

LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LA FAENA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Hugo de Patrocinio Polo*



INTRODUCCIÓN



Es el toreo un arte, y el torero un artista? Resulta casi imposible definir con exactitud el concepto de arte. ¿Qué es arte y qué no es arte? Decía Tolstói¹ que arte es «una actividad que tiene por objeto transmitir de un hombre a otro los sentimientos mejores y más elevados del alma humana(...) es la transmisión a otros hombres de un sentimiento experimentado por el artista». Todo ello confluye en la faena del torero como dice Ortiz Blasco: «El arte de torear transmite, sin comillas; conexiona la obra que se está produciendo en un preciso momento con el todo espiritual que forma el conjunto de los espectadores»².

Afirma por otro lado Amorós, que fue Juan Belmonte quien convirtió en arte la tauromaquia y al torero en artista cuando dice

«así, predomina la estética sobre el dominio de la fiera: ha nacido el arte de la Tauromaquia, en el sentido actual del tér-

* Matador de Toros y Abogado.

¹ Tolstói, León. (2012): *¿Qué es el arte?* Editorial Maxtor, Valladolid, págs. 29 y 57.

² Ortiz Blasco, Marcelino (1984): *Iniciación al arte del toreo*. Primera edición octubre 1984. ISBN: 84-322-9579-5. pág. 24.

mino (...) predominando la estética sobre el dominio de la fiera»³.

De Lora manifiesta: «Quienes participan en la lidia son artistas (unos mejores, otros peores) en su despliegue corporal al enfrentarse al animal»⁴. En la misma línea dice Cela: «El toreo es un arte misterioso, mitad vicio y mitad ballet», y Eugenio D'Ors, refiriéndose a Domingo Ortega: «Ha colocado el arte de los toros más allá de la técnica y más allá de la erudición».

También Díaz Cañabate expresa: «Todo arte necesita, para su cabal desenvolvimiento, de la inteligencia humana. Sin ella no hay artista posible. Sabido es que el nivel medio de la inteligencia humana es mediocre. Por esto hay tan escasos grandes artistas. Se equivoca quien crea que para ser torero lo primordial es el valor»⁵.

Conforme a las afirmaciones de tan destacados intelectuales, así como lo recogido en las normas y resoluciones judiciales que luego abordaremos, queda claro que el toreo es un arte. Pero, preguntémosnos ahora: ¿Se adapta jurídicamente el arte del toreo a la concepción y exigencias de las normas sobre

³ Amorós (2012): “Un artista genial. Juan Belmonte” en *ABC*. 50 años de su muerte «El 16 de octubre de 1913, Belmonte toma la alternativa en Madrid. Ese mismo año, Stravinski escandaliza al público parisino, al estrenar *La consagración de la primavera*; Picasso realiza la primera escultura construida y pinta su serie de *Naturalezas muertas*; Marcel Proust escribe *En busca del tiempo perdido*...No son coincidencias sino sincronías. Sólo el tradicional aislamiento con que se ha sólido ver a la Tauromaquia, con respecto a las otras artes, ha impedido advertirlo: Belmonte era una figura absolutamente paralela a esos genios que, en el periodo de entreguerras, cambian el rumbo del arte contemporáneo con los movimientos estéticos de vanguardia (Ramón: los “ismos”) ...Así, predomina la estética sobre el dominio de la fiera: ha nacido el arte de la Tauromaquia, en el sentido actual del término».

⁴ Lora, P. de (2010): “Corridos de toros, cultura y Constitución”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 33.

⁵ Díaz Cañabate, Antonio (1971): *El mundo de los toros*, León, Editorial Everest, pág. 92.

Propiedad Intelectual (en adelante PI), en concreto a las del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (en adelante TRLPI)?

Primeramente se puede afirmar que la respuesta a este interrogante abarca tanto materia de Derechos Humanos⁶, como de Derecho Constitucional (derecho de igualdad, de propiedad, de libertad de empresa, de creación artística, o el acceso a la cultura y la conservación del Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico del Estado), así como de Derecho Internacional –Convenio de Berna de 9 septiembre 1886, Convenio de Roma 26 octubre 1961 o la OMPI–, y de derechos reales.

En relación a la libertad de creación artística dice el Informe de 14 de marzo de 2013 de Sara Faheed, Relatora Especial de la ONU sobre los derechos culturales, resolución 19/6 del Consejo de Derechos Humanos:

«El presente informe se centra en el derecho a la libertad indispensable para la expresión y creación artísticas, protegido por los artículos 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) El arte constituye un importante vehículo para que cada persona, individualmente o en comunidad con otros, así como los grupos de personas, desarrollen y expresen su humanidad, su visión del mundo y los significados que atribuyen a su existencia y desarrollo. (...) El derecho a la libertad artística también está relacionado con: (...) y c) el derecho de toda persona a beneficiarse 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; (...)».

⁶ El art 27, apartado 2 de la Declaración General de los Derechos Humanos de 1948: «Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».

La resolución denegatoria del Registro Territorial de Extremadura de 13 de enero de 2015, punto de arranque de esta *litis* que iniciamos en su día al alimón Miguel Ángel Perera y quien suscribe, eludió la importancia de esta cuestión. Ventiló la solicitud, a nuestro criterio, de forma muy deficiente, sin tener en cuenta que podría vulnerar el derecho de igualdad del art. 14 de la Constitución española (en adelante CE) y la libertad de creación artística protegida por los tratados internacionales y por nuestra Constitución ex art. 20 CE. Y es que si a un artista, autor de su obra, se le impide registrar la misma en el registro público para proteger su derecho frente a terceros, se le está limitando su derecho como artista y, por ende, su libertad de creación artística. Así al menos lo entendemos nosotros.

II. EL CONCEPTO DE OBRA: OBJETO PROTEGIDO POR LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Las obras de los artistas toreros son protegidos, erróneamente, por los derechos de personalidad-propia imagen, cuando en realidad debieran aplicarles la normativa de propiedad intelectual por ser obras creadas por un artista. Los derechos de la personalidad-propia imagen deben recaer sobre la persona y no sobre la obra, y son exclusivos para su vida normal como ciudadanos, no como artistas⁷, todo ello aunque la intromisión ilegítima a la “propia imagen” tenga sus límites cuando se trate de personas con proyección pública o que ejerzan una profesión de notoriedad, como en el caso de algunos toreros.

No parece por tanto adecuado ese tratamiento jurídico para los toreros, ya que cuando éstos ceden *ex contractus* sus derechos de imagen a cambio de una compensación económica, están patrimonializando un derecho de la personalidad (que

⁷ El art. 18 CE recoge el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Este derecho ha sido desarrollado por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

tiene una vertiente patrimonial pero que se les aplica en este caso defectuosamente) que no un derecho real como es el de propiedad, operando, pues, este derecho, como una suerte de “propiedad intelectual paralela” o “haciendo un juego de malabares con el mismo”, cuando en realidad lo que correspondería sería aplicar el TRLPI⁸.

En efecto, dice la ley, en su art 10: «Son objeto de PI 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». *Pués bien*, los toreros no son deportistas sino artistas en espectáculos públicos como ya hemos referido, por lo que aplicarles a sus obras el régimen de derechos de imagen, no tiene sentido, ya que los derechos de imagen han de recaer sobre las personas, y los de propiedad intelectual sobre las obras a efectos del TRLPI.

Pero, ¿qué es una “obra artística”?

Para poder contestar debemos acudir en particular al concepto de arte; concepto que es de compleja definición como ya dijimos, y así lo intentaron Platón, Aristóteles, Fichte, Hegel, Schopenhauer, Kant, Schiller, Winckelmann y otros mil.

Aunque ya sabemos que en derecho son peligrosas las definiciones, analicemos la de la RAE: arte es «Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros».

Dicho lo cual, y partiendo de la afirmación de que la faena torera es un arte o manifestación artística (como los tribunales han dicho y el propio Registro reconoció en su resolución) analicemos este concepto unido indefectiblemente al concepto de obra. Ambos por separado no aclaran nada, ya que la norma no concreta qué se entiende por obra artística, como además así

⁸ *Ibidem*: 193.

manifiesta la AP de Palma de Mallorca⁹, dejándolo en manos de la interpretación jurídica.

Sí parece estar claro en la ley, que la obra es el objeto del derecho de autor. De tal modo que sólo hay tal derecho si hay obra, y sólo hay obra si hay autor, aunque sea desconocido (pues alguien ha debido crearla), como apunta en esto último Martín Villarejo.¹⁰

En nuestro supuesto, sí que existe una obra que es la faena propia del torero, en este caso, la de Miguel Ángel Perera. Esa faena está creada bajo unas reglas, unos preceptos o unos cánones más o menos establecidos. Luego, a partir de esas reglas básicas (como cualquier otro artista de otro campo) el espada tiene que crear su propia obra-faena¹¹, conforme a su personalidad y estilo de concebir el toreo, conforme a su técnica y según qué toro le toque en suerte; esa obra es la que debe verdaderamente ser protegida por la TRLPI y que ahora abordaremos.

Además, cada torero tiene en su mente la faena soñada¹² o un boceto de faena para determinado tipo de toro (por su encas-

⁹ SAP de Palma de Mallorca 419/2010, de 22 de noviembre. «La Ley de Propiedad Intelectual no establece ningún principio ni criterio para valorar la originalidad. El art 10 de dicha ley se limitaba a enumerar una lista larguísima de soportes posibles que pueden servir como medio para expresar una idea: folletos, impresos, coreografías, planos, maquetas, fotografías, litografía, cine, etc. Esta minuciosidad no aclara nada...»

¹⁰ Martín Villarejo, Abel (2011): “Cultura popular y Propiedad Intelectual”, en *Colección de Propiedad Intelectual*. Editorial Reus, SA, pág. 75.

¹¹ A veces ese reglamento no se cumple precisamente porque la creación torera es imprevisible. Como ejemplo: pensad en torear un toro con el capote durante el último tercio y así entrar a matar. Esa obra preconcebida jamás ha sido puesta en escena, pero pudiera hacerse, entiendo yo, no sin polémica. Algo así declaró en alguna entrevista Curro Romero, y cualquier día el diestro Morante de la Puebla podría llevarla a cabo por lo excelso de su capote.

¹² «Si el torero es el artista platónico por excelencia, que confronta la realidad imperfecta de sus faenas a la faena ideal –¿soñada?–, para aplicarla, o crearla a un toro real-siempre soñado-, la vida de Jose María fuera del ruedo es una vida torera empeñada en la búsqueda de esa perfección» Vid. Arévalo, J. C. y del Moral, J. A. (1987): *La tauromaquia de José María Manzanares*, Madrid, Ediciones Akal, S.A., pag.13.

te o condición), para cada público o cada plaza, o en función de la terna de compañeros o de su propio momento psicológico y/o emocional.

Parte de la originalidad de cada obra radica en la materia con la que crea arte el torero, que es difícil o imposible de predecir, como es, por ejemplo, el comportamiento del toro: su bravura, sentido, nobleza, mansedumbre, recorrido, temple, humillación de las embestidas, etc. (como reconoce el propio Registro, y que explicaremos más adelante). Así mismo, el diestro crea con la inseparable compañía del miedo, que puede hacer que todo su boceto torero se desmorone, de ahí también la acentuada originalidad de cada obra, pues es un arte muy especial, como ya se dijo, y que merece un tratamiento también especial.

En esa sintonía de considerar y no eludir la evolución del toreo hasta los momentos actuales, afirma Ortiz Blasco: «Los primeros toreadores, como eran aprendices de un juego nuevo, intentaban demostrar su supremacía, alardeando de su destreza; pero el afán de superación y la competencia a lo largo de la historia los condujo inconscientemente a crear burla depurada, adornada de tintes personales, que desembocó en la más variada tipología de maestros»¹³.

Por tanto, autor, obra y arte son requisitos esenciales que hay que analizar conjuntamente para dilucidar si existen o no derechos de PI. En este punto hay que diferenciar, y esto es muy importante: por un lado, el toreo o, mejor dicho, la tauromaquia, como concepto general omnicomprendivo, antropológico o etnográfico, como manifestación de dominio público y bajo el auspicio de las normas de patrimonio como hemos apuntado; y, por otro, el concepto de toreo como obra individual del diestro con cada toro, que no es de dominio público sino obra artística de cada autor con pleno dominio sobre la misma.

¹³ Ortiz Blasco (1984: 22).

Pero para comprender con claridad la distinción entre tauromaquia y obra-faena, hemos de analizar el concepto de originalidad.

Por un lado, la originalidad subjetiva propia de nuestro ordenamiento continental, frente a la originalidad objetiva del derecho anglosajón que exige que la obra esté fijada en soporte material, cuando, en cambio, en nuestro derecho continental basta con la creación de la obra original sin requisito de fijación en soporte tangible o intangible, ni inscripción en los registros de PI para que la obra exista *per se*.

Con el sistema de originalidad objetiva sería difícil proteger obras creadas a partir de otras obras, lo que generaría, a nuestro juicio, inseguridad jurídica. Así, las series de Meninas pintadas por Picasso no tendrían suficiente entidad original para ser protegida como obra por el sistema anglosajón si Velázquez hubiera gozado de derechos de autor en su tiempo o si consideramos que Las Meninas, como obra (no el cuadro físico sino lo espiritual que en él se contiene), son de dominio público; pero Picasso es Picasso, y no es lo mismo plagiar que hacer una obra inspirada en otra, o una interpretación, una parodia o una sátira de una obra original.¹⁴

¿Podría entonces un artista actual, como Antonio López, pintar un cuadro sobre Las Meninas de Velázquez¹⁵ (como hiciera Picasso) e inscribir sus derechos en el Registro de Propiedad Intelectual? La respuesta es sí. ¿Sería esa obra original y, por tanto, generaría derechos de autor? La respuesta de nuevo es afirmativa pues Antonio López pintaría unas “meninas” conforme a su concepto artístico, su propia personalidad, técnica, etc.,

¹⁴ Picasso pintó innumerables cuadros sobre las Meninas de Velázquez, 44; también Goya tiene sus Meninas, y Hamilton.

¹⁵ El genio sevillano es considerado “pintor de pintores” pues muchas de sus obras han servido de modelo de inspiración de otros artistas como Picasso, que llegó a pintar 58 obras diferentes de las Meninas de Velázquez.

y gozaría, aplicando el criterio de originalidad subjetiva, de derechos de autor. ¿Y si esa obra se inspirara en *Las Meninas* de Picasso (fallecido en 1973 y cuya obra no es aún de dominio público pues no han transcurrido 70 años de su muerte) y no en las de Velázquez que son de dominio público? Es claro que la respuesta sería otra vez afirmativa. Como vemos, la exigencia de nuestro derecho continental es que la obra tenga una originalidad subjetiva, es decir, que la creación tenga suficiente entidad propia para ser calificada como personal de cada autor, aunque ello no significa que sea absolutamente imprescindible poder identificar al mismo por su obra.¹⁶

Por consiguiente, el torero crea y ejecuta al mismo tiempo, improvisando (como sucede en el jazz y en el rap), bien adaptándose a la condición de cada toro, bien adaptando cada toro a su propia concepción del toreo. De una u otra forma, las faenas de un torero a lo largo de su carrera son distintas entre sí (jamás son iguales, aunque el torero tenga un estilo propio que lo identifique, igual que le sucede a un músico, a un poeta o a un pintor), y no digamos si comparamos las faenas de unos toreros con las de otros. No cabe pues mayor originalidad, y aunque han existido grandes imitadores de grandiosos creadores como Manolete, la imposibilidad de copia es evidente, aunque estos grandes genios del toreo “creen escuela” y algunas obras toreras de otros autores se cataloguen de faenas “amanoletadas” o “abelmontadas”, pero sin ser jamás copias.¹⁷ Precisamente la originalidad de cada faena es la que hace que el público de toros vaya una y otra vez a la plaza. Si siempre fuera lo mismo, nadie

¹⁶ Lloret Carmona (2011): *El toreo, el arte olvidado*. Diputación de Valencia. 1ª edición.

¹⁷ «Puede haber dos pases geoméricamente idénticos y estéticamente distintos. En esa distinción consiste precisamente el arte» dice el escritor taurino José Carlos Arévalo.

repetiría. Así lo expreso el antropólogo Elías Zamora como perito en el juicio celebrado en el Juzgado Mercantil de Badajoz.

En este sentido, leamos atentamente un extracto de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania¹⁸ en resolución de 24 de febrero de 1971, que, aun con la pretensión de definir el arte en general, encaja perfectamente con lo que es el concepto de originalidad subjetiva, como si el constitucional alemán estuviera definiendo precisamente dicho concepto conforme al arte taúrico:

«Lo esencial de la acción artística –dice– es la libre configuración creativa, en la cual se plasman intuitivamente por medio de un determinado lenguaje formal las impresiones, experiencias y vivencias del artista. Toda actividad artística es una confluencia de procesos conscientes e inconscientes que no pueden ser descifrados racionalmente. En la creación artística actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y la pericia artística; no se trata primariamente de información, sino de expresión, y ciertamente de la más inmediata expresión de la personalidad individual del artista»

Comentando esta sentencia, el profesor Doménech Pascual dice: «Y, a mi juicio, esto es lo que hay que entender por arte a los efectos del artículo 20.1.b de la Constitución española, porque sólo entonces queda garantizada una producción artística verdaderamente libre».

Así pues, recapitulando, debemos ante todo tener claro que tauromaquia y faena no son la misma cosa: mientras que la tauromaquia podría ser objeto de tutela por las normas de patrimonio histórico, (pues a él debe pertenecer), la faena, en cambio, entendida como la obra-faena de cada diestro, debe ser objeto de PI, pues en ella se reúnen todos los requisitos del art 10 TRLPI en cuanto:

¹⁸ Domenech Pascual, Gabriel. Resolución de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, 188, 189) En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Mayo 2006 N° 40. Pág. 85.

a) Existe un arte¹⁹ que es la tauromaquia que puede tener su origen más remoto en la cultura popular, como sucede con la zarzuela, el flamenco, el jazz, el blues o el rap. De ese arranque arcaico nacido del pueblo, ha surgido luego un arte, que es el toreo de hoy en día a partir de Juan Belmonte, donde predomina la inteligencia, la espiritualidad, la estética, la improvisación, la irrepetible originalidad y la naturalidad frente a la fuerza o la destreza físicas.

Como afirma Ortiz Blasco: «Durante muchos años se respetaron las normas establecidas, que eran consideradas preceptos inquebrantables, y cuando llegó Juan Belmonte, con criterios totalmente nuevos, se dijo que el Fenómeno no toreaba: Juan Belmonte no se ajustaba a los cánones vigentes. Así, de tal insubordinación, nació el toreo artístico»²⁰.

b) Esa obra es original de cada torero y no es fruto de una actividad mecánica sino de una técnica aprendida y desarrollada, que es el sustento para la creación y la improvisación frente al toro, dejando así luego campo libre a la inspiración, a la expresión de la personalidad y las emociones del espada. Precisamente la improvisación es una de las características definitorias del jazz que es además una música que tiene un origen popular (de los pueblos afroamericanos). Tengamos en cuenta que la improvisación se trata de un concepto muy antiguo que se remonta a la obra de grandes compositores clásicos como Bach, Mozart y Liszt, quienes, a petición del público, creaban y ejecutaban su obra improvisada frente a éste, con lo cual la misma existía desde ese momento si aplicáramos el concepto de nuestro derecho continental.

¹⁹ El toreo en su génesis era una especie de juego o ritual religioso muy usual en las civilizaciones minoicas del Mediterráneo que nada tienen que ver con el toreo actual. Fue Juan Belmonte quien revolucionó el toreo, elevándolo a la condición de verdadero arte.

²⁰ Ortiz Blasco (1984: 24 y 25).

c) Es una creación expresada en la corrida, que es el acontecimiento que sirve de marco o escenario donde se crea y comunica públicamente la obra, pero que no debemos confundir con la faena individual de cada artista creador.

d) Es una creación que está dentro del campo artístico, aunque diferente de lo convencional, lo cual no le impide ser obra artística conforme al art. 10 LPI, pues la lista que aparece en la norma es ejemplificativa *numerus apertus* y no existe prohibición o negación expresa al respecto.

Vemos lógicamente la dificultad de los conceptos, sobre todo en el requisito de la originalidad, ayuno de definición por nuestro legislador y el de países de nuestro entorno, siendo necesario estudiar casuísticamente dicha originalidad (cuando haya serias dudas), en función del contexto y de las situaciones como defiende Ruiperez Azcárate: «Siendo así las cosas, es necesario analizar la originalidad caso a caso y atendiendo a las circunstancias concretas que envuelvan a cada una de ellas»²¹.

En este punto, según la doctrina, habría que hacer uso del llamado “test de verificación de la originalidad”²², que consiste en someter a la opinión de los colectivos sociales a quien va dirigida la obra artística, en nuestro caso, el público de toros y/o los peritos en tauromaquia, para que decidan si es o no es suficientemente original y pueda ser protegida por la PI y por los derechos inherentes que de la ley se irrogan.

Analizando ahora el art. 1 LPI en ligazón con el toreo: «La PI de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación». Este acto de crear, por supues-

²¹ Ruiperez Azcárate, Clara (2012): *Las obras del espíritu y su originalidad*. Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, Editorial Reus. pag 38.

²² El Registro de la Propiedad Intelectual de Murcia informó aludiendo a este test de verificación diciendo que los que tienen la última palabra en esta cuestión del derecho de autor de los toreros son los peritos en tauromaquia y no el funcionario del Registro.

to, debe entenderse como creación o autoría humanas; no son autores los animales o el viento, o una máquina, a efectos de la PI (al menos de momento). El simple hecho de crear conforme a los artículos 1 y 10 de la TRLPI, hace que la obra exista *per se*.

El creador del toreo es el hombre, el hombre torero y no cualquier hombre, eso es evidente; el toro, en cambio, pudiera concebirse como su folio en blanco, o su lienzo desnudo o su trozo de barro o bronce, como algunos autores así defienden, aunque nosotros nos sumamos a la idea de Ortiz Blasco: «Estos artistas manejan la materia inerte, salida del suelo o del subsuelo...El genio de la torería no maneja nada, ni siquiera el engaño: es su espíritu el que lo mueve»²³

No existe pues, arte similar ni parecido, por eso el toreo es *arte tauroilógico*²⁴, espiritual y en continua evolución epigoniaca, y que no ha de analizarse en comparación con las artes clásicas, porque es un arte nuevo²⁵ en el sentido de ser un arte fuera de las artes convencionales, y como tal suscita discusiones. Afirma Ortega y Gasset en su obra *La Deshumanización del Arte*: «Toda obra de arte suscita divergencias; a unos les gusta, a otros, no; a unos les gusta menos, a otros, más»²⁶. El arte nuevo, dice Ortega, no es inteligible para todo el mundo sino sólo para los artistas; el toreo es un arte nuevo (distinto a las artes clásicas como digo) y por consiguiente un arte ilógico que tiene su lógica en la técnica y reglas del toreo, pero también su ilógica porque revierte en el espíritu.

²³ Ortiz Blasco, Marceliano (1989): *El arte tauroilógico*. Edición del autor.

²⁴ El jurista y escritor ya desaparecido Ortiz Blasco, acuña este concepto de “arte tauroilógico” en su genial obra de igual título, donde abarca, entre otros temas, el análisis de la realidad del toreo como arte diferente.

²⁵ El toreo moderno (desde Belmonte para acá), de hoy en día, es verdadero arte, y por eso un *Arte Nuevo* y el toreo de siglos atrás era más destreza y valor.

²⁶ Ortega y Gasset, J. (1925): "La Deshumanización del arte", en *Revista de Occidente*, Madrid, Fundación Ortega y Gasset.

La faena del torero es además una obra de expresión corporal. El toreo puede incluso “decirse”, parafraseando a Bergamín: «Digo “decir el toreo”, porque también toreo “se dice”, “se frasea”, como la música o la pintura, o la expresión artística, poética, del pensamiento... Y todo esto es estético, artístico, y no técnico, como se dice ahora»²⁷

Fue Belmonte quien dijo: «se torea como se es», es decir, un torero es en la plaza lo que es en la vida, el torero imprime de su personalidad, de sus vivencias, de su propia existencia la obra torea. En definitiva, es el criterio de originalidad subjetiva el que prima en la obra torera. Ser torero como ser poeta es una forma de vida.

Los toreros, ataviados con trajes de otro tiempo, que son parte del *atrezzo*, crean y ejecutan a la vez, improvisando esa obra sacrificial, pseudo-religiosa, eminentemente estética y espiritual, dividida en tres actos (como las obras de teatro), como un arte ecléctico mitad pantomima²⁸, parte melodrama, quizás danza o teatro, siguiendo las reglas y cánones del toreo que luego cada artista crea, ejecuta y repentiniza según su personalidad, las condiciones del toro, el ánimo personal de cada instante. Como ya dijimos (cánones o reglas escritas en algunas tauromaquias como el caso de las de *Pepe Hillo* o *Paquiro*, o “El arte del toreo” de Domingo Ortega, conferencia dada el 29 de marzo de 1950 en el Ateneo de Madrid, o la *tauromaquia* escrita en 1896 por don Leopoldo Vázquez, don Luis Gandullo y don Leopoldo López de Saa, bajo dirección de Rafael Guerra “Guerrita”)²⁹.

²⁷ Bergamín, José (1985): *La claridad del toreo*, Ediciones Turner. pág. 14.

²⁸ Rams Albesa dice: «El mimo y el ballet son artes que se escriben o pueden escribirse, pero con un lenguaje propio, ni los mimos ni los bailarines suelen ser alfabetos en su arte, como parece sugerir alguna legislación que requiere para el reconocimiento jurídico que se fijen los movimientos por cualquier medio...» extracto de: “Mimo, interpretación mimética y autoría”. *Interpretación y autoría*. Editorial Reus. 2004. pág. 140.

²⁹ Lloret Carmona (2011): *El toreo. el arte olvidado*. Alude a la reflexión de Amorós sobre la libertad de transgredir las reglas técnicas del toreo. Págs. 72 y ss.

Estas reglas podrían equivaler, verbigracia, a las normas o a la teoría de la música que todos los músicos han utilizado o de las que se han servido para crear sus obras.

Así, en el toreo, la personalidad es la que imprime la originalidad a cada obra-faena contando con la “toralidad” del animal, pues éste es siempre diferente, e incluso un mismo toro puede ser distinto en las diferentes fases de la lidia. Por ello el torero crea con una materia intangible que es esa que llevan dentro los toros: su comportamiento o reacciones, listeza o nobleza, temple, capacidad de humillar, mirada, su bravura o genio y que nadie sabe qué es, ni siquiera los estudiosos de los genotipos; de ahí también la diferencia de este arte y su esencia ilógica que deja un amplio margen a la inspiración y a la improvisación, y que obliga a tratarlo de forma independiente al resto de creaciones artísticas.

También hay que hablar, cómo no, del llamado arte del rejoneo, origen primigenio del toreo a pie, y que tiene muchos adeptos; mas siguiendo las afirmaciones de Bercovitz, equiparándolo a los números de circo con animales que, a su juicio, sí están amparados por el TRLPI, ¿cómo podría quedar fuera del derecho de PI el “arte de Marialva”?, o, si por contra, si fuera protegido por el TRLPI, ¿cómo el toreo a pie iba a quedar ayuno de tutela jurídica?

En otro plano muy dispar, aunque no exento de interés, aparece el toreo cómico, clara ramificación del género trágico-artístico de la tauromaquia, que apoya aún más este estudio. Los enanos toreros (autores, coautores o intérpretes) tienen todo un repertorio singular de escenificaciones bufas preparadas, donde mezclan música, teatro y pantomima, y que luego en el desarrollo de su obra puede alterarse por las reacciones del animal, de ahí su originalidad.

III. DEL PRONUNCIAMIENTO DE JUZGADOS Y TRIBUNALES RESPECTO AL TOREO COMO ARTE

El Diccionario de la RAE define “*torero*” como «persona que ejerce el arte del toreo». Conforme a tal definición, parece lógico que se hayan transferido las competencias sobre tauromaquia del Ministerio del Interior (competente hasta hace poco en dicha materia) al Ministerio de Cultura³⁰.

Por otro lado, se ha conseguido que la tauromaquia fuera declarada Bien de Interés Cultural a nivel estatal, a través de la Ley 18/2013, de 13 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural (BIC en adelante). Dice el *Preámbulo de la ley*: «...La Tauromaquia es una manifestación artística en sí misma desvinculada de ideologías en la que se resaltan valores profundamente humanos como puedan ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad, o el raciocinio como forma de control de la fuerza bruta».

También destacar, que el propio Ministerio de Cultura, por Real Decreto, viene otorgando a gran número de figuras del toreo la Medalla de Oro al Mérito a las Bellas Artes³¹, por lo que se encuadra evidentemente la obra de los toreros dentro de las Bellas Artes, como sucede con la obra de otros galardonados: escritores, pintores, músicos, etc.

Tengamos presente además, que la calificación que el ordenamiento jurídico español le da a los toreros en el ámbito del derecho laboral es el de artistas en espectáculos públicos (art

³⁰ Por Real Decreto 1151/2011 de 29 de julio. También por Orden CUL/3.009/2011, de 3 de noviembre se crea el “Premio Nacional de Tauromaquia”.

³¹ Toreros galardonados con este reconocimiento, entre otros: Antonio Ordóñez, Curro Romero, *El Viti*, Pepe Luis Vázquez, Miguel Báez Spuny *El Litri*, Álvaro Domecq, *Antoñete*, Rafael de Paula, Manolo Vázquez, Ángel Luis Bienvenida, Espartaco, Paco Camino, Manzanares padre, Ponce, José Tomás, etc.

6.2 RD 1435/1985)³²; ni el futbolista ni el nadador tienen tal calificación por lo que carece de sentido cualquier comparativa al respecto, ya que el torero no es un deportista sino un artista. El legislador ha querido incluir a los toreros en ese ámbito regulatorio consciente de la calificación artística del torero como profesional individual. Si el torero es un artista a efectos de derecho laboral, sin llevarnos a engaño, lo más lógico sería afirmar que el espada es el creador de una obra artística y que, en consecuencia, su obra, si reúne los requisitos de la normativa de PI española, como estamos analizando, debiera protegerse a tales efectos.

Además, como hecho curioso, en el ámbito del derecho tributario, el torero se encuadra en el IAE (Impuesto de Actividades Económicas) dentro de los epígrafes de Actividades Artísticas, junto a los directores de cine y teatro, bailarines, etc.

Tengamos también en cuenta que la lidia está “motivada por criterios artísticos”³³ como dice la introducción del RD145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos.

³² Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto. Art 1.3: «Quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas, en los términos descritos en el apartado anterior, desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros...».

³³ «Cualquier disposición general que pretenda regular los espectáculos taurinos se enfrenta con una doble dificultad. En primer término, con la gran complejidad derivada de las diferentes modalidades de espectáculos que existen en el denominado mundo de los toros. Por otra parte, con la circunstancia de que la esencia misma del espectáculo, la lidia del toro bravo, no puede ser objeto de una regulación pormenorizada de todas sus secuencias, al estar sujeta a otro tipo de normas, tanto o más esenciales que los preceptos administrativos, motivadas por criterios artísticos o aficiones subordinadas a la figura del toro». Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos.

Otros ordenamientos, como el francés, el peruano y el colombiano, califican expresamente al toreo como un arte. Así, Francia ha sido el primer Estado en incluir la tauromaquia en su lista del Patrimonio Cultural Inmaterial. Además, el *Conseil Constitutionnel* francés falló a favor de reconocer el toreo como cultura y arte del sur del país galo protegido por la ley³⁴; Portugal, por su parte, en el Decreto-ley nº 315/95 de 28 de noviembre (Espectáculos de índole artística) recoge una lista de espectáculos artísticos (el Decreto-ley regula aspectos sobre los recintos para su celebración) dentro del régimen de PI, catalogando a la tauromaquia como espectáculo artístico junto al Teatro o la Danza, siendo la tauromaquia competencia del Ministerio de Cultura portugués a través del Consejo Nacional de Cultura por Despacho nº 3254/2010, de 11 de febrero.

Dentro del elenco de países iberoamericanos que celebran corridas de toros, Perú incluye en su normativa de PI (en la Ley nº 28131, de 10 de diciembre de 2003, denominada “Ley de Artistas Intérpretes y Ejecutantes) a los toreros; y Colombia reconoce jurisprudencialmente el toreo como manifestación artística en la Sentencia C-1192/05 sobre la no inconstitucionalidad del Reglamento taurino, y en igual sentido falla también La Corte Constitucional colombiana en Sentencia 666/10, Expediente D-7963. Comunicado nº 44, agosto 30 de 2010.

Al hilo de los pronunciamientos judiciales, hay sentencias españolas en las que los jueces denominan a los toreros, artistas, y al toreo como arte: “el arte del toreo o de la Tauromaquia”³⁵.

³⁴ Décision nº 2012-271 QPC du 21 septembre 2012. del Conseil Constitunniel francés.

³⁵ Sentencia nº.512/2004 de 7 julio JUR 2004\191769 TSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª. STSS de 9 y 26 de junio de 1946, de 15 de marzo de 1962.TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). S. nº.854/2001 de 11 julio RJCA\2001\1495.TSJ de Cataluña. (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª). S. nº. 820/2003 de 16 junio JUR\2004\35147.

Así la STS de 15 de noviembre de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Recurso de Apelación núm. 6699/1991 dice:

«El artículo 6º, apartado 2, del Real Decreto 1435/1985, dispone meridianamente que “el artista está obligado a realizar las actividades artísticas para que se le contrató, (...) aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas y siguiendo las instrucciones de la Empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo”, así nunca un empresario dirá a una soprano como tiene que interpretar un aria, o a un torero como tiene que lidiar a un toro” (...) por eso ha de rechazarse la alegación del porqué no queda sometido al empresario respecto de su trabajo, mejor es decir de su arte (...).».

En idéntico sentido la resuelve la STSJ CL 7565/2010, Sala de lo contencioso.

Además, desde la perspectiva del derecho comparado, hay sentencias de otros países de arraigada cultura taurina que defienden lo mismo, así, la Sentencia 666/10, Expediente D-7963. Comunicado nº 44, agosto 30 de 2010, Corte Constitucional de Colombia:

(...) «entendiendo por “arte” no sólo la “virtud, disposición o habilidad para hacer algo”, en este caso, dejando en el escenario un conjunto de técnicas que materializan la valentía del hombre frente a la osadía del animal; sino también la manifestación de una actuación humana “mediante la cual se expresa una visión personal o desinteresada que interpreta lo real o imaginario con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros» (...)

IV. FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE BASÓ LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA DEL REGISTRO

Antes de nada, tengamos en cuenta que la defensa de los derechos de autor de los toreros por sus faenas se inició con la

denegación del Registro de Propiedad Intelectual de Extremadura de inscripción de una faena de Perera grabada en soporte digital. El Registro de la Propiedad Intelectual es Administración Pública y, como tal, su función es garantizar derechos frente a terceros y, por consiguiente, sus resoluciones, si son denegatorias de la inscripción, deben de ser motivadas. Además, como dice la Profesora Real Márquez³⁶: «Los derechos de autor tienen como objetivo la protección de creaciones que aportan valores culturales a la sociedad», por lo que la labor tuitiva del Registro de la Propiedad Intelectual, como registro público, debiera ser conseguir tal objetivo, dado el innegable valor cultural de la faena de un torero, en nuestro caso, de Miguel Ángel Perera.

Aparte de posibles irregularidades formales del Registro, en cuanto al fondo, y esto es lo más importante, el rigor en la aplicación de la LPI exige que se analice el art. 10 del citado precepto para dirimir si la obra presentada a inscripción reúne o no los requisitos del artículo, ya que éste no expresa literalmente tales pareceres. Para ello debemos acudir a las resoluciones de jueces y tribunales que son quienes han completado las deficiencias del legislador, (interpretando tal artículo), así como a la doctrina científica. Todo pivota sobre un concepto jurídico genérico y abstracto (que no indeterminado), que es el de obra a efectos de la ley (que ya hemos apuntado), y que el citado artículo 10, según interpretación de los tribunales, exige que sea o que cumpla estas condiciones a la par:

1º. Debe ser una creación original: «es necesario que la creación surja como consecuencia de una actividad que no sea mecánica o rutinaria...»³⁷;

³⁶ Real Márquez, Montserrat (2001): “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”, págs. 1 y 11. Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e intelectual y Sociedad de la Información.

³⁷ Ruipérez (2012: 36).

2°. Que se exprese de alguna forma, esto es, que sea perceptible por los sentidos.

3°. Que se enmarque dentro de la literatura, el arte o la ciencia, exigencias por otro lado, comunes en el ámbito del derecho comparado.

En cuanto al requisito nº 1, el estudio de lo que es el arte del toreo nos da en sí la respuesta, ya que el torero, actualmente, no hace su faena de forma automática o mecánica. Ya hemos dicho que no hay nada de automatismo en la obra del torero. El diestro tiene una técnica, un oficio aprendido, un concepto del toreo que, junto a su propia personalidad y estado psíquico-emocional, aplica a las condiciones de cada toro: así a uno le da una distancia, un terreno, una colocación, un movimiento y/o toque de los trastos, un temple, una voz, etc., según qué toro le corresponda en suerte. Nunca una faena de un mismo torero es idéntica a otra del mismo espada; y por supuesto nunca una faena podría plagiarse por otro torero pues es tal su originalidad en cuanto a que el toro es la materia con la que el artista trabaja, y esa materia es siempre, y decimos siempre, diferente, que es imposible su copia idéntica. No obstante, si cabe la posibilidad, y ese es el quid de la cuestión, de usar dicha obra de forma ilícita con fines lucrativos vulnerando derechos de propiedad intelectual, como está sucediendo en la actualidad (basta con poner el nombre de Miguel Ángel Perera en cualquier buscador de internet para comprobar cómo aparece la comunicación pública o imágenes de obras completas de su autor, e incluso obras transformadas o mutiladas, sin autorización del mismo, con los perjuicios inherentes a estas acciones ilícitas).

También debemos recalcar que el torero es un profesional de su arte. No está al alcance de todo ciudadano de a pie ponerse delante del toro y crear una obra pues, como decimos, para ello necesita de una técnica muy compleja aprendida a lo largo

de los años, (si es que puede aprenderla) que le posibilite después, como profesional, dar libertad a su inspiración creadora, como sucede con un músico o un escultor, por ejemplo. Así, un músico de jazz podrá, gracias a sus conocimientos y técnica musicales, crear e interpretar al mismo tiempo una obra, pero cualquier persona sin esos conocimientos sólo podrá garabatear en el pentagrama, rasgar la guitarra o aporrear el piano.

En cuanto al punto nº 2, obviamente la faena del torero puede verse y admirarse directamente en la plaza de toros o en una grabación de la misma.

Sobre el requisito nº 3, la faena del torero se enmarca dentro del arte del toreo como disciplina artística y, por ende, dentro del art. 10. LPI ya analizado.

Recordemos como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 1922/2014:

«la limitada eficacia de tales inscripciones ex art. 145 L. P. I (las inscripciones no son obligatorias ni constitutivas de la adquisición de los derechos, no existe fe pública registral ni rige el principio de inoponibilidad de lo no inscrito) y de los límites intrínsecos a la labor calificadora del encargado de este Registro, su contenido no puede conferir una presunción de que la obra inscrita sea original en el sentido de lo dispuesto en el art. 10 L.P.I.».

Así, a sensu contrario, conforme a esta sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, si la valoración del encargado del Registro no puede conferir esa presunción positiva sobre su originalidad, tampoco debiera poder hacerlo en su presunción negativa, inadmitiéndola. Es decir, la labor calificadora del encargado del Registro tiene sus límites y no puede denegar la inscripción de derechos de una obra por considerarla ayuna, (plena o parcialmente), de originalidad. No es esa la labor calificadora del registrador, viene a decir el Tribunal, no es su come-

tido analizar la originalidad de las obras presentadas. En este sentido lo afirma la Profesora de Derecho Civil Sra. Moralejo de la Universidad Autónoma de Madrid: «Como sucede en el ámbito del Registro de la Propiedad, el Registrador de la Propiedad Intelectual tiene unos medios de conocimiento limitados, razón por la cual el examen de legalidad de los títulos deberá atenerse exclusivamente al contenido de los actos y contratos sometidos a inscripción que se le presentan –en realidad, más que el conte-



Fig. n.º 6.- El autor de este artículo, toreando al natural en Madrid, 1999. Propiedad particular.

nido de los actos es el contenido de los títulos que se le presentan–, así como a los asientos del Registro (art. 22.2 Reglamento)»³⁸.

Es definitiva, el Registro no tiene facultades para decidir qué obra es original y qué obra no lo es, y, en consecuencia, ins-

³⁸ Moralejo (2007): “El Registro de la Propiedad Intelectual”, en *Revista de propiedad intelectual*, n.º 26, pág. 59.

cribir o denegar, pues en ello influye, obviamente, el concepto personal de cada Registrador.

No obstante, estamos de acuerdo, por evidente, en que la obra ha de ser creación del ser humano, y ha de ser creación original intelectual. Aquí aparecen de nuevo los dos conceptos clave para decidir sobre esta demanda: el concepto de obra y el concepto de originalidad a efectos de propiedad intelectual. A este respecto decía el Registro en su resolución: «Este órgano no encuentra originalidad en la anterior descripción de la faena, ni en el resto del ejemplar presentado, ni en sentido objetivo ni subjetivo, pues no hay innovación respecto a lo ya ejecutado en el toreo de a pie moderno, practicado desde hace tres siglos».

A nuestro entender, se equivocó el Registro por partida doble cuando dijo:

1º. «no encuentra originalidad en la anterior descripción de la faena, ni en el resto del ejemplar presentado, ni en sentido objetivo ni subjetivo». Se confunde porque la originalidad no versa sobre la descripción de un soporte tangible o intangible, si no sobre la obra misma que, por cierto, no tiene por qué estar fijada en soporte alguno para existir, ya que los derechos surgen por el mero hecho de su creación, según se desprende del art. 1 de la propia ley. No podemos confundir el soporte tangible o intangible de una obra, como un lienzo, por ejemplo, con la obra en sí, que no es lo físico, sino es la creación espiritual contenida en ese soporte. De este modo, la obra de Miguel Ángel Perera existe desde el momento de su creación por él mismo, un ser humano, no el toro, que no es sujeto de derechos a este respecto. Este es nuestro modelo del derecho continental (derechos de autor) frente al derecho anglosajón (Copyright), que rige en otros países. Ambos tienen un concepto diferente de lo que es “originalidad”. Así pues, como dice la Profesora Real Márquez³⁹:

³⁹ Real Márquez (2001: 6).

«Los derechos de autor tienen como objetivo la protección de creaciones que aportan valores culturales a la sociedad (...) el Derecho Anglosajón exige que la obra esté fijada en un soporte material y que sea original, en el sentido, simplemente, de no ser copia de una obra anterior (...) recordemos que Copyright significa literalmente derecho de copia, y su protección se circunscribe, básicamente, a evitar la misma».

El derecho de autor tiene su origen, por tanto, en el acto de la creación, protegiendo tanto la vertiente patrimonial como la moral del autor. El *Common Law*, por contra, sólo protege el aspecto patrimonial. Bercovitz defiende la aplicación del criterio del *Common Law*, que es la originalidad objetiva, cosa que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia no comparte. Así lo ha declarado con acierto el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de noviembre de 2003, cuando dice que en «la literatura y en las artes» (caso de la faena del torero como obra artística, añadimos nosotros) «lo relevante es la forma original de la expresión, no tanto si la idea o los datos expuestos son conocidos o novedosos». Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo es recogida, entre otras, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2007. Dicho lo cual, el Registro decía no encontrar ni originalidad objetiva ni subjetiva, es decir no encuentra nada de originalidad en la obra presentada a inscripción, pero tampoco motivó por qué no encontraba originalidad subjetiva ni objetiva, ni explica qué es una y otra, ni apoya su resolución en sentencia alguna a este respecto.

2º. Nuestra ley habla de creaciones intelectuales, la ley alemana de creaciones espirituales personales, la ley italiana de obras del ingenio de carácter creativo y la francesa de obras del espíritu. En todos estos países rige el derecho continental y, consecuentemente, el criterio que se sigue es el de la originalidad subjetiva. De la literalidad de la afirmación del Registro en este párrafo 3º cuando dice: «(...) ni en sentido objetivo ni subjetivo,

no hay innovación respecto a lo ya ejecutado en el toreo de a pie moderno, practicado desde hace tres siglos», se infiere que el Registro defiende que tanto la originalidad objetiva como la subjetiva depende exclusivamente de si hay o no “innovación”, lo cual es un grave error conceptual que va en desdoro de la resolución del Registro y por consiguiente su imprecisión va en perjuicio del solicitante de inscripción. La originalidad subjetiva se entiende como aquella que refleja la personalidad de su autor, y la objetiva la que supone una novedad objetiva de la obra.

Analizando el concepto de “innovación” que utiliza el Registro, es preciso afirmar en primer lugar, que la “Innovación” es el requisito que se exige en el “derecho de patentes”. El Registrador equipara por tanto el concepto de “innovación” con el concepto de “originalidad” dotándole de semejanza o similitud cuando estamos hablando de dos campos marcadamente distintos, pues así lo ha querido además la *mens legislatoris*. El art. 10 LPI habla de “originalidad”, no de “innovación”. Siguiendo el planteamiento del Registro, tenemos que decir que desde hace bastante más de tres siglos (más antiguo que el toreo como dice el Registro) se han creado y ejecutado y se siguen creando y ejecutando obras pictóricas (al óleo, fresco, sobre tabla, etc.) y escultóricas (en madera, en metal, en piedra, etc.) de Cristo crucificado o de la Virgen con el niño Jesús, o de la Piedad (La Virgen abrazando a su hijo muerto) sin “innovación” alguna al respecto (ni en lo técnico ni en la temática), como dice la resolución. ¿Significa ello, según afirma el Registro, que estas obras no son obras artísticas a efectos de la LPI por falta de innovación, y que solo las obras innovadoras en la técnica pictórica y/o las obras innovadoras en las temáticas están bajo tutela del TRLPI? ¿Las tallas ejecutadas actualmente conforme a la técnica tradicional de hace siglos de tallado o esculpido (por artistas imagineros) de Cristo crucificado no gozan de protección por derechos de autor? La respuesta es clara: la “innovación” debe

aplicarse a la propiedad industrial o al derecho de patentes y marcas, pero no a las creaciones de las que trata el art. 10 de LPI. Aquí se debe aplicar el concepto de “originalidad”, pues así además lo dice la propia norma. Pretender lo contrario supondría proteger ex. art.10 LPI sólo y exclusivamente aquellas obras innovadoras aplicando un criterio similar al de patentes, «cuando los objetivos defendidos por ambos criterios de protección son diferentes» como dice Real Márquez⁴⁰, que añade: «En patentes se protege la innovación tecnológica, y, normalmente, cada nueva patente desbanca una anterior que ya se ha quedado anticuada. Los derechos de autor vienen a proteger las aportaciones individuales al patrimonio cultural de la nación sin que las nuevas aportaciones devalúen a las anteriores; el Quijote sigue siendo único a pesar de que con el tiempo aparezcan más libros sobre caballerías».

En consecuencia, si aplicamos el concepto “innovación” que defiende el Registro, estaremos limitando las creaciones objeto de propiedad intelectual, yendo en contra del espíritu de la propiedad intelectual que no es otro que «el fomento de la cultura a través de la protección de las creaciones humanas»⁴¹. Además, el planteamiento del Registro con este concepto de “innovación” es contradictorio con algunos artículos de la propia LPI; en concreto con los que se refieren a las obras derivadas, las obras compuestas, las colecciones y bases de datos, y las obras transformadas (arts. 11, 12 y 21 LPI), ya que si para que una creación sea protegida debe ser, indefectiblemente, distinta a las demás ya existentes; ¿cómo explicar esos artículos citados que regulan las creaciones que toman en todo o en parte otras obras?

En el caso concreto de la obra de Miguel Ángel Perera presentada al Registro para la inscripción de derechos, esta parte

⁴⁰ Real Márquez (2001: 4).

⁴¹ *Ibidem*: 10.

también se preguntaba si el Registro había comprobado y comparado la misma con todas y cada una de las faenas creadas hasta el día de hoy por los toreros, (tanto en la plaza de toros como en grabaciones audiovisuales), para llegar a la conclusión de que no existe “*innovación*” en la propia obra presentada. La defensa de este planteamiento resulta de todas peregrina e imposible pues el Registro carece, como es lógico, de recursos y capacidad para hacer tal análisis en este caso o en cualesquiera otros diferentes que se le presenten de otras creaciones artísticas o literarias.

Así, si alguien solicita la inscripción de derechos de una obra literaria, una novela, por ejemplo, el Registrador, para su calificación, como es lógico, no puede pretender haber leído todas y cada una de las novelas creadas en el mundo para revisar su “*innovación*”. Él no puede saber, además, si la obra presentada es original de su autor o de otro que desconoce porque este último quizás hubiera decidido no inscribir la misma, ya que la inscripción, como bien sabemos, es meramente declarativa de derechos y no obligatoria o constitutiva. La labor calificadora del Registro se debe ceñir entonces a si reúne o no los requisitos formales del Registro, y a si hay o no asiento registral sobre dicha obra. Lo demás es básicamente imposible y además excede de sus facultades como ya dijimos anteriormente.

Pongamos ahora en tela de juicio la obra de Andy Warhol para nuestro caso. Si aplicamos el criterio de originalidad objetiva (cercano al concepto de innovación del derecho de patentes), es decir, bien que la obra sea una innovación de toda la obra pictórica de la humanidad, bien que sea una innovación de la obra del propio autor, entonces las famosas series de pinturas de Marilyn Monroe o de las latas de sopa Campbell, creadas y ejecutadas prácticamente idénticas, no deberían ser consideradas obras de arte a efectos de propiedad intelectual y por tanto generar derechos de autor. Esta afirmación, en cambio, está lejos de la realidad, por obvia, y sí se aplican derechos de autor en la obra

de Warhol, y sus cuadros se cotizan a precios millonarios (independientemente del hecho de que nos gusten o no dichas obras).

Sirva como ejemplo también la serie de óleos de los girasoles de Van Gogh. De la serie hay tres cuadros similares con catorce girasoles en un jarrón, dos con doce girasoles, uno con tres y otro con cinco; o analicemos también los tres lienzos casi idénticos de su “dormitorio en Arlés”. ¿Qué originalidad o innovación, tomando el criterio de originalidad objetiva, hay en esos lienzos? Lo mismo podríamos decir de las pinturas de Monet sobre la catedral de Rouen ejecutados desde una misma perspectiva a distinta hora del día (más de 30), o los más de cuarenta estudios sobre el cuadro *Retrato de Inocencio X* de Velázquez que el pintor Francis Bacon llevó a cabo, o las pinturas de Alex Katz tituladas *Plaid shirt 1* y *Plaid shirt 2* o la serie prácticamente idéntica titulada *Brisk Day* o *Daytona Beach 1*, *Daytona Beach 2*, *Daytona Beach 3*, *Daytona Beach 4*, *Daytona Beach 5* o las tituladas *Edwin Gray*, *Edwin Pink*, *Edwin Small*, o *Twilight (Black and White)*, *Twilight 1*, *Twilight 2*, etc.

¿Carecen pues todas estas obras de originalidad objetiva conforme dicen el Registro por no suponer innovación alguna de lo ya ejecutado en el arte pictórico general y en el arte pictórico de la obra conjunta de cada artista? La respuesta es claramente negativa, y todas esas obras, como la faena del torero, deben ser analizadas desde la originalidad subjetiva.

Por todo ello, como hemos defendido, hay que utilizar el concepto de originalidad, en este caso de originalidad subjetiva, como así dice la SAP de Barcelona, sección 15ª de 25 abril de 1996, la SAP de Navarra, sección 3ª, de 14 de abril de 2000 y por todas la Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de noviembre de 2003. Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo es recogida recientemente, entre otras, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2007, que resolvió a favor del autor de un texto literario sobre

los mercados medievales, que había sido utilizado por una empresa de eventos gastronómicos en su página *web* sin haber recabado el preceptivo consentimiento afirmando: «El requisito de “originalidad” que ha de darse en la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor y desde el punto de vista objetivo que considera la “originalidad” como “novedad objetiva” cuando puede afirmarse que nos encontramos ante una creación original (...)»

Ha de primar por tanto el criterio de originalidad subjetiva, al ser la obra presentada a inscripción una obra artística, dotada de una gran singularidad por su propia naturaleza, y todo ello a pesar de que el Registro confunde los conceptos de originalidad subjetiva y objetiva diciendo carecer de ambos por no existir “innovación”.

Por otro lado, el Registro también afirmó en su resolución, que nunca se había intentado hasta ahora inscribir la faena del torero desde que existe el Registro. Este razonamiento, por llamarlo de alguna manera, cae por su simpleza e irracionalidad jurídica ya que es archiconocido que ni la inscripción es obligatoria y constitutiva en España, ni el hecho de no haber nunca solicitado la misma es fundamento para su denegación. Por esa misma regla de tres, los programas de ordenador que nunca habíanse presentado a inscripción hasta hace pocos años, deberían haber sido denegados, lo cual es del todo absurdo. Además, la última frase del propio artículo 10 LPI «(...) o que se invente en el futuro» carecería totalmente de sentido bajo esta idea, pues lo que pretende la norma es dejar la puerta abierta a toda aquella creación original literaria, artística o científica expresada de tal forma, que no se conozca en el momento presente de promulgación de la ley.

También el Registro decía en su resolución denegatoria: «En cuanto a la exigencia de que la obra sea original del ser humano, el torero no tiene, como otros artistas, la potestad absoluta de determinar el resultado final de su manifestación artística, libre a cualquier eventualidad, precisamente por la intervención del animal, que innegablemente participa en la determinación del resultado de la faena (...)»

Aun considerando a los toreros artistas, no entendemos qué quiere decir el Registro cuando afirma que la obra no es original del ser humano en tanto en cuanto el torero no tiene potestad absoluta de determinar el resultado final, como otros artistas. Precisamente, es esa falta de potestad absoluta, como bien dice el Registro, la que reafirma la originalidad de la obra individual del torero cuando crea y ejecuta a la par su faena manejando una materia intangible como es la condición y características fenotípicas y genotípicas del toro. El creador del toreo, y por tanto de la obra, es el hombre, el hombre torero, eso es evidente; el animal, en cambio, reiteramos, pudiera concebirse como su folio en blanco, o su lienzo desnudo o su trozo de barro o bronce, como algunos autores defienden, aunque esta parte se suma a la idea de Ortiz Blasco como ya apuntamos.

De todos modos, actualmente hay gran número de artistas (como Miquel Barceló) que, cada vez con más frecuencia, hacen uso de las intervenciones de animales vivos en las labores creativas de sus obras artísticas, pero que, sin embargo, no dejan por ello de gozar de derechos de autor. Pongamos algunos ejemplos extraídos del estudio de la profesora Velayos Castelo⁴²:

«En innumerables ocasiones, el animal responde a lo que el artista espera de él. Otras, responde contingentemente convirtiéndose en coautor desinteresado de la obra de arte más que en

⁴² Velayos Castelo, Carmen (2007): *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 10. Págs. 24 y ss., www.bioeticayderecho.ub.es

una mera herramienta de la misma. Es el caso de la obra de Miquel Barceló en Mali cuando solicita la intervención de las termitas ajeno al resultado que su presencia pueda generar en el lienzo. Cuando las irregularidades del papel adquieren una forma que le gusta, Barceló recoge las hojas de papel previamente situadas en sus termiteros (...) Los animales no son sus instrumentos artísticos, sin co-creadores de la obra. En esta misma línea, Robert Gligorov exhibía en Arco 2007 su instalación “Dollar Notes”, que conecta una jaula con pájaros vivos con un piano que suena con el movimiento de las aves. (...) »

«En su instalación “Ein Haus für Schweine und Menschen” (1997), las artistas performance Rosemarie Trockel y Carsten Höller, aprovechan el potencial crítico y transformador de la obra de arte para enjuiciar la relación hombre-animal. La construcción aloja a cerdos vivos y también a los espectadores humanos de la instalación, que se convierten en parte del proceso artístico. Todos comparten un mismo hogar. Sin embargo, una pared de cristal divide a los seres humanos de los cerdos y permite que los primeros vean a los segundos, pero no al revés. Además, dentro de la casa, sólo pueden verlos, no interactuar con ellos (...)»

Como vemos, no son pocas las obras de arte y de artistas consagrados en las que los autores, de uno u otro modo, crean obras con animales vivos, sin poder controlar plenamente la voluntad de éstos, como ocurre durante la faena, como decía el Registro, pero que, sin embargo, siguen gozando de derechos de autor, por lo que tales afirmaciones del mismo carecen de sentido jurídico alguno.

La resolución del Registro a su vez dice: «Como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia 28 de enero de 1995, no puede reconocerse como original “Todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado, se excluye lo que supo-

ne efectiva realidad inventiva (rec. N° 3176/1991) reproducida en varias sentencias del mismo tribunal (STS 17 octubre 1997 y 23 marzo 1999)».

En esta última sentencia de 1999 dice el Alto Tribunal:

«(...) Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial: se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio (...)».

Sobre esto hay que decir que dicha sentencia invocada por el Registro se refiere al concepto de plagio. Ya hemos dicho que es del todo imposible plagiar la obra del torero por ser ésta tan especial y tan original en tanto en cuanto es creada y ejecutada al mismo tiempo, manejando esa materia intangible e irrepetible que es la condición y/o comportamiento de cada toro. Por ello, cuanto mayor sea la originalidad de la obra más amplio resultará el campo de protección frente a creaciones que pudieran estimarse parecidas (*Vid.* SAP Madrid, de 12 abril de 2007).

Pero el plagio no es la cuestión que amenaza los derechos de los toreros sobre sus obras (los toreros no se plagian unos a otros porque es meridianamente imposible como decimos), sino la vulneración de derechos que están sufriendo por terceros con la grabación, la comunicación pública, la modificación y explotación de sus obras sin sus autorizaciones, reiteramos.

Por otro lado, respecto de lo que es común e integra el acervo cultural generalizado, hay que precisar que no existe una lista, registro o resolución que determine qué es común e integra el acervo cultural generalizado y qué no es, por lo que el Registro no tiene capacidad ni facultad para decidir sobre ello. Podría ser, por ejemplo, la biografía de un personaje histórico como María Antonieta, o la historia de la humanidad, cuyas ideas, datos y contenidos integran el acervo cultural generaliza-

do y están al alcance de todos, y cualquiera puede escribir o pintar sobre esto. Pero no por ello se debe impedir que un libro (que sea original conforme a su composición, forma y orden elegido por su autor), goce de derechos de autor. Así Stefan Zweig tuvo un gran éxito de ventas (protegido por derechos de autor) con la biografía de la reina guillotizada publicada en 1932, y por otro lado Theodor Mommsen, por su obra “Historia de Roma”, recibió el Nobel de Literatura en 1902⁴³. En ambos casos la idea, los datos y la temática son común e integran el acervo cultural generalizado, pero no impiden que las obras tengan derechos de autor, como dice la SAP de Vizcaya de 23 de julio de 2007 y la SAP Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2007, siguiendo la línea jurisprudencial de la STS de 26 de noviembre de 2003, respecto a un libro de historia que manejaba datos históricos que forman parte del acervo común, pero que se convierten en obra original cuando su autor dota de singularidad tales datos con su ordenación y conforme a su propia personalidad creativa. Así también lo defiende Ruiz de Azcárate⁴⁴: «Lo que otorga protección a un libro de historia no es el contenido en sí, que es de dominio público, y sobre el que rige un principio de libre utilización, sino que la originalidad debe basarse en la forma en la que el autor ha seleccionado y expresado dicho contenido».

En igual sentido sucede con la creación de mapas topográficos y/o cartográficos. Las ideas, datos y elementos técnicos de los mapas son de dominio público e integran el acervo común general, pero un mapa puede ser original y generar derechos de autor por la ordenación y forma de expresión que le da su autor, así, «la originalidad de la obra de un mapa está limitada a los elementos que no vengan dados por la orografía y la toponimia» *SAP Baleares, secc. 5ª, nº91, 23/04/2015*.

⁴³ Así lo refiere Ruiz de Azcárate en su obra “Las obras del espíritu y su originalidad”, Editorial Reus, 2012, págs.23 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*.

Es decir, cualquier torero puede utilizar las suertes, los movimientos, los pases, la técnica torera que pueda estar al alcance de todo diestro e integran el acervo común general, pero la forma, la selección, el orden, la colocación, la expresión corporal, el ritmo, la cadencia, los toques, la voz, los terrenos, la distancia, los trajes, etc., que cada espada escoge para crear y ejecutar su faena en cada momento conforme a su personalidad e inspiración, es lo que dota de originalidad a la obra, según también la condición de cada toro. De igual modo sucede con los compositores de música: ¿integran o no el acervo común general el pentagrama, las notas, las claves, los compases, el ritmo, la armonía, los acordes, los movimientos? Evidentemente que sí, pero ello no es obstáculo para que la forma de utilizar todos estos recursos por un compositor le conceda a éste la protección de los derechos de autor. En igual sentido, las letras del castellano y las palabras para crear sonetos, por ejemplo, son las mimas que usan todos los poetas, pero su diversa colocación y juego en el poema les otorgan su originalidad.

El Registro también afirmaba lo siguiente:

«Al ser la inscripción registral un título oponible a terceros, en caso de ser reconocida esta petición, el titular registral podría hacer valer este título frente a quien ejecuta alguna de las acciones realizadas durante la misma».

Decir al respecto que yerra de nuevo el Registro al confundir, con poca fortuna, el concepto de obra (la faena individual de Miguel Ángel Perera) con las suertes o movimientos que forman parte de la misma. No era nuestra pretensión, ni era el objeto de la demanda, solicitar la inscripción de derechos sobre una suerte o pase nuevo (o no nuevo), o sobre unos movimientos o una forma de citar al toro o andar por el ruedo, sino sobre la faena del torero en su plenitud, como un todo, que es su verdadera obra individual. Confundir tales conceptos es como equivocar la técnica o destreza en la forma de pintar, en los trazos de

sus pinceles, en la mezcla de sus pinturas (de Picasso o Dalí, por poner unos ejemplos emblemáticos), con la obra en sí. El estilo o los movimientos en el manejo del pincel o de la muleta es evidente que no se pueden proteger, sino la obra, así se deduce de la ley, y así es lo lógico por otro lado. Pero al inscribirse los derechos sobre la obra presentada (no sobre las suertes o los movimientos que están dentro de las mismas), su autor puede hacer valer esos derechos frente a terceros, pero sobre esa obra en concreto, no sobre las suertes, movimientos o pases (nuevos o conocidos) del toreo (repetimos) que haya utilizado para la creación de la misma y que están al alcance de cualquier espada.

En los párrafos siguientes defiende el Registro:

«Por tanto, reconocidos los derechos de explotación inherentes a la inscripción sobre esta faena se corre el riesgo de que se utilice la propiedad intelectual como un medio de privatizar expresiones tradicionales, que forman parte del dominio público y que, por tanto, son de todos».

Si bien puede defenderse que el espectáculo taurino hunde sus raíces y tiene su origen más primigenio en la cultura popular, (cuestión más propia de sociólogos y antropólogos y que no es del todo pacífica), a día de hoy es un espectáculo cultural muy cambiado que ha sufrido y sufre una evolución constante como todo arte. Pero nuestro caso, no versa sobre la protección e inscripción de la corrida de toros o la “fiesta nacional” (como manifestación artística y cultural de los pueblos de España) a efectos del Registro de Propiedad Intelectual, sino sobre la obra concreta del torero Miguel Ángel Perera, su faena individual presentada a inscripción registral que, evidentemente, forma parte de lo que es la corrida de toros, pero que es creación propia del espada. No es pretensión de Miguel Ángel Perera “privatizar” (como refiere el Registro) la “fiesta nacional” como expresión cultural española, sino ejercer sus derechos como artista creador de una obra (su faena) e inscribir los susodichos sobre la misma en el

Registro de Propiedad Intelectual. La fiesta de toros o corrida de toros o tauromaquia, entendido como un todo antropológico, puede considerarse expresión cultural tradicional y puede formar parte del acervo común, como también lo es el flamenco, la zarzuela, la copla española y la Semana Santa; pero no cabe duda que las letras, las músicas, las ejecución de los cantes, el baile y el toque flamenco tienen sus propios autores y/o ejecutantes, así como los imagineros son autores de sus esculturas *semanasanteras*, al igual que los compositores de sus marchas musicales. Ignorar tales evidencias sería injusto y arbitrario, y supondría negar los derechos a los artistas flamencos, a los escultores imagineros o a los compositores de música de Semana Santa, quienes están, afortunadamente, protegidos por el ordenamiento y las normas de propiedad intelectual, como es lógico. Sobre esto dice la Profesora de Derecho Civil Román Pérez⁴⁵:

«Hay que tener en cuenta aquí que existen obras y otras prestaciones que pueden pertenecer al folclore pero ser de reciente creación, como sucede, por ejemplo, cuando el músico flamenco crea una obra nueva con los elementos propios de este arte tradicional. En tal supuesto, estas obras no pertenecen al dominio público y se les aplica el régimen general que disponen las leyes sobre derechos de autor (...) cabe distinguir obras tradicionales de origen remoto de las de nueva creación. Las primeras son las que se incluyen dentro del dominio público, mientras que las segundas son aquellas que se elaboran en el momento actual siguiendo una técnica tradicional, por lo que reciben la misma protección que dispensan las leyes sobre derecho de autor a cualquier obra con independencia de su género. Un ejemplo de este tipo de creación podría ser la obra creada por un compositor flamenco siguiendo la

⁴⁵ Román Pérez, Raquel de (2009): *Las expresiones culturales tradicionales en las normas sobre derechos de autor*, págs. 151 y ss. Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Autónoma de Madrid.

técnica y las reglas propias de la música flamenca. En éste y en el resto de supuestos en los que un sujeto crea en la actualidad una obra con las características propias de determinadas expresiones culturales, se aplican las reglas generales sobre el derecho de autor. Es decir, se reconoce al creador de estas obras una serie de derechos patrimoniales y morales con los que obtiene el monopolio exclusivo sobre las mismas».

Como el flamenco o cualquier otra expresión artística, la tauromaquia es una manifestación humana alumbrada y transmitida, con su inherente y viva⁴⁶ evolución, dentro de un contexto social y cultural determinados. Tanto el flamenco como la tauromaquia son por ley Bienes Patrimonio Inmaterial de la Humanidad y de Andalucía, (el primero), y de España, Madrid y Murcia (el segundo). Dicha protección no impide que los artistas individuales que crean y/o ejecuten obras flamencas o taurinas gocen de derechos de autor, porque simple y llanamente, flamenco y tauromaquia son conceptos omnicomprendivos, y tanto una letra flamenca escrita y cantada por José Mercé, como una faena creada y ejecutada por Miguel Ángel Perera, son obras individuales que generan derechos de autor.

Además, si consideráramos que la tauromaquia, como el flamenco, tuviera un origen remoto en el folclore (afirmación que no compartimos ni comparten los antropólogos) habría que aclarar que la UNESCO ha marcado la diferencia entre “expresiones del folclore”, “obras inspiradas en el folclore” y “obras derivadas del folclore”. Así, las obras derivadas del folclore están protegidas por el derecho de autor, al igual que las inspiradas en expresiones folclóricas en cuanto reúnan los requisitos de originalidad y expresión en cualquier medio o soporte, tangi-

⁴⁶ «A diferencia del folclore, el flamenco no para de evolucionar», dijo Carlos Saura en la presentación de su musical “Flamenco hoy” como ya dijeran flamencólogos como Félix Grande. Lo mismo se puede decir del toreo, defendemos nosotros.

ble o intangible, conocido o por conocer, como recoge la profesora⁴⁷ Espín Alba. Como ejemplos de ello, poemas de Fernando Villalón como “Luna lunera” o “*Una dona trena*” inspiradas en canciones populares andaluzas, o la obra de Glinka titulada “Capriccio brillante inspirado en jota aragonesa” donde su autor utiliza música del folclore de Aragón, o la Obertura 1812, Opus 49 de Tchaikovsky, donde aparecen fragmentos de música popular de la Iglesia Ortodoxa y el himno de “la Marsellesa”, o la ópera “Parsifal” de Wagner basada en el folclore y las leyendas medievales germánicas, etc. Por lo tanto, la faena individual del torero podría ser en su origen más remoto una obra inspirada o derivada de la cultura popular (lo cual no es asunto claro), o utilizar elementos de ésta, pero en todo caso es una obra nueva y actual, propia de su autor, distinta de la cultura popular, que ha evolucionado y evoluciona constantemente y que genera plenos derechos de autor.

En segundo lugar, dada la particularidad de la obra taurina que ya hemos definido y explicado a lo largo de este escrito, Miguel Ángel Perera crea, y a la misma vez ejecuta, su propia obra artística. Todos sus conocimientos técnicos los pone en conjunción delante del toro, para crear y ejecutar su obra conforme a la inspiración, personalidad, estado de ánimo, etc., y conforme a la condición del animal. De ahí, y ya lo hemos repetido muchas veces, la inmensa originalidad de cada faena taurina. Lo mismo sucede cuando un músico crea y ejecuta su propia obra improvisadamente, o como sucediera en algunos dibujos de Picasso hechos sobre una servilleta de papel⁴⁸.

⁴⁷ Espín Alba, Isabel (2010): “El flamenco, folclore y dominio público”, en *El flamenco y los derechos de autor*, Madrid, Reus, pág. 39 y ss.

⁴⁸ En el café *La Coupole* de Montparnasse. Fue tras el opíparo banquete donde habían bebido y comido hasta la saciedad, mientras comentaban sus últimas conquistas, hablaban de sus cuadros cuando llego la cuenta. En ese momento se hace el silencio, todos miran a Picasso haciéndose los locos. Entonces el genio

¿Qué pasa entonces con los autores de tatuajes, con los “graffiteros”⁴⁹, con los raperos que improvisan en la calle, con los autores de “ninots” de las Fallas de Valencia que luego se queman? ¿Hay que esperar a que el legislador se pronuncie sobre cada uno de ellos para admitir la inscripción de sus obras? ¿Qué sucede pues con las obras que cada año se exponen en la Feria ARCO y que, por extravagantes, raras o por ser solamente un rectángulo azul en un lienzo o una caja de cartón con una cabeza de Donald Trump, obras que son reales y de artistas consagrados, pero que a priori nada o poco de originalidad parecen tener a efectos de derechos de autor?

Y, para terminar, como bien dijo el Registrador de Murcia en su Informe presentado en el Juzgado Mercantil, aludiendo a la STS 1996/54 de 30 de enero de 1996

«Y de la misma manera que el manual de instrucciones de una mampara de cuarto de baño es creación literaria para el Tribunal Supremo, una faena de toros puede ser perfectamente una creación original de tipo artístico incluso para las sensibilidades más contrarias a este tipo de espectáculos. El registrador de la propiedad intelectual no debe actuar como un funcionario que otorga o deniega el diploma de artista a ningún solicitante de protección intelectual para sus creaciones, sino que debe inscribir los derechos alegados una vez verificados los requisitos formales marcados por la legislación vigente»

retira los platos, los cubiertos, botellas y restos de comida del mantel. Toma su pluma y realiza un dibujo en una servilleta, llama a la dueña del restaurante para pagar con el dibujo los gastos, la propietaria se alegra y pide a Picasso que le firme el dibujo. A lo que el pintor malagueño responde: «Estoy pagando el almuerzo, no comprando el restaurante».

⁴⁹ No necesita mayor comentario cuando hablamos de Banksy, denominado artista urbano que incluso creo un cuadro que se autodestruyó.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 82/2021 DE
16 DE FEBRERO: ASUNTO SOBRE DERECHOS DE AUTOR DE
LA FAENA DEL TORERO MIGUEL ÁNGEL PERERA

Todos los destinos humanos se determinan alguna vez en necesaria función con la suerte que les rodea. La obra de los toreros, si cabe, con mayor protagonismo de ese factor. Precisamente la “suerte”, concepto estereotipado en lo taurino, es la que propicia que la faena del torero sea, no ya original, sino originalísima, bien si la comparamos con la de otro espada, bien incluso si hacemos lo propio con otra del mismo matador. Pero la *ardua questio* es si la faena del torero puede generar derechos de Propiedad Intelectual (DPI). La Sentencia 82/2021 de 16 de febrero ha dicho que no. Es la única resolución del Alto Tribunal (y de todo el orbe taurino mundial) que se ha pronunciado al respecto, no creando por sí sola jurisprudencia. Los jueces han hablado, pero no con la voz de la ley, sino con el susurro de la jurisprudencia europea del TJUE, aplicando al caso un precedente que nada, absolutamente nada, tiene que ver con la creación artística de un torero, la STJUE de 12 de septiembre de 2019, caso Cofemel. Como nada tenía que ver la doctrina del TJUE, sentencia de 4 de octubre de 2011, caso *Football Association Premier League*, aplicada por el Juzgado de lo Mercantil en la 1ª Instancia.

Sobre esta cuestión, aparte de la STS 82/2021 mencionada, algunos eruditos en PI han considerado, que al toreo no se le puede aplicar dicha normativa afirmando que la obra carece de “originalidad”. Por esa senda, más o menos, se ha pronunciado el Supremo invocando la doctrina del TJUE en el caso Cofemel (asunto C683/17).

La referida sentencia del caso Cofemel analizaba y asentaba el concepto de originalidad en virtud de la Directiva 2001/29 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 en la sociedad de la

información. Pero el caso Cofemel no es un asunto que tenga que ver en absoluto con la faena de un torero, ni con el soneto de un poeta o trovador, ni siquiera con la partitura de un músico, sino con el diseño de una ropa de vestir. La sentencia TJUE refiere que el concepto de originalidad defendido por la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 7 de agosto de 2018 en el asunto C-161/17 y sentencia de 13 de noviembre de 2018 en el asunto C-310/17) exige de la concurrencia de dos requisitos: «que la obra constituya una creación propia de su autor –es decir, que sea un reflejo de su personalidad a través de la cual manifieste decisiones libres– y que exista un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad, de manera que éste ha de ser expresado de forma objetiva con el fin de descartar cualquier elemento de subjetividad perjudicial para la seguridad jurídica». Hasta aquí nada nuevo. Ahora bien, si aplicamos dicha reflexión jurídica o conceptual del TJUE al caso de la faena del torero, hemos de reafirmarnos que ésta cumple con creces ambos requisitos, por un lado, el de creación propia de su autor, Miguel Ángel Perera, y, por otro, el de existencia una obra, que es la faena concreta, perfectamente identificable. Disentimos por tanto de la decisión del Tribunal Supremo en este punto, así como cuando aplica sin ambages la jurisprudencia del TJUE del caso Confimel, pues la obra del torero, nada, absolutamente nada tiene que ver con el diseño de ropa de vestir. Nos hubiera gustado un mayor esfuerzo por parte de la Sala, teniendo en cuenta que era la primera vez que este conflicto llegaba al Alto Tribunal, aun cuando el resultado hubiera sido el mismo. Con dicha sentencia de tibieza argumentativa, todavía hay muchas dudas y claroscuros en este supuesto de hecho tan peculiar.

También entendemos que la originalidad de la obra taurina es evidente por lo ya razonado hasta ahora, y poco tiene que ver la tauromaquia de *Pepe-Hillo* con la de Antonio Ordóñez. No olvidemos que el toreo actual se basa en la inteligencia y en

la capacidad creativa o espiritual de los espadas y no en la fuerza o destrezas físicas o mecánicas. Como hemos referido, el paradigma de esta afirmación sin ambigüedades es Juan Belmonte. El trianero no era precisamente un hombre atlético, fuerte y aguerrido, sino todo lo contrario. Fruto de esa casualidad de su endeble naturaleza física, y de las noches de torero bajo la luna, nació el toreo moderno, ya que Belmonte no basó su tauromaquia sobre las piernas y la fuerza, sino sobre las manos y la cintura. En sus palmas y vértebras pues nació lo que se vino a calificar definitivamente como temple, que junto al parar y mandar (yo diría mejor gobernar)⁵⁰ conformarían la troika del toreo. Manos enlazadas al corazón y a la mente por hilos conductores de energía, que llevaron al arte por medio de la espiritualidad, basándose en el valor y en el valer. Esa fue la revolución en la tauromaquia.

Así las cosas, deberíamos asumir que el toreo, como arte susceptible de protección por la LPI, es una materia que puede parecer apriorísticamente ilógica para un jurista convencional, por su rareza y singularidad. No obstante, no debe parecernos histriónico el pensar en una argumentación jurídica en torno a si es o no es el toreo un arte a efectos de PI y, como tal, capaz de ser protegido por la ley. Podemos recrear la actitud recelosa de los juristas en tiempos en que Víctor Hugo se lanzó a luchar de forma hercúlea por los derechos de autor de los escritores; o la defensa enconada por proteger en el siglo XX las obras cinematográficas. El concepto de propiedad no era ni es ni será estático; menos aún en nuestra sociedad de la información y el inabarcable mundo virtual de las nuevas tecnologías. Ya en los arranques del 1900, nadie podría pensar en proteger una graba-

⁵⁰ Entiendo que es más acertado decir gobernar que mandar por ser calidad la primera más compleja y superior que la segunda. Se puede mandar sin realmente gobernar, pero no gobernar sin a su vez mandar.

ción de cine como obra fruto del espíritu. Pero los tiempos evolucionan, y con ellos las sociedades, a mejor o a peor, según se mire, y hoy nadie duda de los derechos de autor que generan las películas de David Lean.

Expuesto lo cual, si se consiguiera en algún momento proteger la faena torera bajo el palio de las normas de PI, como seguimos defendiendo a ultranza a pesar de la sentencia desestimatoria, no sólo estaríamos haciendo justicia con los toreros como verdaderos artistas que son, sino que también dotaríamos de un plus de protección a la corrida de toros como acontecimiento cultural.

De este modo, como el juicio del derecho irradia una honda metamorfosis sociológica, así, la defensa de la PI de los toreros, ha sido un asunto arduamente delicado y apenas visto al ser terreno proceloso y poco hópito. La casquivana realidad actual ha supuesto una excesiva exposición de los toreros a un plus de sacrificio, ya que se les ha estado aplicando, desatinadamente, derechos de imagen por la retrasmisión de sus actuaciones, en vez de derechos de PI. El empresario o productor de la corrida ha sido quien ha negociado hasta ahora tales derechos de imagen con las televisiones, mientras que los espadas han sido meros figurantes, de ahí la justa protesta por su malestar y padecimiento.

En consecuencia, no es de recibo considerar por un lado que el toreo sea un arte y los toreros artistas, y por otro que no se les aplique la regulación sobre PI. Si se es artista se es al cien por cien. No existe la figura del cuasiartista.

En otro orden de cosas, no debemos eludir uno de los límites de los derechos de PI: el derecho de información protegido ex art. 20 CE. Sobre este aspecto, son muchos los rumores, enlodados de cierta aura jurídico de verdad, que han sustentado la errónea aplicación de los derechos de imagen en vez de DPI. Una de estas patologías circula en torno a esos 3 o 4 minutos de

gracia, en favor del derecho de información, que se traduce a los toros en que supuestamente se pueda poner en tv o internet esa porción de faena cuando en realidad estamos hablando, cuando menos, de un tercio de la misma. No parece lógico cometer tal avasalle que además no tiene sustento normativo alguno. Es el Tribunal Constitucional quien se ha pronunciado sobre la proporcionalidad entre el tiempo real de la obra, tales como determinadas artes escénicas, (a las que quizás deba pertenecer el toreo), como el teatro o la ópera, y lo que se noticia. En éstas parece lógico emitir unos minutos bajo el auspicio del derecho de información, pues tienen una duración considerable. Otra cosa muy distinta, por ilegítima, sucedería si se divulgara un tercio de cualquiera de ellas, es decir, 40 o 50 minutos del total. Pero si una faena (que es la obra del torero) dura como mucho 10 minutos, pues así lo exige el reglamento, ¿cómo exhibir un tercio de la misma bajo la salvaguardia del sacrosanto derecho de información.

Si a los toreros se les considerasen autores de sus faenas a efectos de la LPI, entonces serían dueños de sus obras, y el empresario, los medios de difusión y los particulares, no podrían disponer de las mismas con un fin lucrativo para ganarse el *conquibus*, sin una autorización expresa de sus autores o herederos (pues los derechos de autor se proyectan, como sabemos, en favor de herederos hasta 70 años desde la muerte de aquél). Así, hoy en día, los herederos de Pepe Luis o de Antonio Ordóñez, por poner algunos ejemplos de espadas desaparecidos, gozarían de esos derechos de PI, que son amplísimos y en favor de sus autores, y en nada se parecen a los derechos de imagen.

El tribunal supremo tenía la obligación legal de analizar si la faena del torero reúne todos los requisitos del art. 10.1 de la LPI en vez de soslayo una jurisprudencia del TJUE que nada tiene que ver con el caso. Pero el Tribunal Supremo, por desgracia, ha fallado ahora en sentido contrario, a nuestro

entender, sin argumento jurídico alguno y, menos aún, conocimiento profundo de lo que es el toreo y la faena. Solo ha aplicado dicha jurisprudencia del TJUE que chirría en su simple invocación. Y ello, sin haberse considerado los informes de los peritos en tauromaquia que intervinieron en la causa (Dres. Santonja y Zamora), que eran quienes podían ilustrar a los jueces respecto a las dudas sobre la originalidad de la faena presentada a inscripción, bajo el “test de verificación de originalidad”.

VII. CONCLUSIONES

A pesar de la decepción de haber recibido una sentencia desestimatoria a la pretensión de proteger las obras de los toreros como obras con derechos de autor, al menos se ha dejado absolutamente claro que el toreo es un arte y el torero un artista a efectos jurídicos. Además, aún habrá muchos otros capítulos por escribir en este asunto ya que no está todo dicho ni resuelto, precisamente, por la falta de contundencia en la única resolución hasta la fecha, la STS 82/2021 de 16 de febrero. Solo se ha dado el primer paso en un paisaje por amueblar que es el derecho. A veces secarral inhóspito, otras, vergel de prados fecundos.

Cualquier letrado que acude al Supremo en vía civil, sabe de sobra que, a día de hoy, resulta espartano o, mejor dicho, *espartaquiano*, que un recurso se admita y menos aún prospere ante la Sala 1^a. Podemos entender que la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil respecto al recurso de casación tenía la práctica intención de desatascar la noble Sala 1^a. También parece lógico en principio, que con ello se pretendiera constreñir los excesos de los abogados de recurrirlo todo ante el Supremo que es un tribunal nomofiláctico y no una 3^a instancia. Pero resulta evidente que con este limitado acceso a la Sala 1^a, deviene prácticamente imposible que las injusticias o errores de las instancias previas se arreglen, corrijan o minoren.

Por ello, a la hora de ahora, toda clase de jurista, desde el notario al juez, pasando por el más humilde de los letrados, debe de tener muy en cuenta algo sustancial al intervenir en el hacer de la Justicia. Ese algo, definido por Ulpiano como «el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto»⁵¹, es la Jurisprudencia. Ésta, por más que la literalidad del art. 1 del Código civil no le conceda el honor formal de ser fuente del derecho, se nos manifiesta en la práctica forense como un auténtico hontanar del derecho en contra de lo que dice el citado precepto. La jurisprudencia en la realidad actúa como fuente.

Ayudándome del divagar ajeno, que en ocasiones es ayuda provechosa, he de afirmar pues, que, si bien la labor del juez, como dijera Montesquieu, «debiera de ser una boca muda que pronuncie las palabras de la ley» hoy en día, quizás más que nunca, los jueces han dejado de ser mudos. Vistiendo de cuando en vez los seductores ropajes del legislador, y creando una suerte de *normas jurisprudenciales*, que no jurídicas, los jueces se han dejado influir inequívocamente por el aroma dulzón del sistema del *common law*. Ese juego peligroso y jugoso de tontear a escondidas con ser el legislador, la mayor de las veces de forma involuntaria, sin tener la bendición de la soberanía popular, conlleva que en innumerables ocasiones los jueces resuelvan litigios traspasando, a mi modesto entender, la linde de sus funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De este modo, en ocasiones, sentencian sin aplicar las normas directamente, sino solo la jurisprudencia, en movimiento de caballo de ajedrez, como si la jurisprudencia les atara por encima de la ley. Nunca debiera ir lo uno sin lo otro, ni lo otro sin lo uno, y de ser así lo primero, que sea la ley la que esté por encima de la jurisprudencia, o sino, que

⁵¹ Ulpiano. Digesto. 1,1,10,2. “*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

cambien nuestro sistema actual de fuentes o el modelo de ordenamiento jurídico por el de referentes judiciales sin leyes escritas. Definitivamente, a nuestro modo de pensar, el estado ideal es el ayuntamiento de la ley y la jurisprudencia, como en teoría está establecido por tradición histórica en nuestra piel de toro. Sabemos que las leyes están para cumplirse, esa es su más pura naturaleza y sentido, y así debería de ser. No son un adorno ni un ornato vacío en la convivencia de los pueblos. *Dura lex, sed lex*. Sin embargo, no faltan aquellos que creen que las leyes sirven para darse el gusto de no cumplirlas. Ese irrespeto a la ley tuvo mucho predicamento de antiguo con aquello de “La ley se acata, pero no se cumple”, y hoy se quiere retornar a ese capricho, moroso de la convivencia pacífica. En el hacer de la justicia, por desgracia, también se han ido perdiendo lo que se dicen ser valores, que mejor en este caso pudieran denominarse principios. Otra cuestión muy distinta al antivalor de las leyes es que las carencias o defectos de éstas, (sobre todo las de más reciente promulgación) sean suplidas o complementadas por las decisiones de los jueces, en legítimo ejercicio de su función, haciendo uso de todos los trebejos del derecho, para cumplir su obligación de resolver los pleitos. Pero he ahí donde radica la dificultad de controlar, pues deviene cuasi imposible, qué es complemento, interpretación o mera arbitrariedad, en las decisiones de hermeneusis por parte de jueces y tribunales.

El alma de la jurisprudencia está perdiendo su más elevada naturaleza: servir de complemento de la ley, de la costumbre y los principios generales del derecho cuando éstos sean insuficientes o imprecisos para resolver un conflicto jurídico. La jurisprudencia no debe de ser un atajo para llegar a un destino de capricho y embeleso sorteando las fuentes del derecho. La independencia de los jueces solo está constreñida por el imperio de la ley, no por el imperio de la jurisprudencia. Ese imperio no existe en la realidad de las cosas, pero sí en la realidad de las

sentencias que, en definitiva, son las que se han de cumplir. La jurisprudencia, cada vez con mayor regularidad, sirve de apuntador o telonero del legislador, recomendándole qué norma y en qué medida debe ser reformada. Por tanto, bien sea suplantando la función del legislador, bien informándole de cuál es el camino que debe tomar en la promulgación de normas, la realidad de la jurisprudencia es que debería considerarse auténtica fuente del derecho y, en consecuencia, se tiene que reformar el art. 1 del Código civil de una vez por todas, para aclarar este trampantojo que solo conlleva inseguridades jurídicas y mentiras legales.

Así las cosas, para resolver un pleito tan singular como éste de los derechos de autor de los toreros, que jamás había llegado a los tribunales de justicia, éstos, incluido el Supremo, han aplicado directamente la jurisprudencia en vez de la ley, jurisprudencia además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que poco encaje tiene al caso. El Supremo ha hablado sin aplicar la ley como fuente del derecho, y sin hacer el más mínimo esfuerzo por valorar lo argumentado y probado ante los tribunales de instancia, sin embargo, con su resolución, no ha zanjado esta cuestión capital para el toreo y para los toreros. Esto solo es el comienzo.

BIBLIOGRAFÍA

- Amorós, Andrés (2012): “Un artista genial. Juan Belmonte” en *ABC. 50 años de su muerte*.
- Arévalo, José Carlos y Moral, José Antonio, del (1987): *La tauromaquia de José María Manzanares*, Madrid, Ediciones Akal, S.A.
- Bergamín, José (1985): *La claridad del toreo*, Madrid, Ediciones Turner.
- Díaz Cañabate, Antonio (1971): *El mundo de los toros*, León, Editorial Everest.
- Domenech Pascual, Gabriel (2006): “Resolución de 24 de febrero de 1971 (BVerfGe 30, 173, 188, 189)”. En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Mayo, N° 40. Pág. 85
- Espín Alba, Isabel (2010): “El flamenco, folclore y dominio público”, en *El flamenco y los derechos de autor*, Madrid, Reus, pág. 39 y ss.
- Lora, P. de (2010): “Corridos de toros, cultura y Constitución”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33, Alicante.
- Lloret Carmona. (2011): *El toreo, el arte olvidado*. Diputación de Valencia. 1ª edición.
- Martín Villarejo, Abel (2011): “Cultura popular y Propiedad Intelectual”, en *Colección de Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Reus, SA, pág. 75.
- Moralejo Imbernón, Nieves (2007): “El Registro de la Propiedad Intelectual” en *Revista de propiedad intelectual* n° 26.
- Ortega Y Gasset (1925): “La Deshumanización del arte”, en *Revista de Occidente*, Madrid, Fundación Ortega y Gasset.
- Ortiz Blasco, Marceliano (1984): *Iniciación al arte del toreo*. Primera edición del autor, Barcelona.

- _____ (1989): *El arte tauroilógico*. Edición del autor.
- Patrocinio Polo, Hugo de (2014a): *Tauromaquia y propiedad intelectual*, Madrid, Editorial Reus.
- _____ (2014b): “El Derecho de propiedad intelectual de los toreros (I)”, en *Revista 6 Toros 6*, Madrid, Editorial Campo Bravo, S.L.
- _____ (2014c): “El Derecho de propiedad intelectual de los toreros” (II), en *Revista 6 Toros 6*.
- _____ (2016): “El Arte del Toreo Objeto de Propiedad Intelectual”. *Revista de investigación Universitaria* nº 2. U.N.E.D.
- Rams Albesa, Joaquín (2004): “Mimo, interpretación mimética y autoría”, en *Interpretación y autoría*, Madrid, Editorial Reus.
- Real Márquez, Montserrat (2001): “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”, págs. 1 y 11. Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e intelectual y Sociedad de la Información.
- Román Pérez, Raquel, de . “Las expresiones culturales tradicionales en las normas sobre derechos de autor”. Págs. 151 y ss, en Biblioteca Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Autónoma de Madrid.
- Ruiz de Azcárate (2012): *Las obras del espíritu y su originalidad*, Madrid, Editorial Reus.
- Ruipérez Azcárate, Clara (2012): *Las obras del espíritu y su originalidad*. Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, Editorial Reus.
- Tolstói, León (2012): *¿Qué es el arte?*, Madrid, Editorial Maxtor.
- Velayos Castelo, Carmen (2007): *Revista de Bioética y Derecho*. Nº 10, www.bioeticayderecho.ub.es
- Ulpiano. Digesto. 1,1,10,2. “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.