio o de cómo termine, debemos reconocer que su firmeza a la hora de defender sus ideales es el tipo de comportamiento sin el cual la conquista de ciertos cambios sociales es inalcanzable. Esta es una cuestión que Nieva Fenoll tiene en cuenta al reflexionar sobre el personaje: «Se suele decir que no se deben librar las batallas que no hay posibilidades de ganar, y es bien cierto. Pero también lo es que el mundo muchas veces ha cambiado persiguiendo imposibles. Todo depende del sacrificio que uno esté dispuesto a asumir y, sobre todo, de si una posible derrota puede convertirse de algún modo en una victoria»²².

Shinbone es el pueblo ficticio en el que se desarrolla toda la acción de la película, y parece ubicado en alguna parte del territorio norteamericano que a finales del siglo XIX conformaba los límites de la civilización. En consonancia con todo lo anterior, podemos afirmar que Shinbone se adecua al modelo de una auténtica *cratocracia*²³, es decir, se encuentra abandonado al abuso despótico de los más fuertes. Es la tierra de Liberty Valance, un lugar en el que el éxito de las pretensiones albergadas por cualquier individuo dependerá, única y exclusivamente, del nivel de fuerza que dicho individuo detente en su propio favor, sin que pueda ser tenido en cuenta ningún criterio legitimador o valorativo que vaya más allá del propio deseo.

Igual que el orden legal está representado por la figura de Stoddard, esta anarquía a la que nos referimos es encarnada por Valance, un hombre acostumbrado a satisfacer despóticamente su voluntad. El feroz forajido es prácticamente un síntoma de los problemas inherentes a una sociedad en estado natural, tal y como nos recuerda Nieva Fenoll: «Liberty Valance no se comporta como un delincuente porque sea su naturaleza, o porque haya nacido así. Se aprovecha de un sistema que carece de poder institucional efectivo»²⁴. Sin embargo, no todos se comportarán igual en ese tipo de sociedad, y un ejemplo de esa diferencia lo encontramos en el que será el otro gran protagonista de la película: Tom Doniphon (John Wayne).

-
- 20 Locución latina empleada para expresar la indefensión en la que tras un conflicto se encuentran los que han resultado vencidos frente a aquellos que han resultado vencedores. Tito Livio la atribuye al líder gallo Breno, quien la habría pronunciado al dirigirse a unos romanos a los que había derrotado y que le reprochaban las injustas condiciones en las que se estaba negociando el pago de su rescate, dado que Breno había arrojado su espada a la balanza en la que se pesaba el oro que debían pagar a los galos.
- 21 Cheyney RYAN, «Violence and recognition in The man who shot Liberty Valance», en *Legal realism: movies and legal texts* (John DENVIR ed.), 1ª ed., University of Illinois Press, Illinois, 1996, pp. 30 y 31.
- 22 Jordi NIEVA FENOLL, *Op. Cit.*, p. 30 y 31.
- 23 Término de origen etimológico redundante pero que muy bien sirve para referirse con énfasis a una sociedad gobernada únicamente por la fuerza.
- 24 Jordi NIEVA FENOLL, *Op. Cit.*, p. 51.

Doniphon es un ranchero local que socorre a Stoddard después de que éste haya sido atacado, llevándolo hasta una taberna en Shinbone para que salven su vida. En la primera conversación que tiene con el abogado ya se encarga de dejarle a éste muy claro que el mundo en el que ahora se encuentra sigue un tipo de reglas muy diferentes a las que contienen sus códigos. Tras manifestar Stoddard su intención de llevar a Valance ante la justicia, Doniphon le recomendará que mejor se compre un arma, a la vez que le ofrece un consejo muy revelador: «Sé que esos libros de leyes significan mucho para ti, pero no aquí. Aquí, un hombre resuelve sus problemas». Doniphon pertenece sin duda al mismo mundo que Valance, y se desenvuelve en ese ámbito con gran éxito debido a su posición de hombre fuerte; no obstante, a diferencia del forajido, él no actúa de forma violenta por sistema, sino que se muestra razonable y posee una ética propia que le permitirá ir evolucionando a lo largo de la película. Mostrará cada vez una mayor simpatía hacia las ideas y principios que representa Stoddard, hasta el punto de llegar a asumir importantes sacrificios personales en aras de su defensa, tal y como veremos más adelante.

Analizar el arquetipo de sociedad que nos presenta la película, y reflexionar sobre el aspecto psicológico de personajes tan trascendentales para su historia como son Valance, Stoddard y Doniphon, nunca carecerá de utilidad para quien quiera estudiar y entender la actividad humana en el ámbito de lo jurídico y lo político. De acuerdo con esta afirmación se muestra Miguel Ángel Rodilla cuando señala que «para comprender el poder político hay que investigar la condición natural del género humano, y para ello hay que remontarse a una situación prepolítica»²⁵.

3. CÓMO ABANDONAR EL ESTADO DE NATURALEZA

Entender el Derecho como una herramienta de organización social cuya principal meta es la resolución de conflictos es una idea comúnmente aceptada, por mucho que existan determinadas concepciones del Derecho que puedan mostrarse discrepantes²⁶. Ausente el Derecho, los conflictos de intereses que se produzcan entre los particulares sólo podrán encontrar un camino hacia su solución por la vía de la justicia privada, circunstancia que no resulta en absoluto deseable si lo que pretendemos es organizar un sistema en el que de defienda de la mejor forma posible la seguridad de todos. En *HMLV* conocemos una sociedad que, si no es directamente anómica, cuenta con unas leyes cuyo grado de inoperancia las relega a desempeñar un papel del todo intrascendente.

El comisario²⁷ Link Appleyard (Andy Devine) encarna la metáfora empleada en la película para mostrarnos la ineficacia de las normas jurídicas. Como comenta Benjamín Ribaya, «que

25 Miguel Ángel RODILLA, *Contrato social, de Hobbes a Rawls*, 1ª ed., tomo I, Ratio Legis, Salamanca, 2014, p. 159.

26 Por ejemplo, el pensamiento marxista, según el cual, el cometido del Derecho no es solventar los conflictos, sino enmascararlos y legitimarlos, favoreciendo así los intereses de la clase burguesa frente al proletariado.

27 El nombre original del cargo en cuestión es *marshal*. El funcionario que ostentaba este título tenía entre sus funciones ejecutar las decisiones provenientes de los tribunales y preservar el orden público dentro de su comunidad.

los mecanismos legales son absolutamente ineficaces, simple apariencia, lo demuestra el que el comisario del pueblo sea un borrachín que a nadie defiende y que, en vez de enfrentarse a ellos, se esconde cuando hay problemas»²⁸. Es por esta razón que Doniphon anuncia la entrada en escena de Appleyard de forma tan irónica como significativa: «Acaban de llegar la ley y el orden en persona». Muy a su pesar, el comisario será llevado ante Stoddard para que se encargue de atender la denuncia que éste quiere presentar contra Valance²⁹. La primera excusa que Appleyard argumenta es su falta de jurisdicción³⁰, aunque él ni siquiera recuerda el término preciso y es Stoddard quien debe aludir a él. El abogado parece ser el único de los presentes que se toma en serio los pretextos que alega Appleyard, algo que pone de manifiesto una vez más su ingenuidad, tal y como nos recuerda Steven Lubet: «La estratagema pusilánime es evidente para todos menos para Stoddard, cuya ingenua fe en la ley le obliga a tomar en serio la abstención del comisario»³¹. También Cheyney Ryan hace una lectura de esta circunstancia: «Appleyard, como representante de la ley y su autoridad, hace de éstas un asunto infantil y cómico. Ranse hace lo mismo, particularmente en las primeras fases de la película, en las que presenta la ley como algo muy poco serio»³². Este autor continúa la comparación señalando que el abogado deberá evolucionar y lograr diferenciarse del comisario en ese aspecto: «A medida que avanza la historia, el problema de Ranse es distinguirse de Appleyard (y de su propio yo anterior), y así distinguir su clase de ley de la Appleyard, para probar que la ley *per se* no tiene por qué ser un asunto de risa»³³.

Como apuntábamos antes, resultando inviable recurrir a las instituciones y apelar a la ley, los ciudadanos no tendrán más remedio que tratar de solucionar sus conflictos de intereses a través de lo que comúnmente conocemos como autotutela o autodefensa, es decir, el uso de la fuerza. La película nos sitúa claramente ante esta situación en la escena en la que Valance humilla a Stoddard mientras éste se dedicaba a servir comidas para ayudar así a los dueños del restaurante en el que le salvaron la vida. Después de burlarse de él por ir vestido como una camarera, Valance lo zancadillea, haciendo que el abogado se desplome junto con el bistec que llevaba a la mesa de Doniphon. De esta forma vemos la facilidad con la que un pequeño conflicto puede desencadenar de súbito una escalada de violencia que pone en riesgo varias vidas humanas. Al hilo de esta cuestión podemos recordar de nuevo a Hobbes, quien afirmaba que el hombre «recurre a la fuerza por motivos insignificantes, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, como cualquier otro signo de subestimación»³⁴. En este caso, Doniphon recurrirá a la autotutela para defenderse a sí mismo y a Stoddard, increpando a Valance mientras ambos acercan sus manos amenazantemente a sus revólveres. El abogado

28 Benjamín RIVAYA y Pablo DE CIMA, *Op. Cit.*, p. 257.

29 Por supuesto, esa posible denuncia no lograría ningún éxito, dada la ineficacia de la ley que, como bien señala Jordi Nieva, el propio Appleyard pone de manifiesto con sus propias palabras: «El sheriff realiza entonces el comentario definitivo. En la oficina del sheriff existe una celda, pero su candado está roto y él la aprovecha como su propio dormitorio. Es decir, que no hay cárcel en la que cumplir una posible condena». Jordi NIEVA FENOLL, *Op. Cit.*, p. 22.

30 La palabra jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, término que se refiere al poder o autoridad que alguien tiene para gobernar y ejecutar las leyes. Sin duda, Appleyard representa cualquier cosa menos el poder y la autoridad a los que hace referencia el concepto de *iurisdictio*.

31 Steven LUBET (diciembre de 2020), «The man who shot Liberty Balance: truth or justice in the Old West», en *Ucla Law Review*, n.º 2, Vol. 48, pp. 353-374.

32 Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, p. 25.

33 *Idem*.

34 Thomas HOBBS (2017), *Op. Cit.*, p. 110.

se revelará ante una situación que parecía abocada a la desgracia, evitando el derramamiento de sangre. Sus principios lo llevan a rechazar la vía de la autotutela, debido a los violentos y desproporcionados resultados a los que conduce, y así se lo hace saber a Doniphon cuando le reprocha su comportamiento, a pesar de que éste fuese el único de los presentes con valor para plantar cara a Valance: «¡Y tú lo hubieses matado por ello! ¡O él te hubiese matado a ti por un miserable bistec!». Ransom quiere luchar contra Valance, pero no así. Como señala Steven Lubet, «él está dispuesto a aceptar la humillación en lugar de convertirse en la causa de tiroteos innecesarios»³⁵.

La vía de la justicia privada sólo podrá quedar excluida cuando el Estado y el Derecho provean a la sociedad de mecanismos de heterotutela que constituyan alternativas reales, es decir, cuando existan instituciones o cargos públicos a los que los ciudadanos puedan acudir a fin de obtener una solución definitiva para sus conflictos. Jordi Nieva afirma que en *HMLV* encontramos precisamente una plasmación de ese cambio: «Esa transición es el paso de la autotutela a la heterotutela, es decir, de la autoayuda o autodefensa a la confianza en las instituciones —particularmente en los jueces— para resolver los problemas. [...] Toda la película es una explicación ilustrada de esa transición. Se expone al hilo de una trama cómo se pasa de un mundo sin ley a otro en el que nadie se plantea vulnerarla sin consecuencias»³⁶.

Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo, ubi homo, ibi ius. Este famoso aforismo sostiene, sobre la base de dos premisas (la primera, que donde existan los hombres habrá sociedad; y la segunda, que donde exista la sociedad habrá Derecho), la conclusión de que el acontecer de la vida humana está necesariamente ligado a la producción de un sistema legal. Sin duda, este proceso evolutivo de tipo social no tiene por qué desarrollarse con igual rapidez en distintas sociedades, en tanto que se verá condicionado por muy diversos factores que aceleren o retarden su progreso. En *HMLV* son mostrados muchos de los condicionantes que favorecen la materialización del cambio que permite a una pequeña comunidad pasar de ser una *cratocracia*, abandonada a la ineficaz y conflictiva autotutela, a una *nomocracia*³⁷, en la que prevalecen el Estado y el Derecho. En este sentido, Benjamín Rivaya hace hincapié en «la importancia que concede Ransom a la escuela y el periódico, dos instituciones básicas tanto para salir del estado de naturaleza como para construir la sociedad civil»³⁸. Sin duda, la educación de los ciudadanos y la libertad de expresión que garantizan los medios de comunicación son factores de inmensa valía a la hora de promulgar «el respeto que merecen el Estado y su ordenamiento jurídico, que se presentan como las únicas instancias que pueden defender los derechos individuales»³⁹.

Steven Lubet hace la siguiente reflexión: «¿Qué es lo que le da a Stoddard el coraje que a otros les falta? Tiene que ser su educación, su creencia de que los ideales de la civilización

35 Steven LUBET, *Op. Cit.*, pp. 353-374.

36 Jordi NIEVA FENOLL, *Op. Cit.*, p. 16.

37 Término utilizado para referirse a un sistema de gobierno en el que las leyes ostentan una posición de total primacía y autoridad, incluso sobre los propios gobernantes, dado que el control legal del poder es la única forma de salvaguardar la protección de los derechos legalmente reconocidos a los ciudadanos.

38 Benjamín RIVAYA, «La libertad de expresión en el cine», en *Derechos y libertades*, n.º 25, Época II, 2011, pp. 115-143.

39 *Idem.*

triunfarán finalmente sobre la cruda brutalidad»⁴⁰. Ésta es también la razón por la que Stoddard se esmera de tal forma en su proyecto de crear una escuela en el pueblo. Un hecho tan significativo que nos ayuda a definir a un personaje que parece inspirado por la idea de Víctor Hugo de que la ignorancia y la miseria son el germen del delito y la falta de libertad⁴¹. El abogado tiene el propósito de sacar del analfabetismo a los ciudadanos de Shinbone, con la esperanza de que así arraigue entre ellos la valiosa idea de que el respeto por las normas jurídicas, que son la fuente de los derechos y obligaciones de todos, es condición necesaria para vivir en una comunidad segura y próspera. No en vano, ésta es la frase que vemos escrita en la pizarra de Stoddard: «La educación es la base de la ley y el orden».

El solo intento de alfabetizar a sus nuevos vecinos sería ya de por sí encomiable, pero las lecciones de Stoddard buscan hacer algo más que enseñar a leer y escribir; es evidente que su objetivo es transmitir los principios e ideales que inspiran su lucha en favor del orden legal. En la escuela de Ransom se enseñan democracia e igualdad⁴², dos síntomas del progreso civilizatorio. Allí donde la civilización prospere, crecerá también esa aspiración de la razón que es la igualdad de derechos y oportunidades. Frente a una naturaleza que nada sabe ni quiere saber sobre igualdad alguna, quizás dicha aspiración no sea más que una bienintencionada pretensión de nuestra conciencia, pero, aún en esos términos, la mera existencia de esa pretensión constituye ya una valiosa conquista de la civilización. Algo similar podemos decir respecto a la democracia, cuya presencia era ya un signo de progreso en la Antigüedad. Recordemos que el hecho de que los griegos supiesen leer y escribir permitió que entre ellos se extendiese la reivindicación de recopilar las leyes por escrito, lo que permitía a los ciudadanos de cada *polis* conocer los derechos y obligaciones que les correspondían, y que los

40 Steven LUBET, *Op. Cit.*, pp. 353-374.

41 Famoso es el discurso pronunciado por Víctor Hugo en 1848 ante la Asamblea Constituyente francesa, en el que arremetía contra los recortes en educación, identificados por él como la causa de la ignorancia y la miseria que favorecían la proliferación del crimen. Esta misma denuncia fue genialmente plasmada por el escritor en su obra *Los miserables*: «Los espectros feroces que vagan por esas profundidades, casi bestias, casi fantasmas, no se ocupan del progreso social; desconocen la idea y la palabra y solo se cuidan de saciar el apetito individual. Son casi inconscientes y hay en su interior una especie de tabla rasa aterradora. Tienen dos madres que son madrastras: la ignorancia y la miseria. [...] Esa caverna se llama robo, prostitución, homicidio y asesinato. Es tinieblas y quiere ser caos. Su bóveda la mantiene la ignorancia. [...] Destruid la caverna de la Ignorancia y habréis destruido al topo del Crimen». Víctor Hugo, «Los miserables», en *Obras completas* (Ed. Jacinto Labaila), 1ª ed., tomo II, Terraza Aliena y compañía Editores, Valencia, 1887, p. 341.

42 Jordi Nieva recoge algunos ejemplos en los que se constata la importancia que entraña la labor pedagógica desarrollada por Ransom en la película. Uno de estos comentarios hace referencia a Pompey (Woody Strode), el fiel empleado de Doniphon, que en respuesta a una pregunta de Stoddard comienza a citar el famoso pasaje de la Declaración de Independencia en el que se manifiesta que todos los hombres fueron creados iguales. No es una cuestión menor que en esta escena se ceda el protagonismo a un personaje de raza negra, especialmente teniendo en cuenta el contexto propio de la sociedad norteamericana en la época del estreno de la película. Como nos recuerda Jordi Nieva, *HMLV* se estrenó en 1962, en plena lucha por los derechos civiles de los negros en Estados Unidos (el 28 de agosto de 1963 tendría lugar la Marcha sobre Washington y Martin Luther King sería asesinado en 1968, tras ser galardonado con el Nobel de la paz en 1964), circunstancia que hace evidente el mensaje que la película pretende trasladarnos con esta escena, que sin duda debió resultar muy polémica en su momento. Cfr., Jordi NIEVA FENOLL, *Op. Cit.*, pp. 67 y 68.

gobernantes aristócratas no pudiesen interpretar y aplicar las normas a su antojo⁴³. Es fácil trazar un paralelismo entre el elemento democrático que late bajo estos hechos históricos y la labor que Ransom pretende cumplir en su escuela.

Por desgracia, este noble intento por educar a los ciudadanos del pueblo se verá rápidamente truncado ante la amenaza que representa Valance. Doniphon irrumpirá en la escuela para alertar a todos del peligro que se cierne sobre ellos. Los grandes ganaderos de la localidad son contrarios a que el territorio en el que se encuentra Shinbone pase a formar parte de un Estado que brinde protección a los pequeños propietarios, y han contratado a Valance para que acose a todos los que posean granjas o campos de cosecha en la zona. Doniphon avisa a todos de que ya se han producido varias muertes, y de forma muy significativa regaña a Pompey por estar malgastando su tiempo en la escuela: «¿Por qué has estado perdiendo el tiempo aquí? Vuelve al trabajo. Tu enseñanza ha terminado». Evidentemente, Tom no entiende el potencial beneficio de la escuela, y sólo ve en la educación una peligrosa distracción que difumina la realidad con ensoñaciones idealizadas.

En la misma escena, Doniphon también recriminará a Stoddard por promocionar las ideas que Dutton Peabody (Edmond O'Brien), el dueño del periódico local (el *Shinbone Star*), expone en sus artículos. Peabody denuncia las prácticas a las que recurren los ganaderos para controlar el territorio, el hostigamiento que a causa de ello sufren los demás propietarios y el peligro de que fracasen unas elecciones de las que depende el nombramiento de un representante que defienda la expansión del Estado. Doniphon es tajante con sus advertencias: «Si difundes ese periódico, las calles de Shinbone van a mancharse de sangre». No obstante, Stoddard y Peabody no darán su brazo a torcer con facilidad, ya que ambos son conscientes de la relación que une la libertad de expresión y la democracia⁴⁴. La renuncia a publicar el periódico implicaría perder el derecho a expresar libremente su opinión sobre las elecciones, y esto acarrearía que el pueblo acabase sucumbiendo a los intereses de los ganaderos y a la violencia de Valance. Al comienzo de la película Peabody será otro de los que se burle de Ransom por su credulidad (cierto es que también le ofrece el local del periódico para que ejerza como abogado, pero esto parece más un acto de caridad que otra cosa), sin embargo,

43 Jesús Mosterín comenta este fenómeno, resaltando la importancia que la elaboración de leyes escritas tuvo en el desarrollo de Grecia y el respeto que los griegos profesaban hacia el orden legal: «La constitución de Solon representó un gran progreso, pues tuvo en cuenta (hasta cierto punto) los intereses de las diversas clases sociales. Aunque reservó a los aristócratas los cargos de gobierno, abolió la esclavitud por deudas y dio entrada al pueblo en la asamblea, supremo órgano judicial. [...] Los griegos, en efecto, sentían un inmenso respeto por la ley. «El pueblo —escribía Heráclito— debe defender sus leyes aún más que las murallas de su ciudad». Incluso con frecuencia contraponían su propia vida, regulada por las leyes de la *pólis*, que estaban por encima de la voluntad individual, a la vida de los bárbaros, sometidos a la voluntad arbitraria de un soberano. Para los griegos, la libertad y seguridad del individuo se basan en el imperio de la ley». Jesús MOSTERÍN, *La Hélade*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2013, pp. 38 y 39.

44 Benjamín Rivaya nos recuerda no sólo la constante importancia que la libertad de expresión ha tenido en el cine, sino también la relación que liga a ésta con el principio democrático: «Entre los derechos humanos, el que más relación guarda con el cine es sin duda el de la libertad de expresión, toda vez que el cine es obra artística y medio de comunicación al mismo tiempo [...]. Si se acepta el sistema democrático se ha de reconocer necesariamente la libertad de expresión como derecho humano fundamental. Lo que resultaría absurdo sería una democracia en la que no se reconociera ese derecho; sencillamente, no sería democracia». Benjamín RIVAYA (2011), *Op. Cit.*, pp. 115-143.

pronto cambiará de opinión y empezará a ver en Stoddard una valiosa oportunidad para un cambio a mejor⁴⁵. Abrazar los principios del abogado tendrá un coste muy alto para Peabody, ya que Valance y los suyos destrozarán su imprenta y a él lo agredirán hasta casi matarlo. La película nos muestra una vez más que toda reforma social revolucionaria, lejos de ser gratuita, exige asumir sacrificios y sufrimiento.

Las elecciones serán otro de los frentes en la lucha por el cambio. La escena de la votación representa un punto de inflexión para el pueblo, y especialmente para Doniphon, que no entendía las elecciones como una oportunidad, sino como un peligro del que intentaba alertar a todos: «Los votos no podrán hacer frente a las armas». Al acudir al bar, aprovechado ahora como improvisado colegio electoral, veremos a Tom en una actitud muy diferente: está dispuesto a participar en el proceso electoral, procura asegurarse de que los inexpertos electores no se emborrachen, toma la iniciativa a la hora de iniciar la reunión e incluso es él quien propone como candidato a Stoddard, al que cada vez parece ver con una mayor simpatía, a pesar de las muchas diferencias que los separan.

Un evento tan significativo no podía tener lugar sin que se nos recordase que la amenaza sigue siendo real. Valance y los suyos intentarán hacer fracasar la votación, aunque no tendrán éxito gracias a la oposición de los electores, que acabarán nombrando como delegados a Stoddard y a Peabody. La película deja claro que esta oposición habría quedado en nada si no contase con el liderazgo y el amparo de Doniphon, es decir, de la fuerza; pero también tienen lugar algunos detalles significativos que invitan a pensar que las cosas comienzan a cambiar en Shinbone. Por un lado, Valance ni siquiera se plantea boicotear las elecciones recurriendo simplemente a la violencia, sino que prefiere presentarse como candidato, y realmente espera salir elegido. Aunque pretenda conseguir los votos amenazando a los votantes, este comportamiento es realmente insólito en un forajido como él. Por otro lado, lo primero que hace al entrar al bar es fijarse en Stoddard, a quien dirige la siguiente pregunta: «¿Qué estás mirando desde ahí, tan alto y poderoso?». No es ésta una cuestión baladí, puesto que tenemos al propio fuera de la ley reconociendo implícitamente que Stoddard comienza a ocupar una posición de *poder* en el pueblo, cosa que hasta hace poco resultaba absolutamente inimaginable.

A pesar de que resulta evidente que *HMLV* contiene un mensaje en esencia positivo en relación con los valores democráticos, no deberíamos pasar por alto que el carácter eminentemente realista de la película impide a ésta ofrecer una visión plenamente idealista sobre la democracia. Varios detalles revelan un cierto *escepticismo democrático* que también debemos tener en cuenta, y al que Cheyney Ryan se refiere en el siguiente comentario:

Ranse, en su papel de defensor del orden legal, se ocupa diligentemente de esas instituciones de tipo popular como la asamblea municipal y la educación pública, pero las personas que

45 Que Peabody y Stoddard pasen a estar en sintonía de forma tan rápida y natural obedece al hecho de que Ford concibiese al periodista como un símbolo de la cultura, el cual aún permanecía vivo en aquel lugar al margen de la civilización que era la frontera. Ésta es también la razón de que veamos a Peabody recitando a Shakespeare, un hecho en el que se nos revela el simbolismo empleado por Ford, al que Eduardo Torres-Dulce se refiere así: «Shakespeare, el teatro, los comediantes, como medida de todas las cosas, el vestigio de una vieja idea de civilización y cultura difuminada en la salvaje frontera del Oeste, un tema caro a John Ford, fanático del teatro, de sus gentes y de Shakespeare». Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, p. 298.

participan en estas instituciones y las mantienen son sistemáticamente percibidas (excepto Tom Doniphon) como una multitud de tímidos y miopes excéntricos, cuyo deseo de ejercer su derecho al voto (en la escena de la reunión municipal) es sólo un poco más fuerte que su deseo de ir a la barra a tomar otro trago. Y aunque él profesa sentimientos democráticos durante la mayor parte de la película, Ransome muestra poco interés en lo que generalmente piensa la gente del pueblo. La mayor parte del tiempo él sólo los alecciona sobre cuáles son sus intereses y cómo pueden garantizarlos⁴⁶.

4. LA NECESIDAD DE VIOLENCIA

Hemos hablado ya de la importancia que elementos tan determinantes como la educación, la libertad de expresión o las elecciones libres poseen a la hora de constituir una sociedad sujeta al imperio de la ley; no obstante, la materialización del cambio que permite llegar a ese resultado exige también la puesta en práctica de ciertas medidas que muchas veces son concebidas como un cuestionamiento acerca de la legitimidad del nuevo sistema legal. Este problema es reflejado en nuestra película, la cual no teme poner bajo los focos la cuestión relativa a la relación de dependencia que existe entre el Derecho y la violencia. En definitiva, el mensaje que parece transmitírsenos es que el triunfo de la ley depende de eliminar a Valance⁴⁷. La polémica sobre la necesidad de violencia se desenvolverá en la esfera íntima de Ransom, cuya conciencia resultará hostigada por la idea de que tanto sus actos como el desarrollo de los acontecimientos están menoscabando sus principios. Steven Lubet resume así el problema ético del abogado: «En algún momento a lo largo del camino, el héroe se verá obligado a abandonar sus libros de leyes en favor de un arma de fuego. Antes de que la justicia pueda prevalecer, tendrá que haber un tiroteo»⁴⁸.

La causa de Stoddard es buena, y él la defiende con un coraje intachable, pero su determinación no logra impedir que él mismo acabe traicionando sus propios principios, debido a la presión y el miedo que las sistemáticas amenazas de Valance le producen. Sucumbir a la autotutela y conseguir un arma será su primer fracaso, tal y como nos explica Jordi Nieva: «El acoso de Valance es tan intenso y la respuesta de las instituciones tan sumamente inexistente, que finalmente acaba consiguiendo un arma para poder defenderse [...] Es ciertamente un momento dramático en la película. Todo lo que dicen sus libros de Derecho no funciona [...] Se trata de un auténtico fracaso»⁴⁹. La agresión que sufre Peabody a manos de Liberty es un hecho crucial, ya que Stoddard se siente culpable por lo ocurrido y eso hace que algo cambie en su interior. Su expresión tras ver al periodista malherido permite adivinar fácilmente que se responsabiliza por haberlo animado a defender sus principios en el periódico, lo que provocó la cólera de Valance y el feroz ataque que casi termina con la vida de Peabody. Debido a estos acontecimientos, Ransom toma la decisión de enfrentarse a Liberty directamente.

46 Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, p. 29.

47 Benjamín Rivaya comenta que los nobles y ambiciosos objetivos de Stoddard están supeditados a la eliminación de Valance: «Como si fuera el mismo Lincoln, Stoddard propone nada menos que salir del estado de naturaleza por medio de un gran pacto entre todos y constituir el Estado. Pero antes habrá que remover los obstáculos que lo imponen, es decir, acabar con Liberty Valance, que es quien los simboliza». Benjamín RIVAYA y Pablo DE CIMA, *Op. Cit.*, p. 258.

48 Steven LUBET, *Op. Cit.*, pp. 353-374.

49 Jordi NIEVA FENOLL, *Op. Cit.*, pp. 53 y 54.

Al final, será el propio Stoddard quien desafíe al pistolero a un duelo, cosa que parece más bien un suicidio por su parte; aunque el resultado final de este enfrentamiento será precisamente el que ningún habitante del pueblo habría vaticinado jamás: Liberty Valance ha muerto. El despótico caudillo que encarnaba la ley del Oeste ha sido derrocado por fin, y su muerte hace que la posibilidad de cambio en Shinbone se vuelva más real que nunca. Es más, desde ese mismo momento el cambio comienza a ser ya palpable, como podemos observar en los compinches de Valance, cuya reacción no será buscar venganza directamente contra Stoddard, sino denunciar el asesinato de su cabecilla y pedir que el comisario encarcele al abogado⁵⁰. También amenazan con ahorcarlo, pero su conminación en este caso no parece ser muy seria, e incluso ellos mismos la condicionan al hecho de no obtener respuesta por parte de las instituciones. Lo que hacen es demandar justicia, pero quieren obtenerla por la vía de la heterotutela. Este requerimiento no puede resultar más revelador, teniendo en cuenta de quién viene. Podemos también señalar otro gesto igual de relevante en el mismo sentido y que tiene lugar antes incluso de que se produzca el duelo: el propio Valance hablará con el comisario Appleyard para dejar claro que si mata a Stoddard lo hará en legítima defensa, puesto que éste lo ha desafiado y va armado. Es muy indicativo del cambio que el fuera de la ley por excelencia pretenda escudarse trayendo a colación un concepto jurídico como el de la legítima defensa.

Stoddard pecará de ingenuidad una vez más, ya que él realmente cree ser el hombre que mató a Liberty Valance, pero la realidad es otra, y ese título corresponderá en verdad a un hombre distinto, concretamente, a Tom Doniphon. El personaje de Tom encarna una visión del mundo en virtud de la cual la vida humana, igual que cualquier otro fenómeno, es concebida ante todo como un gran juego de fuerzas. El obrar causal nacido de la interacción de estas fuerzas entre sí es el elemento esencial a la hora de determinar el curso de los acontecimientos, agotando casi por completo o en su totalidad la influencia que cualquier principio de corte ideal pueda ejercer en el desarrollo de las acciones.

Si tuviésemos que ubicar filosóficamente a Doniphon, la suya sería una posición realista en la que, a la hora de dirigir la conducta humana, se procura tomar en consideración la observación imparcial y objetiva de la realidad, huyendo de ideales que pretendan imprimir sobre los hechos una visión preconcebida y subjetiva⁵¹. El realismo político consiste en aplicar esta idea básica a cuestiones que atañen a la filosofía política, como el funcionamiento del Estado y el Derecho o las relaciones internacionales⁵². *HMLV* es una película en la que se

50 Es muy curioso el ejercicio que realiza Steven Lubet a raíz de esta cuestión, imaginando cómo se habría desarrollado un hipotético juicio por homicidio contra Stoddard. Lubet repasa la estrategia que la defensa habría de seguir a la hora de alegar legítima defensa, así como los argumentos que un buen fiscal debería esgrimir para lograr la condena de Stoddard. Existe sin duda material más que suficiente para crear una interesante película que nos muestre la historia de ese juicio. *Vid.*, Steven LUBET, *Op. Cit.*, pp. 353-374.

51 Aunque el realismo posee una larga tradición filosófica, la cual se remonta hasta la Antigüedad y engloba doctrinas muy diferentes entre sí, podemos ofrecer aquí una definición general en base a la cual lo identificamos con una posición filosófica, de carácter eminentemente práctico, según la cual el conocimiento de la realidad, y especialmente el que versa sobre la naturaleza humana, es la clave a la hora de obtener directrices o principios fidedignos que sirvan para guiar las acciones humanas.

52 Esta línea de pensamiento señala la importancia fundamental que la fuerza tiene en relación con el Derecho. La larga tradición realista engloba un gran número de ilustres pensadores que van desde la Antigüedad clásica hasta el pensamiento moderno (Tucídides, Maquiavelo, Hobbes, Spinoza, Nietzsche, etc.), y todos ellos pertenecen a ese mundo al que se refería Carlos Fuentes Macías en el

tratan todas estas cuestiones, y dentro de ella será el personaje de Doniphon el que asuma el papel de un realista político. Para él los ideales que trae consigo Stoddard desde el Este no son más que el producto de una visión del mundo perturbada y peligrosamente alejada de la realidad. Cuando Tom y Ransom se conocen por primera vez, asistimos al encuentro de dos mundos completamente distintos entre sí y que nada saben el uno del otro. Doniphon ni siquiera siente aversión por el abogado, simplemente lo trata con condescendencia y asume con él un rol paternalista. No obstante, a medida que avance la película, Doniphon irá desarrollando una mayor simpatía por los valores que representa Stoddard, llegando incluso a anteponer a éste por encima de sí mismo como delegado en las elecciones. Tom sabía que todo el pueblo le habría votado masivamente, pero prefirió hacerse a un lado y que votasen al abogado «porque él conoce las leyes».

Podemos especular indefinidamente acerca de los motivos por los que Doniphon simpatiza cada vez más con Stoddard. Quizás lo que vemos es cómo se va fraguando entre ellos una relación parecida al concepto de amistad concebido por Aristóteles⁵³. Para el estagirita, la más alta forma de amistad es valiosa tanto en términos políticos, porque fomenta la unión de la comunidad, como en la esfera personal, ya que permite el desarrollo de la virtud en los hombres. Esta amistad ha de ser también una amistad orgullosa (la humildad y la modestia no son valores que gocen de gran reconocimiento en el mundo griego), en el sentido de que aquél que sea virtuoso ha de sentirse orgulloso de sí mismo y buscar la amistad de quienes posean sus mismas cualidades, contribuyendo así al mutuo beneficio. La amistad permite al individuo reconocerse a sí mismo en las cualidades más valiosas del otro, tenerse en alta estima a través de la admiración de otra persona⁵⁴. Siquiera de forma inconsciente, Doniphon

discurso que éste pronunció al recibir el Premio Príncipe de Asturias de las Letras: «Un mundo que, desde la gesta homérica, era consciente de que, al lado de los triunfos de la paz, existían los horrores de la guerra». El referido discurso se encuentra disponible en (consulta: 20 de febrero de 2023): <https://www.fpa.es/es/premios-princesa-de-asturias/premiados/1994-carlos-fuentes.html?texto=discurso&especifica=0>

- 53 Según Aristóteles, la amistad entre los hombres es una cuestión esencial, tanto para el desarrollo de la vida humana como para la pervivencia del Estado («Es cosa muy necesaria para la vida, pues sin amigos nadie desearía vivir aunque poseyera todos los demás bienes»). Recordemos que el hombre es para Aristóteles un *animal político* (*zoon politikon*), debido a que en su propia naturaleza está presente la necesidad de vivir junto a otros en comunidad; y es por esta razón que la *polis* adquiere una importancia determinante para el individuo, no sólo porque representa la garantía de su seguridad, sino porque es el ámbito en el que éste se desarrolla a nivel personal. De esta forma, la amistad aristotélica es por su contexto una *amistad política*, una forma de mantener unidos a los ciudadanos de la *polis* mientras se favorece a la vez su formación cultural y moral. Existen diferentes tipos de amistad, siendo las de peor tipo aquellas que persiguen el placer o la utilidad, y la de mayor valor la que busca la virtud (*philia*). Aristóteles sostiene que los hombres son desiguales entre sí, por lo que una amistad valiosa sólo podrá darse entre hombres que sean virtuosos («Perfecta es la amistad de los buenos y semejantes en virtud. [...] Es lógico que tales amistades sean escasas, pues los hombres de esa índole son pocos»). Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2021, pp. 267 y ss.
- 54 Es un detalle interesante destacar que con estas ideas de Aristóteles coincide también Pascal cuando éste explica cómo el amor que una persona siente por otra depende de las cualidades que ésta última posea: «¿Amaríamos acaso la subsistencia del alma de una persona abstractamente y cualesquiera que fuesen las cualidades que hubiese en ella? Eso no es posible y sería injusto. No amamos pues nunca a nadie sino solamente sus cualidades». Blaise PASCAL, *Obras*, 1ª ed., Gredos, Madrid, 2012, p. 571.

probablemente presintiese en su interior una vida de tipo moral constituida por ciertos valores que aparecen evolucionados y concretados en los ideales de Stoddard. Así, una interpretación aristotélica nos llevaría a concluir que la razón de ser de esta amistad es la secreta admiración que Tom acaba sintiendo por la virtud de los ideales que posee Ransom.

Lo que provoca una mayor antipatía entre estos dos personajes es la relación que ambos mantienen con Hallie (Vera Miles), una habitante del pueblo que tendrá también un peso fundamental en la historia. Entre los tres se formará un triángulo amoroso muy conflictivo y al que hemos de prestar mucha atención. Tom está enamorado de Hallie y espera casarse con ella; su ilusión y sus esperanzas en esa relación son tantas que incluso descubrimos que está reformando su casa con la intención de hacerla más agradable para ella, un detalle que desafiaba su faceta de hombre duro e insensible. Todo el mundo en el pueblo parecía dar por hecha la celebración de este enlace, no obstante, la aparición de Ransom hace que la principal interesada deje de tenerlo tan claro. Hallie rápidamente empatizará con Stoddard y comenzará a sentir por él un gran cariño, a lo que hemos de sumar el atractivo que para ella supone elegirlo a él como su pareja. Esto le abriría un horizonte lleno de nuevas posibilidades, puesto que al lado de Stoddard podría gozar de una vida con perspectivas infinitamente más amplias que las que tendría dedicándose exclusivamente a realizar labores del hogar en una casa aislada en la frontera, que es justamente lo que supondría para ella casarse con Tom. Hallie desea mucho más de la vida, como constata su ferviente deseo de mantener abierta la escuela del pueblo, una aspiración que por cierto le sirve para rebelarse ante Doniphon: «Lo que haga y adónde vaya no es asunto tuyo. Yo no te pertenezco».

Tom es consciente de esta situación; sabe perfectamente que, de seguir Ransom en el pueblo, perderá a Hallie para siempre; y es precisamente por esta razón que su decisión de intervenir en el duelo y matar a Valance es tan trascendental. Ante esa tesitura, lo práctico para él habría sido dejar que ese juego de fuerzas al que antes aludíamos siguiese su curso, que el idealista e ingenuo abogado encontrase la muerte merecida y él consiguiese a la mujer amada. Sin embargo, lo que hará será traicionar su anterior forma de entender el funcionamiento de la vida humana. Comenzar a congeniar con los ideales de Stoddard supone el principio de la derrota de Doniphon, la cual llega a su punto álgido cuando éste siente la necesidad de actuar conforme a una suerte de mandato ético, en virtud del cual se impone el triunfo de una idea de justicia que antes le resultaba lejana y completamente ajena. Y todo esto lo hará a pesar de que su intervención conlleve la destrucción de sus ilusiones más íntimas y personales. No podemos subestimar lo que este sacrificio implica para él, si tenemos en cuenta que lo siguiente que hará Tom es dirigirse borracho a su casa (la misma que quería convertir en un hogar para Hallie), con la intención de incendiarla y suicidarse dentro, siendo él también pasto de las llamas⁵⁵.

Probablemente, el acto más significativo y admirable de la vida de Doniphon sea haber dado muerte a otro hombre, cosa que hace desinteresadamente. Ante la egoísta ventaja de

55 Eduardo Torres-Dulce describe así la tragedia que supone para Tom la pérdida de Hallie, haciendo alusión al papel que juega el alcoholismo en el cine de Ford: «Incendiando el rancho que reformaba para construir un futuro, un hogar con Hallie, Tom Doniphon quema las naves de futuro. Este ya no existe porque solo existía con y por Hallie. Como en tantos otros casos fordianos, el héroe se emborracha y el alcohol es el catalizador de la decisión, el signo de desconstrucción como ser humano, la puerta abierta a su infierno personal, un viaje sin billete de regreso, una experiencia con profundas raíces en la propia biografía, familiar y personal del cineasta». Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, p. 143.

la inacción, Tom decide conscientemente hacer primar la defensa de un principio de justicia cuyo valor intrínseco le ha sido revelado. También decide ceder y sacrificarse por el bien de Hallie, dando por supuesto que su vida junto a Stoddard será mejor y más feliz que la que él pueda ofrecerle nunca. En definitiva, Doniphon acepta estoicamente la condena que supone para su vida convertirse en el hombre que mató a Liberty Valance: perder a la persona amada, caer en el olvido y sufrir la marginación en un nuevo mundo en el que su forma de vida ya no tiene cabida. Poco más podemos exigirle a un hombre.

Más adelante, cuando confiese a Stoddard la verdad sobre la muerte de Valance, Doniphon demostrará que no alberga arrepentimiento alguno sobre lo que hizo: «Fue un asesinato a sangre fría, pero puedo vivir con ello». Esto se debe a que, a pesar de haberse implicado de tal forma en la lucha por la causa que representa Stoddard, Doniphon sigue estando más cerca de una perspectiva filosófica realista⁵⁶, desde la que se reconoce abiertamente el apoyo que la violencia brinda al Derecho, así como la legitimación que este último aporta a la primera. Como veremos a continuación, esta cuestión resultará mucho más complicada para Ransom, que verá sus ideales forzosamente comprometidos por la muerte del pistolero.

5. UNA VICTORIA AMARGA

Si Doniphon posee una mentalidad realista, Stoddard representa el polo opuesto, es decir, el idealismo⁵⁷. Desde el comienzo de la película el abogado asumirá el papel de adalid de unos ideales que inspiran la expansión de la civilización proveniente del Este y el triunfo del orden legal sobre la ley del Oeste, siendo el mensaje que se nos transmite eminentemente positivo, en tanto que la narración de estos hechos es presentada como una progresiva e inevitable victoria del progreso. No obstante, esta historia de triunfo posee también una faceta sombría que la película se encarga de exponer igualmente, evitando así caer en visiones simplistas que omitan la controversia relacionada con la imposición coactiva del Derecho sobre la anarquía. Desde que tiene lugar la muerte de Valance, en Stoddard comienza a crecer una sombra de amargura de la que parece que ya nunca podrá librarse. A ojos de todos, el ingenuo Ransom se ha convertido ahora en un heroico referente de ese nuevo mundo que se abre camino cada vez más rápido, pero él se ha percatado de que dicho mundo está construido sobre el triunfo previo e indispensable de la violencia, circunstancia inaceptable para un hombre como él, que antepone sus principios a la seguridad de su vida. Cheyney Ryan nos dice lo siguiente a propósito del problema que sufre Ransom:

Me parece que lo que para él es problemático reconocer, y lo que la película sugiere sistemáticamente aunque pueda pasar desapercibido, es una afirmación general sobre la violencia: que la «civilización» derrota al «salvaje» al volverse como el «salvaje», lo que equivale a decir que la

56 Una postura desde la que se simpatice con ciertos ideales no ha de ser necesariamente excluida del realismo. Tengamos presente que existen corrientes realistas que entienden las ideas y los ideales como elementos con relevancia práctica y tan reales como los propios hechos.

57 El idealismo ético o político al que aquí hacemos referencia es definido por José Ferrater Mora como aquella doctrina «según la cual lo más fundamental, y aquello por lo cual se supone que deben dirigirse las acciones humanas son los ideales, realizables o no, pero casi siempre imaginados como realizables». José FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía* (Comp. Priscilla COHN), 3ª ed., Alianza, Madrid, 2014, p. 430.

violencia en la que se basa la «civilización» (y el orden legal que hay en su seno) es la que problematiza toda distinción entre la «civilización» y su Otro, a la vez que dificulta la justificación de su existencia. La «civilización» no puede reconocer esto, porque hacerlo significaría dejar de reconocerse a sí misma⁵⁸.

Aceptar la idea de que el Derecho sólo puede garantizar su eficacia a través del ejercicio de una violencia que el propio sistema proscribiera sitúa a Stoddard ante lo que para él es la claudicación de sus principios. No obstante, el monopolio de la violencia por parte del Estado, y el legítimo uso que éste hace de la misma, son condiciones necesarias para que en la nueva civilización puedan garantizarse tanto la seguridad de los ciudadanos como la efectividad de los derechos. Una vez que Stoddard se da cuenta de esto, ya no puede hacer caso omiso ni de la recíproca relación que une al Derecho con la fuerza ni de los problemas que esta relación plantea. El filósofo Arthur Schopenhauer se enorgullecía de hacer «una filosofía que tiene como único norte la verdad, la verdad desnuda, no remunerada, carente de amigos y con frecuencia perseguida»⁵⁹. Para Ransom, esa verdad desnuda consiste en el hecho de que el Estado y las leyes que él tanto admira encuentran su origen y su fundamento último en la violencia, tal y como atestigua la muerte de Liberty Valance.

No existe Derecho sin fuerza. La fuerza constituye un elemento estructural en la propia definición del Derecho, y se manifiesta como tal en la actividad orientada tanto a la creación como a la conservación del ordenamiento. Es más, el Derecho aspira a abarcar todo uso de la fuerza que se produzca en una sociedad, creando así un monopolio en el que no se reconozca espacio alguno para el empleo de la fuerza por parte de los ciudadanos, con independencia de que éstos persigan con sus acciones los fines propios del Derecho. Como señala Walter Benjamin, el Derecho se esmera en prohibir y condenar toda violencia que no provenga de las instituciones: «Todo fin natural de las personas individuales colisionará necesariamente con fines de derecho, si su satisfacción requiere la utilización, en mayor o menor medida, de la violencia. [...] De esta máxima se deduce que el derecho considera que la violencia en manos de personas individuales constituye un peligro para el orden legal»⁶⁰. Es por esta razón que en el imperio de la ley no queda espacio para Valance, que representa la anarquía y la ley del más fuerte, pero tampoco para Doniphon, debido a que él también recurre a la violencia con facilidad, y el monopolio jurídico de la fuerza es contrario a todo comportamiento violento, con independencia de que éste nos resulte honorable o justo⁶¹.

Aunque Walter Benjamin se encargue de exponer el doble papel, fundador y conservador, que la violencia desempeña en relación con el Derecho, el anhelo de este autor, con el que probablemente simpatizaría Stoddard, es superar una concepción de lo jurídico irremediablemente ligada a la violencia, y reivindicar el fomento de medios alternativos más pacíficos y

58 Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, pp. 37 y 38.

59 Arthur SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, 2ª ed., tomo I, Trotta, Madrid, 2009, p. 46.

60 Benjamin WALTER, *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, 3ª ed. Taurus, Madrid, 2001, p. 26.

61 Cheyney Ryan considera una señal importante que ambos personajes compartan un destino semejante a pesar de sus diferencias: «He dicho que Liberty Valance hace de salvaje en esta película. De hecho, interpreta al salvaje *innoble* frente al *noble* salvaje que es Doniphon. (Pero ambos, significativamente, acaban borrachos y muertos). ¿Dónde deja esto a Stoddard y a la «civilización»?». Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, p. 37.

basados en el entendimiento mutuo⁶². No obstante, el propio Benjamin asume las limitaciones de estos medios: están determinados por la ley, ofrecen únicamente soluciones mediatas y sólo pueden resolver conflictos sobre bienes⁶³. En cualquier caso, la realidad resulta siempre testaruda, y lo que podemos sacar en claro es que el triunfo del orden jurídico sobre la anarquía está condicionado al empleo de unos medios de represión cuya violencia implica cierta ambigüedad, la cual sustenta el debate acerca de la legitimidad de la ley.

La frustración de Stoddard también guarda relación con los inicios de su carrera política. Tras ser elegidos Ransom y Peabody en la asamblea municipal, una pequeña delegación viajará desde Shinbone hasta Capitol City, para participar en la convención territorial en la que se votará al representante encargado de acudir al Congreso de los Estados Unidos e intervenir allí en el debate acerca de la anexión al Estado. En la presentación de los candidatos a representante del territorio intervendrá en primer lugar Cassius Starbuckle (John Carradine), al que califican como estadista eminente y cuyo propósito es defender los intereses de los ganaderos. Este personaje hará toda una exhibición retórica, pero su discurso resulta ser tan grandilocuente como falsario, y su intervención tiene un final esperpéntico en el que se presenta a un candidato haciendo gala de una demagogia circense bochornosa. La intención de la película aquí es sin duda hacer una sátira del fraude político que representan este tipo de discursos interesados, alejados de la verdad y que buscan seducir al electorado de la forma más básica⁶⁴.

Acto seguido, asistimos a un discurso de cariz muy diferente al anterior, y cuyo apasionado autor es Peabody. El periodista se opone a los poderosos ganaderos y defiende con firmeza los derechos de la mayoría de ciudadanos, que tanto han de esforzarse para poder salir adelante en aquellas tierras, reclamando en favor de éstos la introducción de elementos modernos que favorezcan el desarrollo y la prosperidad, así como la presencia de la autoridad protectora del Estado: «Hoy en día han llegado los ferrocarriles y la gente. Los firmes y trabajadores ciudadanos, los granjeros, los comerciantes, los constructores de ciudades. Necesitamos carreteras para unir esas ciudades, diques para las aguas del Picketwire, y necesitamos ser parte del Estado para que se protejan los derechos de todos los hombres y mujeres, por humildes que sean»⁶⁵.

62 «¿Es acaso posible la resolución no violenta de conflictos? Sin duda lo es. Las relaciones entre personas privadas ofrecen abundantes ejemplos de ello. Dondequiera que la cultura del corazón haya hecho accesibles medios limpios de acuerdo, se registra conformidad inviolenta. Y es que a los medios legítimos e ilegítimos de todo tipo, que siempre expresan violencia, puede oponerse los no violentos, los medios limpios». Benjamin WALTER, *Op. Cit.*, p. 34.

63 «Su aparición objetiva es determinada por la ley (cuyo alcance violento no se discute aquí) para que los medios limpios no signifiquen soluciones inmediatas sino sólo mediatas. Por lo tanto, no se refieren jamás a la resolución de conflictos entre persona y persona, sino sólo a la manera moverse entre las cosas». *Idem*.

64 Eduardo Torres-Dulce subraya que esta escena es aprovechada por Ford para criticar cierta forma deshonesta de hacer política: «Ford nunca ha mostrado especial simpatía por los políticos profesionales, hipócritas y gesticulares, y menos con los que se arrojan un aire de predicador laico, lleno de prejuicios, retorcidos y vacíos como el papel del discurso en blanco que ha arrojado al suelo». Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, p. 279.

65 No pasemos por alto dos matices muy llamativos de este discurso: en primer lugar, Peabody hace alusión expresa a los derechos de las mujeres, algo que no es baladí teniendo en cuenta la marginación a la que éstas se ven abocadas en una sociedad como la retratada por la película; en segundo lugar, su intervención adquiere un tono de reivindicación social desde el momento en que

El alegato de Peabody no puede resultar más significativo, tal y como señala Benjamín Rivaya: «Por boca de Dutton Peabody, el periodista, John Ford parece defender el nuevo Estado con los postulados de Locke»⁶⁶. En efecto, John Locke es el filósofo que mejor recogió en su obra los principios del liberalismo nacidos en Inglaterra y Holanda⁶⁷, los cuales resultaron triunfantes a partir de la revolución inglesa de 1688 y ejercieron una gran influencia tanto en Francia como en Estados Unidos. El constitucionalismo liberal concebido en los escritos políticos de Locke tiene como pilar fundamental un derecho natural de tipo racional⁶⁸. El filósofo inglés explicará en base a esta ley natural tanto el surgimiento del Estado como la existencia de ciertos derechos esenciales que vienen a garantizar la vida, la libertad y la propiedad: «Siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones»⁶⁹. Cabe añadir que la defensa de estos derechos, así como la facultad para reprimir a quienes los trasgredan, constituye en opinión de Locke otro derecho con idéntico carácter esencial e igual fundamento que los anteriores: «Cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de dicha ley (de la naturaleza) en la medida en que ésta sea violada»⁷⁰. No cabe duda de que las reivindicaciones de la película guardan estrecha relación con estos planteamientos lockeanos, que serían traspuestos a la Constitución de los Estados Unidos.

Volviendo a la intervención de Peabody, éste termina su turno de palabra presentando como candidato a Stoddard, al que el periodista define como un auténtico defensor de la ley y el orden, alguien que encarna los nuevos valores y que es capaz de enfrentarse a la tiranía de la ley del más fuerte: «Es un hombre que llegó a nosotros no portando un arma, sino llevando una maleta llena de libros de leyes. Sí. Es un abogado y un profesor». La réplica de Starbuckle se centrará en cuestionar la ética de Stoddard, a quien reprocha que su mayor mérito sea haber matado a un hombre: «Nos han dicho que es un abogado, un licenciado en Derecho, un funcionario de los tribunales. Sí, pero ¿qué tipo de abogado? Un hombre que usurpa tanto la función del juez como la del jurado, y que se toma la justicia por su mano». A raíz de esta diatriba Ransom decide retirarse, puesto que él considera que los reproches de Starbuckle son acertados, y que sus manos están efectivamente manchadas de sangre. Eduardo Torres-Dulce describe así el efecto que las palabras de Starbuckle generan en Stoddard: «El abogado no ha podido soportar en público esa herida que le atormenta en su conciencia idealista [...] Moralmente se siente derrotado; la repugnancia interior que le produjo sacrificar una vida humana y que le reconcome le aflora de nuevo. Es hora de retirarse, de volver al Este desde el que vino, de abandonar los sueños de una vida nueva»⁷¹.

se remarca que a los ciudadanos más humildes han de corresponderles los mismos derechos que a cualquier otro.

66 Benjamín RIVAYA y Pablo DE CIMA, *Op. Cit.*, p. 258.

67 Según Bertrand Russell, «la primera exposición comprensiva de la filosofía liberal se hallará en Locke», razón por la que podemos considerar a éste como el más influyente de los filósofos modernos. Bertrand RUSSELL, *Historia de la filosofía occidental*, 14ª ed., tomo II, Austral, 2010, p. 259.

68 El derecho natural es descubierto por la razón: «El estado de naturaleza tiene una ley de la naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla». JOHN LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 12.

69 *Idem*.

70 *Ibidem*, p. 13.

71 Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, pp. 282 y 283.

En este punto, será Doniphon quien convenza a Ransom de seguir adelante, a pesar de que éste muestre una oposición tajante a sacar ningún rédito de la muerte de Valance⁷²: «¿No es suficiente carga matar a un hombre y... tratar de construir una vida sobre esa muerte?». Tom no está dispuesto a permitir que su sacrificio sea en vano, así que procura aliviar la conciencia de Ransom contándole lo que realmente ocurrió la noche de su duelo y que no fue él quien en realidad mató a Valance. También le explica que le salvó la vida porque Hallie lo ama («Hallie es dichosa. Ella quería que tú vivieras»), y ahora Ransom tiene la obligación de hacerla feliz y proporcionarle una vida mejor, algo que Doniphon condiciona al hecho de que el abogado acepte el nombramiento como delegado y logre así cambiar la situación en la que se encuentra Shinbone («Tú le enseñaste a leer y a escribir. ¡Ahora dale algo sobre lo que leer y escribir!»)⁷³.

Finalmente, Stoddard saldrá triunfante en la votación y aceptará su cargo de delegado, lo que constituirá el comienzo de una larga y exitosa carrera política en la que llegará a ocupar el puesto de senador. No obstante, cuando lo vemos regresar a Shinbone años más tarde para asistir a las exequias en honor del fallecido Doniphon, sentimos que bajo su triunfo también late cierta dosis de desengaño y frustración. Según Ryan Cheyney, esta sensación del espectador se explica por la similitud que acaba uniendo a Stoddard con su antiguo adversario Starbuckle, así como por el hecho de que, a pesar del tiempo transcurrido, Ransom ha sido incapaz de olvidar o solventar los problemas que la muerte de Valance supuso para sus principios:

El Ranse que vemos al principio y al final de la película, el Ranse que se ha convertido en un «Estadista», habla y se parece a Starbuckle. Hay la misma pomposidad y falsedad, incluso la misma vestimenta formal, todo lo cual parece sugerir la misma falta de sustancia; recordando el hecho de que la derrota de Starbuckle por parte de Ranse en la convención territorial (y la carrera política que siguió) se debió a un mito sobre los logros de Ranse que es tan fraudulento como la retórica de su oponente. Y, por supuesto, existe la sugerencia de que (como temía desde el principio) los métodos que Ranse ha utilizado para establecer la credibilidad de las leyes, mediante el uso de armas de fuego, sólo han equiparado su ley a la de Valance⁷⁴.

Junto a todo lo anterior, se nos revela también lo que podemos considerar como otro fracaso. El matrimonio de Ransom y Hallie parece haber resultado ser una profunda decepción para ambos, y es retratado por la película con un tono amargo. Se supone que el matrimonio vuelve a Shinbone para rendir homenaje a un antiguo amigo, pero lo que vemos es que ese viaje tiene un significado muy distinto para Hallie; lo que ella parece hacer en realidad es despedirse del que fue el auténtico amor de su vida. Al comienzo de la película la vemos viajar con una sombrerera que llama la atención del espectador, debido a que cada vez que aparece este objeto se destaca su presencia, y realizar un viaje así con una sombrerera como único equipaje resulta bastante incongruente. No será hasta el final cuando descu-

72 Como apunta Steven Lubet, «Ransom Stoddard, abogado y pacificador, no se enorgullece y muestra poca satisfacción por haber matado a un hombre. No está en absoluto dispuesto a negociar con su nueva reputación como pistolero, por más que otros pueda admirarlo». Steven LUBET, *Op. Cit.*, pp. 353-374.

73 Que Doniphon traiga a colación en ese momento la relación entre Stoddard y Hallie demuestra en opinión de Eduardo Torres-Dulce que «al final la política se somete al patio interior de la vida privada». Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, p. 284.

74 Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, p. 26.

bramos lo que Hallie pretendía hacer: su intención era esconder en la sombrerera una flor de cactus previamente recogida en el jardín de la antigua casa de Doniphon, con el fin de ponerla sobre el ataúd de éste. Mucho tiempo antes, Tom le había regalado a Hallie una flor de cactus, cuando éste aún la pretendía, en una escena en la que muy significativamente se nos muestra que Ransom se encuentra presente y prestando mucha atención a lo que sucede. Es por esto último que más adelante, cuando vea la flor sobre el ataúd de Tom, Ransom enseguida comprenderá el significado de ese gesto⁷⁵. La vida de Hallie junto a Stoddard parece no haber sido tan idílica como se planteaba en un principio, lo que probablemente habría hecho que ella recordase cada vez con mayor melancolía y añoranza el amor que Tom sentía por ella. Al fin y al cabo, él la quería tal cual era, mientras que Stoddard sentía la necesidad de cambiarla.

La película termina con una escena especialmente conmovedora, en la que vemos a Ransom y Hallie viajando de vuelta a casa en el ferrocarril, ese símbolo tan utilizado por Ford para representar el progreso civilizatorio del Oeste (el ferrocarril es sin duda una de las causas de que Shinbone haya cambiado tanto que los Stoddard ya no puedan reconocer el pueblo en el que vivieron antaño). El senador le propondrá a su mujer abandonar la residencia que tienen en Washington y volver a vivir en Shinbone, una proposición a la que Hallie reacciona mostrando el torrente de emociones que lleva en su interior («Si supieras cuántas veces he soñado con eso. Mis raíces están aquí. Supongo que mi corazón también»), aunque nosotros al verlos no podemos en absoluto creer que tal cosa llegue a suceder nunca. A continuación, ella le confiesa haber dejado la flor de cactus sobre el ataúd de Tom, momento en el que son interrumpidos por un operario del tren que, sin saberlo, asestará un golpe terrible a Stoddard pronunciando la última frase de la película: «Nada es demasiado bueno para el hombre que mató a Liberty Valance». Parece que Ransom jamás podrá librarse de una fama que lo acompaña como una maldición, y que para él no supone otra cosa más que la secreta derrota de los principios e ideales por los que lleva luchando toda su vida. Eso es lo que nos transmite la aflicción que se dibuja en el rostro de Stoddard la última vez que lo vemos, acompañado por Hallie, una mujer ausente que parece perdida en su propia desazón interior.

Aunque ambos sufrieron pérdidas que los marcaron de por vida, Tom Doniphon y Ransom Stoddard son una pareja de héroes cuya causa salió finalmente victoriosa. El éxito de la civilización y del Estado de Derecho es la historia que *HMLV* nos cuenta, pero nuestra película cumple su cometido sin representar una imagen edulcorada o ilusoria de la realidad. En ningún momento busca resolver los problemas que plantea haciendo uso de manidas moralejas simplistas, sino que apuesta por analizar, desde una perspectiva profunda y compleja, la forma en la que unos personajes muy trabajados a nivel psicológico hacen frente a los problemas éticos y a las difíciles circunstancias que la vida les depara. El resultado de este ejercicio cinematográfico es una película de inagotable riqueza reflexiva y dotada de una encomiable dimensión trágica que la eleva como obra de arte.

75 Eduardo Torres-Dulce entiende que esta flor de cactus es a la vez un símbolo de amor y una confesión por parte de Hallie: «La aparición de la rosa del cactus inicialmente en la película es un regalo amoroso de Tom a Hallie y que ella vaya a buscar otra rosa de cactus no a cualquier sitio de los baldíos del desierto, sino al rancho abandonado e incendiado de Tom, ya supone una confesión que religa su gesto al de Tom». Eduardo TORRES-DULCE LIFANTE, *Op. Cit.*, p. 344.

6. QUE SE IMPRIMA LA LEYENDA

La historia que conocemos a modo de *flashback* a lo largo de la película es el relato que Stoddard evoca para satisfacer el interés de Maxwell Scott (Carleton Young), el sucesor de Peabody como redactor del *Shinbone Star*. El periodista, con gran acierto por su parte, intuía desde el principio que lo que Stoddard podía contarle era importante, pero, en cuanto el senador termina su relato, Maxwell manifiesta su oposición a publicar los hechos que ahora conoce. Esta actitud podría parecernos algo criticable en un periodista, pero entendemos perfectamente las razones que lo llevan a descartar la posibilidad de publicar la historia⁷⁶. Todo se resume en esta frase de Maxwell: «Esto es el Oeste, señor. Cuando la leyenda se convierte en la realidad, imprime la leyenda». A lo que se está haciendo referencia aquí es al peligro que tiene desenmascarar la realidad que yace tras aquellos mitos cuya función es cohesionar una sociedad y fundamentar los valores que la inspiran. Aceptar de forma acrítica el mantenimiento de esos mitos supone sin duda poner en compromiso nuestra visión objetiva de la realidad, pero no podemos por ello negar el beneficio que este tipo de relatos pueden proporcionar a una comunidad, especialmente cuando ésta se encuentra en sus primeras fases de formación⁷⁷.

En nuestro caso es el propio Stoddard quien a través de su relato se encarga de desmitificar la leyenda en la que, muy a su pesar, se han basado su fama y su éxito político, y que tanto ha ayudado a la expansión del Estado en la frontera. Aunque se muestre decepcionado, él comprende la objeción del periodista a hacer pública la historia real. Antes habría mostrado más reparos, pero el Ransom que ahora conocemos ya no es el ingenuo abogado recién licenciado de antaño, sino un político desengañado y que en cierta forma siente haber fracasado. En este sentido, apreciamos en él un profundo cambio de actitud hacia la palabra escrita: al comienzo, Ransom no puede sentir una mayor admiración tanto por sus códigos legales como por los periódicos, sin embargo, llegado el final de la película, lo vemos aceptar con total resignación que se oculte la verdad⁷⁸. En el pasado se vio obligado

76 En esto, como en la relación entre el Derecho y la violencia, la película no se muestra partidaria de censurar posiciones que de entrada puedan resultar polémicas, como se encarga de recordarnos Ryan Cheyney: «La película describe cómo, en el ámbito público, figuras y eventos que poseen una importancia definitoria para una comunidad pueden estar fabricados. Pero la película no moraliza sobre este hecho, ni predica en su contra». Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, p. 23.

77 Pensemos, por ejemplo, en la importancia clave que el relato homérico sobre la guerra de Troya tuvo en la formación del mundo griego. No podemos precisar hasta qué punto existe una correspondencia entre los hechos descritos en la *Iliada* y los sucesos históricos realmente acontecidos, pero lo que sí sabemos es la enorme influencia que toda la obra de Homero tuvo a la hora de modelar una sociedad nueva. El ciclo homérico posibilitó el afianzamiento de un idioma común para todas las poblaciones griegas, constituyó el pilar de la educación recibida por los jóvenes, favoreció la expulsión de supersticiones primitivas, etc. En definitiva, estos poemas constituyeron un elemento cohesionador fundamental a la hora de crear una cultura y una identidad propias.

78 Este cambio tan relevante es explicado por Cheyney Ryan: «Tanto sus palabras como sus acciones expresan la suposición de que interpretar y promulgar la ley son asuntos relativamente simples. De ahí su veneración sin adornos por la palabra escrita, específicamente los libros de leyes: asume que sólo se necesita leer libros de leyes para entender lo que significan, y sólo se necesita entender lo que significan para actuar en consecuencia. Es por esto que equipara la tarea de llevar la ley a Shinbone con la tarea de alfabetizarla, y por lo que su respuesta a aquellos que no representan la

a quebrantar sus ideales para favorecer un valioso cambio social que beneficiaba a la gran mayoría, y ahora, de forma muy parecida, ha de tolerar que su verdadera historia se mantenga en secreto para que ese cambio se afiance entre los ciudadanos.

Si todos los presentes aceptan la decisión del redactor del periódico de no publicar la verdad es porque reconocen que la leyenda está desempeñando un papel activo y eficaz en la construcción de la nueva realidad. Fácilmente podemos relacionar esta idea con los postulados del posestructuralismo, una corriente de pensamiento para la que no existe una única verdad originaria, sino distintos tipos de verdad equiparables entre sí⁷⁹. El poder constitutivo del discurso que se atribuye aquí a la leyenda contribuye a difuminar las diferencias que distinguen a ésta de los hechos acontecidos en el pasado. El análisis de *HMLV* desde una perspectiva posestructuralista nos llevaría a la conclusión de que la leyenda sobre la que se fragua la fama de Stoddard posee, gracias a la efectividad política que ésta despliega, el mismo grado de realidad que los hechos que la desmienten. La incertidumbre y la ambigüedad ante las que este planteamiento nos sitúa son la causa del malestar que apreciamos en Stoddard. No obstante, su inquietud no será motivo suficiente para que se sienta obligado a enfrentarse a Maxwell por la decisión de este último de no publicar la historia que ahora conoce; Ransom sigue siendo un hombre de principios, pero su antiguo ímpetu idealista ha dado paso al conformismo y la resignación propias de quien ya no confunde lo factible con lo utópico.

La problemática que nos plantea la película respecto a la relación entre los hechos y la leyenda puede ser puesta en relación con la teoría de la doble verdad que Américo Castro Quesada desarrolla en sus estudios sobre la obra de Miguel de Cervantes. Dicha teoría explica la forma en la que Cervantes incorpora en *Don Quijote de la Mancha* la controversia acerca de las diferencias que separan la poesía y la historia, disciplinas cuya contraposición era una cuestión muy habitual entre los intelectuales de su época. De esta forma, según Castro Quesada, la obra cervantina opone, por un lado, una verdad poética de tipo universal e ideal, y por otro, una verdad histórica de corte particular y realista; estando la primera representada principalmente en la figura de don Quijote y la segunda en la de Sancho Panza. En palabras del propio cervantista:

Lo genial de Cervantes se revela en el arte con que ha introducido en lo más íntimo de la vida de sus héroes el problema teórico que inquietaba a los preceptistas; el autor ha colocado a Don Quijote en la vertiente poética y a Sancho en la histórica; pero serán ellos y no el autor quienes pugnen por defender sus posiciones respectivas, y lo que es árida disquisición en los libros se

ley como él lo hace es una característica exasperación. [...] Al principio de la película, el respeto de Ransome por los libros de derecho se ve acentuado únicamente por su respeto por los periódicos [...] que publican la verdad sin importar las consecuencias. Sin embargo, al final de la película, Ransome aceptará sin protestar la negativa del editor actual del *Shinbone Star* a publicar la historia del hombre que realmente disparó a Liberty Valance». Cheyney RYAN, *Op. Cit.*, p. 31.

79 Así señala Cheyney Ryan la cuestión: «Al sugerir que los hechos se constituyen a través de las historias que contamos sobre ellos, el comentario del editor socava la imagen más ingenua de la representación al desdibujar la distinción entre la representación y lo que se representa, en este caso, lo que está escrito y sobre lo que se escribe. Los posestructuralistas insistirán en que esto no socava la verdad sino que la pluraliza. Así, insistirán en que lo que nos presenta el *HMLV* no es una historia real contrapuesta a una falsa, sino dos tipos diferentes de veracidad». *Ibidem*, p. 32.

torna conflicto vital, moderno, henchido de posibilidades. Don Quijote hablará en nombre de la verdad universal y verosímil; Sancho defenderá la verdad sensible y particular. La oposición, como es natural y cervantino, no se resuelve, sino que queda patente, como problema abierto⁸⁰.

En la obra de Cervantes veremos cómo don Quijote y Sancho Panza ejercen el uno sobre el otro una influencia que trae como resultado una notable transformación de los que eran sus planteamientos iniciales sobre la verdad y lo real. Algo parecido ocurre en nuestra película, ya que los principios de Stoddard resultarán trastocados por un realismo que está encarnado en la figura de Doniphon, mientras que la visión del mundo de este último será modificada sin remedio por el idealismo que inspira a Ransom. A pesar de que este influjo recíproco puede servirnos para trazar un paralelismo entre las relaciones que unen a todos estos personajes, debemos tener presente que existe también una diferencia fundamental: a pesar de las múltiples y dramáticas derrotas sufridas por ambos, y al contrario de lo que sucede con don Quijote, Ransom Stoddard y Tom Doniphon consiguieron cambiar en buena medida el mundo que los rodeaba.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2021.
- BORGES J.L. (1970 y 1976), *Borges A/Z* (Ed. Antonio FERNÁNDEZ FERRER), Siruela, Madrid, 1992.
- BRODY R. (21 de octubre de 2009), «The man who shot Liberty Valance», en *The New Yorker*.
- CASTRO QUESADA A., «El pensamiento de Cervantes», en *Revista de filología española*, Casa Editorial Hernando, Madrid, 1925.
- EBERT R. (28 de diciembre de 2011), «The western frontier, between fact and legend», en *roge-rebert.com*.
- FERRATER MORA J., *Diccionario de filosofía* (Comp. Priscilla COHN), 3ª ed., Alianza, Madrid, 2014.
- HOBBS T., *De Cive*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2016.
- HOBBS T., *Leviatán*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2017.
- HUGO V., «Los miserables», en *Obras completas* (Ed. Jacinto LABAILA), 1ª ed., tomo II, Terraza Aliena y compañía Editores, Valencia, 1887.
- KONIGSBERG I., *Diccionario técnico Akal de cine*, 1ª ed., Akal, Madrid, 2004.
- LOCKE J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 1ª ed. Tecnos, Madrid, 2010.

80 Américo CASTRO QUESADA, «El pensamiento de Cervantes», en *Revista de filología española*, Casa Editorial Hernando, Madrid, 1925, pp. 30 y 31.

LUBET S. (diciembre de 2020), «The man who shot Liberty Balance: truth or justice in the Old West», en *Ucla Law Review*, n.º 2, Vol. 48, pp. 353-374.

MOSTERÍN J., *La Hélade*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2013.

NIEVA FENOLL J., *El hombre que mató a Liberty Balance. Un alegato por la democracia y la libertad*, 1ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2020.

ORWELL G. (4 de febrero de 1944), «As I please», en *Tribune*.

PASCAL B., *Obras*, 1ª ed., Gredos, Madrid, 2012.

RIVAYA B. y DE CIMA P., *Derecho y cine en 100 películas*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RIVAYA B., «Algunas preguntas sobre Derecho y Cine», en *Anuario de filosofía del Derecho*, n.º 26, 2010, pp. 219-230.

RIVAYA B., «La libertad de expresión en el cine», en *Derechos y libertades*, n.º 25, Época II, 2011, pp. 115-143.

RODILLA M.Á., *Contrato social, de Hobbes a Rawls*, 1ª ed., tomo I, Ratio Legis, Salamanca, 2014.

RUSSELL B., *Historia de la filosofía occidental*, 14ª ed., tomo II, Austral, 2010.

RYAN C., «Violence and recognition in The man who shot Liberty Valance», en *Legal realism: movies and legal texts* (John DENVER ed.), 1ª ed., University of Illinois Press, Illinois, 1996.

SCHOPENHAUER A., *El mundo como voluntad y representación*, 2ª ed., tomo I, Trotta, Madrid, 2009.

TORRES-DULCE LIFANTE E., *El asesinato de Liberty Valance*, 8ª ed., Hatari Books, Madrid, 2020.

WALTER B., *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, 3ª ed. Taurus, Madrid, 2001.

LA MEMORIA DELLA DITTATURA ARGENTINA TRA CINEMA, LETTERATURA E FUMETTO

MEMORY OF ARGENTINIAN DICTATORSHIP THROUGH CINEMA, LITERATURE AND GRAPHIC NOVEL

Maria Chiara Vitucci

Professoressa ordinaria di diritto internazionale
Università della Campania Luigi Vanvitelli
chiara.vitucci@unicampania.it

De los topos, aprendimos a hacer túneles.
De los castores, aprendimos a hacer diques. De los pájaros, aprendimos a hacer casas.
De las arañas, aprendimos a tejer.
Del tronco que rodaba cuesta abajo, aprendimos la rueda.
Del tronco que flotaba a la deriva, aprendimos la nave.
Del viento, aprendimos la vela.
¿Quién nos habrá enseñado las malas mañas?
¿De quién aprendimos a atormentar al prójimo y a humillar al mundo?

Eduardo Galeano¹
Primeras letras

Riassunto:

Le arti possono contribuire a mantenere la memoria delle atrocità del passato, contribuendo in questo modo alla manutenzione della democrazia. Gli artisti non sono solo in grado di prevedere ciò che avverrà, ma trovano anche metodi alternativi per descrivere situazioni caratterizzate da massicce violazioni dei diritti umani. In questo saggio si sono scelte tre opere artistiche (un fumetto, un romanzo e un film) per illustrare il loro ruolo nel processo di trasmissione della memoria della dittatura militare argentina alle generazioni future.

Abstract:

Arts represent a powerful instrument to preserve the memory of past atrocities, thereby contributing to the maintenance of democracy. Not only can artists foresee what is going to happen, they may also find alternative ways to describe situations where massive violations of human rights take place. This paper chooses three artistic works (a graphic novel, a novel and

1 GALEANO, E., *Bocas del tiempo*, Siglo XXI de España Editores S.A., 2004.

a movie) to show their role in the process of transmission of the memory of the Argentinian military dictatorship to future generations.

Parole chiave

arti, dittatura argentina, giustizia di transizione, democrazia, sparizioni forzate, memoria

Keywords

arts, Argentinian dictatorship, transitional justice, democracy, enforced disappearances, memory

Sommario:

1. Premessa
2. Lo sguardo premonitore de *L'Eternauta*
3. La Kamchatka, il luogo della resistenza
4. *Argentina, 1985* o la costruzione della democrazia
5. Le sparizioni forzate
6. Conclusioni.

1. PREMESSA

Da sempre l'arte sa offrire una visione lucida del presente; spesso lo sguardo acuto dell'artista è in grado di precorrere i tempi e anticipare ciò che ancora non è avvenuto ma che già si annuncia alla sua sensibilità. Varie manifestazioni artistiche hanno poi contribuito a mantenere la memoria delle atrocità del passato, mostrandole a coloro che non erano ancora nati all'epoca e compiendo così una trasmissione intergenerazionale.

In questo breve scritto si prenderanno in considerazione tre opere, scelte in modo arbitrario dall'autrice di queste note, per svolgere qualche considerazione sulla dittatura e, ancor di più, sulla democrazia argentina.

2. LO SGUARDO PREMONITORE DE L'ETERNAUTA

L'Eternauta è un fumetto di fantascienza scritto da Héctor Oesterheld e disegnato da Francisco Solano López, pubblicato in Argentina a partire dal 1957 sulla rivista *Hora Cero Suplemento Semanal*². La *historieta* (nome argentino per fumetto) ha raggiunto in breve tempo amplissima notorietà in tutto il mondo, ed è oggi considerato un capolavoro internazionale. Una rivista antologica di fumetti, pubblicata in Italia dal 1980 al 2000, ha adottato il suo nome.

2 MARAZZINI, M., «Eterno Eternauta», 17 aprile 2020, <https://www.lospaziobianco.it/eterno-eternauta/#fn1-269875tina>.

In questa sede incentreremo tuttavia la nostra attenzione su una riscrittura dell'opera, fatta nel 1969 dallo stesso autore ma disegnata da un altro grande artista, Alberto Breccia³, e pubblicata a puntate sulla rivista settimanale *Gente y Actualidad*. In questa nuova versione Oesterheld inserisce riferimenti politici più precisi e la violenza risulta amplificata, grazie anche al tratto cupo e sperimentale di Breccia, che dà spazio visivo al mondo interiore dei protagonisti, dilatando i confini narrativi della *historieta*. In Italia questa versione viene dapprima pubblicata su *Linus* e nel 1979 tutte le puntate saranno raccolte nel volume *Oltre il tempo* della casa editrice L'isola trovata. Ora gli alieni non invadono tutto il mondo ma solo l'America del sud, sacrificata dagli Stati Uniti per salvare gli altri paesi. Molti hanno visto nel fumetto un'anticipazione del golpe e della dittatura di Jorge Videla, tra le cui vittime si annoverano Oesterheld e la sua famiglia, che hanno ingrossato le file dei *desaparecidos*. Nel 1975 Oesterheld inizierà a scrivere il seguito della saga, *L'Eternauta II*, nel quale lo stesso sceneggiatore diventa un personaggio della storia, sempre più cupa e incentrata sulla critica politica. Durante i primi mesi della dittatura e fino al suo rapimento, avvenuto nell'aprile del 1977, l'autore continuerà a scrivere di nascosto i capitoli della seconda parte della saga.

Alcuni aspetti della trama sono essenziali per comprendere perché questo racconto sulla memoria della dittatura argentina prenda le mosse da *L'Eternauta*⁴. La storia inizia infatti con una strana visita che avviene di notte, quando un uomo si materializza improvvisamente nella casa di Buenos Aires di un fumettista, alter ego dello stesso Oesterheld. L'eternauta, il viaggiatore dell'eternità, inizia a raccontare la sua storia, che genera nell'autore paura, pietà e il bisogno di raccontare.

Una sera quattro amici tra cui Juan Salvo⁵, nome che allude alla sua sopravvivenza, stanno giocando a carte quando una nevicata avvelenata di origine aliena ricopre la città di Buenos Aires decimando la popolazione. I superstiti vengono costretti dai militari a lottare contro gli invasori, scarafaggi-robot telecomandati, mostruose creature detti gurbos e altri esseri, i Mano, fatti prigionieri e soggiogati dagli alieni attraverso una ghiandola che li fa morire nel momento in cui provano paura, impedendo così ogni ribellione. La resistenza giunge nel quartier generale dell'invasore e lì riesce a neutralizzare un congegno che comanda a distanza gli attacchi. Dopo un tentativo di fuga, Juan Salvo si rifugia nell'astronave aliena, dove aziona per errore una macchina del tempo che lo porta a vagabondare tra mondi paralleli fino a giungere nella casa del disegnatore di fumetti. A questo punto Juan Salvo capisce di essere tornato nel suo mondo, due anni prima dell'invasione aliena e corre a cercare la famiglia. Il ruolo del narratore, fin qui riservato all'eternauta, passa così al fumettista, che segue Juan Salvo fin davanti alla sua casa dove assiste all'incontro con la moglie e la figlia e all'arrivo degli amici con cui tutte le sere gioca a carte. Capisce così che la storia è vera e prova a evitare l'orrore, rendendo nota a tutti la storia raccontatagli dall'eternauta sotto forma di fumetto.

Questa la trama de *L'Eternauta*, che si riassume nella paura di essere invasi e soggiogati da un nemico senza nome. Mentre la versione originale incontrò il favore del pubblico che attendeva ogni settimana la nuova puntata, quella più oscura del 1969 fu cancellata dopo poco tempo. Ciò avvenne forse a causa del disegno di Breccia, davvero avanguardista, che

3 Il valore artistico di Breccia ha fatto sì che gli venisse assegnato il soprannome *El viejo*, una sorta di incoronazione a patriarca della *historieta* argentina. Si veda la mostra a lui dedicata a Bologna tra il 2019 e il 2020, <http://archivio.bilbolbul.net/BBB19/?p=10137>.

4 Neologismo inventato da Oesterheld sulla falsariga dell'argonauta e del cosmonauta.

5 In italiano il nome diventerà Juan Galvez, in inglese Khruner.

mescolava china, pittura, collage e fotoritocco, o, più probabilmente, per l'attivismo politico di Oesterheld, che aveva aderito al movimento politico dei Montoneros⁶. Lo sceneggiatore dovette condensare la trama in poche tavole per poter concludere la narrazione.

La potenza narrativa e evocativa della storia al pari del sacrificio del suo autore mostrano la forza del fumetto quale via popolare per il racconto, la denuncia, la resistenza. Come quel muro adesso ripitturato, che si intravedeva dai vagoni della metropolitana sotto il ponte General Paz: fino al 2002 c'era un murale con la figura di un uomo in tuta da palombaro che avanzava verso lo spettatore con la scritta «resiste»⁷.

3. LA KAMCHATKA, IL LUOGO DELLA RESISTENZA

Nel 2003 Marcelo Figueras pubblica il romanzo *Kamchatka*⁸, che nasce dalla sceneggiatura dell'omonimo film di Marcelo Piñeyro⁹. Si tratta del racconto in prima persona di un bambino che ha 10 anni nell'aprile del 1976, all'inizio della dittatura argentina. Il titolo dell'opera viene dall'ultima parola che il padre dice al figlio, prima di affidarlo al nonno in una stazione di servizio nel sud della provincia di Buenos Aires per poi allontanarsi con la madre su una Citroën Due Cavalli. Ma Kamchatka è anche il nome di una nazione che esiste come stato indipendente solo sulla mappa del Risiko, il gioco preferito del bambino. Ed è il nome che lo stesso bambino dà al luogo in cui lui e gli altri argentini sopravvivono alla dittatura. Dopo il commiato dai genitori la narrazione torna indietro nel tempo, alla trasformazione della casa familiare da luogo di risate, riunioni, popolata da zii in una casa silenziosa, abitata solo dalla madre, una scienziata detta la roccia, il padre, avvocato dei diritti umani, l'io narrante e suo fratello di 5 anni, detto il Nano. Quando, in una retata, viene distrutto lo studio legale in cui lavora il padre e sequestrato uno dei soci, la famiglia decide di lasciare la propria casa e nascondersi in una villa con una piscina melmosa, poco lontana dal centro. Per i bambini è l'inizio di un'avventura, anche se la situazione di pericolo, sempre più grave, non sfugge al più grande, che mette insieme brandelli di informazione, pezzi di un rompicapo che tuttavia non riesce a ricomporre¹⁰. La maggior parte della narrazione si concentra sul rapporto tra i due fratelli, l'amore per Superman e per il gioco del Risiko e l'emulazione per le fughe di Houdini e si limita ad adombrare le vicende politiche, che emergono dalla morte a soli trent'anni di uno dei tanti «zii» che un tempo frequentavano la casa, o dalla necessità di cambiare casa, scuola e nome. Tutti devono assumere una nuova identità e così il padre diventa l'architetto David

6 BATTAGLIA, B., «Con ogni mezzo necessario. Persino i fumetti. Un ricordo di H.G. Oesterheld», 27 aprile 2017, <https://fumettologica.it/2017/04/hector-german-oesterheld-eternauta-fumetti-scomparsa/>.

7 LAGIOIA, N., «L'Eternauta», in *minima&moralia*, 22 dicembre 2011, <https://www.minimaetmoralia.it/wp/approfondimenti/leternauta/>.

8 FIGUERAS, M., *Kamchatka*, Alfaguara, 2003. La traduzione italiana è stata pubblicata da L'Asino d'oro edizioni nel 2014.

9 Il film di Piñeyro esce nel 2002, <https://www.imdb.com/title/tt0320042/>. Nel ruolo del padre c'è un giovane Ricardo Darín, attore che ritroveremo in *Argentina, 1985*, la madre è Cecilia Roth e il nonno Héctor Alterio.

10 «La negazione in me era così radicata che non soffrivo neppure di incubi», p. 229 dell'edizione italiana.

Vicente, nome spagnolizzato del protagonista de *Gli invasori*, la serie televisiva preferita dai ragazzi, nonché unico umano a sapere che il mondo è stato invaso dagli alieni che hanno assunto sembianze umane, mentre la madre prenderà il nome di Flavia, senza rivelare l'origine, che scoprirà solo chi leggerà il libro. Il ragazzo si chiamerà Harry, come il suo amato Houdini, l'artista dell'evasione, il fratello piccolo Simón, come Simon Templar. Dopo poco anche un altro ragazzo più grande, Lucas, si nasconderà nella villa. Tra Harry e Lucas nascerà una grande amicizia; i due ragazzi parlano di tutto: di musica e delle ragazze, dell'inutilità delle materie scolastiche, di fumetti, serie televisive e film. Un giorno Lucas chiede a Harry se abbia letto *L'Eternauta*, sicuro che gli sarebbe piaciuto moltissimo, data la sua passione per *Gli invasori*¹¹. Harry dice che lo cercherà ma si rende subito conto che non è il caso di andarlo a chiedere in edicola... «Tutte le strade portavano a una domanda sbagliata. Per qualche giorno, credemmo di essere condannati al silenzio»¹². Il rapporto tra i ragazzi si interrompe quando, ad un nuovo peggioramento della situazione, la famiglia decide di trasferirsi 500 chilometri a sud di Buenos Aires, a Dorrego, dove vivono i nonni paterni di Harry. Poi c'è un breve rientro nella villa con piscina, giusto il tempo per un ultimo saluto a Lucas e infine il ritorno dai nonni, stavolta senza genitori. Parecchi anni più tardi, Harry attraverso una foto su un giornale scopre il vero nome di Lucas e capisce che è stato sequestrato pochi giorni dopo il loro ultimo incontro. Prende coraggio e si mette in contatto con la sua famiglia; quando racconta loro ciò che avevano vissuto nelle settimane trascorse insieme, scopre «con la forza di una rivelazione il potere delle storie. [...] Mentre parlavo con quelle persone sentii che gli stavo restituendo Lucas; per tutta la durata del racconto – feci in modo di farlo durare più a lungo possibile, per ricordare anche quello che non avevo mai saputo – il tempo si mostrò integro in tutto il suo splendore e Lucas rivisse, Lucas riapparve (mi piace pensare che questa sia una storia di *aparecidos*), e ridemmo delle sue batture come fossero nuove, perché narrarle le reinventava ancora una volta»¹³.

Nonostante il romanzo descriva gli anni più bui della dittatura, la scelta della prospettiva di un ragazzo alleggerisce il tema e mostra la forza della famiglia e la resilienza dell'infanzia. Perché, come recitano le ultime parole del romanzo «la Kamchatka era il luogo in cui resistere»¹⁴.

4. ARGENTINA, 1985 O LA COSTRUZIONE DELLA DEMOCRAZIA

Lo scorso 28 febbraio il film di Santiago Mitre *Argentina, 1985*¹⁵ è stato proiettato alla cineteca di Bologna in una sala gremita di gente come non avveniva da prima del Covid. Il film era stato presentato in anteprima in concorso alla 79ª Mostra internazionale d'arte cinematografica di Venezia il 3 settembre del 2022 e, dopo un rapido passaggio nelle sale

11 Cfr. p. 265 dell'edizione italiana.

12 Ibid. e ivi.

13 Ibid., p. 356.

14 Ibid. p. 362.

15 Il film di Mitre si avvale dell'ottima sceneggiatura di Mariano Llinàs. Ritroviamo venti anni dopo l'attore Ricardo Darín, questa volta nei panni del pubblico ministero Strassera, <https://www.imdb.com/title/tt15301048/>.

argentine, è ora visibile su Prime video. Oggi la pellicola, già vincitrice di molti premi e candidata all'Oscar come miglior film straniero, è nuovamente in sala e si sta verificando un fenomeno inedito: moltissimi spettatori vanno infatti a vederla al cinema nonostante possano vederla dal divano del salone. La trama e la potenza del film ci aiutano a capire il motivo di questa anomala (ma benvenuta) novità: l'opera descrive il processo alle giunte militari argentine che hanno governato il paese dal 1976 al 1983 e che si celebra nel 1985 davanti a un tribunale civile. Si tratta del primo processo a dei militari da parte della giurisdizione ordinaria, che avrebbe in ogni caso svolto l'appello di un eventuale giudizio da parte della giustizia militare. Saranno invece il pubblico ministero Julio César Strassera e il procuratore aggiunto Luis Moreno Ocampo a dover istruire in pochi mesi e tra mille ostacoli il processo più importante della storia dell'Argentina contro nove generali delle giunte militari. Il film è stato girato nella stessa aula dove si è tenuto il vero processo, un'aula gremita di gente che assiste a un atto dovuto, necessario e catartico. Per questo credo che gli spettatori contemporanei preferiscano vedere il film in sala, rinnovando quell'atto catartico collettivo. In un saggio del 1975 Roland Barthes descrive i meccanismi psicologici che rendono la visione nel buio della sala cinematografica un'esperienza estatica, ipnotica, totalmente differente da quella davanti al televisore¹⁶. L'attore italiano Pierfrancesco Favino in un'intervista esprime lo stesso concetto in termini più semplici ma altrettanto efficaci; invitando il pubblico ad andare al cinema, Favino afferma che di fronte allo schermo cinematografico c'è il vantaggio della posizione del naso. Mentre a casa la prospettiva è orizzontale, lo schermo sta davanti al telespettatore che ha in mano il telecomando e ha quindi il potere di vita e di morte sul film, in sala invece il naso è all'insù, come lo sguardo. In quella posizione lo spettatore ha una disposizione arrendevole, la prospettiva cambia, si possono accogliere altri punti di vista.

Tra intimidazioni, pressioni, omertà, grazie all'aiuto di un manipolo di giovani non compromessi con il regime, la pubblica accusa riesce a dimostrare che i crimini contro l'umanità commessi nei sette anni della *guerra sucia* non rappresentano eccessi dei subordinati, ma sono parte integrante di un piano criminale che si ripete in tutta l'Argentina con le medesime modalità. La celebrazione del processo, fortemente voluta da Raúl Alfonsín, eletto presidente, contro ogni pronostico¹⁷, nell'ottobre 1983, svolge un ruolo importantissimo per la manutenzione della giovane democrazia.

Il pomeriggio alla cineteca di Bologna era organizzato nel modo seguente: una prima proiezione del film introdotto da Emanuela Fronza, professoressa di diritto penale all'Università di Bologna, dall'ambasciatore argentino in Italia, Roberto Manuel Carlés, anche lui professore di diritto penale, e dallo sceneggiatore, Mariano Llinás; a seguire un ricchissimo dibattito con

16 BARTHES, R., «En sortant du cinéma», in *Psychanalyse et cinéma*, 1975, 23, pp. 104-107, https://www.persee.fr/doc/comm_0588-8018_1975_num_23_1_1353.

17 Sicuramente contribuisce all'elezione il clima politico che si crea dopo la disfatta del generale Galtieri nella guerra delle Falkland-Malvinas. Alfonsín inoltre si era schierato in maniera netta contro ogni tipo di impunità dei generali responsabili delle atrocità commesse contro i civili. Infine, nel maggio del 1983 viene anche smascherato un accordo segreto tra sindacalisti e militari che derubricava a eccessi da dimenticare i crimini commessi dalle forze armate, che avrebbero così mantenuto il loro ruolo nel paese: LARRAQUY, M., «Malvinas, los desaparecidos y el pacto «sindical-militar»: las claves políticas de la victoria de Alfonsín», 30 ottobre 2021, <https://www.infobae.com/sociedad/2021/10/30/malvinas-los-desaparecidos-y-el-pacto-sindical-militar-las-claves-politicas-de-la-victoria-de-alfonsin/>.

tanti ospiti: storici, giuristi, linguisti¹⁸, avvocati dei diritti umani, e poi una nuova presentazione e una nuova proiezione¹⁹.

En sortant du cinéma, per citare Barthes, ho preso la decisione raccontare di quell'incontro e di quel film; sono stata presa dall'irrefrenabile bisogno di narrare quell'atto collettivo, così importante anche per la nostra democrazia, anch'essa sempre bisognosa di manutenzione.

Infatti il film *Argentina, 1985* può essere descritto come un film sulla costruzione della democrazia attraverso il processo alla giunta militare, processo che rappresenta —finalmente— una soluzione di continuità rispetto alla storia dell'Argentina nel '900, in cui una serie infinita di colpi di stato ha interrotto governi democraticamente eletti, anche se spesso autoritari. Del resto la giustizia di transizione si occupa dell'affermazione dello stato di diritto dopo guerre o dittature. E come dice un testimone che all'ultimo si rifiuterà di far sentire la propria voce, come ci si può fidare di parlare se il medico che supervisionava le torture ora è primario e i poliziotti sono ancora al loro posto? Il cambiamento, che non è immediato ma lento, passa quindi attraverso il processo, come passa attraverso il famoso rapporto intitolato *Nunca más* prodotto nell'ottobre del 1984 dalla CONADEP, la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*²⁰. E *nunca más* sono anche le parole finali del processo e del film²¹. Il risultato del processo è eccezionale, come dice il figlio a uno Strassera disperato, che aveva enfatizzato il peso delle assoluzioni e delle condanne lievi ad alcuni generali²². Il dialogo tra padre e figlio mostra tutte le difficoltà della fase di transizione verso la democrazia. Infatti Jorge Videla e Eduardo Massera, principali artefici della sanguinaria repressione dei dissidenti politici vengono condannati all'ergastolo e questo conta molto di più delle successive vicende, quali le famigerate leggi *de Punto Final* e *de Obediencia Debida* che insieme agli indulti realizzati da Carlos Menem ri-portarono a una situazione di impunità fino al loro annullamento da parte del Congresso il 21 agosto 2003 — necessario affinché l'Argentina potesse procedere alla ratifica, avvenuta due giorni più tardi, della Convenzione delle Nazioni Unite sulla imprescrittibilità dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità²³ — nonché fino alla loro definitiva declaratoria di incostituzionalità il 14 giugno 2005²⁴.

18 La professoressa Rosa Maria Grillo, già ordinaria di Lingua e Letterature ispanoamericane presso l'Università di Salerno, ci ha fatto riflettere sul verbo *desaparecer* che da intransitivo è diventato transitivo (cfr. *infra* nel testo).

19 <https://programmazione.cinetecadibologna.it/appuntamento/seminario-internazionale-il-processo-alla-junta-militar/?repeat=7994>

20 Per una breve storia della CONADEP, cfr. <https://www.cultura.gob.ar/que-es-la-conadep-9904/>. Dallo stesso sito si può scaricare il rapporto integrale della Commissione, https://www.cultura.gob.ar/media/uploads/lc_nuncamas_digital1.pdf.

21 «Señores jueces: quiero renunciar expresamente a toda pretensión de originalidad para serrar esta requisitoria. Quiero utilizar una frase que no me pertenece, porque pertenece ya a todo el pueblo argentino. Señores jueces: Nunca más!», https://www.youtube.com/watch?v=kd_EhKJX1d0.

22 La Corte Federale rende la storica sentenza il 9 dicembre 1985, condannando cinque dei militari accusati e assolvendone quattro. Jorge Rafael Videla ed Emilio Eduardo Massera sono condannati all'ergastolo; Roberto Eduardo Viola è condannato a 17 anni di reclusione; Armando Lambruschini è condannato a otto anni di carcere e Orlando Ramón Agosti è condannato a quattro anni e sei mesi di carcere.

23 La convenzione è stata adottata con la risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 2391(XXIII) del 26 novembre 1968 ed è entrata in vigore l'11 novembre 1970, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en.

24 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de

In molti altri paesi, infatti, la transizione è stata negoziata e non ha portato a chiare condanne. Sarà solo alla fine degli anni '90 che verrà firmato a Roma lo Statuto della Corte penale internazionale²⁵, che entrerà in vigore il 1° luglio 2002 e il cui primo procuratore sarà proprio colui che aveva contribuito a istruire il più famoso processo della storia argentina, Luis Moreno Ocampo²⁶.

Dal 2003 la Corte ha avviato diversi procedimenti rispetto a gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario²⁷, crimini che rientrano nella sua competenza che è solo complementare rispetto a quella dei tribunali statali. Solo qualora questi, ad esito di gravi crisi interne o guerre civili, non siano in grado o non vogliano istituire i processi, sarà la Corte penale internazionale a farlo.

5. LE SPARIZIONI FORZATE

5. Nel dibattito che ha seguito la prima proiezione del film, ho appreso che uno dei più atroci crimini commessi durante la dittatura ha avuto un impatto anche sulla grammatica: il verbo *desaparecer* da intransitivo è diventato transitivo. Sebbene alcune sparizioni forzate fossero già state compiute prima del 1976, e anche se esse si sono poi diffuse ben oltre il contesto delle dittature, il fenomeno viene ricollegato principalmente alle giunte militari che hanno governato l'Argentina dal 1976 al 1983. È opportuna quindi in questa sede una breve digressione sull'evoluzione del diritto internazionale su questa gravissima violazione di diversi diritti umani, che consiste nell'arresto e nella successiva detenzione non riconosciuta in centri clandestini, da parte di organi dello stato o di altri che agiscono per conto o con la connivenza di questi. Nel 1976 la Sottocommissione delle Nazioni Unite per la prevenzione delle discriminazioni e per la protezione delle minoranze²⁸ è il primo organo internazionale ad occuparsi di questa prassi aberrante²⁹. Un membro della Sottocommissione, Antonio Cassese, era venuto infatti a conoscenza del gran numero di sparizioni e altre gravi violazioni dei diritti umani perpetrate dalla giunta militare e, insieme con l'esperta francese Nicole Questiaux, aveva portato la questione all'attenzione della Sottocommissione. L'iniziativa non era passata inosservata all'ambasciatore argentino presso le Nazioni Unite, che aveva esercitato pressioni sui due esperti per tentare di impedire che l'organo procedesse. Dimostrando la propria

la libertad, (Poblete), causa n. 17.768, <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-causa-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>.

25 Il testo dello Statuto della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, può leggersi sul sito della Corte, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

26 Si veda il libro di MORENO OCAMPO, L., *Cuando el poder perdió el juicio*, Editorial Planeta Argentina, 1996. Alla prima edizione hanno fatto seguito due nuove edizioni; l'ultima è del 2022.

27 <https://www.icc-cpi.int/cases>.

28 Si tratta di un organo sussidiario della Commissione dei diritti umani delle Nazioni Unite, creato nel 1947, composto di 26 esperti che agiscono a titolo personale e sono eletti tenendo conto di un'equa distribuzione geografica, che intraprende studi e fa raccomandazioni nei settori di sua competenza, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2009/10/subcommission-prevention-discrimination-and-protection-minorities-hold>.

29 Cfr. CASSESE, A., *Human rights in a changing world*, Temple University Press, 1990, p. 121 ss. e in particolare p. 128.

indipendenza, il 30 agosto 1976 la Sottocommissione adotta una risoluzione, ancorché mite, di condanna³⁰, che rappresenta l'inizio di un cammino che due anni più tardi avrebbe portato l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ad emanare la prima risoluzione sulle sparizioni forzate³¹. Successivamente l'Assemblea chiede alla Commissione dei diritti umani di considerare la questione delle sparizioni forzate e il lavoro svolto dagli organi delle Nazioni Unite sfocia, tra l'altro³², nel testo della risoluzione 47/133, che contiene la Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate³³, passo fondamentale per l'adozione di un documento vincolante, la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, aperta alla firma e alla ratifica di tutti gli stati nel 2006 e entrata in vigore alla fine del 2010³⁴. Oltre a contenere una definizione di sparizione forzata che impone agli stati obblighi di prevenzione e repressione di tale pratica, la convenzione prevede la creazione del Comitato sulle sparizioni forzate, col compito di vigilare sul rispetto delle sue norme³⁵. Ultima tappa del processo è rappresentato dall'inclusione delle sparizioni forzate nello Statuto della Corte penale internazionale, tra i crimini contro l'umanità³⁶.

6. CONCLUSIONI

Non è semplice fare i conti con il passato, soprattutto se si tratta di un passato buio e criminale. Si tratta, tuttavia, di un atto necessario per evitare di ripetere sempre gli stessi errori e per costruire uno stato di diritto, fondato sulla verità e sulla giustizia piuttosto che su un colpo di spugna. In questo processo difficile e doloroso le arti possono venire in nostro aiuto.

Abbiamo visto ne *L'Eternauta* una profezia della dittatura; *Kamchatka* ci ha mostrato gli strumenti di resistenza alla dittatura, lasciando in secondo piano il terrore causato dalla stessa. *Argentina, 1985* chiude il cerchio portandoci nell'aula dove si è svolto il processo alle giunte militari e facendoci assistere al processo, atto fondante della democrazia argentina, quasi una sorta di costituente. Nel montaggio, alcuni video di archivio si alternano al girato del regista. In tal modo l'aula si popola di coloro che erano presenti durante le udienze, di attori e comparse, e del pubblico di oggi, che assiste, partecipa, a quel processo. La magia del cinema fa sì che, in quell'aula gremita e satura di fumo (siamo negli anni '80), i fantasmi parlino con

30 Per una ricostruzione completa della vicenda, cfr. FRULLI M., «Nino Cassese and the early stages in the fight against enforced disappearances», in *Journal of International Criminal Justice*, 2014, p. 1 ss.

31 Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 33/173 del 20 dicembre 1978, intitolata *Disappeared persons*.

32 Cfr. anche la risoluzione della Commissione dei diritti umani 20(XXXVI) *Question of missing and disappeared persons*, del 29 febbraio 1980, con cui la Commissione ha creato un gruppo di lavoro sulle sparizioni forzate, che rappresenta la prima procedura speciale delle Nazioni Unite, <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-disappearances>.

33 Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 47/133 del 12 febbraio 1993, intitolata *Declaration on the protection of all persons from enforced disappearance*.

34 La convenzione è adottata con la risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 61/117 del 26 dicembre 2006, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-all-persons-enforced>.

35 <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/ced>.

36 Cfr. art. 7, par. 1, lettera i dello Statuto della Corte, cit. *supra* nota 25.

noi, chiedendo giustizia e verità. E la verità viene restituita dall'attrice che interpreta Adriana Calvo De Laborde, una delle testimoni che più ha contribuito a smuovere e commuovere l'opinione pubblica, quella classe media che era necessario convincere del fatto che i crimini dei militari non fossero stati semplici errori o eccessi da parte di alcuni subordinati. In rete è disponibile il video della testimonianza, e ascoltandolo dopo aver visto il film si rimane impressionati dall'esattezza della restituzione artistica³⁷. Dopo averla sentita, la madre del procuratore aggiunto, una donna dell'alta borghesia, proveniente da una famiglia di militari e che andava a messa con Videla, si convince della necessità che chi ha commesso dei crimini così atroci deve andare in prigione³⁸.

Col processo si chiude il cerchio, termina la paura che avevamo visto nel fumetto e immaginato nel libro. Il pubblico ministero resiste alle minacce e alle intimidazioni, agli allarmi bomba e alle bombe vere. Istruisce il processo al termine del quale la giustizia civile pronuncia la condanna. E per mostrare un altro collegamento con i fatti descritti ne *L'Eternauta*, piace ricordare che il generale Viola, condannato a 17 anni di carcere, aveva studiato nella famigerata Scuola delle Americhe, che fino al 1986 ha avuto sede a Panama e dove si sono diplomati più di 60 mila militari e poliziotti di 23 paesi dell'America Latina, alcuni dei quali sono divenuti tristemente noti per aver perpetrato crimini contro l'umanità. In quella scuola, finanziata dalla CIA, si tenevano corsi di addestramento sulle tecniche di controinsorgenza, sulla guerra psicologica e sulle tecniche per gli interrogatori. Molte voci si sono levate contro le controverse pratiche insegnate nella scuola, alcune delle quali rappresentano una sicura violazione dei diritti umani. Come nella versione del 1969 del fumetto, ritroviamo il tradimento degli Stati Uniti d'America, paese che crede che ogni mezzo sia lecito per vincere la guerra fredda e sconfiggere il comunismo.

Anche se nella notte degli Oscar non si è ripetuto il successo che ha arriso nel 1986 al film *La historia oficial* di Luis Puenzo, vogliamo ricordare che molte recensioni entusiastiche di *Argentina, 1985* fanno leva sul suo ruolo nella costruzione della memoria presso le nuove generazioni³⁹. I tantissimi dibattiti che in Argentina e nel resto del mondo stanno seguendo la proiezione del film rappresentano sicuramente il modo migliore per la trasmissione della memoria dei crimini.

37 <https://content.jwplatform.com/previews/coraakKR>.

38 «Yo a (Jorge Rafael) Videla lo quiero, pero tenés razón: tiene que ir preso».

39 Tra le tante ricordiamo quella di Estela de Carlotto, presidente della Associazione *Abuelas de Plaza de Mayo*, <https://www.el1digital.com.ar/cultura/teatro-universidad/estela-de-carlotto-la-pelicula-argentina-1985-va-a-servir-tambien-para-poner-en-la-sociedad-el-no-olvido/> e quella dell'avvocato e giornalista Pablo Llonto, https://www.youtube.com/watch?v=9LUr_WxMzHA.

EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL FUE ASESINADO AL ATARDECER

Antonio J. Quesada Sánchez

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

A Manuel Vázquez Montalbán,
fuente constante de inspiración,
este relato de título tan carvalhiano.

«Hechos recientes de evidente relevancia jurídica (DGRN 31-3-1997, a la que ha seguido, DGRN 11-12-1997; así como el Real Decreto del 4-9-1998, en su disp. adic. única) han vuelto a poner de manifiesto, que a las puertas del III Milenio, cuando a juicio de algunos los temas a considerar, los “temas con futuro” deberían ser tales, como “la adquisición a “non domino” de bienes muebles por internet”, “la banca por satélite” o “la galaxización del mercado de valores”, todavía existen cuestiones mucho más “a ras de tierra” —nunca mejor dicho—, que distan de haber sido adecuadamente captadas por instancias, en mayor o menor grado, vinculadas al Ministerio de Justicia. / Una de tales cuestiones, particularmente maltratada últimamente por la DGRN, aunque hay que reconocer que los Tribunales de Justicia no le andan muy a la zaga, es la de la persona jurídica; y más precisamente, la del grado de subjetivación que nuestro ordenamiento privado reconoce y atribuye a la sociedad civil» EIZAGUIRRE, J.M. DE: «La subjetivación de las sociedades de personas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000, pp. 85-86.

— Déjame ver el esquema que has preparado —el profesor X toma el papel que traía en la mano el alumno, recién llegado de la biblioteca.

- *Prólogo*

- *Capítulo I. Introducción. Las sociedades civiles sin personalidad jurídica, el artículo 1669 CC y los problemas que plantea en nuestro ordenamiento*

- *Capítulo II. La sociedad civil (SC): vertiente contractual y vertiente organizativa*

II.1. La SC: vertiente contractual

II.1.1. La sociedad entendida como contrato

II.1.2. Puesta en común de dinero, bienes o industria

- II.1.3. *Ánimo de obtener un lucro*
- II.1.4. *Affectio societatis*
- II.5. *Forma de celebración del contrato*
- II.1.6. *Influencia de la naturaleza contractual en el devenir social*
- II.2. *La SC: vertiente organizativa*
 - II.2.1. *Funcionamiento interno de la sociedad civil*
 - II.2.2. *La personalidad jurídica: utilidad para la SC*
- *Capítulo III. La SC configurada como persona jurídica*
 - III.1. *La SC configurada como persona jurídica*
 - III.1.1. *La SC y su personalidad jurídica: recorrido histórico y situación vigente*
 - III.1.2. *La SC: ¿un tipo de asociación?*
 - III.1.3. *Consecuencias de la configuración de la SC como persona jurídica*
 - III.2. *La excepción: el supuesto del art. 1669 CC*
 - III.2.1. *Antecedentes: el artículo 55 del anteproyecto de 1882-1888*
 - III.2.2. *Inserción en el CC del artículo 1669*
- *Capítulo IV. La SC sin personalidad jurídica (I): supuesto de hecho del artículo 1669*
 - IV.1. *Introducción: la regulación del art. 1669 CC*
 - IV.2. *La posible eficacia frente a terceros del vínculo social en las sociedades civiles*
 - IV.3. *La personalidad jurídica de la SC: teorías explicativas*
 - IV.4. *La reforma del RD 1867/1998, de 4 de septiembre*
 - IV.5. *La SC sin personalidad jurídica: nuestra opinión*
 - IV.6. *La sociedad civil profesional: peculiaridades*
- *Capítulo V. La sociedad civil sin personalidad jurídica (II): régimen jurídico*
 - V.1. *Introducción*
 - V.2. *Posibles ideas de interés en otros regímenes jurídicos*
 - V.3. *La SC sin personalidad jurídica: aspectos internos de su régimen jurídico*
 - V.4. *La SC sin personalidad jurídica: su operatividad en el mercado*

— ¿Qué tal está el esquema, profesor? —es evidente el rostro de inquietud del alumno—. ¿Le parece correcto? Llevo bastantes días dando vueltas al tema, confío en que considere oportuno este esquema de trabajo.

— Creo que con esto podremos comenzar a movernos. Es verdad que a lo mejor debemos incluir o excluir algo, pero aquí está lo principal para poder empezar ya. El propio trabajo nos dará el esquema definitivo sobre la marcha, ya lo verás. Adelante —le devuelve el papel—. Podemos comenzar.

«Estimado Profesor X: me dirijo a Ud. para exponerle un problema personal que, a estas alturas, ya me está atormentando demasiado y no puedo callarlo más. Me duele tener que comportarme de este modo porque le considero un buen docente: conocedor de su materia, preocupado por sus alumnos y agradable en el trato. Pero no puedo seguir con esta carga. Ya sé que su tesis doctoral se dedicó a la sociedad civil sin personalidad jurídica, que se

defendió con brillantez en nuestra Universidad, que se publicó en su momento por la Editorial Comares, que la Universidad le concedió un importante premio por abrir nuevas vías de investigación especialmente útiles y que usted ha seguido reflexionando sobre este tema con detenimiento e interés y escribiendo nuevos artículos sobre la cuestión. Ya sé todo eso. Ya sé también que el tema de estudio es un tema jurídico-civil capital, necesitado de atención doctrinal, y que el artículo 1669 del Código Civil no lo regula adecuadamente, pues es un precepto fruto de influencias no siempre acertadas y que no ha sufrido reforma alguna desde 1889. Ya sé que la Ley de Sociedades Profesionales ha implicado cierta modificación en la cuestión, y por qué ello ha sido así (ese afán unificador por “meter” a todas las sociedades profesionales en el Registro mercantil provocó que también debieran poder acceder a él las sociedades profesionales constituidas como civiles). Ya sé lo que han escrito Capilla Roncero, Paz-Ares, Pantaleón y todos los demás autores que siempre tiene usted en la boca cada vez que habla del tema. Ya lo sé casi todo sobre este tema, profesor X. Lo sé ya todo menos para qué sirve todo eso con que nos lleva martirizando durante varias sesiones de clase. Me parece demasiado, profesor. En la Universidad se investiga, ya lo sé, pero lo principal es cumplir con su labor docente (ORTEGA lo dejó bien claro en su “Misión de la Universidad”). Y lo hace usted muy bien, pero... es exagerada la atención que está dedicando a este concreto tema. Se está usted torciendo, profesor X, y así debo hacérselo ver.

Comprendo que uno tome cariño a sus temas de investigación y, no le digo nada, a su Tesis Doctoral, pero es demasiado, profesor. Esto ya es demasiado, profesor X. Por eso, me veo en la obligación de anunciarle que EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL SERÁ ASESINADO AL ATARDECER».

Asunto: Sobre contrato de Sociedad Civil

De: Armando Alboroto

Fecha: domingo, 3 de abril de 2011, 20:00 pm (leído el lunes por la mañana).

Para: Profesor Doctor D. X (x@uma.es)

Prioridad: Alta

«Estimado Profesor X: ante la falta de respuesta a mi anterior mensaje me veo obligado a volver a dirigirme a Ud. para reiterarle mis inquietudes acerca de su actividad científico-pedagógica. Considero que la tesis mantenida por el Profesor De Castro acerca de la personificación de la sociedad civil tras su inscripción en el Registro mercantil no merece tanta atención como la que usted le otorga en sus clases de Derecho Civil II. ¿No se da cuenta, profesor, de que más que defendida con firmeza es una idea simplemente apuntada, como de perfil, por el gran maestro de civilistas? ¿No se da cuenta de que posiblemente esté sobrevalorada, precisamente, como consecuencia de que los discípulos del Profesor De Castro mandan mucho y en muchos sitios, veneran demasiado a su Maestro e imponen sus ideas o intuiciones allá donde pueden? ¿No se da cuenta de las consecuencias nefastas que tuvo esta doctrina en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997 (así como en la de 11 de diciembre del mismo año)? ¿No se da cuenta de que tuvo que llegar la valiente Resolución de 14 de febrero de 2001 para volver a poner las cosas en su sitio? ¿No se da cuenta, profesor, de cómo influyeron estas ideas en el desgraciado Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modificó de modo extraño el Reglamento del Registro Mercantil, reforma que fue declarada ilegal por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000? ¿No se da cuenta de que la Resolución de 25 de junio de 2012 vuelve a reabrir viejas heridas? ¿No se da cuenta de nada de esto, profesor X?

Comprendo que uno tome cariño a sus temas de investigación y, no le digo nada, a su Tesis Doctoral, pero es demasiado, profesor. Esto ya es demasiado, profesor X. Por eso, me veo en la obligación de anunciarle que EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL SERÁ ASESINADO AL ATARDECER».

— Yo no prestaría tanta atención a todo eso, la verdad —el compañero de Departamento le mira con reserva y se despereza—. Ya sabes que siempre hay algún colgado que no está contento con nuestro trabajo y reacciona de modo raro. O algún resentido, a lo mejor porque en algún momento le pusiste menos nota de la que creía merecer. No le des más vueltas, chico. Ya se cansará de mandarte esos densos mensajes.

— Ya, si yo no le doy más vueltas. Pero me parece que él sí que se las da —se mueve en la silla, intranquilo—. No hay más que leer sus mensajes. Cada vez que me llega uno, pienso: «Ponte el casco, chico, que nos vamos a las trincheras».

— Je, je, je, je. Pero no es para tanto, ya verás. Yo conocía a uno que daba clases en Letras al que le rajaron las ruedas del coche. Pero estas cosas no pasan de ahí, no le des más importancia que la que tiene, que ni esto es Sicilia ni tú eres el juez Falcone. Si hubiera de por medio licencias urbanísticas o contratos con la Administración sería diferente, ya no hablaría yo tan alegremente de este tema. Pero la investigación universitaria nunca ha generado odios tan viscerales, no te preocupes. Con la investigación la sangre nunca llega al río, deberías tenerlo asimilado.

— Me inquieta, chico. Tener a ese tipo detrás no me hace gracia. Yo soy investigador, pero no entra en mis planes ser espía. Lo mío es otro tipo de investigación.

— Bueno, míralo por el lado positivo: para una vez que encontramos a alguien sinceramente interesado en pensar sobre el Derecho y en debatir sobre temas científicos, mejor será cuidarlo, ¿no? Je, je, je, je —desdramatiza—. Anda, vamos a tomar un café —le toma del brazo y marchan hacia la cafetería del centro—. Y piensa que tienes un lector: es más de lo que muchos pueden (o podemos) decir.

«La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias» (artículo 1665 del Código civil español).

«Estimado Profesor X: ante la nueva falta de respuesta a mi segundo mensaje me veo obligado a volver a dirigirme a Ud. para reiterarle mis inquietudes acerca de su actividad científico-pedagógica. Considero que la tesis defendida por el Profesor Capilla Roncero (y algún otro, tanto antes como después del ilustre profesor de la Universidad de Sevilla), conforme a la cual la sociedad civil sin personalidad será aquella de la que no exista publicidad de hecho, no merece tanta atención como la que usted le otorga en sus clases. ¿No se da cuenta, profesor, de la inseguridad jurídica que genera esta configuración? ¿No se da cuenta de que en determinados momentos la sociedad civil tendrá personalidad jurídica y en otros momentos no, según cómo se levanten los socios esa mañana y cómo actúen ese día en el mercado, manifestando o no que actúan por cuenta de una persona jurídica? ¿No es consciente, profesor, de la sinrazón del tema, de que no es serio, a la vez, tener y no tener personalidad jurídica? ¿No se da cuenta de que si esta tesis tuvo cierto arraigo fue debido a que no se había planteado otra teoría menos problemática? Profesor, esto no puede ser.

Comprendo que uno tome cariño a sus temas de investigación y, no le digo nada, a su Tesis Doctoral, pero es demasiado, profesor. Esto ya es demasiado, profesor X. Por eso, me veo en la obligación de anunciarle que EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL SERÁ ASESINADO AL ATARDECER».

— ¿Piensa, agente, que debo contratar a un guardaespaldas particular, de modo adicional? —el profesor X parece seriamente preocupado.

— ¿Un guardaespaldas personal adicional? —gesto de extrañeza en su rostro—. No creo, profesor, no será para tanto. Con la protección que le brindaremos nosotros tendrá más que suficiente, se lo aseguro. No pertenece usted a un colectivo de alto riesgo, profesor. Pertenece a un colectivo de riesgo medio-bajo. Siempre hay alumnos algo más atrevidos que pueden causar pequeñas molestias a un profesor: dañarle el coche, hacer llamaditas fuera de hora (o su equivalente postmoderno, usar el correo electrónico, como en su caso), seguirle cuando se lo encuentran en la calle o soltarle alguna impertinencia en el supermercado, propagar rumores o bulos sobre su vida privada, etc., pero la sangre no llegará al río, profesor, no lo dude. Me dice mi olfato que en la universidad la sangre nunca llega al río.

— Eso espero: que mi sangre no llegue a ningún río.

— Je, je, je, je. Se lo aseguro, profesor. Además, esto es obra, sin duda, de alguien que tiene una tuerca algo floja, ya lo verá. ¿Quién va a dedicar tanta atención a la..., vamos a ver —mira el papel que tiene en la mano—, sí, a «La sociedad civil sin personalidad en el derecho español. Concepto y régimen jurídico»? —vuelve a alzar la mirada para dirigirla al profesor, sin pizca de ironía.

— Puede que esté en lo cierto, agente —ironiza, en este caso sí, el profesor—. No hay que tener la cabeza en su sitio para dedicar tanta atención a la sociedad civil sin personalidad jurídica —comenta mientras fija la mirada en la portada de su libro, publicado por la Editorial Comares, que dormita en el escritorio—. Seguramente no merecen tanta atención ni el concepto ni el régimen jurídico.

«Estimado Profesor X: sigue sin contestar a mis correos y esto, además de no demostrar muy buena educación, provoca que deba volver a dirigirme a Ud. para reiterarle mis inquietudes acerca de su actividad científico-pedagógica. Desde mi modesto punto de vista, la tesis que entiende que la sociedad civil sin personalidad jurídica es realmente una sociedad irregular confunde la cuestión de la forma de manifestación del ente con la cuestión de su personificación, temas cercanos pero no idénticos, y eso es grave. Como usted ha demostrado en su Tesis doctoral, los artículos 1667 y 1668 del Código Civil van por un lado y el artículo 1669 va por otro. No me convencen trabajos como los de Tena Piazuelo, la verdad. Considero que es un grave error conectar los tres preceptos, no hay unidad orgánica entre ellos, pero no creo que todo esto tenga suficiente entidad como para dedicarle tanta atención como hace usted. Más interesante me parece la conexión entre los artículos 1669 y 1670 del Código Civil, introducidos a la vez en el Código y de modo un poco raro, todo sea dicho. Quizás hubiera estado bien indagar más en cómo se llega a este texto vigente y se da de lado al texto del Anteproyecto de 1882-1888. Me voy pareciendo a usted, profesor, exijo más dedicación a estos preceptos. ¿Será esto algo así como la “quijotización” de Sancho y la “sanchificación” del Quijote de la que hablan los entendidos en Literatura? Me estoy haciendo un lío, profesor, no es esta la línea que estoy siguiendo en mis mensajes: volveré a mi redil académico, en el que me siento más seguro.

Comprendo que uno tome cariño a sus temas de investigación y, no le digo nada, a su Tesis Doctoral, pero es demasiado, profesor. Esto ya es demasiado, profesor X. Por eso, me veo en la obligación de anunciarle que EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL SERÁ ASESINADO AL ATARDECER».

— Con independencia del loco que te ha tocado a ti, querido, esto nos tiene que hacer reflexionar sobre nuestra tarea profesional —la compañera de despacho hace un gesto explicativo con la mano—: el resto del mundo no está esperando escuchar mis reflexiones sobre el patrimonio de las personas con discapacidad o tus teorías sobre el artículo 1669 del Código Civil para ser salvado de la hecatombe científica, ¿no te parece?

— Ya, chica, pero no es poca cosa, que ese articulito del Código Civil tiene su puntillo... —comenta el profesor X con expresión irónica.

— Sí. Seguro que tus alumnos se preguntarán cómo pudieron vivir hasta ahora sin el artículo 1669 del Código Civil —hace un gesto con intención satírica.

— Y sin haber leído una línea de Pothier o de Laurent: definitivamente, eso no puede ser una vida digna —prosigue, con mirada irónica.

— Sí: sus existencias deben haber sido, hasta ahora, un infierno —gesto burlón.

— No me cabe duda.

— Anda que estamos buenos también nosotros, en nuestras respectivas torres de marfil, ¿no te parece?

— Me parece que muchas veces nos sucede lo que a los periodistas: ellos no dejan que la realidad les estropee un buen titular, y nosotros no dejamos que la realidad nos fastidie un buen concepto o un encastillado trabajo de investigación jurídica, ¿no crees?

— El que esté libre de pecado que arroje la primera, la segunda o la tercera piedra, pero... ¡cuánta razón tienes! —la profesora asiente con la cabeza.

— Yo suelo llevar razón casi siempre, lo que pasa es que estoy *mu'desaprovechao*... — gesto burlesco.

«No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. / Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes» (artículo 1669 del Código civil español).

«Estimado Profesor X: su silencio es ensordecedor, me veo en la obligación de volver a escribirle. Debo confesar que me siento como Jack Nicholson en alguna de sus películas (da igual la película que sea: Nicholson siempre ejerce de sí mismo en todas ellas), pero debo seguir con mi cruzada, profesor. Volviendo a nuestro tema, profesor, estimo que la tesis que entiende que la sociedad civil sin personalidad jurídica es aquella sociedad configurada por los socios como sociedad interna es, como usted bien apunta en sus investigaciones, no la teoría perfecta, pero sí la visión menos problemática de las sugeridas por nuestra doctrina civilista. Considero que la labor de los profesores Paz-Ares y Pantaleón Prieto en este sentido es esencial para invertir una tendencia perversa, y su labor actual de divulgador de este modo de enfocar el tema también es digna de elogio, profesor. Creo, como usted expone, que el

artículo 1669 debería reformarse en el sentido de lograr que incida en la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para personificar o no a la sociedad civil. Y creo que debería eliminarse la referencia al régimen de la comunidad de bienes para las sociedades sin personalidad jurídica. Es fruto de una concepción errónea como es la de considerar que una sociedad civil es una comunidad de bienes personificada, por lo que si no hay persona jurídica, lo que nos queda es... una comunidad de bienes pura y simple. No es cierto, usted lo ha demostrado perfectamente. Pero, a pesar de todo, profesor X, tanta atención a este tema agota al alumno.

Comprendo que uno tome cariño a sus temas de investigación y, no le digo nada, a su Tesis Doctoral, pero es demasiado, profesor. Esto ya es demasiado, profesor X. Por eso, me veo en la obligación de anunciarle que EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL SERÁ ASESINADO AL ATARDECER».

— Eres el delegado, Martín, quiero que me tengas al tanto si escuchas el más mínimo comentario al respecto, ¿entendido? Puede ser muy peligroso. Además, sobre esto no te está permitido hablar con nadie, ¿de acuerdo? Ya has escuchado al Inspector —le señala con el dedo—: es una cuestión elemental de seguridad y puedes incurrir en responsabilidades penales, incluso.

— Sí señor... —el delegado está bastante impresionado: aunque en la carrera de Derecho se estudien Leyes no es frecuente, para ningún alumno, ser citado por un profesor y por un Inspector de policía para hablar de un posible delito de sangre a punto de cometerse en el seno de la comunidad universitaria.

— Bueno, nos vemos dentro de un momento, en clase —se levanta y coloca una mano en el hombro del alumno, como quitando importancia al tema. El alumno estaba excesivamente abrumado y, mientras sale del despacho, parece agradecer el gesto cómplice del profesor.

«Además, (...) se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, *incluso cuando se trate de sociedades civiles*, además de la instauración de un sistema registral que se confía a los Colegios Profesionales a fin de posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico les confiere en relación con los profesionales colegiados, sean personas físicas o jurídicas» (Exposición de Motivos II.4 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales). /«La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica» (artículo 8.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales).

«Estimado Profesor X: no entiendo su actitud, de veras. Si esto que vivimos fuese un relato el escritor sería muy malo, y si fuese una película de misterio, podríamos decir lo mismo del guionista. Qué interpretación tan aburrida y estática la suya, ¿verdad, profesor? No estamos a la altura de nuestros personajes. Sobre todo usted, permítame que se lo diga. Profesor, hace como que no recibe mis correos, no se da por aludido, pero sigue en sus trece, dedicando excesiva atención al contrato de sociedad civil en sus, por otra parte, excelentes sesiones docentes, y esto sigue siendo para mí fuente de honda preocupación. Ha dejado usted por escrito en uno de sus traba-

jos que “el contrato de sociedad civil sigue siendo todavía en nuestro ordenamiento una *fuerza de problemas*, gracias a su peculiar regulación codificada”, y usted mismo nos ha enseñado que en 1952 Azurza y Oscos advertía de la falta de atención científica respecto de los problemas del contrato e indicaba que “el tema de la sociedad civil entraña en Derecho español un interés práctico superior al que en general se le viene atribuyendo” (Azurza y Oscos, “Problemas de la sociedad civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1952, p. 125), que veinte años después Garrido Palma destacaba cómo la sociedad civil “lleva una vida legal tranquila, pacífica, sin merecer la atención, ni siquiera el recuerdo, por nadie” (Garrido Palma, “Hacia un nuevo enfoque de la sociedad civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, p. 759), cómo para García Mas, “uno de los temas más oscuros en nuestra vigente legislación es el tratamiento de la sociedad civil” (García Mas, “La sociedad civil y su conexión registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 599, 1990, p. 155), todavía en los años noventa de siglo XX, y “la figura de la sociedad civil ha sido tratada como un fósil histórico arrinconado en el Código civil sin ningún tipo de encaje” (García Mas, “La sociedad civil: una crisis provocada”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 647, 1998, p. 1165), así como que en un trabajo posterior concluirá que la sociedad civil es una figura que, con el devenir de los tiempos, quedó desfasada y, quizá, falta de eficacia práctica (García Mas, “La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del RD 1867/1998, de 4 de septiembre”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 657, 2000, p. 1068). Le recuerdo que usted mismo ha escrito un artículo en el Diario La Ley, número 7002, de 1 de septiembre de 2008, con un título tan pesimista como el de “La sociedad civil y su personificación jurídica: crónica de una suerte anunciada”. ¿No le parece demasiado, profesor X? ¿Cree que esto merece tanta atención? ¿No cree que ya ha llegado el momento de poner punto y final a todo esto, profesor?

Comprendo que uno tome cariño a sus temas de investigación y, no le digo nada, a su Tesis Doctoral, pero es demasiado, profesor. Esto ya es demasiado, profesor X. Por eso, me veo en la obligación de anunciarle que EL PROFESOR DE DERECHO CIVIL SERÁ ASESINADO AL ATARDECER».

— Déjame ver el listado que has preparado —el profesor X toma el papel que traía en la mano el alumno, recién llegado de la biblioteca.

- AZURZA, P. J.: «*Problemas de la sociedad civil*», *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pp. 125-198.

- BADÍA SALILLAS, A.: «*En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, 1986, pp. 317-332.

- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R.: «*Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles*», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997, pp. 357-389.

- CAPILLA RONCERO, F.: «*La sociedad civil*», *Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia*, 1984.

- CAPILLA RONCERO, F.: *Comentario al artículo 1669 CC, dentro de «Comentarios al CC y Compilaciones Forales», Tomo XXI, vol. 1, EDESA, 1986, pp.37-56.*

- CASTRO, F. DE: «*La persona jurídica*», Ed. Civitas, Madrid, 1991.

- EIZAGUIRRE, J. M. DE: «*La personalidad jurídica de la sociedad civil (A propósito de la RDGRN 31 de marzo de 1997)*», *La Ley*, 1997-6, pp. 1718-1724.

- GARCÍA MÁZ, F.J.: «*La sociedad civil y su conexión registral*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 599, julio-agosto 1990, pp. 155-169.

- GARCÍA MÁZ, F.J.: «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico (Un análisis jurisprudencial)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 633, marzo-abril de 1996, pp. 505-526.

- GARCÍA MÁZ, F.J.: «La Sociedad Civil: una crisis provocada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 647, 1998, pp. 1165-1190.

- GARCÍA MÁZ, F.J.: «Breves notas al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 655, noviembre-diciembre 1999, pp. 2231-2250.

- GARCÍA MÁZ, F.J.: «La Sociedad Civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, pp. 1067-1111.

- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «La inscripción de las sociedades civiles en el Registro mercantil español», *Rev. Derecho de Sociedades*, núm. 14, 2000, pp. 47-84.

- GARRIDO PALMA, V. M.: «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 759-773.

- PANTALEÓN PRIETO, F.: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la Resolución DGRN de 31 de marzo de 1997», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXVIII, 1999, pp. 9-46.

- PAZ-ARES, C.: comentario al artículo 1669 CC, dentro de «Comentario del CC», Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1352-1376.

- TORRES PEREA, J. M. DE: «Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— ¿Qué le parece la bibliografía, profesor? —es evidente el rostro de inquietud en el alumno. ¿Le parece correcta? Llevo bastantes días dando vueltas al tema, confío en que considere oportuna esta bibliografía.

— Creo que con esto podremos comenzar a movernos. Es verdad que faltan algunos trabajos interesantes (Ascarelli, Messineo, García García, trabajos sobre sociedades civiles profesionales, etc.), pero aquí está lo principal para empezar. Adelante —le devuelve el papel—. Podemos comenzar.

— Habrá visto, profesor, que también falta lo que usted ha escrito sobre la cuestión —comenta el alumno, con gesto de cierta culpabilidad. El profesor sonríe, como alejándose de la inquietud del alumno—. Es pretendido: quería hablarlo con usted antes, para que me recomendara qué debo incluir. ¡Tiene usted tantos trabajos sobre el tema!

— Bueno, no te preocupes por la falta de mis cosillas, eso es pecado venial. Lo imprescindible ya está ahí. Con creces —le devuelve el papel—. A trabajar.

«Porque el atardecer es la hora baja en la que descienden los biorritmos del entusiasmo, y el degüello y el estertor resuenan con una música tan truculenta como melancólica» (Manuel Vázquez Montalbán: «El delantero centro fue asesinado al atardecer»).

— Todo sucedió ayer miércoles, por la tarde. Las clases de Derecho Civil II del profesor X se desarrollaron de tres y media a cinco y media de la tarde, pero a ello hay que añadir que entre cinco y media y siete y media el profesor tuvo las tutorías de dicho grupo (y este es de los que cumple su horario de tutorías escrupulosamente). A las ocho menos cuarto, más o menos, el

Profesor X salió de la facultad, como hacía cada miércoles, pero ayer sucedió algo novedoso, y es que fue atropellado por un vehículo que no respetó el paso de cebra que hay en la puerta de la Facultad de Derecho. Muerte instantánea.

— ¿Muerte instantánea, agente? —el Inspector frunce el ceño—.

— Eso parece, Inspector, aunque esto tendremos que confirmarlo todavía con el informe de la autopsia. Todo fue un poco extraño: comenzaba, ya, a atardecer y no quedó ninguna marca en el asfalto, ninguna prueba por ningún sitio y ningún testigo por ninguna parte. Nada de nada. Como si no hubiera sucedido. Cero, Inspector —hace un gesto, elevando las cejas—. El vacío absoluto. El coche se dio a la fuga y nada se sabe, tampoco, de su conductor.

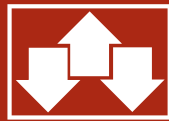
— Ya —el Inspector se recuesta en su sillón, con las manos en la nariz, como si rezara, y con la mirada perdida en la pared de enfrente.

— Parece que existe una pista que conecta el fallecimiento del Profesor con unos mensajes de correo electrónico que presuntamente recibía X de un alumno. Alguien que actuaba oculto bajo el sobrenombre de «Armando Alboroto». Dichos mensajes, según parece, estaban referidos a la tarea docente e investigadora del profesor fallecido, pero todo esto está por confirmar.

— Ya.

— Lo único cierto y probado, inspector, es que ayer el profesor de Derecho civil fue asesinado al atardecer.

— Desgraciadamente. En fin, agente, creo que tenemos trabajo —se levanta y da una palmada en la espalda al agente antes de tomar la chaqueta del perchero y salir, apresuradamente, del despacho.



CULTUS ET IUS

*Revista de Derecho,
Cultura y Bellas Artes*