



UNIVERSIDAD DE MURCIA

DEPARTAMENTO DE HISTORIA JURÍDICA Y CIENCIAS
PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

La Estafa en la Obra de Arte

Dña. María Ángeles Casabó Ortí

2014

Dedicatorias

En este trabajo de investigación me parece obligado hacer un previo reconocimiento a todas aquellas personas que me han prestado su ayuda e inmejorables consejos.

Al Profesor Jaime Peris por su apoyo, la paciente orientación e inestimables sugerencias a través de todas las etapas del proceso. Su supervisión y opiniones me recordaron que los conocimientos pluridisciplinarios enriquecen cualquier investigación.

Al Profesor Amadeo Serra por su constante seguimiento y relevantes aportes, compartiendo su tiempo de manera generosa. Sus interesantes clases fueron un ejemplo de como realizar siempre un trabajo riguroso.

A Ana Rosa Gómez Calvet por su colaboración en la maquetación y revisión.

A mi madre y hermana Lucía, con las que he podido compartir esta pasión.

A la memoria de mi padre que me transmitió el amor por el derecho.

A Roberto y mis hijas Bertha y Ángela, que me han acompañado en este viaje y que me hacen feliz.

Resumen

El propósito de la presente tesis es el análisis y estudio jurídico penal en torno a la estafa mediante obras de arte falsas. El objeto de la investigación, pues, queda circunscrito a la figura básica del delito de estafa y a los preceptos que la complementan recogidos en los artículos 248.1, 249 y 623,4 del Código Penal.

El núcleo de la tesis está formado por tres capítulos, en un primero, se realiza un estudio terminológico, necesario para definir un marco introductorio donde se acota el tema: el mercado del arte y el concepto de obra de arte. Su determinación terminológica en este estudio no es meramente instrumental, sino que constituye el eje vertebrador y de enorme y necesario interés, de ahí la extensión de este primer capítulo.

A continuación, un segundo capítulo se inicia con un breve análisis de la cuestión en el Derecho comparado, seguido de una nuestra propuesta de un modelo explicativo sólido y coherente, que pueda dar respuesta a los problemas más importantes que determinan en última instancia el fin perseguido en la presente investigación. Pese a las referencias específicas al ordenamiento jurídico español, la mayoría de las afirmaciones aquí sostenidas son extensibles a otros sistemas jurídicos, presupuesto necesario del que parten las premisas básicas del Capítulo III.

Este tercer escalón se dedica al estudio del bien jurídico protegido, en el cual se pretende desvelar una cuestión técnica fundamental, cual es aquella que hace referencia a la concreta determinación del interés o valor tutelado por la norma penal; pero también se busca un criterio hermenéutico sólido que determine su naturaleza jurídica, en

relación con el engaño y los sujetos intervinientes. Respecto a los sujetos intervinientes, por su repercusión en el mercado, se analiza con profundidad las casas de subastas, con algunos ejemplos muy ejemplificativos. Esto nos ha llevado a estudiar fenómenos fronterizos de responsabilidad con el derecho privado.

Por su incidencia en el mercado, también se tratan los negocios jurídicos criminalizados. Analizamos a la víctima de la estafa desde una perspectiva victimológica, observando las especiales características de este tipo de comprador. Además, se exponen unas consideraciones a propósito de un posible carácter pluriofensivo de los delitos de estafa con obras de arte falsas. Finalmente, se aplica la fórmula jurídica a la cuestión examinada intentado que la respuesta sea coherente con el planteamiento teórico inicial y también correcta desde el punto de vista político-criminal.

Abstract

The aim of this thesis is to analyze the Spanish Criminal Law about the scam involving fake art works. Therefore, the object of the research is limited to the basic concept of the crime of fraud and precepts covered in articles 248.1, 249 and 623.4 of the Spanish Criminal Code.

This thesis has been structured in three chapters. In the first stage, which is specified in Chapter I, a terminological study is needed to obtain an introductory framework where the topic is established: the art market and the concept of artwork.

A second chapter begins with a brief discussion of this issue in comparative law. Then we try to create a solid and coherent explanatory model that can respond to the most important issues that ultimately determine the objective pursued in this investigation. This is carried out by an interpretation of the different typical terms always guided by the consideration of the object of the offense. Hence, although specific references are related to the Spanish legal system, most of these statements are extensible sustained to other legal systems, necessary assumption that the basic premises of Chapter III are based on.

This third step is devoted to the study of legally protected assets. Here we aim to unveil a major technical issue, which is that which refers to the actual determination of interest or value protected by the criminal law, but also looking for a solid hermeneutical criterion determining their legal status in relation to deception and the parties involved. With respect to the parties involved, and their impact on the market, we analyze in depth the auction houses, with some very

exemplary cases. This has led us to study border liability phenomena with private law.

For its impact on the market, criminalized legal business is also addressed. We analyze the victim of the scam from a victim perspective, noting the special characteristics of this type of buyer. Some thoughts about possible multiple offenses of the crimes of fraud with fake art works are shown. Finally, the legal formula is applied to the issue considered attempting to offer a response which is consistent with the initial theoretical approach and also correct from the point of view criminal policy.

ABREVIATURA	Referencia
AAP	Auto de Audiencia Provincial
ACP	Anterior Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
ARP	Aranzadi Penal
art./s	artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código civil
CE	Constitución española
Coord./es.	Coordinador/es
CP	Código penal
CVV	Conseil des Ventes
Dir.	Director
Ed.	Edición
Ed.	Editor
et al.	Y otros
fasc.	Fascículo
LECrim	Ley de Enjuiciamiento criminal
LGVBC	Ley de garantías en la venta de bienes de consumo
LO	Ley Orgánica
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
NCP	Nuevo Código penal
Ob. cit.	Obra citada
p./pp.	página/s
PE	Parte especial
PG	Parte general
RAE	Real Academia de la Lengua
s./ss.	siguiente/s
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StGB	Código penal alemán
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
v. gr.	Por ejemplo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

Índice general

Índice general	VIII
Índice de figuras	XI
INTRODUCCIÓN	XII
1. CONCEPTOS Y PROBLEMAS DE LA ESTAFA CON OBRAS DE ARTE FALSEADAS Y/O MENDACES. BREVE HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE CONCEPTOS	1
1.1. Introducción	1
1.2. El mercado de las obras de arte y sus elementos	7
1.3. Concepto de obra de arte	13
1.3.1. Evolución del concepto y precisiones terminológicas	13
1.3.1.1. Concepto jurídico	14
1.3.1.2. Concepto estético e histórico	17
1.3.2. Concepto de original, copia y otros	30
1.3.2.1. Concepto jurídico	30
1.3.2.2. Concepto estético e histórico	31
1.3.3. Obra de arte falsa	41
1.3.3.1. Concepto jurídico	41
1.3.3.2. Concepto estético e histórico	42
1.3.4. Propuesta de concepto: obra de arte falseada y/o mendaz .	43
1.4. Medios comisivos	44
1.4.1. <i>Modus operandi</i> usual	45
1.4.2. Falsificación de la obra	60

1.4.2.1. Documentación	62
1.4.2.2. Pintura	68
1.4.2.3. Grabado	84
1.4.2.4. Escultura	87
1.4.2.5. <i>New Media Art</i>	94
1.5. Ejemplos criminológicos recientes: exploración a partir de tres muestras	97
1.5.1. EEUU: Ken Perenyi	100
1.5.2. Reino Unido: John Drewe y John Myatt	105
1.5.3. Alemania: Wolfgang Beltracchi	108
1.6. ¿Puesta en valor de lo <i>falso</i> ?	111
1.7. Recapitulación	120
2. LA ESTAFA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	121
2.1. Introducción y breve referencia al derecho comparado	121
2.2. Elementos del delito de estafa	127
2.2.1. Engaño bastante	131
2.2.2. Error	135
2.2.3. La disposición patrimonial	141
2.2.4. El perjuicio típico	145
2.2.5. La reparación del perjuicio: la responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	152
2.2.6. Ánimo de lucro	154
2.3. Relaciones concursales	159
2.3.1. Unidad y pluralidad de delitos	159
2.3.2. La estafa en su relación con algunas figuras delictivas	165
2.3.2.1. Estafa y falsedades documentales	165
2.3.2.2. Estafa y delitos contra la propiedad intelectual (el plagio)	174
2.3.2.3. Estafa y publicidad engañosa	184
2.3.2.4. Estafa y daños en archivos y bibliotecas	189
2.4. Agravantes del delito de estafa en obras de arte	191
2.5. Cuestiones dudosas	193
2.5.1. Decomiso	193

2.5.2. Jurisdicción y competencia territorial	195
3. LA PROTECCIÓN CONTRA LOS FRAUDES EN EL MERCADO DEL ARTE	199
3.1. Introducción	199
3.2. Bien jurídico protegido	201
3.3. Naturaleza jurídica: el engaño y los sujetos intervinientes	210
3.3.1. El engaño	210
3.3.1.1. Posición objetivo-subjetiva	211
3.3.1.2. Imputación objetiva	212
3.3.1.3. Deber de veracidad	216
3.3.1.4. Incumplimiento civil	224
3.3.1.5. Acciones ejercitables en la vía civil	241
3.3.2. Los sujetos intervinientes	257
3.4. Negocios jurídicos criminalizados	263
3.5. La víctima de la estafa	276
3.6. Consideraciones a propósito de un posible carácter pluriofensivo de los delitos de estafa con obras de arte falsas	288
4. CONCLUSIONES	296
ANEXO I: ASHOK ROY, <i>Director of Scientific Research</i> en la <i>National Gallery</i> de Londres (UK)	305
BIBLIOGRAFÍA	308
.1. Libros y revistas	308
.2. Hemerografía	320
.3. Catálogo de sentencias	323

Índice de figuras

1.1. Retrato de familia. Anónimo. Aprox. 1910. Fuente: Página web de la National Gallery	79
1.2. Nam June Paik. TV Buddha (1974)	96
1.3. Foto de detalle Televisor JVC videoesfera año 70 de señal analógica	97
1.4. Ken Perenyi en su casa de Madeira Beach, Florida	105
1.5. Ben Nicholson según John Myatt	107
1.6. Helene Beltracchi	109
1.7. Cabeza de un faraón, alrededor de 1925, granito.	114
1.8. Falsificador español: Rey David	117

INTRODUCCIÓN

La originalidad y autenticidad de las obras de arte se está convirtiendo cada vez más en una cuestión importante en la práctica: el aumento del interés en el arte en las últimas décadas, especialmente como inversión, ha supuesto un aumento de los precios de las obras de arte en el mercado. En consecuencia, este deseo de los coleccionistas de poseer una “obra de arte genuina” ha favorecido el aumento de las estafas con obras de arte falsas. La existencia de falsificaciones no es un tema nuevo. Ha existido en la historia, pero en la actualidad ha alcanzado proporciones epidémicas, representando hasta un 40 % de las transacciones del mercado del arte.¹

La presente investigación se circunscribe al estudio y al análisis jurídico penal que giran en torno a la estafa mediante obras de arte falsas. El objeto de esta tesis es abrir el debate y la discusión científica sobre este tipo de acción ilícita relacionada con el arte. El hecho de mi formación pluridisciplinar en Historia del Arte y Derecho ha motivado que esta tesis esté orientada en este sentido: a partir de la conciencia de la multiplicidad conflictual del mercado del arte, se analiza -sea desde un punto de vista histórico-artístico o jurídico- la estafa que se comete mediante obras de arte falsas. La complejidad de la cuestión, hace difícil separar el estudio desde una sola materia concreta o específica, de manera que el espíritu de esta tesis es dar una visión conjunta de la cuestión, analizando minuciosamente los elementos que la constituyen y que vamos a considerar claves.

Esta tesis trata de una materia que, bajo nuestro punto de vista, no ha recibido

¹“*Authentication*”. Booklet K. En: DUBOFF, L. (et al.) *The Deskbook of Art Law*. Buffalo, N.Y. : W.S. Hein, 2004, p. K,3

la suficiente atención por parte de los penalistas, criminólogos ni historiadores del arte pese a su gran incidencia en el mercado mundial. En relación con el mismo hay asuntos que creemos no han encontrado una respuesta satisfactoria y que merecen ser objeto de un mayor estudio a fin de poder alcanzar un consenso doctrinal en cuanto a su solución.

Son escasas las contribuciones en la literatura que aborden el asunto de forma simultánea desde la doble perspectiva: jurídica y histórico-artística, por este motivo buscar soluciones doctrinales ha sido un reto y un estímulo en este estudio. En este trabajo intentaré resolver un conjunto de cuestiones puntuales que se plantean tanto doctrina científica como jurisprudencia y que, a nuestro juicio, en muchas ocasiones la respuesta no es demasiado convincente, o no encuentra justificación en el derecho positivo, o, simplemente, no existe.

La estafa es un delito en el que el sujeto activo se aprovecha mediante engaño intencional (que puede revestir innúmeras modalidades e incontables maneras de manifestarse, y que consiste en la acechanza tendida en la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo²), con la que se induce a la víctima a un error y a viciar su voluntad y así realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno. Este error puede deberse tanto al caso de generación de una obra de arte o antigüedad falsa como la alteración de una auténtica dando un aspecto mejorado respecto del original.

La estafa en el arte, que incluye, pero no se limita, a la producción y venta de arte falso, es posible gracias a la esencial confianza que existe en el mundo de las transacciones, una seguridad que es aprovechada por coleccionistas, distribuidores, casas de subastas y museos. Las posibilidades de fraude que pueden involucrar al mercado artístico son muy amplias. Es el caso de múltiples tipos de estafa como la de cheques falsos, reclamaciones de seguros que se basan en el engaño, defraudaciones a la Hacienda pública, exagerando el precio de una obra para pignorarla, o comprando obras de arte para blanquear dinero, etc. Sin embargo, en esta tesis doctoral nos ceñiremos, por su especificidad a la estafa que se comete mediante la producción y/o venta de obras de arte falsas. La razón de

²STS 20 de marzo de 1985.

esta reducción del objeto de estudio reside en que, si bien son figuras que guardan cierto paralelismo con la estafa con obras de arte falsas, por acontecer en el mercado del arte, el contenido del injusto es sustancialmente diferente. Ello provocaría una notable diversificación que podría complicar excesivamente la unidad y sistemática en el tratamiento de los problemas que han sido examinados. Por tanto, en nuestro Derecho positivo y, en consecuencia, dentro de su infranqueable marco legal, en cuanto se refiere a la estructura y elementos integradores de la modalidad conocida como “estafa de obras de arte”, son todos ellos subsumibles en la estafa común.

El objeto de la investigación, pues, queda circunscrito a la figura básica del delito de estafa y a los preceptos que la complementan, ciñéndose el análisis jurídico en consecuencia al precepto arts. 248.1, 249 y 623.4 del CP como más fundamentales. A lo largo de la misma, se utilizarán conceptos desarrollados por la doctrina penal y criminológica de la estafa y el fraude que recaen en el arte mediante la falsificación de sus obras.

Con las conexiones de todos los conceptos histórico-artísticos y jurídicos, se llegará a una tesis que tratará la cuestión desde ambos ámbitos. Con miras a este aporte, la presente tesis doctoral descansa sobre tres áreas: el Derecho penal, la Criminología y la Historia del Arte. La metodología seguida en toda tesis responde a la reflexión y al análisis de la bibliografía existente en cada uno de los ámbitos mencionados.

Las fuentes utilizadas son más amplias que las normales que se suelen emplear en un estudio enfocado bajo los presupuestos de la dogmática jurídica,³ pues al material bibliográfico dedicado a esta materia y afines, se le ha puesto especial atención al estudio que desde la perspectiva de otras ramas como desde la perspectiva histórico-artística han tratado sobre el medio de comisión de esta estafa común: la obra de arte.

Hasta el momento son escasos los estudios doctrinales desarrollados sobre el tema. La doctrina española no se ha visto nunca demasiado atraída por el desarrollo de esta singular estafa, por lo que solo encontramos algunas monografías

³También se ha tenido en cuenta la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales inferiores, llamada Jurisprudencia menor.

que estudian, o bien en conjunto el delito de estafa, bien otro tipo de estafas en el mercado del arte⁴ o bien el tráfico ilegal de los bienes culturales⁵, y de manera secundaria, las falsificaciones. Pueden encontrarse algunos artículos doctrinales, pero o dan una visión genérica, o bien parcial,⁶ centrándose solo en alguno de sus aspectos⁷ y obviando un estudio global y en profundidad. Es muy interesante “SPENCER, R. (ed.) *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*. Colección Arte y Derecho. Fundació Gala-Salvador Dalí. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011”, pero sin embargo no hay una referencia explícita al derecho español.

A nivel internacional, la doctrina del *Common law* está muy desarrollada, tal vez porque el mercado del arte se encuentra actualmente en Londres y Nueva York.⁸ por encima de un estudio histórico-artístico o estético.

En los años 60 y 70 hubo un mayor interés, y los manuales fruto de esta época siguen siendo obras de referencia.¹⁰ Actualmente, hay organizaciones que publican libros interesantes,¹¹ así como las casas de subastas Christie’s and Sotheby’s,

⁴Como el fraude a la compañía aseguradora, en LLUENT, JM. Expolio y fraude en el arte. Winterthur, 2002.

⁵Fiscal e historiador VALDÉS, AR. *Comercio y circulación de bienes culturales: guía jurídica para profesionales y coleccionistas de arte y antigüedades*. Madrid: Difusión Jurídica, 2011, es un libro genérico.

⁶MUÑOZ CONDE estudia el “Tráfico ilegal de obras de arte”. En: *Estudios penales y criminológicos*, 1993; CASABO M.A. “La estafa en el mercado del arte: engaño y víctima”. En: *La Ley*, n. 8101, 2013.

⁷FERNÁNDEZ GALLEGO, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte”. En AA. VV. *La lucha contra el Tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.

⁸CONKLIN, J. *Art Crime*. Westport, Connecticut: Praeger, 1994. DUBOFF (et al.) *The Deskbook of Art Law*

Desde la perspectiva histórico-artística, la literatura que en mayor medida trata de este tipo de estafa en el arte, no se caracteriza por su rigor científico, sino más bien se ciñe a la personalidad individual (biografía del estafador) y/ o en la forma de comisión del crimen⁹. Buffalo, N.Y. : W.S. Hein, 2004.

¹⁰ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte. 3000 años de fraudes en el comercio de antigüedades*. Barcelona: Noguer, 1961.

FRIEDLÄNDER, MAX J. *El arte y sus secretos*. Barcelona: Juventud, 1969.

¹¹CHARNEY, N. *Art and Crime: Exploring the Dark Side of the Art World*. Westport:

editan manuales de los cursos que organizan.

Un fenómeno más reciente, y cuyos catálogos han reabierto la cuestión, son las exposiciones de grandes museos sobre el concepto de originalidad y copia, así como las falsificaciones.¹²

A diferencia de la cuestión a nivel jurídico e histórico, el concepto de falsificación ha interesado a la Estética, que ha aportado mucho a este tema,¹³ y que trataremos por motivo del objeto de esta investigación, de manera limitada.

Junto a las fuentes bibliográficas, se hace referencia a una Hemerografía que se le da un tratamiento diferenciado. Hemos considerado interesante esta diferenciación porque el estudio del material periodístico no es conocimiento, sino información. Siendo conscientes que las noticias de prensa en una tesis doctoral pueden suscitar críticas por la poca base científica, sin embargo, hemos creído conveniente hacer un análisis de la misma porque supone un elemento más de la situación del mercado del arte en la actualidad, y permite poner en evidencia la vida real. Con ello demostramos que hemos evitado hacer una historia de la falsificación de objetos artísticos y nos hemos ceñido a los hechos contemporáneos y la tendencia futura.

Todos estos elementos de análisis (desde los instrumentos más teóricos, hasta los documentos más “prácticos”) han contribuido perfilar una situación actual de las estafas que se cometen mediante obras de arte falsas.

El método empleado encuentra su reflejo en la propia estructura de la presente

Praeger, 2009. CHARNEY es director y fundador de ARCA, “Association for research into crime against art”. IFAR es la “International foundation for art research”, que también tiene numerosas publicaciones. Asimismo la pequeña organización independiente “Institute of Art and Law” (www.ial.uk.com).

¹²Por ejemplo: JONES, M.: *Fakes? The art of deception*. Exhibition catalogue. The Trustees of the British Museum. London, 1990; WIESEMAN, M. *A closer look. Deceptions & discoveries*. National Gallery Company, Londres, 2010.

¹³BRANDI, C. *Teoría de la Restauración*. Madrid: Alianza, 1988. CLARK, K. *¿Qué es una obra maestra?*. Barcelona: Icaria, 1980. DANTO, A. (et. al.) *¿Qué es una obra maestra?*. Barcelona: Crítica, 2002. DUTTON, D. (ed.) *The Forger's Art, Berkeley*. University of California Press, 1983. El profesor de la Universidad de de Vigo, Alberto Ruíz de Samaniego, profesor de Estética y Teoría de las Artes de la Universidad de de Vigo, UIMP en Galicia, dirigió en 2011, en A Coruña, un seminario de 4 días sobre falsificaciones de obras de arte: “F de falso. La veracidad del engaño”.

investigación y viene determinado por la naturaleza del propio objeto.

En un primer estadio, que se concreta en el Capítulo 1, se realiza un estudio terminológico, necesario para poder obtener un marco introductorio donde se acota el tema: el mercado del arte y el concepto de obra de arte. Estos conceptos son muy amplios y por tanto ciertamente abarcadores, con lo que ello implica en determinadas ocasiones el no poder profundizar completamente en alguno de ellos. Estudiamos las formas comisivas, así como se analizan tres ejemplos criminológicos recientes, para concluir con una breve reflexión sobre el valor de lo falso. Estas distintas secciones son necesarias para la exégesis y aplicación de la mentada figura delictiva.

Un segundo Capítulo se inicia con un breve análisis de la cuestión en el Derecho comparado. Ello proporciona un buen punto de referencia para poder examinar con mayor cautela las soluciones ofrecidas por otros ordenamientos. A continuación se intenta crear un modelo explicativo sólido y coherente, que pueda dar respuesta a los problemas más importantes que determinan en última instancia el fin perseguido en la presente investigación. Para ello se lleva a cabo una interpretación de los diferentes términos típicos guiada siempre por nuestra propia consideración del objeto del delito.

Se analizan las relaciones concursales de la estafa con la falsedad documental, con el plagio, con la publicidad engañosa y con los daños en archivo, registro o biblioteca.

También tenemos en cuenta las agravantes y determinadas cuestiones que consideramos “dudosas”, como el decomiso de la obra falsa, los problemas con la jurisdicción o competencia, el delito continuado y los daños morales.

De ahí que, pese a que se encuentran referencias específicas al ordenamiento jurídico español, la mayoría de las afirmaciones aquí sostenidas son extensibles a otros sistemas jurídicos, presupuesto necesario del que parten las premisas básicas del Capítulo III.

Este tercer escalón se dedica al estudio del bien jurídico protegido. En este lugar se pretende desvelar una cuestión técnica fundamental, cual es aquella que hace referencia a la concreta determinación del interés o valor tutelado por la norma penal; pero también se busca un criterio hermenéutico sólido que determine su naturaleza jurídica, en relación con el engaño y los sujetos intervinientes. Por su

incidencia en el mercado y no excluyendo una de las dificultades de esta materia, también se trata desde la perspectiva del derecho privado, la responsabilidad civil de las salas de subastas. Esta investigación hubiera quedado incompleta si no hubiéramos hecho una breve referencia a las cláusulas para los compradores que se encuentran en los catálogos de las salas de subastas y las acciones que se ejercitan ante la averiguación del carácter de no original de la obra de arte. Asimismo se estudia los negocios jurídicos criminalizados. Analizamos a la víctima de la estafa desde una perspectiva victimológica, observando las especiales características de este tipo de comprador. Se hace unas consideraciones a propósito de un posible carácter pluriofensivo de los delitos de estafa con obras de arte falsas. Finalmente, se aplica la fórmula jurídica a la cuestión examinada intentado que la respuesta sea coherente con el planteamiento teórico inicial y también correcta desde el punto de vista políticocriminal.

Por último, señalar que al tratarse el objeto de estudio de un tema incardinado en la Parte Especial del Derecho Penal, no se ha querido profundizar en aquellos conceptos y principios que pertenecen a la Parte General. A nivel conceptual, se ha limitado el tratamiento de conceptos como el de obra de arte a efectos de no exceder el propósito de esta investigación, y cuando ha sido necesario, y como última fase que culmina la tarea científica, hemos sido críticos y hemos propuesto terminología.

Con todo el proceso de elaboración de la tesis, se ha pretendido que el resultado final sea un trabajo que tenga aplicabilidad en los operadores del derecho y teóricos del arte.

Capítulo 1

CONCEPTOS Y PROBLEMAS DE LA ESTAFA CON OBRAS DE ARTE FALSEADAS Y/O MENDACES. BREVE HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE CONCEPTOS

1.1. Introducción

El delito de estafa es una conducta antijurídica que, regulado en el Código Penal español en el artículo 248 y siguientes, consiste en conseguir un acto de disposición patrimonial de la víctima en perjuicio de un patrimonio, mediante el error que le produce un engaño del sujeto activo o estafador. El Tribunal Supremo, en sus interpretaciones, ha trasladado la esencia de la estafa al engaño, que debe ser “bastante”. Cualquier engaño es penalmente típico siempre que sea bastante para provocar el error de la víctima. Los *modus operandi* usuales para conseguir este error en la víctima son tan variados como el ingenio humano para conseguir dinero de forma ilícita.

En el presente estudio se va a hacer un análisis de una forma de comisión de la estafa en el mercado del arte mediante la falsificación o alteración de las mismas obras.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

La estafa objeto de nuestro estudio se cometerá siempre mediante la falsificación del objeto artístico, y/o de la documentación que la acompaña, y no podrá consistir en cualquier falsificación burda. El concepto de obra de arte en primer lugar y de falsa o falsificada será pues fundamental para que se de el engaño bastante. Se insistirá, por ser considerado de suma importancia, en los mecanismos para determinar el carácter falso de una obra artística.

Para no exceder el tema de la tesis, no se hará referencia a todos los aspectos administrativos, civiles o mercantiles en los que se comercia con obras de arte falsas. Asimismo tampoco en estafas en los que no concurra este carácter de objeto falseado y/o mendaz, aunque estas se hayan producido dentro del mercado del arte.

La falsificación de obras de arte no es un hecho reciente. El aumento del coleccionismo privado (que se intensifica en determinadas épocas, como en Roma, el Renacimiento y sobre todo a partir del siglo XX) supone la aparición del mercado del arte. Este mercado, ante la imposibilidad de satisfacer una demanda, generó una oferta mediante las copias, que según las distintas épocas tuvieron distintos significados.¹ La obra de arte como objeto de valor es y ha sido negociable y se ha convertido en objeto de comercio, principalmente motivado por los coleccionistas. Cualquier mercado rentable, con fuerte demanda y clientes solventes, ha ocasionado que entren en el mercado objetos falsos.

El deseo de poseer obras de arte o coleccionar responde a dos necesidades instintivas en el ser humano: la necesidad de acumulación (para asegurar la supervivencia del género humano y podemos entenderlo como una cuestión física) y la necesidad de permanencia (que es el afán de guardar para el futuro lo preservado, y es una cuestión psicológica). Esta necesidad de permanencia ha permitido a su vez al coleccionista satisfacer una búsqueda de exaltación política, económica y/o cultural.

Por lo tanto, las razones de este deseo de apropiación son culturales y han sido diversas a lo largo de la historia: prestigio social, la delectación, así como el culto al objeto religioso como posesión de un símbolo de poder, propaganda política, etc. Sin embargo, con la Industrialización, y la intensificación de la economía de mercado, una de las más poderosas es la concepción de la obra de arte como una inversión económica altamente rentable.

En nuestra época reciente, en concreto a partir de los años 80 del siglo XX, las

¹Son diferentes, a nivel de significado, una copia romana de un original griego, de una copia del siglo XIX, como veremos en este capítulo.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

cotizaciones del arte occidental han subido hasta cotas no superadas por periodos anteriores. En concreto, entre marzo de 1987 y la primavera de 1990 asistimos a un proceso de mercantilización de la obra de arte, tanto en el precio de las obras obtenidas en subastas, como en la obtención de grandes plusvalías.² Las subastas internacionales de arte empiezan a ser noticia de portada de los medios de comunicación y el mercado de obras artísticas, objeto de estudio de los economistas por los altos precios obtenidos en sus ventas.

Hasta ese momento, el coleccionismo de arte había tenido su base en razones de “gusto” o de delectación, o de “prestigio”, sin perjuicio de ser un seguro económico, pero se estaba convirtiendo en un bien especulativo muy rentable, y tanto los aficionados al arte como los inversionistas que buscaban la mayor rentabilidad, vieron en las obras de arte unos bienes de inversión muy interesantes. En la valoración de las obras de arte siempre se había considerado las características artísticas de la obra, el análisis del artista y los condicionantes del mercado del arte específico, en que dicha obra iba a ser objeto de transacción, posteriormente, sobre todo en la actualidad, esto deja de ser una cuestión importante y se la concibe en términos generales como un bien especulativo.

Como ya hemos mencionado con anterioridad, la falsificación ha estado motivada y favorecida por diversos motivos, por ejemplo por la imposibilidad de atender a esta demanda de bienes artísticos. En el presente esta motivación se acentúa por la facilidad de comisión de un delito de estafa ante la dificultad de identificación por el comprador medio, por los enormes beneficios que se pueden obtener mediante la venta de una obra de gran valor falsificada, por los bajos costes de fabricación o por la escasa pena que conlleva en caso de ser condenados, entre otros.

Actualmente las falsificaciones están deviniendo en un problema realmente grave y sin embargo no es aún suficientemente percibida como tal y asumida por los operadores del mundo del arte ni por las Administraciones públicas. Es muy interesante el análisis de la cuestión que da Lluís Peñuelas i Reixach³, secretario de la Fundació Gala-Salvador

²Fuente: EXPANSIÓN, 26-V-1990, citado por VILLALBA, A, Mercado del Arte y Coleccionismo en España (1980-1995), Madrid: ICO, 1995, p. 17: “En la primavera de 1990 los impresionistas habían sufrido una variación porcentual a su favor del 196 % en un año, del 243 % en dos y del 490 % en cinco; los expresionistas alemanes del 23, 83 y 138 % respectivamente; los maestros de la escuela de París (con Picasso a la cabeza), del 10, 71 y 163 %; y los de la escuela de Nueva York, del 70, 98 y 190 %. Así, por ejemplo, *Mata Mua*, de Gauguin, multiplicó su precio por seis entre 1984 y 1989 y *Yo, Picasso* por ocho entre 1981 y 1989.”

³En la Presentación del libro de SPENCER, R. (ed.) *El experto frente al objeto. Dictam-*

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Dalí, de por qué de este aumento de falsificaciones de obras de arte:

Facilidad. La facilidad para crear falsificaciones es hoy, en algunos casos, mucho mayor que en otras épocas. Así sucede, por ejemplo, con las obras seriadas sobre papel, las esculturas seriadas o las piezas contemporáneas conceptuales. Su propia simplicidad técnica, los procedimientos de reproducción de las obras seriadas o el desarrollo de las nuevas tecnologías de copia facilitan actualmente en gran medida el trabajo de los falsificadores.

Incentivo económico. Los márgenes de beneficio que se obtienen de esta actividad son muy elevados, tanto en la falsificación de obras únicas de gran valor económico como en la de obras menores seriadas, que se producen en gran número de ejemplares. Este incentivo existe también debido a que los falsificadores consideran, de forma acertada, que las posibilidades de que sean detenidos o sancionados es relativamente pequeña, por las razones que a continuación expondremos. Por otra parte, se falsifican sólo las obras de aquellos autores que el mercado demanda, por lo que el falsificador sabe que tendrá muchas posibilidades de vender el resultado de su labor criminal.

Multiplificación. La lucha contra las falsificaciones se ha complicado hasta un punto casi insoluble porque éstas han aumentado en gran número. Aunque no se cuenta con estadísticas fiables, se puede afirmar que las falsificaciones ya no son casos puntuales sino que las hay a miles debido a que las técnicas para realizar obras auténticas seriadas de artistas, litografías o esculturas entre otras, permiten también producir obras falsas de forma seriada y masiva.

Globalización. La falsificación ha dejado de ser un problema local o nacional y ha pasado a serlo de carácter internacional e incluso global. El mercado de los grandes artistas es global y las piezas fraudulentas circulan de país a país, dificultando la lucha en contra por parte de los agentes culturales y legales, que, por constricciones jurídicas o económicas, suelen tener un ámbito nacional. También se han multiplicado los mercados en donde se crean las falsificaciones, algunos de ellos muy alejados de nuestro

inar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual. Colección Arte y Derecho. Fundació Gala-Salvador Dalí. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011; pp. 9-15.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

entorno y con sistemas legales muy poco combativos contra este delito, como son los de algunos países asiáticos o africanos.

Nuevas vías de comercialización. Internet ha facilitado el acceso a la comercialización de obras falsas a personas que antes, por falta de medios materiales y de prestigio, nunca hubieran podido establecer un negocio tradicional de venta de obras de arte.

Profesionalización. La imagen de un artista frustrado que falsifica obras de otros artistas en su estudio y opera en solitario debe ser desterrada, pues en muchas ocasiones existen grupos organizados que actúan en diversos países y que mueven centenares de obras falsas, que cuentan con numerosos medios personales, materiales y legales, y que incluso tienen conexiones mafiosas con las que intimidan a aquellos que luchan en contra de sus intereses.

Falta de formación de los coleccionistas. Cada vez hay más coleccionistas con escasa formación, y que compran sin dedicar un mínimo de tiempo y de esfuerzo a conocer qué están comprando.

Dificultad de acudir a expertos con autoridad. Apenas hay expertos de reconocido prestigio a quienes acudir para asesorarse sobre la autoría de las obras de arte, y cuando se les encuentra, pueden hallarse en otros países, o ser personas de difícil acceso para la inmensa mayoría de coleccionistas. La consulta puede resultar muy cara y en numerosas ocasiones no quieren opinar, por motivos legales o por temor a consecuencias económicas. Por otro lado, sí que abundan los seudoexpertos que, con poca autoridad y honestidad, están dispuestos a realizar certificados que confunden al público.

No hay consenso sobre qué es una obra de arte original. Ello permite la venta de reproducciones como obra original y, por tanto, como auténtica del artista. Un fraude conexo con este problema, pero de naturaleza distinta, es el de no respetar el número de ejemplares máximo fijado en las ediciones limitadas de obras seriadas.

Deficiente regulación. Si en el mercado se carece de un consenso sobre los conceptos básicos que atañen a esta materia, tampoco lo hallamos a nivel legal. En la inmensa mayoría de los países existe una definición legal de autoría, de obra original, de reproducción... Salvo contadas excepciones, como por ejemplo en algunos estados de Estados Unidos o en Francia, donde no se han promulgado leyes para luchar contra el fraude en el mercado del

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

arte y, por tanto, no se ha intentado abordar de forma orgánica este problema. Tampoco hay una regulación internacional comparada y armonizada que establezca las mismas medidas en todos los países para un problema que es común y similar en todos ellos.

Falta de interés en denunciar por parte de los perjudicados. Los coleccionistas defraudados pueden no tener interés en denunciar, para no evidenciar que han sido engañados, para tratar de recolocar las obras o porque las adquirieron sin pagar los correspondientes impuestos. Los galeristas y artistas tampoco. Los primeros, porque perjudica su imagen y crea inseguridad en el mercado. Los segundos, debido a que no les interesa que se sepa que son objeto de falsificación, pues ello puede afectar al precio de sus obras y a la voluntad de los coleccionistas de adquirirlas.

Coste e incertidumbre de los procedimientos judiciales. La mayoría de falsificaciones lo son de obras únicas menores o de obra seriada, en las que el perjuicio económico no compensa la acción de entablar un proceso legal, que puede resultar largo y caro al exigir peritajes artísticos y científicos. En algunos supuestos, y debido a la movilidad física de las obras, se pueden producir conflictos jurisdiccionales que complican la resolución de los casos. Los jueces no están versados en materias artísticas, como no lo están en muchísimas otras, pero aquí esto se agrava en la medida en que se trata de una materia discrecional técnica en la que apenas existe jurisprudencia que les pueda orientar. Al ser un tema propio de la discrecionalidad técnica, los jueces deben apoyarse en el criterio de los expertos, pero entonces descubren que casi no hay expertos fiables y con autoridad a los que puedan acudir para orientarse, cosa que no ocurre, por ejemplo, cuando necesitan expertos capacitados para resolver otros temas propios de la discrecionalidad técnica, como puede ser declarar mentalmente incapaz a alguien. Pero cuando los encuentran, en muchos casos éstos no siempre coinciden en sus conclusiones, por lo que los jueces tienen que acabar decidiendo sobre qué expertización les merece más crédito, un tema discrecional en el que no siempre se sienten cómodos y donde pueden acabar decidiendo en contra de lo que se acepta en el mercado.

Dificultad de prueba en los procesos penales. Los delitos de estafa exigen que se demuestre la intención de defraudar o engañar, lo que muchas veces no es posible, y por este motivo, junto al resto de los ya comen-

tados, los vendedores de falsificaciones en pocas ocasiones son llevados a juicio, como lo prueba el hecho de que casi no exista ninguna sentencia al respecto, lo que contrasta con la gran atención mediática que reciben las falsificaciones de obras de arte.

Desinterés y poca formación de los jueces y la policía. Las Administraciones públicas y el poder judicial no han adquirido conciencia de las repercusiones de la falsificación de obras de arte. La policía, los funcionarios de frontera y los jueces no suelen priorizar la lucha contra este delito, y tradicionalmente han preferido dedicar sus recursos limitados a otras acciones punibles. Todo ello, agravado por el hecho de que esta cuestión aún no está resuelta desde el punto de vista jurídico y artístico, por lo que se convierte en un problema en el que siempre se sienten comprensiblemente incómodos”.

1.2. El mercado de las obras de arte y sus elementos

La falsificación de obras de arte es el principal problema que afecta a este tipo de mercado, caracterizado por la especificidad de sus objetos. El carácter de *unicum* que tiene la obra de arte determina también su valor económico que regula el mercado artístico. El tráfico ilícito de bienes culturales se desarrolla en medio del comercio legal, pretendiendo y muchas veces consiguiendo mezclarse y confundirse con él. En el mercado de las obras de arte siempre ha existido un comercio ilícito de obras, bien mediante el robo y posterior venta de las mismas, bien mediante las estafas con la venta de falsarios.

A la hora de examinar este tipo de mercado, la doctrina manifiesta la dificultad del mismo a la hora de recopilar datos, pues las obras artísticas se caracterizan por ser únicas (gran parte de la información relevante sobre cada pieza no es generalizable al resto), y hay una ausencia de normalización en todos los procesos relacionados con la producción y con la distribución de las mismas. Asimismo, carece de contratos estándar para regular las relaciones productivas y de intermediación de los mercados así como de un órgano regulador o de supervisión del mercado. Todas estas diferencias con respecto al resto de mercados conocidos, dificultan el análisis o estudio económico del mercado del arte. La ausencia de una Teoría Económica unificada, se pone de manifiesto en la

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

disparidad de los resultados obtenidos por los diferentes estudios, dependiendo de las hipótesis de trabajo establecidas.⁴

En el mercado del arte, el bien o servicio se compone de dos tipos de flujos de obras artísticas. En primer lugar, tenemos el flujo de las obras "antiguas", que son aquellas cuyos artistas no viven actualmente. Por tanto, solo es posible aumentarlo mediante la recuperación de obras que se encontraban perdidas. Las obras antiguas no constituyen un *flujo de producción* propiamente dicho, se trata más bien de un *flujo de conservación*, esto es, una corriente circular con algunas salidas (originadas por pérdidas y deterioros de obras) y con algunas entradas, a medida que los artistas vivos dejan de existir, y sus obras pasan a la categoría de "antiguas". De ahí, que la desaparición de un artista repercuta con frecuencia, en una revalorización de sus obras, ya que desaparece también el riesgo de una oferta autoimitativa más o menos prolongada en el tiempo. Sin embargo, existe un gran factor de inseguridad en el sentido de que nadie sabe, ni siquiera aproximadamente, cuántas obras han sido almacenadas por los propios artistas consagrados y por sus comerciantes de confianza. Se desconoce el número de obras que han salido de los estudios de los artistas. A la muerte de un artista, una salida excesiva de obra conllevaría una bajada de precios por el exceso de la oferta. El valor de cambio es un precio de equilibrio que se genera por el juego de la oferta y de la demanda, aunque el mercado del arte no sea perfectamente competitivo.

En nuestros días es muy difícil que se descubran importantes obras ignoradas del arte antiguo. La mayor parte de los "hallazgos" debe observarse con gran cautela porque cada vez es más difícil. Dada la ausencia de un flujo de producción que alimente el mercado con las obras cuyos autores ya han fallecido, por su carácter semicerrado, este stock⁵ sólo es ampliable mediante copias o falsificaciones, que serán un medio de cometer una estafa en el mercado del arte. Los buenos falsarios acudirán a la hábil reproducción de obras desaparecidas pero reseñadas en inventarios o documentos de distinto tipo (al recurso del hallazgo de la obra perdida) o a la creación de objetos completamente nuevos pero adscribibles a un periodo o maestro determinado, captando el espíritu de la

⁴Resumen de las distintas teorías en UNZUETA ESTEBAN, S. "El mercado del arte". En: *Boletín ICE. Económico Información Comercial Española*, n. 2747. 2002. pp. 35-44.

⁵En cuanto a la oferta de obras de arte de artistas desaparecidos, esta no es muy abundante por las características a las que ya hemos hecho referencia, a lo que hay que añadir que los fondos de arte públicos y también los fondos de arte que son propiedad de coleccionistas estables, lo que sustraen del flujo circulatorio una cantidad importante de las disponibilidades totales.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

época o artista a falsificar y dotándoles de un pasado (mediante la creación del historial de la obra, es decir, su procedencia) para incorporarla a la lista de trabajos del pintor y dotarla de credibilidad.

Por tanto, para que exista mercado⁶ para una determinada obra de arte, es necesario que tan sólo haya dos partes interesadas, esto es, oferta y demanda, y que éstas se pongan de acuerdo en la transacción. De forma muy breve veremos quiénes integran ambas, pues ellos serán los que en el supuesto de una conducta típica serán el sujeto activo y pasivo respectivamente.

La oferta de obras de arte se concentra en los marchantes, en las casas de subasta, en los mismos artistas (a través de galerías y exposiciones) y en propietarios que se desprenden de sus inversiones.⁷ Sin embargo, estos no son solo los que actúan en el mercado, pues al no poseer el mercado del arte una estructura rígida, deja paso a una multitud de agentes que pueden operar con muy distinta profesionalidad e integridad.⁸ A continuación nos referiremos a su concepto y daremos algunos ejemplos criminológicos de los mismos de conductas ilícitas.

La figura del *marchante*⁹ no puede identificarse con la de un simple intermediario comercial porque colabora en la búsqueda de nuevos valores artísticos y en la renovación del arte. Entre otras actuaciones, este financia a los artistas con expectativas de futuro, divulgando las innovaciones estéticas y distinguiendo entre la auténtica creatividad y la mediocridad en el sector.

También podemos hablar de las galerías de arte, que son las que marcan la trayectoria del mercado del arte, y contribuyen en gran medida, al alza o baja en las cotizaciones de los artistas. La forma jurídica de las galerías de arte se distribuye principalmente entre sociedades anónimas, sociedades limitadas y empresarios individuales, siendo ésta última la mayoritaria. Lo cual es indicador de que el volumen de negocio y el riesgo que

⁶Interesante resumen en VILLA, R. de la. *Guía del usuario de arte actual*. Madrid: Tecnos, 1998.

⁷Ya sea para materializar plusvalías o por razones de índole diversa, como la crisis económica.

⁸GUADALAJARA, N.; BLASCO, A. y GUIJARRO, F. “Valoración de las obras de artes pictóricas. El caso español de pintores contemporáneos en la década de los 90”. En: *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*. V. 10, n. 4, 2001; y en BLASCO, A. y BALLESTERO, E. *Valoración y tasación de obras de arte*. Universidad Politécnica de Valencia, 1997.

⁹VILLA, R. de la. (ob.cit.), p. 86 y ss.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

asumen la mayoría de galeristas no es grande. Un ejemplo de actuación ilícita ha sucedido en Inglaterra cuando se ha descubierto una trama de estafas a través de la *Galería Knoedler & Company* que participaba en el mercado desde 1846 y que ha tenido que cerrar tras el escándalo.¹⁰

Las *casas de subastas*¹¹ son un pilar fundamental del arte, y ofrecen a sus clientes una plataforma comercial que permite la difusión y conocimiento de los posibles compradores de la obra que se quiere vender. El comprador dispone a través de las subastas de la mejor posibilidad de acceder a la oferta de objetos de calidad artística y cultural. Las salas punteras editan cuidados catálogos con reproducciones fotográficas y las características de los objetos que serán subastados.¹² En Francia, una de las casas de subastas más importantes de París, el *Hôtel Drouot*, cuya actividad comienza en el siglo XIX y continúa hasta la actualidad, sigue estando en tela de juicio al haber sido intervenida por el gobierno francés a causa de su ejercicio de "un comercio ancestral con objetos robados". En las casas de subastas los engaños que puedan cometerse suelen ser sin su conocimiento, pues en ello va su prestigio. También puede ser que la obra falsificada sea tan buena o la documentación aportada tan convincente que los intermediarios sean engañados. Sin embargo, no todas son iguales, y es fundamental fijarse en la información reseñada en los catálogos de las mismas. Puede que se anuncie un cuadro como *atribuido a* un pintor, a una escuela, a un círculo, etc., con un precio alto

¹⁰BURNS, C. "Knoedler forgery scandal grows". En: *The Art Newspaper*. N° 231, enero 2013. <http://www.theartnewspaper.com/articles/Knoedler-forgery-scandal-grows/25427>. GILBERT, L. "Dealer pleads guilty to selling Abstract Expressionist fakes", En: *The Art Newspaper*, 16 septiembre 2013, <http://www.theartnewspaper.com/articles/Dealer-pleads-guilty-to-selling-Abstract-Expressionist-fakes/30439>: Rosales admite vender obras falsas de Rothko, Pollock y Motherwell por más de 33 millones de dólares.

¹¹De forma muy breve esta es la mecánica de las casas de subastas: Las personas interesadas en vender alguna obra de arte a través de la casa subastadora en cuestión, debe entrar en contacto con dicha casa. Para que sea admitido un objeto de arte, la sala de subasta realiza un estudio previo y autorizado, así como una tasación de la obra. El depositante debe garantizar ser el propietario de la obra depositada y/o tener plena autoridad para contratar la gestión de venta en pública subasta, así como garantizar que los objetos están libres de cargas y gravámenes, y que no existe ningún tipo de reclamación sobre éstos. El depositante deberá facilitar toda la información en su poder relativa a la procedencia de los objetos depositados. La sala ofrece un local donde los eventuales compradores pueden contemplar la obra. Existe un tiempo mínimo de exposición para los objetos en oferta, que suele rondar los quince días. Proporciona además un soporte publicitario, al anunciarse el acontecimiento en periódicos y revistas especializadas. Ver también 127 y ss.

¹²En ocasiones, la casa cobra una cantidad por las reproducciones fotográficas.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

o muy alto y no se añadan más datos. Un comprador ingenuo, que se cree muy hábil, se fija en la firma que aparece discretamente en el cuadro y adquiere una obra que no vale ni una décima parte de lo que piden con la certeza de que ha realizado una gran compra.

Los *anticuarios* estudian objetos artísticos, entre otros: la pintura, la escultura, las artes decorativas (plata y joyas, textiles, cerámica, muebles y objetos de colección) históricas etc., es decir con antigüedades. Negocian con antigüedades a partir de sus propias colecciones o la adquisición de otras; localizan objetos, los clasifican y los catalogan. Del mismo modo pueden realizar un proceso de restauración, tasación e introducción en el mercado de las antigüedades.

Al margen, pero no por ello menos numerosos, existen los *mercados ambulantes o de las pulgas*. Nos referimos a la “economía sumergida” de mercadillos, rastros, marchantes ambulantes etc. En ellos, el precio es más bajo y las transacciones menos seguras al no tener un establecimiento fijo.

Consideremos ahora el lado de la demanda. Aquí, el número de operadores y sus intereses se presentan más dispersos que en el lado de la oferta. Existe un coleccionismo público, que suele ir a los museos, y que sigue unos criterios más o menos homogéneos, y un coleccionista privado. Desde la perspectiva del coleccionista aficionado o coleccionista privado se puede intentar hacer una clasificación, dada su heterogeneidad:¹³ el cultural, el *amateur*, el inversor y el coleccionista por motivos de ostentación.¹⁴ Según el tipo de coleccionista que sea, muy diferente en cuanto a formación, capacidad económica, lugar de compra de los objetos etc., se planteará con unas dificultades u otras.

Brevemente, el mercado del arte en España, conforme al Informe del mercado del arte en España (Fundación Arte y Mecenazgo, 2012) y en las conferencias de la Fundación Arte y Mecenazgo en 2013:

“El mercado español del arte tuvo un comportamiento similar al internacional: en 2007 llegó a doblar su tamaño y en 2009 cayó un 44 %. Debido al estancamiento de Europa, en 2012 siguió decreciendo. En cuanto a sectores, el de las galerías es particularmente alto, con una cuota del 75 %

¹³MISSERI, S.C. (et al). *Economía y estética de la Obra de Arte*. Centro de ingeniería económica. Editorial Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2003.

¹⁴El coleccionismo por ostentación tuvo un auge en el periodo 1890-1930, al producirse en el mercado el “coleccionismo millonario americano”, una de cuyas expresiones paradigmáticas fue el marchante Duveen.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

frente a las subastas, una tendencia común en otros mercados menores, como el de Brasil. Por otro lado, según los datos de las entrevistas y encuestas de dicho informe, la mayor actividad tiene lugar en arte contemporáneo y particularmente en el mercado primario. En 2012, cerca del 98 % de las ventas en subastas fueron inferiores a 50.000 euros y el 95 % del total de ventas se dieron en el sector de las galerías. Se trata, pues, de un mercado de precios bajos, especialmente si lo comparamos con otros centros de Europa, como Londres y París, y de bajo número de transacciones.

En su conjunto, el mercado español está dominado por artistas españoles (centrarse en artistas locales es una característica común de mercados pequeños). Sin embargo, las obras de más valor se venden fuera de España, lo que provoca en el mercado interno una pérdida de valor agregado. A pesar de contar con artistas de gran renombre internacional (Miró, Picasso, Tàpies), la conclusión es que el mercado español es pequeño, un hecho más bien sorprendente si tenemos en cuenta la dimensión del país y su economía.

Como hemos visto, España se encuentra en una posición de desventaja, en parte como consecuencia de que en Europa se han establecido una serie de directivas, como el derecho de participación o el IVA, que limitan el margen de actuación e incrementan la percepción de que es un lugar complejo y caro para el mercado. Para reconducir esta situación, en España deberían encontrarse modos de ampliar la base de coleccionistas, evitando así su excesiva concentración y, en el contexto europeo en general, se debería crear un entorno fiscal favorable que atraiga la compra-venta internacional.

En Estados Unidos, por el contrario, es más fácil: al tratarse de un mercado de activos móviles, este movimiento se da de facto por una cuestión de concentración de la riqueza y el patrimonio y por tratarse de un entorno más favorable en términos de fiscalidad” .¹⁵

¹⁵McANDREW, C. “El mercado global del arte en 2013. Líderes y rezagados”. En: *Círculo Arte Y Mecenazgo*, <http://fundacionarteymecenazgo.org/wp-content/uploads/2013/07/Clare-McAndrew-sintesi-DEF-vAyM1.pdf> (15/10/2013)

1.3. Concepto de obra de arte

1.3.1. Evolución del concepto y precisiones terminológicas

Vamos a aproximarnos a diferentes conceptos fundamentales tratando de definirlos¹⁶ en la medida de lo posible. La idea es poder acotar terminológicamente distintos conceptos problemáticos para separarlos de cuestiones limítrofes y que pueden confundirse. La aproximación será tanto jurídica como histórica y estética. Lafuente¹⁷ comentaba:

“La formación de un historiador del arte ha de comprender, pues, no sólo el dominio de los métodos de trabajo de su disciplina y la familiaridad con el aparato instrumental y filológico que ha de necesitar en su labor, sino una firme orientación filosófica y estética que le relacione con los últimos fundamentos y los últimos fines de las disciplinas históricas a que su vocación le adscribe.”

Hay que especificar que en esta investigación, el concepto y características de la obra de arte falseada y/o mendaz es fundamental. Su determinación terminológica en este estudio no es meramente instrumental, sino que constituye el eje vertebrador y de enorme y necesario interés, de ahí la extensión de este primer Capítulo. Sin embargo, su aproximación doctrinal, consideramos que ha sido escasamente estudiado.¹⁸

Pretendemos definir la obra de arte por la peculiaridad de su conocimiento, afrontando la posibilidad misma de la definición de lo artístico desde distintas disciplinas y abarcando hasta el arte actual.

Creemos que en las distintas teorías late la legítima preocupación por no establecer una definición cerrada de lo artístico, que pueda excluir apriorísticamente a gran parte de lo que actualmente y en el futuro se ofrecerá como obras de arte.

¹⁶La palabra *definir* proviene del latín *definire* formada con el prefijo *de-* que tiene un valor resultativo e indica una dirección desde arriba hacia abajo y el verbo *finire* (terminar).

¹⁷LAFUENTE, E. *La fundamentación y los problemas de la historia del arte*. Madrid : Instituto de España, 1985, p. 14.

¹⁸Hay una breve evolución histórico-estética en JIMENEZ, J. *Teoría del arte*. Madrid: Tecnos, 2002. pp.106-115.

1.3.1.1. Concepto jurídico

En el concepto tradicional de *obra de arte* no existe unanimidad a la hora de definirlo en las distintas normativas nacionales o internacionales, y, por tanto, su ámbito conceptual de aplicación resulta, cuando menos, fluctuante. En la Guía del Convenio de Berna¹⁹ se indica que la categoría de las obras artísticas aglutina tanto a las bidimensionales (entre las que se incluyen dibujos, cuadros, grabados, litografías, etc.) como a las tridimensionales, entre las que se hallan las esculturas, estatuas y relieves, las obras arquitectónicas, así como los monumentos y edificios, ya pertenezcan al género figurativo, ya al abstracto, e independientemente de su finalidad.

El art. 1.2 de la Ley de Patrimonio artístico español 16/1985 en su art. 1.2 afirma que “Integran el Patrimonio Histórico Español (...) los objetos muebles de interés artístico, histórico, (...)”. Por lo que el concepto de “obra de arte” son aquellos objetos a los que se les reconoce una cualidad “artística” y constituyen una categoría especial, sumamente relevante, de los bienes culturales que integran el patrimonio histórico. Hay que señalar que las obras falseadas y/o mendaces no forman parte del patrimonio histórico, ni les afecta su regulación.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho penal, en el Código penal no hay una definición de obra artística y solo hay una alusión explícita a este concepto en “*una obra literaria, artística o científica*” del artículo 270.²⁰ Dicho precepto penal es un tipo en blanco debiendo llenar el sentido del elemento típico “obra artística” mediante la

¹⁹Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Art. 2.1 Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.“

²⁰CAPÍTULO XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Sección 1. De los Delitos relativos a la propiedad intelectual.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

llamada Ley civil, en este caso, la Ley de Propiedad Intelectual.²¹ En esta ley tampoco existe una definición legal, aunque sí la mención de distintos supuestos como ejemplos de este tipo de obras, sin ánimo de determinar, en ningún momento, un listado cerrado.

El artículo 10 al definir el objeto de propiedad intelectual, da una fórmula legal abierta a 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 (...)”. A continuación, el legislador menciona algunos supuestos incorporados a esta definición y, al hacer mención expresa de las obras de arte, delimita las formas típicas: la escultura, la pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como “sus ensayos o bocetos, y demás obras plásticas, sean o no aplicadas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo²² establece al analizar el artículo 10.1 del mismo texto, prescindir “de la intención del creador y del destino de la obra , y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las “obras de arte aplicadas” de las “obras de arte simple” u “obras de arte puro”, lo que ha llevado a algún autor a sostener que nuestro ordenamiento se adscribe a los de acumulación total de protección de los derechos subjetivos de naturaleza intelectual e industrial -sin perjuicio de que su estatuto patrimonial sea inferior a tenor de los artículo 19.5 y 24.1 de la Ley de Propiedad Intelectual-, de tal forma que serían protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa.” Por lo que se exige las notas de originalidad, por ser producto de la creación humana, y expresión formal.

La STS 26 de octubre de 1992 señala que:

“la protección referida nace desde el momento de la creación de la obra sin necesidad de ningún otro requisito y desde ese momento se reconoce al autor, de ahí la necesidad de que la obra se manifieste o exteriorice a través de un soporte, material o inmaterial, adecuado a la naturaleza de la obra , y por ello la obra literaria, artística o científica objeto de protección es una obra individualizada, la creada por el autor y no los posteriores ejemplares o reproducciones realizadas por aquél o por sus causahabientes

²¹Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

²²STS Sala 1ª de 27 de septiembre de 2012.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

en uso del derecho de explotación, de ahí que se exija que concurren las características que la definan como una “creación original”, requisito de originalidad que, según la sentencia reseñada, ha sido entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo, entendiéndose por el primero que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y por el segundo como novedad objetiva; si bien, más que a la nota de novedad, se viene anudando la protección al hecho de que la obra sea hija de la inteligencia, ingenio o inventiva del hombre, STS 7-6-1995 EDJ 1995/2711 ; requisito el examinado que ha de ser afirmado respecto de la obra discutida.”

La normativa del Registro de Propiedad Intelectual²³ también ayuda a la delimitación del concepto de obra de arte, ya que establece los supuestos que pueden ser objeto de inscripción, por ser derechos de propiedad intelectual. En el artículo 14 de su reglamento se reconocen los requisitos específicos para la identificación y descripción de las obras objeto de propiedad intelectual.

Como ya hemos señalado en la introducción de este Capítulo, las falsificaciones de obras de arte no están tipificadas ni como delitos ni como faltas en nuestro ordenamiento penal, es decir, copiar o imitar un cuadro o escultura no es un ilícito penal. Lo que es un delito es el comerciar con obras de arte falsas haciéndolas pasar por auténticas o genuinas, o mejor dicho originales,²⁴ es decir, engañando. Con la estafa y mediante el engaño se pretende provocar un acto de disposición patrimonial al atribuir a las obras de arte unas cualidades de las que carecen, es decir, no son originales e inducen a confusión. Es necesario aclarar que la mera reproducción de una obra de arte no supone ninguna infracción; así como la venta de una reproducción, salvo que entremos en el campo de la propiedad intelectual, tampoco supone ningún ilícito. Lo que es actividad delictiva

²³REAL DECRETO 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. El Registro es un medio para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los autores y demás titulares sobre sus obras, actuaciones o producciones. La inscripción registral supone una protección de los derechos de propiedad intelectual, en tanto que constituye una prueba cualificada de la existencia de los derechos inscritos.

²⁴Según la RAE, *Original*. (Del lat. *originalis*)

1. adj. Perteneciente o relativo al origen. 2. adj. Dicho de una obra científica, artística o literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. *Escritura, cuadro original*. U. t. c. s. m. *El origen de una escritura, de una estatua*.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

es la venta de estas reproducciones, haciéndolas pasar por auténticas y cobrando un precio de mercado como si se trataran de las originales, entonces es cuando surge el ilícito penal (o delito) de estafa. Es la intención de engañar y el uso de la obra de arte “con propósitos fraudulentos” lo que la separa de otras copias y reproducción creadas “con propósitos honestos”. Es por tanto, el propósito de engañar del sujeto activo lo que convierte su puesta en el tráfico jurídico en una estafa.

1.3.1.2. Concepto estético e histórico

Aunque pueda resultar paradójico, no abunda la literatura sobre el proceso de formación de una categoría tan relevante en la teoría del Arte como es la noción de obra.²⁵ Los filósofos del arte han seguido los movimientos artísticos en un intento de capturar sobre qué es esencial sobre arte en su definición. La aproximación a la noción de obra de arte desde la Estética supone una dificultad añadida, a esta investigación interdisciplinar, pero no podemos obviar qué es una obra de arte para la doctrina que más ha estudiado esta cuestión.

El artista y filósofo Paul Ziff²⁶ considera que el problema central del propósito de definir qué es una obra de arte recae en el hecho de que la “obra de arte” no es un concepto fijo. Pero el mismo interés de definición de arte, dice Ziff, es el mejor de trata de describir lo que se considera una obra aceptada en cualquier momento. La esperanza de encontrar alguna definición “real” del arte (como un conjunto de condiciones necesarias y suficientes) es una tarea infructuosa porque esa definición está siempre sujeta a cambio con la siguiente revolución artística.

Posteriores a Ziff, otros autores como Morris Weitz sostienen que el concepto de arte total desafía la definición.²⁷ Su tesis central es la de que la definición del arte no es que sea difícil de hecho, sino que es *lógicamente imposible*. El arte carece de una esencia desde la que puedan determinarse condiciones necesarias y suficientes de lo artístico.

Las propiedades comunes no tienen por qué estar vinculadas (como en ocasiones

²⁵Ver la evolución histórico-estética en JIMENEZ, J. *Teoría del arte*. Madrid : Tecnos, 2002. pp. 106-115.

²⁶ZIFF, P. “The task of defining a work of art “. En: *Philosophical Review* 62 (1), 1953, pp. 58-78.

²⁷WEITZ, “The role of Theory in Aesthetics”. En: *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, 15, 1956. pp. 27-35, citado por GARCÍA LEAL, J. *Arte y conocimiento*. Granada: Universidad de Granada, 1995.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

parece suponerse) a una pretendida esencia intemporal del arte. Pero la cuestión está en si tal decisión sobre lo que es artístico puede derivarse internamente de los propios conceptos estéticos, y remite a cualidades intrínsecas de los objetos —que reconocemos en ellos—, o bien, esa decisión, aún sin ser arbitraria, responde a otro tipo de factores: unos factores externos a los objetos artísticos, es decir, que no tienen que ver con la naturaleza interna de estos.

Algunas teorías del arte, actualmente predominantes, tienen en común el no definir lo artístico por razones que aludan en primer término a propiedades intrínsecas de las obras de arte y, paralelamente, el basar la definición en razones de carácter socio-cultural o en razones “institucionales”.

Podemos hablar pues de dos tipos de definiciones: las culturales (o contextuales) y las institucionales.

De la primera, cultural, un artículo de 1964 de Arthur Danto, *The Artworld*, ha jugado sin duda un papel decisivo. Según Danto, del mismo modo que las personas y sus cuerpos físicos no pueden distinguirse por criterios exclusivamente perceptivos, tampoco esos criterios meramente perceptivos permiten distinguir las obras de arte y los objetos físicos a los que están vinculadas. Las obras de arte, indica Danto, poseen una doble ciudadanía: pertenecen, por un lado, al mundo de los objetos físicos y, por el otro, al “mundo del arte”. Este último está conformado por el conocimiento de la historia del arte y, sobre todo, por la teoría artística vigente en ese momento. Cuando alguien está imbuido de este mundo, domina el es de la identificación artística, es capaz de contemplar algo como obra de arte o —lo que es igual para Danto es capaz de constituirlo como obra artística. Así pues, “lo que establece en definitiva la diferencia entre un bote de Brillo y la obra de arte que consiste en un bote de Brillo (en referencia a la obra de Warhol), es una cierta teoría del arte. Es la teoría la que lo hace entrar en el mundo del arte, y le impide quedar reducido a ser el objeto real que es”.²⁸

De este modo se cierra la explicación de Danto: no son las cualidades perceptibles del objeto —lo que cualquier ojo puede ver en él—, sino que es *la teoría del arte lo que constituye algo como obra artística*. La cama de Rauschenberg o los botes de Brillo de Warhol no habrían podido ser arte en una época anterior. Lo son porque se insertan en una tradición artística y se acogen a una teoría del arte prevaleciente

²⁸DANTO, A. "The Artworld" (1969). En: MARGOLIS, J. (ed.), *Philosophy Looks at the Arts*, Temple University Press, 1978, p. 139- 141.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

en New York durante esos años. La teoría, pues, aparece como condición necesaria y lógicamente anterior a la obra de arte. La teoría de puertas abiertas del arte dice “adelante” a todas las obras y mensajes, pero no parece explicar muy bien cómo una obra de arte comunica su mensaje. La consideración del arte como símbolo (por ejemplo, y en términos generales, tal como la plantea Goodman) podría ser otra perspectiva cultural.

La estructura simbólica de la obra de arte permite dar cuenta de sus rasgos constitutivos tanto en el plano formal y el del contenido como en el de la necesaria imbricación de ambos. El símbolo artístico posee *ciertas propiedades generalmente denominadas “estéticas”*, que tienen que ver con la unidad o integración interna de sus partes, con la complejidad armónica, etc., y que dan como resultado la belleza, sea cual sea el concepto con que determinemos a ésta. Tiene, en tanto mecanismo de simbolización, *ciertas características de orden sintáctico*, como la ausencia de un lenguaje articulado (con un vocabulario compuesto de unidades básicas y un canon estable de composición de tales unidades). Tiene una *peculiar manera de aunar los significantes y los significados*, regida por el principio de inmanencia sensible del significado. Y, sobre todo, el símbolo artístico, respecto a aquello que simboliza, ofrece un *género especial de conocimiento*, ni superior ni inferior al conocimiento teórico, simplemente distinto.

Sin embargo, parece haber extrapolado más allá de lo conveniente un problema concreto, el de cómo el espectador desconcertado ante las obras de vanguardia, puede iniciarse en el reconocimiento del arte. No parece existir otro camino que el de informarle sobre la historia del arte y sobre la evolución interna, aún cuando sea rupturista, que ha dado lugar a esas últimas manifestaciones. Será por tanto el actual contexto cultural, en tanto engarzado con la tradición, el que permita el reconocimiento de lo artístico.

Junto con estas Teorías culturales, podemos hablar de la Teoría institucional. Iniciada por George Dickie en 1969 con su obra *Defining Art*²⁹; desde entonces, la mayor parte de su producción teórica ha consistido en reformulaciones de la versión temprana de su Teoría institucional, que con mayor o menor éxito ha logrado sobrevivir a las críticas que recibiera de autores preocupados por las características inherentes de las obras de arte (Danto, Goodman, Wolheim, etc.).

El artículo que inspira a Dickie para crear la teoría es *The Art World* (1964) de

²⁹DICKIE, G. “Defining art”. En: *American philosophical quarterly*, 1969.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Arthur C. Danto.³⁰ La pregunta motriz de aquél trabajo era: ¿Qué hace de la *Brillo Box* una obra de arte cuando los objetos a los que se parece exactamente, al menos bajo un criterio perceptivo, son meras cosas, o, al menos, meros artefactos? Parte de la respuesta podía encontrarse en las frecuentes alusiones de Danto al marco institucional del mundo del arte, como un conjunto de convenciones más o menos concretas, más o menos teóricas, que operan validando y promoviendo ciertos objetos a la condición de arte, al tiempo que les niegan de manera explícita o velada esta misma categoría a otros. Pero la respuesta no se agotaba ahí; estaban ya en germen las propiedades semánticas de los objetos artísticos que exigen del sujeto perceptor una actitud cognitiva.

El reconocimiento y la acogida dados a un producto artístico, en una determinada época, estará subordinando a los criterios valorativos y a los términos instaurados para la actividad artística. Es bien sabido que en el panorama contemporáneo del arte abundan objetos que no se hubieran considerado artísticos en épocas anteriores: desde hileras de piedras hasta neumáticos de coche, cualquier *objet trouvé* puede sorprendernos en una sala de exposiciones. Hay cuadros que se limitan a dos líneas cruzadas, o a unas manchas de color. Se consideran artísticas ciertas acciones o intervenciones que se agotan en su propio ejercicio. Las teorías opuestas a la definición del arte y las que lo definen por los factores externos que lo acompañan, rehuyen precisar unas condiciones necesarias y suficientes de lo artístico; entienden que tales condiciones producirían necesariamente un cierre extensional del concepto de arte. Suponen que con ello se establece una no deseada, rígida e inamovible demarcación entre lo que es arte y lo que no lo es. Se limitan, por tanto, a describir los criterios operativos prevalentes con los que actualmente se reconoce lo artístico.

Sin embargo, esta voluntad abarcadora, incluso adivinatoria al intentar englobar las producciones del futuro, genera una gran inseguridad. Hablar de *obras de arte* nos ubica en un espacio categorial particular dentro del mapa de los objetos y situaciones producidas por el hombre. No se puede desconocer las obras del pasado y de la actualidad, que ya *son*, para entrar en el ámbito de la probabilidad, o lo que *serán*.

Por ello, encontramos interesante y aclaratoria la definición de Wolfhart Henckmann. En su *Diccionario*³¹ de *estética* se define obra de arte como:

³⁰DANTO, A. *The Art World* (*ob.cit.*).

³¹HENCKMANN, W., LOTTER, K., *Diccionario de estética*. Barcelona: Crítica, 1998, p. 179.

“Obra de arte. El concepto de o. de a. debe abarcar los rasgos necesarios y suficientes que constituyen una o. de a. y debe delimitarla respecto de las cosas naturales, artesanales o producidas industrialmente, y respecto de los instrumentos con fines religiosos, políticos, morales o pedagógicos. Estas características no deben ser ni triviales, ni deben nivelar las diferencias existentes entre las obras de los distintos géneros (teoría de los géneros) y estilos artísticos (estilo), basada en la singularidad de cada o. de a. Mientras que la estética analítica ha cuestionado la existencia de un concepto tal y las filosofías del arte tradicionales intentaron determinar lo que hacía de una sola obra una o. de a. a través de un solo rasgo esencial (belleza, mimesis), desde principios del siglo xx aumentan los intentos de determinar la o. de a. a partir de la acción combinada de varios atributos que, a su vez, no deben concurrir obligatoriamente todos juntos en una obra.

La primera característica que debe establecerse en el concepto de o. de a. es el carácter de obra, a través del cual se representa el hecho de ser producida por el ser humano. Esta característica la comparte con obras producidas artesanalmente o industrialmente, pero lo artístico parece sus- traerse al planteamiento y a la disponibilidad propias de la obra.

Una segunda característica es el material perceptible sensiblemente, el cual constituye la o. de a. o, mejor dicho, en el que se presenta, pero que juega un papel más central en el arte plástico que en las obras que precisan de una ejecución o en las que el material se retira tras la verdadera realidad del arte, como el lenguaje o el texto en la creación del mundo ficticio de una novela o el material fílmico en la exhibición de una película.

Una tercera característica es la presentación, que puede referirse de modo ambiguo tanto a la presentación como a lo presentado y que no se da en las artes no representativas (arquitectura, música) ni en el arte abstracto.

Una cuarta característica es la autonomía, que separa a la o. de a. de todos los usos o destinos que no se funden en ella misma. La o. de a. no excluye ni las funciones sociales (más allá de la propia o. de a.), ni la autonomía tampoco es garante de que una obra posea naturaleza artística.

Una quinta característica, considerada en gran medida la decisiva, es la forma artística, la cual, prescindiendo de la ambigüedad del concepto, puede caer en el automatismo y puede no darse en los estilos artísticos

“dionisiacos” u “orgiásticos”.

Una sexta característica es el carácter expresivo o simbólico, cuyos contenidos pueden abarcar desde el inconsciente hasta las interpretaciones ideológicas o religiosas del mundo, pasando por los sentimientos.

Ninguna de estas características individuales, ni su acumulación agotan la definición de la o. de a. La o. de a. presenta, más bien, una estructura creada a partir de sí misma, en la cual sus elementos diferenciales, que pueden ser resumidos desde las perspectivas de distintas características, se hallan mediados entre ellos de tal manera que se condicionan y se activan mutuamente y dejan aparecer a partir de ellos una “regularidad” (“armonía”, en palabras de Adorno), sobre la que descansa la “unidad orgánica” (Osborne) de cada obra individual.

La o. de a. conforma así un “microcosmos” cuya unidad se halla activa en cada una de sus partes, sin que pueda ser reducida a un concepto determinado. Con un tal *je ne sais quoi* (“no sé qué”) la o. de a. se separa de los conceptos de la estética como no reconstruible racionalmente, aunque también los desafía a demostrar su no previsibilidad. W H.

En síntesis, Henckmann considera una obra de arte como una acción combinada de varios atributos. Ninguna de estas seis características individuales, ni su acumulación agotan su definición: 1) obra producida por el ser humano;³² 2) material perceptible sensiblemente; 3) con una presentación; 4) autónoma; 5) con forma artística y 6) su carácter expresivo o simbólico.

Sin embargo, el concepto de la obra de arte como objeto único e irrepetible no es tan obvio como pudiera parecer a primera vista, sobre todo en una época como la actual, dominada por una casi ilimitada capacidad de reproducir de modo mecánico los objetos que son producidos en serie, industrialización que afecta desde luego a la obra de arte, como puso de relieve Walter Benjamin en su famoso ensayo *La obra de arte en la época de su reproductividad técnica (1936)*³³

No podemos desconocer que vivimos una contradicción en nuestra realidad sociocultural: vivimos con el arte del pasado que ocupa en el mercado una parte más importante

³²En contraposición con las obras de la naturaleza.

³³BENJAMIN, W. “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica”. En: *Discursos interrumpidos*. Buenos Aires: Taurus, 1989.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

que el arte contemporáneo, entendido como coetáneo. Es decir, amamos el arte del pasado de forma diferente a como amamos al arte actual. Tal vez entendemos a Susan Sontag cuando afirma que los objetos del pasado ofrecen una promesa de inmortalidad.³⁴

Vivimos en un mundo inundado por el aspecto, por lo representativo como forma siempre en vivo y no como producto concreto más material (escultura, pintura etc.) o definido. Estas nuevas líneas de evolución del concepto de creación de la obra contemporánea vendrían reforzadas por las tendencias evolutivas del arte, en la que las condiciones de producción están dirigidas por los nuevos medios y la capacidad de comunicación. Es común en el arte contemporáneo la ausencia de la obra única. Existe un conjunto de actividades que de una manera u otra agrupamos bajo el concepto de audiovisual, y que abarca desde la fotografía a los sistemas digitales de imagen y sonido, empezó haciendo algo que no se había hecho antes, reproducir inasibles. Y siguió, este camino, el de la reproducción ha acabado por situarnos ante el hecho de que sólo podemos acceder a reproducciones. El nacimiento simbólico del Videoarte tuvo lugar en 1965, cuando Paik adquirió la nueva cámara de vídeo portátil Portapak de Sony. Nam Jun Paik, en 1965 se atrevió a pronosticar:

“[al] igual que la técnica del collage ha reemplazado la pintura de óleo, el tubo de rayos catódicos (de la televisión) reemplazará el lienzo”³⁵.

Los años 80 fueron testigos de la formación de nuevos apartados de vídeo y nuevos medios en los museos y las universidades más importantes del mundo. La unión del vídeo con la informática, en evolución desde finales de los años 80, junto con los nuevos avances tecnológicos en marcha, ha llevado a la creación de un videoarte de mayor envergadura y complejidad. La relación entre arte y tecnología, y su dependencia con ella, nunca fue tan evidente como con la aparición del vídeo en el contexto artístico a finales de la década de los 60. Esta disciplina ha sufrido multitud de transformaciones: primeramente fue conocido como videoarte, pero sus inclusiones en otras disciplinas y la aparición de nuevas técnicas, han hecho del videoarte un medio interdisciplinario que hace su aparición en el contexto de las artes plásticas, el arte instalativo, el cine experimental, la música, la danza, el teatro, etc. En 1990, partiendo de la videoinstalación *Disturbances (among the jars)* del artista Gary Hill, el filósofo francés Jacques Derrida defendía el

³⁴SONTAG, S. *El amante del volcán*. Madrid: Alfaguara, 1995, p. 263.

³⁵Citado por KRIEGER, P. “Nam Jun Paik”. En: *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, n. 90, 2007, pp. 261-271, p. 264.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

punto de vista de que el videoarte debe ser considerado en primer lugar en relación a los lenguajes artísticos tradicionales. Un paso más en esta evolución lo da el arte digital en la red. Fórmulas como net art, web art, net-work, vídeo no-lineal online, arte telemático o software art, son diferentes matices dentro de esta corriente global que tiene como elemento clave su inmaterialidad absoluta. Este tipo de arte se crea, vive y se difunde en el ciberespacio, careciendo de sentido fuera de ese ambiente y del elemento on-line. Otra cuestión clave es el carácter híbrido de la práctica artística contemporánea. La presencia de lo digital, es decir la reducción de imágenes y sonido a mera información numérica, ha permitido la confluencia en un mismo soporte de los diferentes soportes existentes. Las obras de arte en la red son difíciles de mantener y conservar debido al carácter efímero e interactivo de estas piezas. Migrar los datos a otros sistemas es una posibilidad para su pervivencia, pero precisa de la aprobación del autor. Según algunos autores, los «ismos» o movimientos de vanguardia que se han sucedido uno tras otro en una secuencia evolutiva ya no son posibles en un formato tecnológico que permite tanto al artista como al espectador una libertad creativa tan extraordinaria. Estos distintos estilos, cuyo estudio excede nuestra investigación, pueden englobarse bajo New Media. Justamente, esta referencia a “las tecnologías existentes y las nuevas y emergentes” da cuenta de lo problemático de emplear el término “nuevo” en el actual contexto tecnológico y artístico. Es por ello que muchos autores prefieren hablar simplemente de media art para referirse al mismo fenómeno. Por ejemplo, Claudia Giannetti³⁶, en la introducción de su estudio sobre estética digital, afirma:

“Entendemos el *media art* no como una corriente autónoma, sino como parte integrante del contexto mismo de la creación artística contemporánea. El hecho de emplear el término ‘media’ es un recurso para diferenciarlo (y no apartarlo) de las manifestaciones artísticas que utilizan otras herramientas que no las basadas en las tecnologías electrónicas y/o digitales. A pesar de optar en este ensayo por emplear en general el término media art, reconocemos que otros términos, como arte electrónico, también logran transmitir este carácter más amplio y global de todas las manifestaciones artísticas que utilizan las llamadas nuevas tecnologías (audiovisuales, computerizadas, telemáticas)”.

³⁶GIANNETTI, C. *Estética Digital. Sintopía del Arte, la Ciencia y la Tecnología*. Barcelona: L’Angelot, 2002, pág. 8.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

No hay duda de que las obras englobadas bajo la etiqueta *New Media* chocan con las clásicas vías de comercialización del objeto y plantean diversas problemáticas a la hora de introducirse en el ámbito galerístico y museístico contemporáneo. En primer lugar, porque la intrínseca naturaleza de estas obras rechaza el estatus de pieza única, abogando por la participación del usuario, por la creación colaborativa, por la adaptabilidad, por la distribución en red, algo que, según hemos observado se encuentra muy alejado del actual panorama contemporáneo en el que siguen vigentes los modelos de propiedad intelectual del mercado del arte. Y en último lugar, porque las instituciones todavía no han desarrollado alternativas para la presentación, colección, documentación y conservación de estas obras sin que pierdan el sentido y contexto en el que fueron creados. Son cada vez más frecuentes las piezas de arte, por ejemplo, que incluyen medios tecnológicos como soporte, desde videoarte hasta net-art, en las que los creadores recurren a dispositivos tecnológicos que incluyen *software* y *hardware* (sistemas electrónicos programables).

Sin embargo, en el momento de su materialización o de su objetualización comercial para su exhibición en un museo o galería de arte, ya pueden ser falsificadas. Los artistas abordan la paradoja del Museo en que se exponen obras en virtud de criterios como: originalidad, irreproductibilidad, historicidad, convierte en objeto de culto. Lee Ufan planteaba como un mismo objeto adquiere una entidad distinta por el mismo hecho de ser musealizado. Un objeto es musealizable no por su valor, no es una condición anterior que posee el objeto sino que es musealizable porque está en un museo. Es el acto de musealización el que lo convierte en objeto museable.

Aunque siguen siendo pocas, cada vez son más las galerías de arte contemporáneo que incluyen en sus exposiciones y catálogos obras de *New Media Art*. EEUU se consolida como país pionero en su exhibición y comercialización. Una de las más punteras es la galería Postmasters o la Bryce Wolkowitz Gallery, ambas de Nueva York. En España la Galería Metropolitana de Barcelona ha sido pionera en trabajar con obras de arte digital. No podemos hablar de un mercado de arte puro de *New Media Art*, pues en numerosas ocasiones las galerías quieren que sus artistas conviertan (o generen réplicas) objetuales “transportables” y “colgables” de sus instalaciones interactivas o bien hagan fotografías de snapshots de lo que acontece como proceso on-line, a modo de los que se hace en el arte gestual. Las ferias no permanecen ajenas a las nuevas prácticas artísticas. Algunas galerías de arte contemporáneo han introducido obras de *New Media Art* en los circuitos convencionales de *Art Brussels*, *Arte Fiera Bologna*, *Art Now*, *List Basel*, *Miart*, *Artissima*, *FIAC Paris*, *Art Basel*, *DIVA*, *Pulse*, *Art Cologne*, *Next Art*

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

o ARCO. La prensa se hacía eco que la Feria *Art Taipei*, en Taiwan,³⁷ conocida como la feria de arte más antigua de Asia, atrae a más de un centenar de galerías de arte de todo el mundo cada año . En el caso de esta gran exposición , *Art Forum Taipei* se llevó a cabo por profesionales y expertos internacionales para intercambiar información sobre los mercados de arte contemporáneo . Con las nuevas tecnologías se vuelve obsoleta en plazos muy cortos de tiempo , muchos coleccionistas taiwaneses siguen siendo escépticos a la hora de coleccionar obras de arte *New Media*, explicó *Taiwan Association Art Gallery* (TAGA) Consultor Senior Jimmy Lu. Sin embargo , Celine Moine de Artprice Francia considera que apreciadores del arte deberían abogar activamente esta forma de arte emergente, ya que es un signo definitorio de esta época.

”Los precios de las (*New Media*) obras van en aumento, ya que entre la nueva generación de coleccionistas, muchos están dando preferencia a los medios de comunicación más acorde con nuestros tiempos y con un enfoque de nómada a experimentar el arte ”.

En estos países existe un creciente interés por mostrar trabajos de *New Media Art*, pero sin embargo, en ocasiones se están poniendo en peligro la protección intelectual de estas obras. La habilidad de duplicar o imitar proyectos de *New Media* y su código está planteando serios problemas de conservación, mantenimiento y protección.

Tal y como hablábamos al principio de la sección, hemos seguido una firme orientación filosófica y estética para relacionarlo con la disciplina de la Historia del Arte. Hay que ser consciente que cada periodo histórico ha tenido una concepción de la obra de arte.

Desde una perspectiva histórica, el arte, en su acepción tradicional y etimológica derivada del latín *ars*, tenía un ámbito considerablemente más amplio del que tiene hoy en día: comprendía no sólo las Bellas artes, sino todos los oficios manuales, en cuanto incluía todos los objetos hechos por el hombre. Tradicionalmente se ha pretendido resumir el amplio dominio de lo artístico a un concepto estático de validez universal; válido para cualquier tipo de manifestación, época o lugar.³⁸ La concepción actual es

³⁷TSENG, I. “New media steal spotlight at Art Taipei Forum”. En: *McClatchy - Tribune Business News* (Washington), 31 de agosto de 2011. (10/11/2013).

³⁸Frente a una perspectiva histórica, reconoceremos que los objetos hoy calificados como artísticos, no fueron así considerados en otras épocas.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

fruto de una larga evolución que surge en el Renacimiento italiano³⁹ y que en la época de la Ilustración cristaliza definitivamente,⁴⁰ con el sistema moderno de las artes.⁴¹

Por ello, para obtener una más correcta comprensión y valoración de esos bienes culturales que llamamos *obras de arte*, es necesario realizar antes una brevísima revisión a la actitud con que los artífices de esas obras y sus contemporáneos se han ido aproximando a ellas, es decir al concepto de artista.

En este sentido es de destacar cómo la palabra latina *ars*, de la que deriva directamente nuestra “arte”, era sinónimo de la griega *techné*, de la que deriva nuestra técnica. Esta circunstancia, extraordinariamente significativa, no es una mera coincidencia, sino que responde a una concepción distinta del fenómeno artístico y técnico: se equiparaba arte a técnica, artista a artesano. Desde la Antigüedad hasta el siglo XV, la pintura y la escultura están dentro de las *techné*. La belleza no se buscaba en el arte, ni la creatividad, ni la expresividad u otros conceptos similares con los que en la actualidad se asocia el arte.

En el Renacimiento empieza a haber pequeños cambios, como a partir del siglo XV con la Academia platónica de Cosme de Medici y los *Tratadistas* (como Cennino Cennini⁴² entre otros), quienes reivindicarán la pintura, escultura y arquitectura.

Es en la Francia de Luis XIV, con su ministro Jean Batiste Colbert, cuando comienza a haber cambios al fundarse en 1648 la Academia Real de la Pintura de París, en cuyos estatutos ya se pretende instruir de forma erudita a los pintores. El cambio fundamental en la concepción del artista y de la obra de arte surge en 1765, con el discurso que hace François Blondel en la Academia, pues es cuando aparece una nueva clasificación de las artes que rompe con el modelo griego. Su distribución tripartita es: ciencias, oficios y Bellas artes (*pintura, escultura, arquitectura, poesía, comedia y*

³⁹Desde el Renacimiento, la particular dialéctica de los fenómenos artísticos ha venido desarrollándose en torno a una sucesión de productos cualificados, designados objetivamente como “obras de arte”, que otorgan al arte un carácter universal y supratemporal, a través de la ilusión de perennidad radiada por las obras.

⁴⁰En este momento se constituye el entramado institucional básico del universo artístico que continúa en la actualidad.

⁴¹Ver TATARKIEWICZ, W. *Historia de la estética I y II*. Madrid: Akal, 1991,; y especialmente, TATARKIEWICZ, W. *Historia de la estética II: Historia de la estética III: La estética moderna, 1400-1700*. Madrid: Akal, 2004.

⁴²1370-1440.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

elocuencia). En la segunda mitad del siglo XVIII hay Academias⁴³ en toda Europa con el mismo programa y principios de la Academia de París. Entre otras funciones, está la de formación de los artistas⁴⁴ y la difusión del arte mediante las exposiciones.⁴⁵

En la Historia del arte el objeto o fenómeno artístico “tiene que ser considerado como una consecuencia o resultado de la historia, que al igual que otro tipo de documentos, transmite a nuestro presente mensajes polivalentes, llenos de contenidos sobre los hechos y las ideas del pasado”.⁴⁶ Es decir, la obra es un hecho histórico con características particulares, y el historiador debe reconstruir las circunstancias que a ella le atañen (sociales, políticas, religiosas o económicas), así como los contenidos ideológicos o estéticos que le dieron origen a la obra en su contexto original.

La obra artística materializada es el resultado de una serie de factores que influyen en el creador y en la obra de arte en sí, ya que en ella inciden y se resumen una serie de componentes individuales (la personalidad del artista), intelectuales (las ideas de la época), sociales (la clientela y los gustos de la sociedad del momento) y técnicos. La obra de arte nos informará sobre la concepción del arte en esa fase de la historia, sobre las relaciones sociales de un período histórico concreto, sobre la vida política y el sistema de creencias religiosas, de la posición y papel del artista, de las exigencias del comitente, de la organización del trabajo en el taller, sobre las técnicas y materiales usados para su elaboración, etc. Como documento histórico, la obra de arte es un *unicum* materializada, es decir, es un objeto singular, único e irrepetible: surge en un tiempo histórico preciso y en un lugar específico, y está construida con ciertos materiales trabajados de un determinado modo.⁴⁷

⁴³Ver PEVSNER, N. *Las academias de Arte*. Madrid: Cátedra, 1982.

⁴⁴Aumentaron el nivel y posición intelectual de los artistas, que dejan de ser considerados artesanos. Se pretendía que los artistas alcanzaran conocimientos enciclopédicos y de conciencia social. Sin embargo, en su formación no se abogaba por la individualidad, el concepto de genio romántico.

⁴⁵Eran exposiciones anuales de las obras de los maestros y los discípulos. Eran muy rígidas pues solo aceptaban las obras que tuvieran los requisitos de la Academia.

⁴⁶FREIXA, M. et al. *Introducción a la Historia del Arte. Fundamentos teóricos y lenguajes artísticos*. Barcelona: Barcanova, 1991.p. 62

⁴⁷El carácter único del objeto es por su constitución material o por las técnicas empleadas en su ejecución que corresponde, en su sentido pleno, a formas de trabajo preindustriales o artesanales. Cuando la manualidad predomina sobre los instrumentos usados para la elaboración material del objeto, de modo que es difícil encontrar dos objetos artesanales realmente idénticos, incluso en aquellos objetos que resultaban de la utilización de una matriz o molde,

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

La obra de arte es pues un documento histórico. Un “documento histórico” puede definirse como cualquier objeto, texto o testimonio que, perteneciente al pasado, certifique hechos, circunstancias, condiciones o acontecimientos. Tenemos que considerar la importancia de la delimitación de su concepto y la lucha contra este tipo de estafas es fundamental. El examen de las obras artísticas (y de las escritas que se refieren a ellas) son fuentes de la Historia del Arte. Justificamos así el análisis de esta forma de estafa que consiste en vender un objeto artístico falseado y/o mendaz, por la importancia que entraña el objeto artístico, sobre todo el histórico. Mediante su análisis se obtienen datos de conocimiento histórico de enorme interés al aceptar como válidas las informaciones obtenidas. Así que la falsificación de una fuente de la historia del arte puede modificar la visión del mundo del pasado. La historiografía puede basarse en obras no auténticas y reescribir parte de nuestra concepción del pasado.

Podemos hablar de una “condición dual” de las obras de arte: por una parte, la obra de arte es un “documento histórico”, pero también debemos constatar que, por su propia naturaleza, la obra de arte se inviste de un “valor artístico” peculiar, es decir, que posee unas cualidades que son propias de su condición artística. Constatar esta “naturaleza dual” de la obra de arte es de suma importancia, tanto para adquirir conciencia de que se trata de una categoría especial dentro del marco genérico de los bienes culturales.

Pero la obra de arte no solamente proporciona información sobre el período histórico en que fue creada: también suministra noticias sobre los acontecimientos que necesariamente acompañan a la obra de arte desde su origen hasta nuestros días, pues, debido a su constitución material experimenta envejecimiento y además también puede sufrir transformaciones debidas a exigencias diversas, como los cambios de gusto, los usos religiosos o de creencias que modifican obra de arte con el paso del tiempo, testimoniada por los signos que el tiempo y el hombre han dejado en su consistencia material.

como monedas, objetos de bronce, libros, algunas cerámicas, incisiones, etc., la “ semejanza ” entre ellos tampoco llegaba a la total “ identidad ”, debido a que estos instrumentos estaban aún lejos de la perfección de los modernos procedimientos industriales. Como ya afirmábamos con anterioridad, son cada vez más frecuentes las piezas de arte, por ejemplo, que incluyen medios tecnológicos como soporte, desde videoarte hasta net-art, en las que los creadores recurren a dispositivos tecnológicos que incluyen *software* y *hardware* (sistemas electrónicos programables). Sin embargo, en el momento de su materialización o de su objetualización comercial para su exhibición en un museo o galería de arte, ya pueden ser falsificadas.

1.3.2. Concepto de original, copia y otros

1.3.2.1. Concepto jurídico

Desde una perspectiva jurídica, el concepto de originalidad ha sido fijado por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la creación literaria, artística o científica para ser objeto de propiedad intelectual atendiendo a lo entendido por la doctrina en dos sentidos diferentes, subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo se entiende por obra 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. En relación con lo expuesto, no se protege lo que puede ser patrimonio común que integra el acervo cultural o que está al alcance de todos (en este sentido, STS 20-02-1992, 26-10-1992, 17- 10-1997, 26-11-2003).

Sin embargo, tal y como expresa la STS 26 noviembre de 2003, lo relevante es la forma original de la expresión, no tanto si la idea o datos expuestos sean conocidos o novedosos, lo que supone que la originalidad concurre cuando, en términos de la SAP de Barcelona 10 marzo de 2000, la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce.

Como recoge la SAP Barcelona 25 septiembre de 2005, entrando en el estudio de dicho requisito y más en concreto sobre la discusión doctrinal existente en torno a si esa originalidad ha de ser subjetiva (singularidad, no haber copiado una obra ajena) u objetiva (novedad, haber creado algo distinto a lo ya existente), refiere “si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura,...) ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) y unido al reconocimiento del autor de derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea.

Esta concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva, lo que requiere, al fin, que la originalidad tenga una relevancia mínima, pues no resulta adecuado conceder derechos de exclusivas a creaciones que constituyen parte del patrimonio cultural

común de la sociedad.⁴⁸

Es decir, a nivel jurisprudencial y en interpretación del artículo 10 de la ley de Propiedad intelectual, el criterio subjetivo de la originalidad en la que implicaba una cierta altura creativa tan básico en la Historia como singularidad, no haber copiado una obra ajena) es menos relevante que el criterio objetivo. Es actualmente más decisivo este criterio como novedad, el haber creado algo distinto a lo ya existente debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor.

1.3.2.2. Concepto estético e histórico

Una vez acotado el concepto de obra de arte como un *unicum*, un objeto singular, no repetible ni reproducible, habría que entender la obra de arte original o auténtica, y distinguirla de la copia. Las definiciones de original, copia, réplica y reproducción, han sido causa de polémica en toda la historiografía del arte, en concreto, en los estudios de estética contemporánea, especialmente en el último siglo.

Hay que hacer referencia a la originalidad. La noción de *originalidad* tal y como la entendemos hoy, con un énfasis en la singularidad, como la idea de un único trabajo de una sola mano, es en sí misma una construcción post-romántica. Hay que hacer pues una distinción en el concepto de “originalidad” antes y después de Romanticismo.⁴⁹ Lo “original”, si respetamos la etimología, es lo ligado al “origen” (como en la expresión “pecado original”). En el Renacimiento y Barroco, ser original era deberse a los orígenes, respetar y continuar la labor de los clásicos. Era imitarlos.

Todo el arte postromántico, el ser original lo entendemos como renovación, lo insólito, la ruptura. La influencia del Romanticismo ha perdurado en obras posteriores. Se puede trazar una línea de continuidad que parte desde Constable a través de la Escuela de Barbizon hasta el Impresionismo, aunque el más directo descendiente del Romanticismo fue el movimiento simbolista, que por diferentes vías intensificó o refinó las características del movimiento romántico como la subjetividad, la imaginación y la extraña fantasía onírica. En el siglo XX el Expresionismo y el Surrealismo llevaron estas tendencias incluso más lejos.

⁴⁸“SAP Baleares 25 enero de 2010. Comentario”.En: *Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia* de 11 de Junio de 2010, pp. 3-6.

⁴⁹MARTÍN BAÑOS, P. “Los conceptos de imitación y originalidad antes del Romanticismo”. En: *Actas de las IV Jornadas de Humanidades Clásicas* / coord. por Carlos Manuel Cabanillas Nuñez, José Angel Calero Carretero, 2006, pp. 285-292.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Sin embargo, en cierto sentido, puede decirse que todo el arte contemporáneo deriva del Romanticismo ya que el concepto de libertad artística, originalidad y autoexpresión en el arte, fueron los estandartes de los románticos en oposición a los principios tradicionales.

El desarrollo de las nuevas tecnologías en el siglo XX, tales como la fotografía, el cine o internet, han tenido un fuerte impacto en la expresión artística. Como ejemplo de esto, podemos destacar al grupo *Art and Language*, formado en los 60, adoptó una aproximación conceptual creando obras idénticas a los originales que vendrían a encarnar Postmodernismo y, en particular, Apropiacionismo en los años ochenta. En el siglo XXI, en el contexto del mercado del arte globalizado, los artistas contemporáneos están difundiendo unas prácticas en las que producen sus obras en China o delegan la su producción a los artesanos (Jonathan Monk, Zheng Guogu). No obstante, los autores mantienen diversas estrategias de originalidad (a diferencia de la obra de falsificadores) que revelan las diferencias formales de una copia a otra. Así lo vemos en la elección de la obra, el título, el medio técnico, la escala (Maurizio Cattelan, Richard Pettibone), la presencia o la falta de firma (Karina Bisch). Con estas distinciones, los autores evitan el camuflaje de su identidad, actúan con voz propia y por lo tanto, facilitan la aparición del segundo “Yo” o “autor”, ya sea individual o colectivo, reconocido e integrado en la historia del arte de forma gradual.

A nivel terminológico, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) define:

“Original: 2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. Escritura, cuadro original. U. t. c. s. m. El original de una escritura, de una estatua.”

Original es la obra artística que surge de la inventiva del artista desde que goza de una libertad casi absoluta, liberado de las servidumbres religiosas, políticas o sociales.

“Copia: 5. f. Obra de arte que reproduce fielmente un original. 7. f. Imitación de una obra ajena, con la pretensión de que parezca original.”

La RAE nos da dos definiciones del concepto copia, que se diferencian por el *animus* del que realiza la copia: bien sin ningún *animus* específico, aunque es una reproducción fiel; bien con el *animus* de que parezca original.

El primero excluye lo que es la reinterpretación o la inspiración en ella. La reinterpretación está intrínsecamente unida a la creación, pues es natural que el proceso de

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

hacer una obra de arte, el autor se base en la memoria, en la reproducción de lo que se ve, o en la deliberada manipulación de ambos: lo visto y lo recordado. Toda esta fuente de inspiración está además teñida por los sentimientos del autor. Por lo tanto no se puede concebir la creación sin contemplar algún tipo de evocación a otras obras.

Por otro lado, hay que recalcar que la reproducción fiel no tiene por qué ser delictiva, pues es ampliamente entendida en los talleres de arte como una técnica didáctica. Es frecuente ver en los museos alumnos que copian obras maestras para interiorizar la técnica, la paleta y el genio del maestro.⁵⁰ En estas copias se evita que el formato de la copia coincida con el del original, y sus autores ni firmarán la obra con su nombre o con la del autor original.⁵¹

La RAE en su segunda acepción, contempla otro tipo de “copia”: “con la pretensión de que parezca original”, y que está íntimamente relacionada con el plagio. Este tiene una connotación ilegítima y que según la intención del copista, puede transformarse en una falsificación, de lo que hablaremos posteriormente.

Lucie- Smith en su Diccionario de términos artísticos,⁵² distingue:

⁵⁰Grandes pintores de la Historia del Arte se han formado a partir de la realización de copias de los maestros. Esta práctica sigue de plena actualidad, si no, en enero de 2013 llegaron desde China dieciocho copistas al natural que trabajaron en el Museo del Prado. Para evitar fraudes, la pinacoteca mantuvo un riguroso reglamento que garantizaba la “honorabilidad” de los copistas. Además se exigió una diferencia de cinco centímetros de tamaño entre original y copia. MUSEO NACIONAL DEL PRADO. “El Museo del Prado recibe como copistas un grupo de pintores de las mejores escuelas de Bellas Artes de China”, enero 2013. <http://www.museodelprado.es/sala-de-prensa/noticias/noticia/volver/72/actualidad/el-museo-del-prado-recibe-como-copistas-un-grupo-de-pintores-de-las-mejores-escuelas-de-bellas-artes/> y FERNANDEZ, E. “Elogio de la réplica”. En: El País. Madrid, febrero 2013. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/31/madrid/1359654985_497302.html (1/03/2013)

⁵¹*True Fakes Ltd.* es una galería de Nueva York especializada en copias. Para identificarlas pone su etiqueta en la parte posterior de las pinturas falsas que vende, pero no todos los copistas son cuidadosos con una correcta identificación. La directora de la galería, Ellen Lagow, dijo que había sido informada por sus proveedores europeos de que dos de sus obras, pintadas al estilo de Matisse, fueron falsamente autenticadas no hacía mucho tiempo y que se vendían por grandes sumas de dinero en otra galería. Afirmó que no iba a identificar a los responsables de la operación. En: HONAN, H. “Into an Age of Fake Art: A Very Real Quandary”. En: *The New York Times*, septiembre, 1991. <http://www.nytimes.com/1991/09/03/arts/into-an-age-of-fake-art-a-very-real-quandary.html?pagewanted=all&src=pm> (15/09/2013). En este caso ya concurriría el engaño.

⁵²LUCIE-SMITH, E. *Diccionario de términos artísticos*. Barcelona: Ediciones Destino, 1997.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

“Original. *Obra de arte que hace el artista mismo, a diferencia de las copias hechas por otras manos.*⁵³

Copia. *Duplicado de una obra de arte ya existente, por lo general no hecha por el artista que creó el original. Véanse también Réplica y Reproducción.”*⁵⁴

Réplica. *1. Estrictamente, copia exacta de una pintura o escultura por el artista que creó el original. 2. Más en general, una de dos versiones de una pintura cuando no se sabe cuál es la original. 3. Objeto que reproduce exactamente otro objeto, por lo general hecho por una mano diferente.*⁵⁵

Reproducción. *1. Copia de una obra de arte, en especial hecha por medios mecánicos (por ej. vaciado, fotografía, etc.)”.*⁵⁶

La *Réplica* es un tipo más específico de copia.⁵⁷ Puede suceder que por la mala conservación de los objetos originales sea imposible su exhibición en un museo. En este caso, el museo exhibe réplicas o copias, debidamente indicadas.

Diferente de la réplica es la *Reproducción*. Esta también se encuentra en los museos, pero a diferencia de las réplicas que están dentro de las vitrinas, las reproducciones se encuentran en las tiendas de los museos, donde las imágenes más significativas de las obras se encuentran reproducidas en infinidad de objetos de consumo: paraguas, tazas, camisetas, etc. respondiendo a la cultura de masas. La *reproducción*, por otra parte, está muy ligada a los procesos mecánicos, generalmente fotomecánicos actuales, tales como fotocopias, fotografías, calcos, vaciados y otras técnicas digitales intangibles

⁵³LUCIE-SMITH, E. (Ob. cit.), p. 145.

⁵⁴LUCIE-SMITH, E. (Ob. cit.), p. 60.

⁵⁵LUCIE-SMITH, E. (Ob. cit.), p. 171.

⁵⁶LUCIE-SMITH, E. (Ob. cit.), p. 172.

⁵⁷Réplica: “An exact copy of an artwork, either by the artist who created the original, or by another hand.” En CLARKE, M. y CLARKE, D. *The Concise Oxford Dictionary of Art Terms*, 2013.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

y virtuales, etc. En ellas claramente se distingue que la obra es igual pero no es la original. La época actual está marcada por la posibilidad de la reproducción perfecta e indefinida de cualquier objeto, artístico o no. Walter Benjamin ya trató en 1936⁵⁸ ya trató en 1936 los problemas que suscitan en el concepto de original en la obra de arte, los avances tecnológicos que comenzaron en el siglo XIX con el nacimiento de la fotografía.

No hay engaño para quien adquiere estas copias, solo hay un mayor o menor grado de fidelidad con el original. Los museos de reproducciones contienen ejemplares de obras famosas, sobre todo estatuas en yeso, para su divulgación. Las reproducciones pueden ser exactamente iguales en tamaño y materiales al original, a escala, ampliadas o reducidas.

Aun partiendo de la hipótesis de la existencia de dos objetos idénticos en su origen, éstos llegarán necesariamente hasta la actualidad en condiciones diferentes debido a las diversas vicisitudes a las que han estado sometidos a lo largo del tiempo. En consecuencia, una obra de arte es siempre un *unicum*, un objeto singular, no repetible ni reproducible. Empleando técnicas y materiales idénticos a los originales, se podrán hacer “copias”, pero darán lugar a un resultado diverso a la obra original, a no ser que se trate de copias realizadas en un momento cronológicamente cercano al original o a no ser que se hubiera tenido la voluntad de hacer pasar la “copia” por “original”, en cuyo caso se trataría más bien de un “falso”.

En el Diccionario de estética de Henckmann y Lotter,⁵⁹ se entiende por:

Originalidad. Designa la unicidad y novedad de una obra de arte, de su contenido y de su forma. En virtud de su o., una obra de arte sobresale de la tradición de la historia del arte, funda nuevos géneros (como la épica homérica, las tragedias de Sófocles, las sinfonías de Mozart y Beethoven, etc.) y establece normas más allá de su propia época. En este sentido, el Fausto, por ejemplo, es una obra “incommensurable” (Goethe) o la Divina comedia de Dante, la cual se sustrae a las clasificaciones y valoraciones tradicionales (Schelling).

⁵⁸BENJAMIN, W. (Ob. cit.). En su ensayo “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica”, Walter Benjamin analizó cómo la reproductividad mecánica modificaba la condición de arte, cómo despojaba al arte de su “aura” tradicional y por lo tanto de su autoridad.

⁵⁹HENCKMANN, W., LOTTER, K. (Ob. cit.), p. 184.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Junto a este sentido enfático la *o.* designa también la singularidad del artista, su creatividad y su facultad de expresar algo nunca visto ni nunca dicho, con lo que se distingue de la epigonalidad de la mera imitación, así como del eclecticismo, que retoma muchas influencias sin fundirlas en algo propio y unitario.

Tras el anonimato del artista en la Edad Media la exigencia de *o.* se impone por vez primera en el Renacimiento y, sobre todo, en la Ilustración (cf. Mortier). Con el arte como mercancía la *o.* deviene también un signo de mercado del artista. Sin embargo, la *o.* amenaza con degenerar en la dirección contraria, a saber, hacia el amaneramiento individual y el efectismo, el cual se mide especialmente en el siglo XX a partir de la sensación y el efecto. La exigencia de *o.* subsume las tendencias estilísticas del arte moderno bajo el rápido cambio de la moda.

Hegel, en polémica contra el “genio original” y la exaltación de su subjetividad, define la verdadera *o.* como la completa fusión del artista con la objetividad y la vida de la materia. Para Goethe, las obras originales no son el mérito de los individuos a los cuales tan sólo se les atribuye la energía y resistencia de la apropiación, elaboración y solidificación, sino el resultado que surge de la acción combinada entre todas las épocas. K. L.

Original es por tanto, una obra de arte que hace el artista mismo, que surge de su inventiva, y que se caracteriza por su unicidad y novedad.

Estamos de acuerdo con Furió⁶⁰ cuando afirma:

“Cuando hoy la palabra “copia” implica a veces una radical subestimación del objeto e, incluso, de su propietario, quizá convendría recordar que, en el pasado, “Francisco I, Carlos Estuardo, Felipe IV, todos ellos exquisitos coleccionistas, no parpadearon a la hora de gastar ingentes cantidades de dinero en obras que no dejaban de ser meras réplicas de originales antiguos” (Morán, 2001:227)”

Así Furió hace un resumen del estado de la cuestión de la copia. Haskell y Penny (1990) estudiaron la enorme importancia que tuvieron las copias escultóricas en la

⁶⁰Furió, V. *Arte y reputación: estudios sobre el reconocimiento artístico* Barcelona: Edicions Universitat Barcelona, 2012, p. 128.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

difusión de la escultura clásica y su canon de belleza. La reproductibilidad hacía perder el “aura” a la obra de arte, pero hay suficientes situaciones y motivos para pensar que también podría ser a la inversa.

“Es decir, que la reproducción de una obra no haga sino reconocer y aumentar el valor y “aura” del original reproducido. Dicho de otro modo, lo que hace la reproducción es reforzar el “fantasma del original”. De nuevo este tema ha alcanzado una insospechada dimensión en la era de la imagen electrónica. Como dice Juan Antonio Ramírez, hoy en día todo ello “alcanza su paroxismo con las réplicas informáticas, donde ya no queda ningún vestigio de la distinción entre copia y original. Por eso –añade Ramírez– si aplicáramos consecuentemente las ideas de Benjamin, deberíamos decir que cada ejemplar de la misma obra, cada aparición, nace o surge con su aura. Reformularemos, pues la expresión del filósofo y hablaremos de otra cosa, de “la obra de arte en la época del original multiplicado””⁶¹

El arte contemporáneo o *New Media Art* lo tratamos al final del concepto de obra de arte.

Una vez establecido el carácter de original, es muy interesante realizar una breve visión de la historia de la copia. No se hará referencia a esa copia de taller tan habitual en los sistemas de trabajo hasta la Edad contemporánea, los “falsos” a los que hacíamos referencia.

No siempre ha habido esta dicotomía entre original y copia, y una carga tan negativa en la última. Así, por ejemplo, en su obsesión por la escultura griega, el emperador romano Adriano⁶² siguió una larga y bien establecida tradición de coleccionar escultura griega. Los romanos habían empezado a coleccionar estatuas griegas antes de fines del siglo III a.C y después de que Grecia fuera absorbida por el Imperio, el flujo de esculturas griegas hacia Occidente fue continuo. Aún así, la demanda excedía la oferta. En época romana la producción de copias era tan abundante que se transformó en una verdadera industria. De esta forma se compraron grandes cantidades de estatuas como “piezas de mobiliario” para decorar las casas de campo y estas fueron hechas

⁶¹FURIO, V. (Ob. cit.) p. 40.

⁶²Adriano, fue emperador del Imperio romano (117–138 d.C) durante la Dinastía Antoniana. Tercero de los Cinco emperadores buenos, así como segundo de los emperadores hispanos. Durante su gobierno el Imperio alcanzó la mayor extensión territorial de su historia.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

expresamente para este mercado, de ahí la proliferación de copias e imitaciones, caracterizándose algunas por su mala calidad. La mayoría de ellas fueron hechas en Grecia⁶³ o eran de artistas griegos inmigrantes en Roma. Al parecer, en ocasiones, estos escultores trabajaban a partir de vaciados, con la ayuda de un aparato para la saca de puntos, pero no respetaron ni los materiales ni la escala. Los broncees se reprodujeron en mármol, con la consecuencia de tener que añadirles antiestéticos soportes, y el tamaño fue ajustado arbitrariamente para adecuarse a las exigencias decorativas de los compradores. Incluso llegaron a copiarse estatuas invertidas para formar parejas. Con la copia de las esculturas hubo una transformación de las imágenes de culto griegas en ornamentos de lujo, pues en la sociedad romana era signo de distinción el decorar las grandes villas, palacios y jardines con reproducciones de estas obras de arte griegas.

Igualmente durante la Edad Media hubo falsificaciones, pues existía un tipo de falsificación de objetos religiosos en toda la geografía europea, tanto en Oriente como en Occidente. La extraordinaria proliferación de reliquias, muchas de ellas falsas, obedecía a motivaciones religiosas.⁶⁴ Se falsificaban especialmente relicarios, contenedores de las reliquias de los santos protectores. Toda Europa estaba plagada de santuarios con relicarios, concediéndose especial importancia a la posesión del cuerpo completo del santo patrono del monasterio. Más dificultad tenían iglesias y catedrales para obtener estas reliquias que precisaban para la consagración de sus altares, de ahí su interés en conseguirlas. Los monasterios y los lugares de peregrinación obtenían grandes beneficios con las enormes donaciones de los reyes y la nobleza y de los fieles, que buscaban ayuda espiritual y curación del enfermo. Los relatos coetáneos hablaban de los efectos curativos que respondían a las plegarias de los fieles. No se copiaba por una búsqueda de belleza, sino por motivaciones religiosas.

Durante el Renacimiento, con el Humanismo se revaloriza la dignidad del espíritu humano, enlazando la cultura de la época con la de la Antigüedad clásica. Ya en el siglo XV se considera que el nacimiento del estilo escultórico renacentista había sido un cambio brusco con lo anterior y que alrededor de 1400 se había reanudado el contacto con la tradición interrumpida de Roma. Para los artistas del Renacimiento, como para sus predecesores romanos, el arte de la escultura estaba expresamente vinculado con la

⁶³En la propia Atenas, en las islas griegas o en las ciudades griegas de la costa de Asia Menor.

⁶⁴Comienza el auge de los relicarios en el siglo VII, con el movimiento de reliquias por toda Europa, originado por el traslado de éstas en Roma desde las catacumbas a las basílicas urbanas y su consiguiente tráfico.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

representación del marco del hombre, y la escultura romana era una guía, considerando la copia como modelo y como prestigio asociado a épocas anteriores.

Cuenta Vasari, que Miguel Ángel se hizo famoso a principios de su carrera, cuando vendió una estatua suya en 1496, "Cupido dormido", haciéndola pasar por una obra clásica. Posteriormente, explicó sus métodos de creación de su pátina antigua.⁶⁵ Su intención no era el de engañar, sino que actuó como un juego de imitación de la Antigüedad, queriendo mostrar a sus contemporáneos y mecenas, la altísima calidad de sus obras que podían ser tomadas por obras antiguas.⁶⁶

En la Edad Moderna el deseo de adquirir prestigio mediante la posesión de los restos de la Antigüedad fue una consecuencia directa del fenómeno del coleccionismo. A esto se une la necesidad de proveer de decoración las numerosas residencias de las grandes familias con las esculturas que surgían en las excavaciones arqueológicas.

Una campaña importante en la ejecución de copias fue la llevada a cabo de 1540 a 1543 por Primaticcio,⁶⁷ ayudado por un joven Vignola,⁶⁸ que había llevado el encargo de Francisco I de Francia, de conseguir copias de las obras más bellas que se encontraban en Italia, para decorar su residencia en Fontainebleau. Estas copias iban firmadas, pues demostraban destreza técnica, como las de Guillermo de la Porta o Antonello Gagini. Eran originales porque se remitían a un origen. Existen ejemplos en que la copia ha tenido mucha influencia en cuanto ha permitido la difusión de modelos estéticos. En Valencia, por ejemplo, el italianismo del Patriarca Ribera que encargó gran cantidad de copias de obras italianas, permitió un conocimiento muy temprano de la Crucifixión de San Pedro de Caravaggio, pues dicho cuadro ya se encontraba en Valencia antes de 1611.

Del mismo modo, Felipe IV envió a Velázquez⁶⁹ a Italia a finales de 1648 con el fin de obtener estatuas antiguas o, en su defecto, copias o modelos en yeso, para poder

⁶⁵Tal y como se relata en NORTON, P. "The Lost Sleeping Cupid of Michelangelo". En: *The Art Bulletin*, V. 39, N. 4 (Dec., 1957), pp. 251-257.

⁶⁶Otros ejemplos en MENA, M. "Problemas relacionados con las obras de arte falsamente atribuidas, con especial atención al caso de Goya". En: *Actas de XVIII Cursos Monográficos sobre el Patrimonio Histórico*, Reinosa, 2008, pp. 345-360.

⁶⁷Siena en Bolonia, 30 de abril de 1504 -Fontainebleau, 1570. Fue un pintor, arquitecto y escultor manierista italiano, que pasó la mayor parte de su carrera en Francia.

⁶⁸Jacopo (o Giacomo) Barozzi. *Vignola* (Italia), 1507 – Roma, 1573.

⁶⁹Diego Rodríguez de Silva y Velázquez. Sevilla, 1599 – Madrid, 6 de agosto de 1660.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

redecorar los salones del Alcázar. La exportación de obras de arte estaba prohibida en Roma desde mediados del siglo XVI e incluso el intento de realizar moldes para vaciar copias, chocaba con la reticencia de los propietarios, que pensaban que su obra podría quedar dañada al efectuar la operación. A pesar de todo, de vuelta a Roma, Velázquez consiguió permiso para sacar vaciados o copias de las mejores colecciones. De lo expuesto, observamos que tanto en el Renacimiento, como en el Barroco, ser original era deberse a los orígenes, respetar y continuar la labor de los clásicos.

Si ya el siglo XVIII con la Academia, había supuesto una revalorización del concepto de *obra de arte y de artista*, el Romanticismo marca un antes y un después en el concepto de originalidad, en al que ya era necesaria la invención, respondiendo a la idea de genio creativo.

La industrialización y la sociedad urbana supusieron un cambio social y económico fundamental. El nacimiento del nuevo marchante comenzó con las grandes muestras artísticas y el gran coleccionismo privado en Francia, durante el siglo XIX. Por aquel entonces la aceptación en la Academia, subordinada al poder político, era el único modo para los pintores de poder vender sus obras. Con los impresionistas surgió una figura nueva: la del *marchante de arte*,⁷⁰ que recogía las obras de los artistas aunque fueran jóvenes y desconocidos y los vendía en el mercado privado. El marchante era un empresario que arriesgaba su dinero, por lo que estaba interesado en difundir las obras de sus artistas, incluso en países lejanos. De este modo, los cuadros de los impresionistas, comprados por marchantes ingleses y norteamericanos, acabaron en las colecciones y museos de todo el mundo, y difundieron temáticas y formatos menores para lo que había sido el sistema tradicional de la Academia.

Es en este momento cuando comienza la sociedad de consumo y la obra de arte tiene valor de mercancía actual. El artista produce para un consumidor que probablemente jamás llegará a conocer. Es en el siglo XIX cuando proliferan las copias para satisfacer el coleccionismo de una burguesía con unos domicilios que necesitan decorar con fines

⁷⁰Como Paul Durant-Ruel (1831-1922) o Georges Petit (1835-1900). Durant-Ruel es considerado como el primer marchante moderno. Consiguió hacer fortuna en Estados Unidos, gracias a la aceptación que allí tuvo el Impresionismo. Fue el iniciador de la relación de monopolio con los artistas. Vollard tuvo una fuerte implicación emotiva e intelectual con los artistas, estrategia comercial y conocimiento mercantil. Kahnweiler estableció un contrato en exclusiva y escrito con los artistas. Compraba a precios bajos y revendía con un recargo mínimo para llegar a un sector de público mayor. Duveen era un vendedor sin prejuicios, sólo trataba con artistas famosos y bien cotizados y con compradores millonarios.

de representación. Hace falta un tipo de cuadros con un formato menor y con nuevas temáticas, así como objetos de artes decorativas. Es también el momento de la constitución de numerosos museos. Algunos provenientes de colecciones reales, pero otros, sobre todo en EEUU, de nueva creación. El siglo XIX fue la gran era de la falsificación, a pesar de que muchas de las obras falsificadas o "falsos" que se creían de este periodo resultan ser anteriores. No solo fue en el campo de las antigüedades, sino también en los coetáneos, como Camille Corot.⁷¹

1.3.3. Obra de arte falsa

1.3.3.1. Concepto jurídico

La copia de una obra de arte no es un acto ilícito, tampoco es el vender esta copia. Ha sido una actividad habitual en la formación de todo pintor el copiar a los maestros. Sin embargo, si esta misma copia entrara en el mercado con una intención de engañar, con un ánimo de lucro, bien la misma obra manipulada (añadida una firma, etc.), bien con una documentación con una atribución falsificada, (bien en los dos supuestos), ya nos encontraríamos ante el ilícito penal de la estafa del art. 248 y ss.

Como ya se ha afirmado con anterioridad, este tipo de estafa mediante la falsificación de la obra de arte, no se encuentra expresamente tipificada en el Código penal. Solo se regula el plagio en el art. 270 (que será objeto de estudio en otra parte de esta investigación) y que es un delito contra los derechos de propiedad intelectual.

La falsificación como ilícito penal solo está regulada en el Título XVIII del Libro II del CP que recoge una serie de comportamientos que el legislador ha intitulado "De las falsedades". El elenco es variado y algo asistemático si hemos de estar al significado normativo de los distintos comportamientos: El Capítulo I para la falsificación de moneda y efectos timbrados; el II para las falsedades documentales; el IV para la usurpación del estado civil; y el V para la usurpación de funciones públicas y el intrusismo.

Por ello, no hay una definición jurídica de los mismos y hay que acudir a distintas fuentes para intentar acotar su significado.

⁷¹Ver JONES, M. *Fake? The Art of Deception*. Londres: British Museum, 1990; y HOVING, T. P. F. *The Game of Duplicity*. Nueva York :The Metropolitan Museum of Art Bulletin, 6, 1968, pp. 241-246.

1.3.3.2. Concepto estético e histórico

A nivel conceptual, el Diccionario de la Real Academia (RAE) define como falso en su primera acepción como "engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad". Esta definición introduce en primer lugar el elemento de engañoso o engaño. En cuanto al concepto de *falsificación* lo define como:

"1. acción y efecto de falsificar y como "delito consistente en la alteración o simulación de la verdad, con efectos relevantes, hechas en documentos públicos o privados, en monedas, en timbres o en marcas."

La RAE nos habla ya de un *delito* y de la *alteración* o *simulación* de verdad. Desde una perspectiva de la estética, el filósofo francés Étienne Souriau define en su *Diccionario de Estética*,⁷² en una primera acepción como equivalente del concepto *falso*, "*opuesto a verdadero*". En el mismo diccionario, la falsificación dolosa y el delito de falsificación en materia de arte lo observa bajo tres aspectos: una primera acepción, como *plagio*, en el que el fraude consiste en una ausencia de inventiva a la cual suplanta la imitación; una segunda, como *reproducción no autorizada* por el autor a través de la multiplicación de ejemplos de la obra. En cuanto a la tercera "es la del falsario que pretende vender como original lo que no es más que una imitación."

El concepto de *falsificación*, según Edward Lucie-Smith:

Falsificación. Obra de arte que tiene la finalidad de engañar. Puede ser una copia de una obra existente, un pastiche del estilo de un artista dado o de la obra decorativa de un período determinado, o de una obra auténtica tan modificada o "mejorada" (por un retallado en el caso de un mueble o una escultura de madera) como para haber perdido su carácter original.⁷³

Es más concisa su definición "obra de arte que tiene la finalidad de engañar".

De la definición dada por diccionario de la RAE y la de Lucie-Smith es de destacar el concepto de *engañoso* y *finalidad de engañar*, compartiendo esta característica con la regulación del delito de estafa que da el Código penal español, de la que es su médula o

⁷²SOURIAU, E. *Diccionario de estética*. Madrid: Akal, 2010. pp. 567 y ss.

⁷³LUCIE-SMITH, E. (Ob. cit.). p. 86.

eje, como se verá posteriormente. Lo que está claro es una una obra falsa será siempre una errónea atribución del autor material de la misma. En estas estafas, la víctima recibe el objeto que ha analizado. Ve sus pinceladas. En las estafas de las obras de arte aunque se pueden presentar con el “truco del cambio”, que consiste en enseñar el auténtico y luego recibir una copia, generalmente se recibe el mismo objeto sobre el que recae la creencia errónea de atribución. La posesión de “esa concreta obra” le produce placer estético. Sin embargo, lo que difiere es su tasación. Los materiales pueden los mismos que los del “auténtico”, solo su valor como objeto de mercado es lo que difiere.

1.3.4. Propuesta de concepto: obra de arte falseada y/o mendaz

Dado el carácter de unicidad y especificidad que tiene la obra de arte, consideramos que es interesante proponer un concepto de obra falsa. Para ello, vamos a utilizar una terminología análoga a la utilizada por la falsedad documental, la única regulada en nuestro Código penal, pues no podemos olvidar que la obra de arte es un documento histórico. La obra de arte, junto a otras fuentes de conocimiento histórico, constituye, en sí misma, un valioso documento y un testimonio indispensable y singular para conocer el devenir de las sociedades, al tiempo que se virtualiza como elemento transformador de éstas.

Consideramos más acertados los usos de auténtico/inauténtico, falseado y mendaz, más que falso o falsificado, mucho más genéricos, sin perjuicio de que los mantengamos en esta investigación.

Podemos entender que una obra es falsa en tres supuestos:

- La obra es falsa cuando se crea una obra *inauténtica o falseada*: Por ejemplo cuando se añade una firma a un cuadro y parece provenir de un autor diferente del efectivo. Es una *falsedad material* porque afecta a la estructura física de una obra, al soporte material. Es inauténtica porque su autor aparente no coincide con su autor real. Es un ejemplo de inautenticidad subjetiva.
- La obra también es falsa cuando es *mendaz*: sería el caso de una obra no manipulada, realizada por un autor “x”, auténtica y no firmada, sin perjuicio de estar “pintada al estilo de”. No va firmada y lo falsificado es toda la documentación que explica su procedencia, concepto mejor expresado en el vocablo inglés *prove-*

nance.⁷⁴ En este supuesto, la obra es auténtica en si misma (la obra es tal y como ha sido creada, no ha sido manipulada), el comprador compra lo que ve, el bastidor, la pintura, la tela etc.. pero, la documental que la acompaña hace constar una realidad inexistente. Es una falsa atribución de una obra preexistente por un documento falso o expertización que *certifica* los datos falsos sobre la obra. Esta última se encuentra dentro de la llamada falsedad ideológica, a la falta de veracidad está en lo declarado.

- Un tercer caso, con mayor dificultad de conceptualización sería cuando concurriera una copia mecánica precisa (es decir no burda, pues en tal caso sería atípica, al no inducir a error). Esta sería *inauténtica objetivamente* (no la podríamos considerar obra de arte) y *mendaz* (pero *no falseada*, pues para que pueda serlo es requisito esencial que la obra sea auténtica). Cuando la obra sea consecuencia de un medio mecánico de reproducción no será una auténtica obra de arte, pues no obedecerá al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó con técnicas artísticas. Una réplica idéntica de videoarte podría ser auténtica pero siempre sería mendaz al haber una simulación un “querer hacer pasar por lo que no es”.

Los estafadores de obras de arte conocen las técnicas de datación y atribución de los especialistas de la materia, y de forma sistematizada falsifican o bien solamente la obra de arte, bien a veces también los documentos que acompañan a la obra para dotarla de verosimilitud. Si alteran las dos cosas, será una obra *falseada* y *mendaz*.

1.4. Medios comisivos

Con carácter previo al estudio de la regulación del Derecho penal en las estafas que se cometen con obra de arte falsas, hemos de hacer referencia a los medios comisivos más frecuentes. Este estudio criminológico es una aproximación a la obra de arte falsa desde otra disciplina. Las relaciones entre Derecho penal y la Criminología son claras, pero tienen diferente objeto y método, aunque su finalidad (la prevención) debiera ser

⁷⁴*Provenance* es definida en en CHILVERS, I. *The Oxford Dictionary of Art*. Oxford University Press online (20/09/2013) como: “The record of the ownership of a movable work of art. An unbroken *provenance* accounts for the whereabouts of a work from the time of its creation to the present day, and the nearer a work’s pedigree approaches this ideal, the more secure its attribution is likely to be”

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

la misma.⁷⁵ Como afirma Roxin, en *Política criminal y sistema del Derecho penal*,⁷⁶ hay que buscar la vinculación entre la construcción dogmática y la exactitud político-criminal, “pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata o ferenda* es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo”. La Criminología es pues, ciencia aplicada y no pura, qué sea práctica y no solo teórica. Como la Criminología es explicativa, intenta explicar los hechos en términos de leyes y estas en términos de principios.

En este tipo de estafa, la ley no exige ningún medio comisivo, por tanto puede afirmarse que el agente, siendo idóneo, está en condiciones de utilizar cualquiera para cometer el fraude. En cualquier caso, el *modus operandi* tiene una clara naturaleza funcional. Sirve a una o varias de estas tres metas siguientes: proteger la identidad del delincuente, consumir el delito con éxito y facilitar la huida para buscar la impunidad. El análisis que vamos a hacer a continuación es criminológico, que responde a unas características específicas.⁷⁷

1.4.1. *Modus operandi* usual

Antes de analizar el *modus operandi* usual, se debe tomar en consideración toda una serie de categorías de comportamiento de los sujetos activos de este tipo de estafa para la comisión del hecho delictivo. La Criminología estudia el *modus operandi* para identificar a los delincuentes profesionales por la manera peculiar que tienen de comisión

⁷⁵El objeto de estudio del Derecho penal lo constituyen las normas jurídicas de naturaleza punitiva que están vigentes en un lugar determinado, en tanto que el objeto de estudio de la Criminología son las conductas antisociales, estén o no contempladas por la ley.

⁷⁶ROXIN, K. y CONDE, FM. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 102.

⁷⁷El conocimiento criminológico es fáctico: parte de los hechos, los respeta hasta cierto punto y siempre vuelve a ellos, utiliza datos empíricos, muchos de ellos cuantitativos, trasciende los hechos: descarta hechos, acepta otros y los explica, el criminólogo debe crear nuevas pautas de conducta individual y social racionaliza la experiencia en lugar de limitarse a describirla “No son los hechos por sí mismos sino su elaboración teórica y comparación de teorías con datos observacionales, principal fuente del descubrimiento de nuevos hechos” La Criminología es analítica; la investigación científica aborda problemas circunscriptos uno a uno y trata de descomponerlo todo en elementos, intenta descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que explica su integración, de aquí parte la síntesis. La investigación científica es especializada una consecuencia del enfoque analítico de los problemas es la especialización.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

de determinados delitos. Esto nos permitirá analizar las conductas habituales de los sujetos, para lo que se tiene en cuenta el tipo del hecho delictivo, lugar de la comisión y habilidades del sujeto, todo ello sin perjuicio de las individualidades propias de cada caso.

Aunque la presencia de actuaciones delictivas en el mercado de las artes plásticas tiene una larga tradición histórica,⁷⁸ es a partir de los años 70 cuando se intensifica esta criminalidad al producirse el crecimiento explosivo del mercado, y la conversión del arte (junto con los bienes de colección de todo tipo) en activos especulativos.

Hemos visto como la criminalidad se va transformando y van apareciendo nuevas formas y modalidades del crimen. Esto implica que la Criminología vaya evolucionando y sea interesante realizar un estudio actualizado de las formas comisivas.

Dentro de las actuaciones ilícitas en el mercado del arte, se cometen una variada gama de delitos: expolio, contrabando, robo de obras de arte, estafa en sus distintas variantes etc. Ya hemos comentado, que por si bien son figuras que su contenido del injusto es sustancialmente diferente. En el presente estudio se va a investigar aquellas estafas en las que el engaño recae en una obra de arte “falsa”, muchas veces cometida a través de un *negocio jurídico criminalizado*.⁷⁹

La falsificación de obras de arte supone un gran volumen. Thomas Hoving, antiguo director del Metropolitan Museum, “estima que el 40 por ciento del arte que hay actualmente en el mercado, con la excepción de las obras contemporáneas, son falsas”.⁸⁰ La comunidad científica histórico-artística está empezando a prestarle atención. Así, la prestigiosa revista inglesa “The Burlington Magazine”⁸¹ dedicó en su número de julio

⁷⁸KURZ, O. *Fakes: A Handbook for Collectors and Students*. Nueva York: Dover, 1967, pp. 31-32.

⁷⁹Ver apartado III.4

⁸⁰Citado por MERRYMAN, J.M. “Counterfeit Art”. En: *International Journal of Cultural Property*. V. 1, enero 1992, pp 27-78, p. 43.

⁸¹“*The Burlington Magazine*” (www.burlington.org.uk) es una de las revistas de arte e historia con mayor prestigio en el sector cultural anglosajón. Fue fundada en 1903 por un eminente grupo de críticos e historiadores, y cubre las bellas artes y las artes decorativas desde la antigüedad hasta la actualidad. En ella escriben los grandes especialistas del mundo del arte (conservadores y directores de la National Gallery, así como de museos e instituciones europeas y americanas). En la portada de la revista había una foto tomada en 1930 en la que salía la conocida falsificación de “Cristo y los Discípulos de Emaús”, atribuida al pintor holandés Jan Vermeer, pero en realidad era obra del ahora famoso falsificador, Han van Meegeren. A la derecha de la fotografía salía el *connoisseur* y director de Museo Dirk Hannema, que compró el

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

de 2010 íntegramente a “Atribuciones, copias y falsificaciones” (“Atributions, copies and fakes”).

Sin embargo, poca es la literatura científica sobre el tema. Así, según una estadística de la Unión Europea (UE):

“En 2010, las aduanas de la UE decomisaron en las fronteras exteriores de la UE más de 103 millones de productos de los que se sospechaba que violaban los derechos de propiedad intelectual (DPI). (...) Por primera vez, el informe indica también el valor de las mercancías decomisadas, que se estima en más de 1 000 millones de euros. Las principales clases de artículos decomisados en las aduanas fueron cigarrillos (34%), material de oficina (9%), otros productos de tabaco (8%), etiquetas y emblemas (8%), prendas de vestir (7%) y juguetes (7%). El 14,5% de todos los artículos decomisados fueron productos para el hogar como champús, jabones, medicamentos o aparatos domésticos (secadores, maquinillas de afeitarse, componentes de ordenador) que pueden tener consecuencias sanitarias y de seguridad para los consumidores. Una de las grandes tendencias este año ha sido el número creciente de envíos postales decomisados”.⁸²

Sorprende que no se haga ninguna referencia al arte. Ya en 2004,⁸³ el Jefe de la Brigada de Investigación del Patrimonio Histórico de la Policía Nacional, afirmaba que nos movíamos en un territorio negro sobre el que era muy difícil hacer balances. Porque lo que se denunciaba era sólo una parte muy pequeña con respecto a lo que se ocultaba. Debido al gran volumen de falsificaciones, poco a poco empieza a existir una concienciación entre los artistas más falsificados y sus herederos, que ante la magnitud del problema se están uniendo. Así, en España, en 2011, las instituciones que protegen a los grandes artistas del siglo XX crearon un grupo de presión europeo para impulsar

cuadro, con el restaurador H.G. Luitwieler a la izquierda. Abraham Bredius, el conocido conservador, coleccionista e investigador de arte holandés del siglo XVII afirmó al ver la obra tan bien conservada que “parecía que acababa de salir del taller del pintor”.

⁸²COMISIÓN EUROPEA - Comunicado de prensa de 14 de julio de 2011. “Lucha contra las falsificaciones: la intensificación de las intervenciones aduaneras impulsa la protección de los derechos de propiedad intelectual” en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-882.es.htm?locale=en (15/02/2013).

⁸³TORQUEMADA, B. “El arte en falso”. En: ABC, 4 de enero de 2004, pp. 51-55.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

reformas legales.⁸⁴ La Fundación Gala-Salvador Dalí, convocó a los representantes de las instituciones que protegen la obra e imagen de los grandes maestros del siglo XX: Fundación Picasso de París.⁸⁵, al comité de autenticación de Andy Warhol⁸⁶, de la Fundación Miró⁸⁷ y del Museo Oteiza⁸⁸.

En el ámbito internacional, también la Fundación Giacometti y los herederos de Picasso fundaron una asociación, la *International Union of Modern and Contemporary Masters*, para promover las protecciones legales contra la circulación de obras de arte falsificadas.⁸⁹ A nivel policial, en octubre de 2012, en las I Conferencias organizadas por la INTERPOL sobre arte falsificado, se hizo hincapié en la necesidad de una mayor cooperación e intercambio de información sobre obras falsas que, dadas las enormes ganancias que suponían, favorecían que este tipo de delito fuera particularmente atractivo para los grupos delictivos organizados.⁹⁰

En marzo de 2013, la Policía Nacional ha constatado en los últimos años un incremento de la falsificación de obras de arte en España, especialmente las pictóricas.⁹¹

⁸⁴BOSCA, R. “La Fundación Dalí analiza la lucha contra las falsificaciones”. En: El País, 20 de junio de 2011.

http://cultura.elpais.com/cultura/2011/06/20/actualidad/1308520818_850215.html (23/03/2013).

⁸⁵CHRISTINE PINAULT Y CLAUDIA ANDRIEU.

⁸⁶JUDITH GOLDMAN.

⁸⁷ROSA M. MALET, DIRECTORA.

⁸⁸TXOMIN BADIOLA.

⁸⁹COHEN, P. “A Picasso Online for Just \$450? Yes, It Is a Steal”, New York Times, 9 de septiembre de 2012 <http://www.nytimes.com/2012/09/03/arts/design/growth-in-online-art-market-brings-more-fraud.html?pagewanted=all> (18/03/2013).

⁹⁰INTERPOL “INTERPOL holds first conference addressing growing problem of counterfeit art”, 25 de octubre de 2012. <http://www.interpol.int/News-and-media/News-media-releases/2012/N20121025> (18/03/2013)

⁹¹HIDALGO, C. “La Policía constata un incremento de la falsificación de obras de arte”, ABC, 2 de marzo 2013, en <http://www.abc.es/local-madrid/20130228/abci-policia-constata-incremento-falsificacion-201302272012.html>: “La Brigada de Patrimonio Histórico de la UDEV Central lucha día a día contra este tipo de delito sobre las cosas, que por su propia naturaleza tiene su castigo en los tipos penales de estafa y/o falsificación documental (cuando la obra imitada es acompañada de certificados que no son reales o están manipulados). También, en caso de que el autor esté vivo o sus herederos mantengan los derechos (algo que ocurre sólo hasta los 70 años posteriores a la muerte del artista), puede imputarse un delito contra la propiedad intelectual. Una persecución judicial que poco puede disuadir a los especialistas en

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Mientras que el número de robos del patrimonio cultural en museos, casas particulares o iglesias, por ejemplo, se ha mantenido estable, sí se viene percibiendo esa tendencia al alza en la falsificación de cuadros.

La estafa (cuya regulación y elementos se estudiará de forma pormenorizada en los dos Capítulos siguientes) es un delito castigado en el Código Penal español en el art. 248 y ss. si la cuantía de lo defraudado excediera de 400 euros. En otro caso, según el art. 623.4 CP.⁹² sería una falta de estafa.

En concreto, la estafa objeto de nuestro estudio es aquella en la que el delincuente a través de engaño deliberado, se beneficia económicamente, e induce a la víctima a entregar parte de su dinero a cambio de una obra de arte falseada o mendaz, que de haberlo sabido no hubiera comprado. Sin embargo, no deja de ser una estafa común del art. 248. El delito es vender como original algo que no lo es, con plena conciencia de ello. Esta estafa se ve favorecida a la confianza en las transacciones en el mercado del arte, mal utilizada por coleccionistas, marchantes, casas de subastas, y museos. La singularidad de nuestra investigación es centrarnos en la estafa mediante la falsificación de obras de arte, caracterizándose por ser esta el medio comisivo utilizado. Es decir, este tipo de estafa se cometerá por la producción y venta de obras de arte falsificadas.

Como ya se ha explicado con anterioridad, consideramos que una obra de arte es falseada y/o mendaz cuando se tiene la intención de engañar. Aunque este tipo de estafas no es un fenómeno reciente, esta investigación no consiste en un análisis de la historia de la estafa⁹³ en obras de arte ni de sus falsificadores más famosos. El análisis va a ser un estudio interdisciplinar contemporáneo, reflejo de la sociedad y mercado actuales.

La escasa información que se tiene de la circulación de obra falsa en el mercado se debe a varias causas. Por un lado, dado que copiar, pintar “a la manera de” o realizar

falsificaciones.”

⁹²623.4 “Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros”.

⁹³Rembrandt, Miguel Angel, Rafael, Tiziano o Claudio de Lorena han sido algunos de los pintores clásicos más falsificados a lo largo de la historia. Los falsificadores importantes después de la II Guerra mundial han sido estudiados por el imprescindible y clásico libro ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte*. Barcelona: Noguer, 1961.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

un pastiche⁹⁴ no es un delito,⁹⁵ en nuestro ordenamiento jurídico sólo se permite a la policía intervenir una obra fraudulenta cuando se ha concretado una transacción, es decir, cuando ya se ha cometido un delito. A no ser que se localice un "stock" importante de cuadros falsificados que denote la intención de comerciar con ellos, estos no se pueden decomisar.⁹⁶ Por eso, si un establecimiento del sector (como una galería o una casa de subastas) rechaza una obra porque se da cuenta o sospecha de que es falsa y la devuelve al propietario, no se puede hacer nada por parte de la policía. Si no se denuncia, se desconoce su existencia y estos cuadros van circulando, hasta que se logran vender. Por otro lado, el amor propio de quienes han sido engañados les impide interponer denuncias. Muchos están retenidos en domicilios particulares.

Otras veces resulta difícil realizar la investigación porque estas estafas se detectan cuando muere el comprador y el heredero intenta venderla; es en el momento de su tasación es cuando se descubre que es falsa. Al haber transcurrido varios años desde la estafa, el delito puede haber prescrito.

A pesar de los mitos perdurables acerca de "crimen organizado", las operaciones ilegales en el mercado del arte son cometidas principalmente por aquellos operadores que tienen los conocimientos técnicos y se mueven dentro del circuito del arte. Estas son circunstancias necesarias para vincular una oferta ilícita con distintos tipos de

⁹⁴*Pastiche (or pasticcio)*: El pastiche es una composición basada en fragmentos o porciones de obras de arte existentes. "Una obra de arte que imita el estilo de otra obra, al artista o período, más específicamente, en las artes visuales, una imagen u otro trabajo que (a menudo con intención fraudulenta) imita el estilo de un artista en particular tomando en préstamo y reordenando los motivos de sus obras auténticas" (traducción de la autora). "A work of art that imitates the style of another work, artist, or period; more specifically, in the visual arts, a picture or other work that (often with fraudulent intent) imitates the style of a particular artist by borrowing and rearranging motifs from his authentic works", en CHILVERS, I. *The Oxford Dictionary of Art*. Oxford University Press online (20/09/2013).

Para crear esta compleja forma de falsificación, el falsificador se concentra en detalles seleccionados de diferentes pinturas del mismo artista y compone una imagen nueva. Si el falsificador está lo suficientemente familiarizado con las técnicas del maestro para saber exactamente qué información ha de seleccionar, puede fabricar un pastiche que se asemeja al estilo del maestro tan estrechamente, que la falsificación es extremadamente difícil de distinguir de una pintura auténtica.

⁹⁵Incluso son y han sido formas de aprendizaje del artista en todas las épocas.

⁹⁶Es semejante a la posesión de los estupefacientes, unos gramos de cocaína pueden ser para el autoconsumo, pero unos kilos indicarán la comercialización y el ánimo de lucro. Con el anteproyecto de reforma de Código penal ya aprobado se incluye una minuciosa revisión de el comiso y que remitimos al Capítulo 2.5.1 referido al Decomiso.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

demanda, de mayor a menor exigencia: una demanda que solicita obras estrictamente originales, una demanda que busca la original pero que se atreve con lo dudoso, y la que se mueve en el ámbito criminal. La cuestión fundamental es que la obra de arte como material falsificado (al igual que el robado o el de contrabando) se abre paso a través de los mismos cauces de los intermediarios de obras originales y termina en su mayor parte en los mismos lugares y las mismas manos como obra de arte de origen legal.⁹⁷

Al igual que sucede con otras estafas, la casuística es enorme, y resulta difícil hacer una clasificación cerrada. Los procedimientos estafatorios son muy diversos, y hay que decir, muchas veces ingeniosos, y como en todos los sectores hay profesionales “decentes” y “menos decentes”.

Las bandas de falsificadores suelen estar formadas por personas con amplios conocimientos y contactos en el mercado del arte, intención de ganar dinero rápidamente y una gran facilidad para embaucar a sus víctimas. Muchos son marchantes o tienen establecimientos abiertos al público, como galerías, casas de subastas, anticuarios, etc, donde alternan sus actividades normales con las ilícitas. Su mejor arma es estar introducidos en el mercado, y cuando se descuida algún comprador sin los suficientes conocimientos, le venden la obra falsa. Pero, aparentemente se comportan igual que el resto de los comerciantes “decentes”. Otras veces, el engaño se enmascara en los establecimientos no estables, y la estafa se podría cometer en un mercadillo o fuera del circuito del arte, como en una exposición ambulante instalada en un hotel de la costa.

ESPAÑA

Respecto a los *modus operandi* más frecuentes, vamos a referirnos principalmente a qué es lo que ocurren en España (sin perjuicio de que en la sección siguientes hablemos de otros ejemplos criminológicos).

En la lucha contra este tipo de delitos cooperan estrechamente el Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operativa de Policía Judicial de la Guardia Civil y por la Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo de Nacional de Policía. No es sólo la Brigada de Patrimonio Histórico la que está involucrada en la defensa de nuestro Patrimonio cultural. Existe una Unidad, la de la Policía científica que va íntimamente

⁹⁷NAYLOR, RT. “The underworld of Art”. En: *Crime Law and Social Change*, 50, n. 4, 2008, pp. 263-291.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

ligada a todas las operaciones policiales. Por un lado refleja en reportajes de vídeo y fotográficos los registros que se efectúan y cuantas piezas son intervenidas, herramienta fundamental para todo el desarrollo de las Diligencias policiales y judiciales. La Policía Científica realiza una importante labor en el campo de las falsificaciones de cuadros: sus expertos en documentoscopia, grafoscopia, marcas y arte, discriminan perfectamente las falsificaciones de firmas. En sus laboratorios se pueden realizar analíticas sobre pigmentos, composición de aleaciones, estudio de trazas y marcas en metales y piedras, etc. Es decir, todas aquellas peritaciones que se basan en métodos científicos y fisicoquímicos.

Suelen iniciar sus investigaciones tras recibir la denuncia de alguna persona estafada, pero en otros casos detectan la circulación de obra falsa en almonedas, anticuarios, etc. y hacen el camino inverso al detectar el intento de engaño.

A modo introductorio, es interesante analizar la mayor operación de este tipo llevada a cabo en nuestro país por la Policía⁹⁸ (todavía no resuelta por la justicia). Es un ejemplo de *modus operandi* a gran escala por la numerosa obra gráfica falsificada (unos 3.000 grabados, litografías y serigrafías) de los siguientes autores: Miró, Picasso, Tàpies, Lichtenstein, Chillida, Dalí, Canogar, Chagall y Andy Warhol. Cada una de las obras se vendía entre 2.704,55 euros y 6.010,12 euros dependiendo del artista y del tamaño (por ejemplo, las famosas serigrafías de Marilyn Monroe, copias de Warhol fueron vendidas por 3.606,07 euros), por lo que el montante de lo intervenido ascendía a unos 7,51 millones de euros.⁹⁹ Lo que no se pudo determinar es cuántas obras falsas introdujeron en el mercado, ni el montante económico que estafaron a los probables perjudicados, estimados en centenares.

En esta forma comisiva concurren muchos de los elementos que se dan en este tipo de estafa y que analizaremos:

“Desde hace meses, investigadores del Grupo de Robos y Protección del Patrimonio Histórico Artístico (Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta de la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Policía de Cataluña) venían detectando un incremento de *obra gráfi-*

⁹⁸GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR. “La Policía desarticula una banda dedicada a la falsificación y venta de falsas obras de arte”, 18 de diciembre de 2000, en <http://www.interior.gob.es/press/la-policia-desarticula-una-banda-dedicada-a-la-falsificacion-y-venta-de-falsas-obras-de-arte-88?locale=es> (19/03/2013).

⁹⁹La conversión de euros a pesetas realizada por la autora.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

ca falsa de Joan Miró (litografías y grabados) que estaba inundando” los mercados nacional e internacional (comercializadas fuera de nuestras fronteras) y que eran detectadas como consecuencia de las expertizaciones que sus propietarios realizaban para su autenticación a través de la Fundación Miró de Barcelona.

Por ello, se iniciaron las investigaciones pertinentes, para localizar e identificar a las personas que se estaban lucrando con esa actividad delictiva, recabándose la información necesaria entre gente del mundo del arte con el fin de poder determinar o conseguir pistas sobre qué personas o individuos pudieran moverse en el mundo de la falsificación de esta obra artística.

Como es notorio, este comercio se desarrolla entre personas con conocimientos sobre esta materia. Se trata de una colectividad con un perfil, motivada generalmente por intereses de inversión, que la conforman como una de las de mayor grado de hermetismo.

Realizadas indagaciones en este sentido, las mismas dieron como pista fiable que en las falsificaciones se podrían encontrar implicados el propietario de una galería de arte ubicada en Barcelona, e identificado como Javier S.C., y otras dos personas identificadas como Oswaldo A.B. e Ignacio A.R., todos ellos domiciliados en la provincia de Barcelona.

Sometidos estos individuos a permanentes dispositivos policiales de vigilancias y seguimientos, no sólo se constató su incriminación delictiva en estos hechos, sino que a la vez se fue logrando identificar al resto de personajes que conformaban la organización. Además se averiguó que aparte de falsificar obra gráfica de Miró, también lo hacían de otros artistas universalmente reconocidos, como Picasso, Tápies, Chillida, Chagall, Andy Warhol, etc.

Una de las características principales que este grupo organizado presenta es la de la distribución de la referida obra falsificada, puesto que tiene creadas tres líneas de distribución, siendo las mismas:

- Norte de Europa (Alemania - Países Escandinavos).
- Estados Unidos - Suiza - Japón.
- España - Francia - Italia.

En estos momentos -al parecer- estaban estudiando la posibilidad de in-

troducirse en los mercados ruso y asiático. Concretamente, en relación al mercado suizo, es de resalta lo acaecido con tres de las obras de Picasso y Miró, que fueron intervenidas por el Grupo de Robos y Protección del patrimonio Histórico Artístico de Barcelona en el transcurso de la denominada Operación HELVETIA, efectuada en enero de 1999 y consistente en la recuperación de una ingente cantidad de obras de arte por valor de 5.000 millones de pesetas, robadas en un domicilio particular de Suiza. Estas tres obras a las que se hace referencia, y que en un principio se creían auténticas, por posteriores estudios periciales han resultado ser falsas, sospechándose que las mismas pudieron proceder de la distribución en ese país por este grupo organizado de delincuentes, puesto que el estudio de las firmas así lo confirman.

Otra característica de su "*modus operandi*" para introducir las falsificaciones en el mercado consistía en acudir a distintos eventos tales como ferias, subastas, exposiciones o similares. Apoyándose en el *nombre de ciertas galerías y aportando en ocasiones falsos certificados de autenticidad*, vendían las obras falsas detectándose únicamente las referidas obras falsas cuando los poseedores finales solicitaban certificados o autentificaciones a las distintas Fundaciones u Organismos encargados de velar por los derechos de autor. Hasta entonces, sus propietarios creían tener con esas obras una gran inversión patrimonial y segura, cuando en realidad lo que tenían era una obra carente de valor monetario o artístico.

Este "*modus operandi*" facilitaba a la organización delictiva un tiempo de "ventaja" precioso para desaparecer y una coartada, dado que los compradores no podían llegar hasta el origen de las falsificaciones. La pista se perdía en terceras y cuartas personas que lógicamente no desvelaban en ningún caso el verdadero origen.

Además de producirse estafa a los compradores, se creaba un gran recelo entre los coleccionistas de obras de arte, con la consiguiente inquietud en los referidos organismos encargados de velar por los derechos de autor, por el enorme perjuicio que estas falsificaciones conllevaban para la obra de los pintores, en su valoración artística (principalmente) y crematística.

Este grupo organizado, dotado de una estructura estable con una jerarquía y reparto de funciones diferenciados era integrado por las siguientes personas:

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

- Oswaldo A.B. (54 años) vecino de Barcelona. Funciones: Dirigente del grupo organizado, *controla la producción de obras falsas y falsifica las firmas* de los pintores.
- Javier S.C. (49 años), vecino de Barcelona. Funciones: Máximo colaborador del dirigente, *controla el aparato de distribución de las obras falsas* en los distintos mercados y se encarga personalmente de realizar muchas de las ventas en la zona Centro y Levante de España y en Francia.
- Ignacio A.R. (35 años), domiciliado en Lliçà d'Amunt (Barcelona). Funciones: Forma parte del aparato de distribución de las obras falsas en los distintos mercados y se encarga personalmente de realizar muchas de las ventas principalmente en la zona norte de España y en otras zonas del país (Centro y Levante).
- Ricardo Omar G.O. (28 años), argentino y residente en Barcelona. Funciones: Forma parte del aparato de distribución de las obras falsas mediante la venta de las obras en la galería de arte de Javier S., siendo además el encargado de la logística (almacenes, cobro de las ventas en galerías y subastas, vehículos de transporte, etc).
- Silvia D.P. (34 años), de Barcelona. Funciones: Forma parte del aparato financiero (control de beneficios de las ventas y reparto) y gestión de infraestructura de Oswaldo A.
- Dafnis A.R. (32 años), de Barcelona. Funciones: Hija de Oswaldo A., colabora en la distribución de las obras falsificadas que realiza su padre, acudiendo con él a las ferias y exposiciones en el extranjero para su venta.
- Alberto L.I. (50 años), residente en Bilbao. Funciones: Forma parte del aparato de distribución de las obras falsas mediante la venta de las obras a través de galería de arte de su propiedad y de contactos particulares en la zona norte de España.

Entre los días 12 y 14 de los corrientes se produjeron las detenciones en Barcelona y Bilbao (la del último citado). Las detenciones se desencadenan al detectarse que varios miembros de este grupo organizado iban a desplazarse a las ciudades de Valencia, Murcia y Madrid para efectuar una nueva distribución y venta de numerosas falsificaciones.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Hasta el día de ayer se estuvo procediendo a un total de 9 registros de domicilios y locales de Barcelona, Lliçà d'Amunt, Madrid, Murcia y Bilbao, procediéndose a la intervención de:

Numerosa obra gráfica falsificada (unos 3.000 grabados, litografías y serigrafías) de los siguientes autores: Miró, Picasso, Tàpies, Lichtenstein, Chillida, Dalí, Canogar, Chagall y Andy Warhol. Su valor en el mercado es incalculable debido a que el precio de venta de las falsificaciones, dependiendo del tamaño y del artista, puede oscilar entre las 450.000 y 1.000.000 de pesetas cada una. El montante aproximado de lo intervenido asciende a unos 1.250.000.000 de pesetas.

Tanto por el número de las obras intervenidas como por el de las obras que han vendido a lo largo de este tiempo resulta del todo imposible cuantificar en cantidad económica el montante de esta fraudulenta actividad. Los perjudicados se cuentan por centenares, tanto nacionales como extranjeros.

En virtud de las gestiones que se continúan practicando y el análisis de la abundante documentación intervenida, no se descarta en absoluto la identificación y detención de otros colaboradores de esta banda y nuevos registros”.

En estas actuaciones ilícitas concurren muchos de los supuestos habituales que se dan en la casuística de los *modus operandi* de este tipo de delito.

Es muy habitual que lo que se plagie sea obra gráfica de autores modernos porque es más fácil de reproducir y de introducir en el mercado. Las piezas más falsificadas en España son la obra gráfica de los grandes artistas españoles del siglo XX, sobre todo Miró, Picasso y Dalí (aunque los óleos de Sorolla son de los más falsificados).¹⁰⁰

En cuanto a los sujetos activos, aquí existía una estructura compleja y jerarquizada: una persona dirigente que controlaba la producción de obras falsas y falsificaba las firmas de los pintores, una persona dedicada al aparato financiero, cinco personas dedicadas al aparato de “distribución de las obras falsas en los distintos mercados y se encargaba personalmente de realizar muchas de las ventas”, una de ellas también con

¹⁰⁰BURGUEÑO, M.J. “Sorolla bajo la lupa. Análisis del pintor más falsificado”. En: *Subastas siglo XXI*, N. 15, 2001, pp. 74-77.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

las funciones del aparato logístico (almacenes, cobro de las ventas en galerías y subastas, vehículos de transporte, etc). En el caso de las falsificaciones, los grupos suelen ser complejos, quien falsifica, quien emite un certificado de autenticidad, quien introduce la pieza en el mercado... Hay diferentes escalas y a veces no están vinculadas unas con otras. No suelen ser violentos, ni en el momento de cometer el delito ni cuando se produce la detención.¹⁰¹

Es de destacar que los “artistas” o autores materiales de las obras, sin firmar, no suelen formar parte de la estructura, pues como ya hemos afirmado, copiar, pintar “a la manera de” o realizar un pastiche, no es un delito. Los pintores son artistas con una capacidad especial para imitar el estilo de otros, bien copiando (plagio), bien creando obras propias pero evocando el estilo de autores consolidados, por lo que no son sólo copistas, y no suelen firmar las obras. La destreza de algunos falsificadores es sorprendente, superando al maestro y son buenos conocedores y admiradores de los autores que imitan. En otras ocasiones, solo se han entrenado y han aprendido algunos rasgos concretos.

No pueden entenderse como falsificaciones las copias (sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual correspondientes), las atribuciones falsas, los facsímiles, los pastiches y tampoco, desde el punto de vista más estricto, la reproducción offset de un grabado. Lo que las convierte en falseadas y/o mendaces es la documentación falsa y/o la firma falsa que las acompaña, y que suele realizar el dirigente de la banda. Estas pinturas siguen un proceso complejo hasta convertirse en un fraude, primero con traslados por España, hasta que se le incorpora la firma por las manos de un especialista en firmas. El hecho que sobre una obra se estampe una firma falsa induce a pensar en la falsedad de la propia obra.¹⁰²

¹⁰¹DOMINGO, I. “Ramón Fernández Gallego Inspector jefe del Cuerpo Nacional de Policía. Jefe de la Brigada de Patrimonio Histórico «Lo mejor del Patrimonio español está protegido; todo no, es imposible». En: *El diario montañés*, 22 de julio de 2007. http://www.eldiariomontanes.es/prensa/20070722/sociedad/ramon-fernandez-gallego-inspector_20070722.html (23/03/2013). “Los delincuentes de obras de arte tienen distintos perfiles, detrás de los robos hay grupos de delincuentes especializados en estos temas. No tienen conocimientos, pero si son habituales. Generalmente son de etnia gitana y actúan por todo el territorio nacional. (...) Finalmente, en el expolio arqueológico, son los clásicos ‘piteros’, que luego contactan con un intermediario que sitúa las piezas entre coleccionistas o comerciantes”.

¹⁰²Es conocido que existen obras firmadas con posterioridad al fallecimiento del pintor que son realizadas por motivos comerciales y no está en duda su originalidad.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Los falsificadores de firmas estudian las firmas auténticas hasta llegar a un conocimiento de todas las formas de hacer (variaciones, ritmo, presión, peculiaridades, rasgos inesperados, fallos habituales etc.) de la original. Suelen utilizar aparatos de ayuda como el negatoscopio,¹⁰³ para ampliar y reproducir, para conseguir que los rasgos, puntos de unión, oscilaciones, minúsculos finales y comienzos etc. coincidan.

En el supuesto que analizábamos, el lugar de comisión de los delitos era a través del mercado del arte legal, en un galería de arte propiedad de uno de los imputados y en ferias y exposiciones en el extranjero, lo que comentábamos con anterioridad, que en supuestos el comercio ilícito se mezcla con el lícito.

Las actuaciones policiales por este tipo de delito son muy numerosas. De entre las más recientes, todavía no resueltas por la justicia, podemos analizar otros supuestos que nos ayudan a configurar el estado de la cuestión. Así, la Guardia Civil, en una operación llamada “SAGÚN”, en 2011,¹⁰⁴ detuvo a los sujetos activos del delito que para llevar a cabo su actividad delictiva, adquirirían catálogos publicados con motivo de ferias o exposiciones de alguno de los artistas y a través de las fotografías de sus obras confeccionaban las pinturas. Posteriormente y mediante engaño hacían creer a los compradores que las pinturas procedían de donaciones o regalos que el pintor había realizado a personas de su entorno y que en ese momento, por diversas razones económicas o de otra índole, querían desprenderse de ellas. En caso de necesitar de algún certificado de autenticidad de las piezas, recurrían a terceras personas que les confeccionaban un documento aparentemente fidedigno donde certificaban la autenticidad del dibujo o de la pintura. El grupo desmantelado recientemente había conseguido colocar entre coleccionistas y comerciantes de arte algunas de estas pinturas falsificadas, entre ellas, cuatro a un Parador nacional de Turismo.

Por otro lado, la Brigada de Patrimonio Histórico del Cuerpo Nacional de Policía, a través de la Unidad Central de Delincuencia Especializada y Violenta (UDEV), desarrolló en 2012 un total de 32 investigaciones relacionadas con delitos contra el Patrimonio histórico. En julio de 2012 detuvieron a un grupo a nueve personas que falsificaba obras

¹⁰³Sirve para el análisis documental: observar medidas de seguridad, el tipo de papel empleado, para descartar raspados y otras manipulaciones fraudulentas, para observar y analizar firmas, etc.

¹⁰⁴GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR “La Guardia Civil detiene a 4 personas por falsificar y comercializar pinturas de autores de la Generación del 27”, 29 de noviembre de 2012, en <http://www.interior.gob.es/press/la-guardia-civil-detiene-a-4-personas-por-falsificar-y-comercializar-pinturas-de-autores-de-la-generacion-del-27-13154?locale=es>

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

de autores contemporáneos para venderlas en el mercado negro y confiscaron 60 cuadros falsos atribuidos a Goya, Picasso, Menchu Gal, B. Palencia o Viola en un anticuario de Madrid.¹⁰⁵

Un anticuario de Madrid era quien encargaba a un pintor afincado en Córdoba la confección de las pinturas sin firmar, principalmente pertenecientes a los siglos XVI al XIX, a través de un mediador. Las obras, que eran distribuidas en el establecimiento de uno de los arrestados, así como en salas de subasta, ferias de antigüedades o directamente a particulares, eran envejecidas y las vendían como auténticas después de dotarlas de certificados falsos firmados por expertos a cambio de una suma económica. La Policía explicó que comenzó la investigación a partir de una denuncia realizada por los titulares de los derechos de la propiedad intelectual de varias obras. A raíz de esta actuación, los agentes de la Policía averiguaron que el anticuario era quien había puesto en el mercado los cuadros falsos y que generalmente documentaba las obras con certificaciones falsas obtenidas a cambio de sumas de dinero, o bien emitidas por personas que no eran expertas en esos autores.

En los últimos años, el fenómeno de la estafa mediante negocios jurídicos criminalizados se ha ampliado por la existencia de nuevos cauces de distribución. Internet ha ampliado el mercado del arte más allá de los establecimientos “especializados”. Un estudio reciente realizado por estadísticos de la Universidad George Washington y la Universidad de California, Irvine, estima que hasta un 91 por ciento de los dibujos y las esculturas pequeñas que se venden a través de eBay (como la obra del artista Henry Moore) son falsas.¹⁰⁶ Sin embargo, no podemos hablar siempre de ilícito penal, pues el engaño se oculta normalmente detrás de las descripciones o medias descripciones, o certificados que cualquiera puede expedir.

Otra actuación de la Policía Nacional fue en octubre de 2012 en Barcelona, que decomisaron 47 falsificaciones de la serie “Relojes Blandos” de Salvador Dalí. Se trataba de litografías atribuidas al artista y acompañadas de certificados notariales falsos que constataban su supuesta autenticidad. La investigación comenzó al detectar a la venta,

¹⁰⁵Este anticuario comerciaba con todo tipo de piezas artísticas, desde cuadros de autores contemporáneos, copias actuales de tablas que vendía como antiguas, elementos arqueológicos, piezas de marfil labradas o colmillos de elefante en muchos casos de procedencia ilícita.

¹⁰⁶Informe citado en COHEN, P. CONTINUACIÓN DEL PIE DE PAGINA ANTERIOR “A Picasso Online for Just \$450? Yes, It Is a Steal”, En: *New York Times*, 9 de septiembre de 2012. <http://www.nytimes.com/2012/09/03/arts/design/growth-in-online-art-market-brings-more-fraud.html?pagewanted=all> (18/032013)

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

en una subasta en Internet y en una galería de Barcelona, dos supuestas obras de Dalí idénticas, firmadas por el artista y con la misma numeración y serie.¹⁰⁷

Muchos falsificadores, autores materiales de la obra, la colocan a través de los comerciantes de arte, que son los que lo venden a los coleccionistas.¹⁰⁸ Los beneficios de la venta de obra falsa se suele dividir entre el falsificador y el comerciante, aunque este último es el que se queda mayor porcentaje. Muchas veces, el comerciante es consciente de la ausencia de originalidad de la obra y la vende, cometiendo el delito. Otras veces no tienen clara la autenticidad de la obra y sin embargo la venden como original. Otros creen en la originalidad de la obra y el error empieza por ellos mismos. No se salva de ser engañado ningún operador del mercado del arte. Así, podemos incluir a las casas de subastas. En 1997, Christie's de Nueva York tuvo que retirar de una de sus subastas seis cuadros de autores cubanos que eran falsos. Entonces, la fundadora de la división iberoamericana en Sotheby's, reconoció la proliferación de todo un mercado organizado de falsificaciones. Ya en 1993 Christie's había retirado de la circulación un catálogo ilustrado en su portada con un cuadro falso de Fernando Botero, *Los bailarines*.¹⁰⁹

1.4.2. Falsificación de la obra

Una vez analizado el *modus operandi* en el mercado del arte, es preciso ver cómo se falsifica una obra para convertirla en falseada y/o mendaz y que pierda ese carácter de original (que no de autenticidad).

Como el engaño en este tipo de estafa se puede producir a través de un *negocio jurídico criminalizado* de compraventa, el objeto es la obra falsa. Como dice Eco,¹¹⁰ cuando hablamos de objeto falso es porque se ha producido una “falsa identificación” o un “malentendido perceptivo”. La idea de “falsa identificación” implica que “algo no es falso a causa de sus propiedades internas, sino en virtud de su pretensión de identidad”. Nos reiteramos en lo que afirmábamos en la sección anterior, todos los

¹⁰⁷GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR, “La Policía Nacional interviene en Barcelona 47 falsificaciones de la serie “Relojes Blandos” de Salvador Dalí”, 11 de octubre de 2012, en http://www.policia.es/prensa/20121011_1.html (20/03/2013).

¹⁰⁸ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte* (Ob. cit.) pp.12-15.

¹⁰⁹BELDA, F. “Falsificaciones: el cáncer del mercado del arte”. En: *Subastas siglo XXI*. Nº 20. 2001, pp.79 y ss.

¹¹⁰ECO, U. *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Lumen, 2000.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

cuadros son auténticos pero pueden no ser originales. En otras palabras, no hay objetos intrínsecamente falsos, sino objetos mal identificados. Como escribió Wittgenstein¹¹¹ “verdadero o falso es lo que los hombres dicen”, no los propios objetos. Se puede discutir la autoría de un objeto, o su historia, pero no se puede discutir el hecho de que ese objeto es auténtico y real. Sin embargo, aunque hemos propuesto una terminología más concreta, por la extensión de su uso y por su carácter más genérico, vamos a hacer uso en algunas ocasiones del concepto “falso”, con los matices ya referenciados.

Es una cuestión central de nuestra investigación analizar el concepto genérico de obra de arte falsa y concretarlo, para poder entender cuándo esta inauténtica o falseada y/o mendaz.¹¹² Recapitulando lo afirmado en la sección anterior, la obra es falsa en tres supuestos: cuando se crea una obra *inauténtica o falseada* (por ejemplo cuando se añade una firma a un cuadro y parece provenir de un autor diferente del efectivo),¹¹³ cuando es mendaz (sería el caso de una obra no manipulada, y lo falsificado es toda la documentación que explica su procedencia)¹¹⁴ y en tercer lugar, la copia mecánica precisa.

Si alteran las dos primeras, será una obra *falseada y mendaz*. Las obras que concurren en estos negocios jurídicos criminalizados suelen ser falseadas y mendaces. La copia mecánica precisa será inauténtica y mendaz.

Los estafadores de obras de arte conocen las técnicas de datación y atribución de los especialistas en la materia y utilizan estos conocimientos para engañar. De forma sistematizada falsifican o bien solamente la obra de arte, bien a veces también los documentos que acompañan a la obra para dotarla de credibilidad. Tradicionalmente los historiadores del arte han contado con tres herramientas principales para determinar la originalidad de una obra de arte, con aparente capacidad para discernir la verdad: la *documentación histórica*, y ya recayendo sobre el objeto, los *análisis científicos*, para

¹¹¹Citado en BEUCHOT, M. Historia de la filosofía del lenguaje. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 241.

¹¹²Recordamos las definiciones dadas en la sección anterior.

¹¹³Las obras “atribuidas a” que son firmadas con dolo o intencionalidad son falsificadas. Si en un lienzo de firma no cotizada, ésta se reemplaza por una comercialmente valiosa, la obra continúa siendo auténtica pero su firma es falsificada (el bien conocido sistema de “bautizo”). Es una falsedad material porque afecta a la estructura física de una obra, al soporte material. Es una obra falseada. Es un ejemplo de inautenticidad subjetiva.

¹¹⁴Esta última se encuentra dentro de la llamada falsedad ideológica, a la falta de veracidad está en lo declarado.

ver su composición material y la *inspección visual* por un *ojo experto* para analizar el estilo del autor.

Así pues, para dotar de verosimilitud una obra de arte falseada y/o mendaz, se van a analizar en primer lugar con qué documentación suelen ir acompañadas y para pasar después a analizar la obra como soporte material.

1.4.2.1. Documentación

Cualquier bien de consumo se acompaña de una serie de documentación obligatoria entre la que se encuentra la garantía. La documentación que acompaña a una obra de arte es, hasta la fecha, total y completamente opcional. No hay obligación de una certificación. La lógica de un estafador es respaldar su engaño con documentos redactados por “expertos” y con “certificados” que atribuyan la autoría de determinada obra a un autor de reconocido prestigio y elevada cotización, aunque no siempre es así. Muchas veces es por el análisis de la documentación cuando se descubre la estafa.¹¹⁵

Técnicamente hablando, “atribuir” significa que, en la mejor opinión de una autoridad competente en un determinado artista, una obra de arte es probablemente de la mano de ese artista.

El exceso de documentación aportada en una compraventa de una obra de arte no es garantía de originalidad, al contrario. No es una cuestión de cantidad de las certificaciones, sino de quién las emite y qué conocimientos las respaldan. El concepto de “autoridad competente en la materia”, “experto” y “certificado” no son unívocos en el mercado del arte porque no están normalizados. Porque en el mundo del arte las únicas atribuciones fiables son aquellas hechas por autoridades reconocidas y expertas en los artistas cuyos nombres se atribuyen. Autoridades cualificadas son personas que

¹¹⁵EFE/ SEVILLA. “Cuatro detenidos por intentar vender un Picasso falso por un millón de euros”. En: *ABC*, 7 de julio de 2012 en <http://www.abc.es/20120707/espana/abci-detenidos-cuadro-picasso-201207071232.html> (18/03/2013). El óleo, que reproducía la obra “Buste de Jeune Garçon”, de 1964, se acompañaba de un certificado de autenticidad falsificado a nombre de la hija del pintor, Paloma Picasso, así como de un escrito mecanografiado en francés firmado por un reputado galerista galo, lo que proporcionaba una gran fiabilidad. Sin embargo, descubrieron el intento de estafa, cuando el Museo Picasso averiguó que la obra original está certificada por Maya Widmaier Picasso, y no como en el caso de la copia, que figuraba a nombre de Paloma Picasso. Entre los arrestados figura un conocido anticuario madrileño, actual propietario de la obra y los otros tres implicados actuaban como intermediarios de una mercantil sevillana y ofrecían la posibilidad de adquirir el lienzo a anticuarios, galeristas, fundaciones, artistas y responsables de salas de subastas.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

han estudiado ampliamente los artistas en cuestión, publicado artículos sobre ellos, comisariado exposiciones en un museo o galería importante, impartido cursos sobre ellos, escrito libros, artículos de revistas, catálogos de exposiciones o ensayos acerca de ellos, etc. Quizá se debería exigir que el especialista fuera alguien que, al menos, hubiera realizado su tesis doctoral en torno a la obra del artista concreto sobre el que emite juicios, o que acreditara llevar una serie de años estudiando su trabajo etc.; sin embargo no hay nada regulado. En Francia, el Laboratorio de Investigación de los Museos de Francia, perteneciente al Ministerio de Cultura de ese país, recomienda que para atribuir la autoría de un objeto artístico deben converger, como mínimo, tres ejercicios profesionales, de esta forma, la atribución es fruto de un consenso de la doctrina. Respecto a la doctrina, en EEUU, O'Connor¹¹⁶ se plantea:

“Igualmente irrelevante para el proceso de autenticación es el testimonio de una sola autoridad, a menos que dicha autoridad sea mundialmente reconocida como la única experta en su campo. Es mucho más convincente el consenso entre un grupo de eruditos-expertos que basen colectivamente sus opiniones sobre autenticidad en un proceso de percepción formal claramente definido, tan sistemático y metódico como el de los grafólogos al examinar una firma o los médicos al evaluar un fenómeno formal sintomático de un trauma, enfermedad o disfunción mental”.

En España no hay nada normativizado, pero el Tribunal Supremo¹¹⁷ desestimó un recurso, pues de los hechos no podían deducirse que hubiera engaño, “como exige el

¹¹⁶O'CONNOR, F. “Autenticación de las atribuciones de obras de arte”. En: SPENCER, R. El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual. Fundación Gala-Salvador Dalí, 2011. pp. 31-57.

¹¹⁷Sentencias SAP Madrid de 18 noviembre 2002 , resuelta STS Sala 2ª de 8 marzo 2004 “Siendo propietario José Carlos, al parecer por herencia familiar, de un cuadro denominado “Retrato de la Infanta Mª Isabel” que entendían podía haber sido pintado por Goya, el citado José Carlos a instancias de su padre Jaime -persona con mayor experiencia y conocimiento en el mundo del arte- acudió a D. Alejandro para que éste realizara un expertizaje.

D. Alejandro -fallecido el día 2 de enero de 1998- era profesor titular de Historia del Arte en la Universidad Autónoma de Madrid, Académico correspondiente de las Reales Academias de la Historia, Bellas Artes de San Fernando, San Carlos de Valencia, Gallega de Bellas Artes y Alfonso X el Sabio de Murcia así como de número de la Real de Nobles y Bellas Artes de San Luis de Zaragoza y miembro de la Asociación Nacional e Internacional de Críticos de Arte, habiendo publicado numerosos libros sobre pintura española del s. XVIII y también más en concreto, sobre Goya, siendo considerado, al menos socialmente, como uno de los grandes especialistas en la pintura española del S. XVIII.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

tipo de la estafa, ya que los acusados, basándose en el informe de un experto en arte, obraron en la creencia de que vendían, en efecto, un Goya, y se pusieron en contacto con la galerista, y ésta, con el recurrente, que terminó pagando una cifra que se encontraba acorde con la obra vendida, máxime contando que la pintura no estaba catalogada como propia del artista, sino que lo iba a estar en un futuro”. En ella se observa el criterio de la Justicia en cuanto a la consideración de qué requisitos ha de tener un experto en arte: en este caso, ser profesor funcionario de la Universidad en Historia del Arte, académico de de Reales Academias, miembro de la Asociación Nacional e internacional de Críticos de arte, haber publicado libros y ser considerado socialmente como experto en la pintura que evaluaba.

En conclusión, los documentos, certificados de autenticidad o expertizaciones no tienen ninguna eficacia a menos que sean elaboradas por autoridades de reconocido prestigio. Las galerías de arte contemporáneo suelen trabajar con obra de pintores vivos, con lo que las eventuales falsificaciones suelen ser detectadas por ellos mismos.

Autoridades cualificadas para realizar atribuciones también pueden ser los propios artistas, sus familiares, empleados, descendientes directos, herederos, o personas que tengan derechos legales sobre la obra.¹¹⁸ Sin embargo, existe el peligro de ausencia de independencia por la concurrencia de intereses, y sus dictámenes podrían no ser imparciales.

Respecto de los informes que realizan las casas de subastas, lo desarrollaremos más pormenorizadamente en el Capítulo 3.3, pero no podemos olvidar respecto a estas, que son empresas privadas, intermediadoras en la venta entre un vendedor y un comprador. No es igual a la autoridad intelectual de los museos. Estos también autentifican

El citado profesor Alejandro con fecha 11 de febrero de 1996 emitió y firmó un informe profesional en el que señalaba que el cuadro propiedad de José Carlos, representaba a la infanta D^a M^a Isabel de Borbón y sus características técnicas, confirmadas por el estudio radiográfico, respondían a una pintura ejecutada a principios del s. XIX, pudiendo tratarse de un primer estudio para un retrato que no se sabe si llegó a realizarse en versión definitiva y que, por sus características técnicas y estilísticas, habría que clasificar como obra original de Francisco de Goya.”

¹¹⁸TORQUEMADA, B. “El arte en falso”. En: *ABC*, 4 de enero de 2004: “En lo que coinciden todas las fuentes consultadas es en el «peligro de los herederos». Es decir: ser sobrino-nieto de un pintor desaparecido no es ningún grado de excelencia para certificar su obra. Es más, a veces la mediación de la parentela produce distorsiones: «Sé del caso—relata Mariano Blasco de Bustos, experto de Subastas Castellana— de una familia que se niega sistemáticamente a certificar cuadros de un autor hoy pertenecientes a la que fue su amante. Por supuesto que son buenos, pero no se pueden comercializar como tales»”. pp. 51-54.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

cuando reciben piezas de coleccionistas privados para exposiciones temporales y las legitiman al incorporarlas al catálogo de la exposición. Los museos o entidades públicas organizadoras de exposiciones temporales reciben determinados objetos artísticos para las diferentes exposiciones temporales y tienen que expertizarlos con las suficientes garantías de seguridad. Es necesario que los distintos museos incorporen un protocolo de actuación ante esta situación y que se homogeneíse los informes técnicos sobre la idoneidad de las obras o piezas.

La falsificación en la documentación que se aporta puede ser de dos tipos: una documentación auténtica pero informe falaz¹¹⁹ en el que un profesional emite un informe falso (generalmente a cambio de dinero), o una documentación falsa, tanto en su continente como su contenido. En ellos se esgrime el nombre de personas prestigiosas sin que ellas lo sepan y de instituciones culturales inexistentes. Muchas veces es sacada esa información y logotipos de internet y con ellos se elabora la documentación falsa, con los sellos o los encabezamientos (falsificados, copiados de internet, por ejemplo) de instituciones como museos, fundaciones etc.

Otras veces lo falsificado no son las expertizaciones sino la documentación que habla de la procedencia de la obra (la *provenance* inglesa). Los estafadores alteran mediante la documentación aportada el historial de la propiedad de la obra, los catálogos, los certificados de autenticidad.¹²⁰ A veces el engaño se comete aportando un *libro* o *catálogo* que han impreso con carácter previo, con las falsas obras que después van a vender. El engaño es muy convincente pues el cliente ve el cuadro recogido en ese volumen, en el que se le otorgan unas magníficas cualidades artísticas.

Los falsarios conocen las fuentes más significativas para la datación de una obra

¹¹⁹Un gran escándalo fue protagonizado en Italia por el crítico Carmine Benincasa, quien respaldó con dictámenes la venta de cuadros por valor de 18 millones de euros y puso de manifiesto la gran influencia de quienes son considerados como expertos. Benincasa venía avalado por su condición de profesor de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de La Sapienza, de Roma, y de docente de Historia del Arte en Florencia.

¹²⁰Por ejemplo, recientemente se presentaron varios relieves egipcios a distintas casas de subastas alegando que habían sido heredados, de su tío, que había servido en Egipto durante la Segunda Guerra Mundial y se quedó allí por un par de años después, antes de regresar al Reino Unido. La procedencia indicadas en el catálogo de una casa de subastas fue: "Colección privada, Reino Unido, adquirido en 1940". En realidad eran unas obras compradas en tiendas de souvenirs de Egipto. BAILEY, M. y GERLIS, M. "Guilty plea over antiquities". En: *The Art Newspaper*, N° 249, septiembre 2013 [\(http://www.theartnewspaper.com/articles/Guilty-plea-over-antiquities/30312\)](http://www.theartnewspaper.com/articles/Guilty-plea-over-antiquities/30312).(13/09/2013): "*Suspect admits falsifying provenance of Egyptian items offered for auction in London*"

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

de arte: los *recibos*, los *acuerdos*, los *pagos de salarios y de material* etc. Los falsarios falsificarán estos documentos, con sus sellos etc. para dotarlas de credibilidad.

Muchas veces, debido al elevado precio que supone un estudio técnico-científico de la obra misma se intenta evitar buscando una *sólida base documental*. Esto lo conocen los falsarios, que la obra no pasaría un análisis científico de sus materiales, pero consiguen engañar con la documentación aportada.

Estrictamente hablando, los *testimonios orales* podrían no ser considerados como documentos, pero en la práctica se toman como tales, y de hecho resultan bastante útiles para configurar trayectorias de artistas recientes. Un ejemplo criminológico (que desarrollaremos en la sección siguiente) se ponía en contacto con los familias de los artistas para conocer sus detalles internos, sus vidas amorosas, así podía falsificar también cartas antiguas.

Los documentos escritos son, con mucho, los más abundantes en la historia del arte. Los podemos encontrar inéditos, o ya publicados mediante compendios realizados por historiadores. Como ya afirmábamos, la obra de arte, junto a otras fuentes de conocimiento histórico, constituyen un valioso documento y un testimonio indispensable y singular para conocer el devenir de las sociedades. Entre estas otras fuentes de conocimiento, son distintas según el período histórico, por eso proponemos una clasificación.¹²¹ Hay bastante bibliografía sobre el tema, y nos remitimos a ella para un

¹²¹Fuentes literarias y documentales. Propuesta de metodologías para su estudio:

- 1.- Fuentes para el estudio del Arte antiguo (Grecia y Roma):
 - 1.1. Tratadística profesional en la arquitectura y las artes figurativas.
 - 1.2. Literatura enciclopédica y retórica como fuentes para la Historia del Arte.
 - 1.3. La literatura de viajes en la Antigüedad.
 - 1.4. Otras fuentes literarias y documentales
- 2.- Fuentes para el estudio del Arte medieval:
 - 2.1. Tratadística profesional en la Edad Media: recetario y recuperación del tratado técnico.
 - 2.2. Historiografía del arte medieval y sus peculiaridades
 - 2.3. En la interacción imagen-texto: fuentes para el estudio de la iconografía medieval
 - 2.4. Otras fuentes literarias y documentales
- 3.- Fuentes para la Historia del Arte Moderna y Contemporánea
 - 1.- Manuscritos, vidas y tratados. Fuentes escritas básicas para el estudio del arte (siglos XV al XVIII).
 - 2.- Fuentes escritas y visuales de la iconografía (de los siglos XV al XVIII).
 - 3.- Fuentes archivísticas y cartográficas (para la historia de la colecciones, la arquitectura y el paisaje de los siglos XVI al XX).
 - 4.- Fuentes hemerográficas (crítica y prensa de los siglos XVIII al XX).
 - 5.- Vídeos y catálogos (fuentes de los estudios visuales del siglo XX).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

mayor desarrollo,¹²² sin perjuicio de realizar una breve introducción.

Entre las fuentes referidas a la obra misma, una de las más significativas para la datación de una obra de arte son los *recibos*, los *acuerdos*, los *pagos de salarios y de material*, y la *obra misma*; pero no siempre disponemos de todos los referentes a una misma empresa. Los *protocolos notariales* recogen contratos y recibos, así como *testamentarías* y otros documentos, que resultan muy útiles para el investigador porque suelen explicar con detalle el encargo que el artista se compromete a ejecutar, especificando el tiempo del inicio y el requerido para concluir el mismo. Los *libros de fábrica* en los que se llevan las cuentas de las obras de un edificio, los *libros de privilegios reales*, los *reglamentos gremiales*, los *libros de exámenes*, incluso las *actas de los profesores* dan noticias de artistas y obras. Y, de igual modo que en la Edad Media los Gremios defendían los derechos de las corporaciones de oficios, las *Academias*, ya en la Edad Moderna, y como ya hemos desarrollado, controlaban y custodiaban la labor de los artistas. Otro modo de investigar sobre una obra de arte, es consultar los textos publicados, bien actuales, o bien, antiguos.¹²³

Conforme la obra es más próxima, aumentan las fuentes; por ejemplo, para estudiar el arte contemporáneo, a la documentación antes comentada hay que añadir, entre otras, las *noticias de revistas y prensa*, las *crónicas*, los *anales*, y los *catálogos*.

Documentos asimismo interesantes son los *diarios de los artistas*, y las *cartas* que ellos mismos escriben, las de sus amigos o las de sus *comitentes*.

Donde suelen conservarse documentos interesantes para los investigadores es en los archivos municipales y parroquiales, las bibliotecas universitarias, nacionales o de museos, las hemerotecas, las casas mismas de los artistas o de coleccionistas, las filmotecas, los archivos fotográficos, las Academias de Bellas Artes, los fondos de instituciones

¹²²SCHLOSSER, J. *La literatura artística*. Madrid: Cátedra, 1993 (Viena, 1924); KULTERMANN, V. *Historia de la historia del arte. El camino de una ciencia*. Madrid: Akal, 1996; YARZA, J. *Fuentes de la Historia del Arte I*. Madrid: Historia 16, 1997; PITARCH *et al.* *Fuentes y documentos para la Historia del Arte Antiguo: (Próximo Oriente, Grecia y Roma)*. Barcelona: Gustavo Gili, 1982; YARZA, J. *et al.* *Fuentes y documentos para la Historia del Arte (Medieval I: Alta Edad Media y Bizancio)*. Barcelona: Gustavo Gili, 1982; y YARZA LUACES, J. *et al.* *Fuentes y documentos para la Hª del Arte (Medieval II: Románico y Gótico)*. Barcelona: Gustavo Gili., 1982.

¹²³Estos textos pueden ser contemporáneos o inmediatamente posteriores a la obra. Entre los clásicos, los tratados teóricos pueden ofrecer una luz sobre un aspecto determinado. Un recetario medieval, un repertorio de ornato o de grabados, un libro de ilustraciones específicas para artistas etc.

culturales, etc.

A la hora de estudiar piezas desaparecidas, son fundamentales los archivos fotográficos. En Europa, las guerras, tanto la Guerra Civil en España, como la II Guerra Mundial, destruyeron gran parte de estos documentos, lo que ha *facilitado* la labor de los falsificadores, al *crear* nueva documentación haciéndola pasar por documentos inéditos. Los falsificadores, más que *copiar* una obra concreta preexistente, lo que hacen es falsear la manera o el estilo de un determinado artista y hacer pasar la obra recientemente creada por una pieza hasta ahora desconocida o desaparecida.

Todos estos documentos son o pueden ser falsificados por los estafadores, por lo que no es difícil. Es de señalar que esto no constituiría un delito de falsificación de documento privado, penado de forma independiente, pues quedaría absorbido en el engaño de la misma estafa, en la puesta en escena necesaria para engañar.¹²⁴

Ya analizada la primera herramienta para buscar la originalidad de una obra de arte, las dos siguientes recaen sobre el objeto: los análisis científicos, para ver su composición material y la inspección visual por un ojo experto para analizar el estilo del autor. Los falsificadores intentarán darle a ambas una apariencia de credibilidad.

En cuanto al objeto de análisis de nuestra investigación, dada la amplitud de este campo, nos limitaremos al estudio de la pintura, escultura, el grabado y el *New Media Art*, falso sin entrar a estudiar las artes decorativas, así como tampoco los objetos de colección.

1.4.2.2. Pintura

La pintura puede ser descrita como la actividad que consiste en la disposición de pigmentos sobre una superficie.¹²⁵

La pintura puede ser falsificada de dos formas: mediante la utilización de soportes y materiales auténticos (el falsificador cuenta con las mismas o semejantes materias primas que el artista que realizaba las obras genuinas), es decir la pintura *falsificada artesanalmente*, y la falsificada en cuanto a su apariencia (el falsificador intenta *con otras materias primas* lograr la misma impresión óptica del original), que sería la falsificación mediante *medios técnicos o mecánicos*. Hay que distinguir por tanto la fal-

¹²⁴Ver apartado II.3.2.A Estafa y falsedades documentales.

¹²⁵HENCKMANN, W. - LOTTER, K. *Diccionario de estética*. Barcelona, Crítica, 1998, p. 192.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

sificación “artesanal”, como es la realizada por la mano del hombre como herramienta, de la que es fruto de los medios técnicos.

LA PINTURA FALSIFICADA ARTESANALMENTE

El falsificador tiene que esforzarse para trabajar siguiendo exactamente la técnica de la época en que se produjo la obra original, tarea que sólo puede realizar el que sea maestro en su especialidad. En este tipo de falsificación, el artista imitará las materias primas y las técnicas concretas con las que fueron elaborados los originales, pues en un ulterior examen para comprobar la autoría y la originalidad serán valoradas aparte por el que realiza la expertización.¹²⁶

Con carácter previo, hay que hacer una breve referencia al cuadro o pintura como

¹²⁶Propuesta de una lista de comprobación para el análisis del estado de conservación y para hacer pasar una pintura como original. Aspectos a tener en cuenta:

SOPORTE: 1.- *Tabla de madera* (Tamaño original: reducción, alargamiento; Ataque de parásitos: insectos dañinos, hongos, bacterias, antiguas formas de combatirlos; Abombamiento : convexo, cóncavo, alabeo; Deformación del entarimado; Arrugamiento después de la pintura; Grieta, hendidura, abiertas grieta puntual: juntas abiertas, juntas encoladas, grietas puntuales, hendiduras encoladas; Reparaciones provisionales de la madera; Reforzamiento de las juntas: tarugos, cola de pato, lienzo, estopa; Rebajado, engatillado; Entarimado; Traslado: total, parcial; Protección del dorso: tabla, pintura). 2.- *Tejido*: lienzo, etc. (Tamaño original: reducción, alargamiento; Superficie: rígida, hinchazones, abolladuras, arrugas, abombamiento, contracción, deformación por remiendo del lienzo; Inscripciones al dorso: estado de nota, sello, etc.; Borde de sujeción / dobladura: recortado, remendado, agujeros de clavo oxidado; Oxidación de las fibras; Bolsas de suciedad; Impregnación : cera / resina, cola, linaza / barniz, resina natural, sintética, dispersión; Perforación : presión anterior, posterior; Medidas alternativas del entelado: tapado de las grietas, remiendo del tejido, remiendo del borde; Entelado: tapado (soldado de las grietas), remiendo del tejido, remiendo del borde; Adhesivo del entelado: engrudo, cola, cera / resina, cera sintética / dispersión; Microorganismos : hongos, bacterias; Bastidor / marco de cuñas: estado de conservación; Protección del dorso: pintura, emplastado, tabla), 3.- *Cartón*, 4.- *Tabla de metal / cobre* (Tamaño original; Abombamiento: convexo / cóncavo; Dobleces e hinchazones; Construcción estabilizadora; Corrosión), 5.- *Piedra* (Hendidura: abierta / encolada).

IMPRIMACIÓN: Cohesión: frágil, pulverizada; Decoloramiento : parcial, extenso; Desprendimiento : extensión, sitio, eventualmente indicar coordenadas; Levantamiento de la capa del cuadro; Desconchamiento de la capa del cuadro.

CAPA PICTÓRICA: Decoloramiento : amarilleado, desteñimiento; Estructura superficial: formación de arrugas, exfoliaciones ; Cohesión: empolvado; Adhesión: desprendimiento / levantamiento de la capa de imprimación, de la capa de color, de la capa pictórica, de la capa del cuadro; Ampollas (producidas por quemaduras); Formación de bandejas.

FIRMA: Rayada; Instrumental de la firma (pincel, yeso, lápiz de plomo); Calcos : calco, troquelado, patrón.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

ente físico. Este se compone de un soporte, de una imprimación o base y de una capa de pintura.¹²⁷ El falsificador, a parte de fijarse en el cuadro, también hará uso de etiquetas, sellos de lacre e inscripciones con “letra antigua”, aplicadas al dorso de la obra. El falsificador tendrá en cuenta estos tres elementos, y según la “calidad” y conocimiento de las diferentes técnicas de elaboración de las distintas épocas, intentará aproximarse lo máximo posible al original. A mayor antigüedad mayor dificultad en buscar su semejanza. El falsificador de maestros antiguos es un “oficio” a desaparecer. La invención de nuevas técnicas artísticas ha llevado al olvido de las antiguas y estas técnicas han desaparecido de la tradición o han sido mantenidas artificialmente por restauradores o conservadores de museo, siendo cada vez menos los que las conocen. Imitar el estilo y la textura de las grandes pinturas clásicas implica una elaboración minuciosa y una inversión considerable en materiales originales que no son fáciles de conseguir, como los aglutinantes, pigmentos o matizadores. Cuanto más original ha de resultar la imitación, mayores son los obstáculos que ha de superar el falsario. Lo normal es que se canse, se desanime y adopte un camino más simple, más económico, es decir, de menor precisión y exactitud.

La datación mediante criterios materiales parte de la idea de que cada época, cada escuela, e incluso cada artista, empleó unos materiales y unas técnicas determinadas. Sabiendo qué técnicas y materiales son característicos de cada época, escuela, o autor, podremos determinar si una obra reúne o no esos rasgos, y, por lo tanto, si pertenece o no a tal o cual época, escuela, o autor. Además, por grande que sea la habilidad del falsificador, cuanto más alejado en el tiempo se encuentre con el objeto a imitar, más difícil será su labor. Con tiempo ilimitado, dotes excepcionales y materiales de época, puede lograrse una aproximación suficiente bajo la luz de la crítica subjetiva, pero indefectiblemente el laboratorio descubrirá la falsificación.

Como consecuencia, los falsificadores contemporáneos arriesgan menos, para evitar ser descubiertos por las incoherencias materiales de las falsificaciones modernas y prefieren falsificar obras abstractas que no requieran tanto esfuerzo de producción. Por tanto, actualmente las falsificaciones son más habituales en pinturas modernas. Los estilos son más fáciles de imitar, hay más bastidores, materiales, y el “envejecimiento” necesario más sencillo de realizar. Las falsificaciones de obras contemporáneas son más

¹²⁷Muy interesante LEVENSON, R. “Examen de las técnicas y materiales de pintura”. En: *El experto frente al objeto*. Fundación Gala- Salvador Dalí: Marcial Pons, 2011, pp. 143-157.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

sencillas porque hay total accesibilidad a las materias primas y hay menos expertos para expertizarlas. Los artistas del siglo XX emplearon una variedad de materiales más amplia que los grandes maestros clásicos, incluido materiales que nunca antes se habían utilizado.

Componen los elementos de una pintura tradicional y en sus huellas se observa la antigüedad y forma de elaboración:

La *capa de soporte*, que puede ser toda de madera (sobre todo en la pintura hasta el 1500) o un entramado de madera con una tela. Si es una tabla de madera, se tendrá en cuenta las marcas de sierra y las características del trabajo de la madera, como las juntas o detalles de ebanistería (y que variarán según la región y el siglo¹²⁸). Si es una tela, se observará la presencia/ausencia de costuras y la calidad del lienzo, así como los márgenes clavados y los mismos clavos.¹²⁹

La *capa de base, preparado o imprimación*, normalmente no es visible para el observador, excepto en los bordes o en las áreas donde se ha perdido la pintura. La evidencia física de la preparación o proceso de planificación de un artista puede ser decisiva a la hora de autentificar o atribuir las obras.

La *capa de pintura o dibujo* es donde el artista ejecuta su dibujo y es el factor principal en la autentificación de una obra. El medio, los pigmentos, el estudio de los materiales, los patrones de las grietas, etc.

Estos tres elementos son fundamentales en la falsificación de una pintura. Con carácter general, las obras falsificadas (se observa a través de los cuadros requisados en las instalaciones policiales) no son de calidad. No están bien resueltas las cuestiones técnicas, pintadas a brochazos, colores chillones, dificultades anatómicas mal resueltas... Solo pueden ir destinadas a un público absolutamente desconocedor de la historia del arte y de los autores cuyas obras se les atribuían. Sus soportes modernos no resistirían el examen, la capa pictórica se compondrá de pigmentos de síntesis, dis-

¹²⁸En el Arte gótico, la traza, entalladura y montaje de un retablo eran fases de un proceso largo y cooperativo. Cada área geográfica desarrolló sus propias características singulares que lo diferencian de otras, de ahí la importancia de un análisis técnico. Un ejemplo de estas singularidades en SERRA, A. y MIQUEL JUAN, M. "La madera del retablo y sus maestros. Talla y soporte en los retablos medievales valencianos". En: *Archivo de arte valenciano*, N. 99, 2010, pp. 13-38.

¹²⁹La presencia de clavos antiguos (forjados a mano) en bastidores y tablas supuestamente antiguas se considera definitivo, así como, los túneles de insectos xilófagos y manchas de moscas.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

olventes y endurecedores modernos. Simplemente con mirarlas se descubre su carácter falsario.

Sin embargo, existe otro público, el coleccionista entendido, al cual van dirigidos otro tipo de falsificaciones. Una falsificación ambiciosa, capaz de aportar grandes beneficios, tendrá que recurrir a técnicas sofisticadas. Es en estos supuestos cuando ante su dificultad de atribución, hay complejos métodos científicos de identificación material de las obras de arte que los falsarios intentarán burlar.

Los vamos a nombrar brevemente, puesto que es una materia más propia de los peritos que de los historiadores y juristas. Las que mejores resultados han proporcionado han sido la microscopía óptica, la microscopía electrónica de barrido con microsonda electrónica, la difracción de rayos X, la espectroscopia de infrarrojos, y la cromatografía líquida y gaseosa.

En la *emulación* de una obra antigua, y vistos los elementos que componen una pintura, el falsario buscará soportes antiguos. Para casos muy especiales borrará en parte, o en su totalidad, pinturas antiguas pero mediocres, para aprovechar su lienzo o tabla. La labor no es sencilla, pues las pinturas antiguas son muy resistentes y cualquier resto de pigmento metálico (blanco de plomo, por ejemplo) se traicionará bajo los rayos X.

Así, en falsificaciones de mediana calidad preferirá utilizar materiales antiguos, pero originalmente destinados a usos bien distintos, como viejas tablas obtenidas de muebles inservibles, viejas puertas, etc. Las telas antiguas no presentan señales de aprestos, almidón ni aditivos químicos, a diferencias de las actuales. Tendrán, pues, que ser hervidas y blanqueadas al sol, lo que es fácilmente detectable así como el uso de lejías. Si se opera sobre una pintura antigua intacta, el anormal grosor de la capa pictórica resultará sospechoso a primera vista, y la placa radiográfica será muy determinante. La eliminación de la capa primitiva, imposible por medios químicos, tendrá que efectuarse por abrasión mecánica o manual. Un sistema intermedio es el "*marouflage*", que consiste en pegar fuertemente la pintura falsa sobre el soporte original, rematando los cantos del modo más invisible posible. Evidentemente, el "*marouflage*" tampoco resistirá la temible prueba de los rayos X.

En cuanto a la capa de pintura o dibujo, el caso de la espectrometría Raman láser

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

constituye un ejemplo significativo y reciente. La espectrometría Raman¹³⁰ es un sistema de análisis no destructivo, que por un lado, analiza los pigmentos de la obra, y por otro, determina cuáles son los que no pertenecen a la pieza. Este sistema está basado en la tecnología láser, que ofrece gran capacidad de resolución y especificidad, lo que permite detectar la autenticidad de una obra y a que período pertenece. La espectrometría Raman se combina con otra técnica llamada Fotoablación, que determina con mucha exactitud, qué pigmento es de los que existen en la paleta informática, porque es sensible a la composición química y a la estructura poliatómica. Los análisis con espectroscopia Raman pueden resultar muy útiles en algún caso para descartar una hipótesis o reforzarla, ya que aportan datos complementarios sobre la composición molecular de pigmentos, cargas, aglutinantes y barnices, pero constituyen un resultado parcial que se debe complementar y contrastar con otros exámenes para llegar a un diagnóstico que necesitará la corroboración de los historiadores del arte. Estos análisis probarían que la pintura usada no estaba creada en la época en la que el cuadro sería pintado (es decir, una pintura podría datarse en función de los pigmentos que contenga). Por ejemplo, el azul de Prusia se inventó a principios del siglo XVIII, los colores sintéticos y el tubo de estaño surgen con el Impresionismo. . . Hay que afirmar que solo proporciona fechas *post quam* (la máxima antigüedad de una obra), porque se conocen las fechas de invención de algunos de ellos. Además, la cantidad de pigmentos disponibles en cada época tampoco era tan grande como para que un color determinado pueda llegar a resultar característico. Se están desarrollando otras técnicas de laboratorio en la que lo que se realiza es una base de datos de pigmentos de un pintor, lo que facilita la detección de copias. Esta técnica ya se utiliza con uno de los artistas más falsificados es España como es Sorolla.¹³¹

Las incoherencias materiales pueden excluir un cuadro del conjunto de la obra de

¹³⁰Se basa en el fenómeno, que cuando bombardeamos un material con una radiación determinada, una parte de esas radiaciones es absorbida y otra es reflejada.

¹³¹El Instituto de Ciencia de los Materiales de la Universitat de Valencia (ICMUV) ha creado una base de datos de pigmentos del pintor Joaquín Sorolla que permite, entre otros usos, autenticar si una obra pertenece o no al artista valenciano y diferenciar en un lienzo las partes originales de aquellas que han sufrido retoques posteriores. De hecho, este sistema, el más avanzado en España, ha servido ya para descubrir un Sorolla falso que se encontraba en los fondos del Museo de La Habana. De esta manera se podrá estudiar cómo han evolucionado los pigmentos de naturaleza inorgánica que ha usado Sorolla en su dilatado período productivo y esta información se podrá utilizar para estudiar obras de dudosa autoría.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

determinado autor, pero el análisis científico no puede aportar una prueba irrefutable de que un cuadro es de tal maestro, de mismo modo que tampoco puede asignar una obra rechazada a uno de sus discípulos o seguidores.

Sin embargo, aunque los pigmentos puedan no ser determinantes, existen otras técnicas de análisis. En las falsificaciones históricas es frecuente que hayan sido copiadas por sus contemporáneos sin ninguna mala fe y que años después estas copias hayan sido introducidas en el mercado del arte, convirtiéndose en falsificaciones.

Como afirmábamos anteriormente, la capa de base, preparado o imprimación, puede ser decisiva a la hora de autentificar o atribuir las obras. En estos casos es muy útil el análisis con rayos X y reflectografía, porque las copias no presentan el proceso creativo previo subyacente, que estos exámenes sacan a la luz.

Por otro lado, la idea de que las técnicas y materiales que empleaba un autor o una escuela puedan servir para identificarlo ha resultado falsa. Las técnicas y materiales empleados por un artista o en una escuela no son ni características ni exclusivas. Un artista no tenía por qué emplear siempre los mismos materiales y aplicarlos empleando las mismas técnicas, y, además, tampoco había razón por la que otros artistas no pudieran emplearlas igualmente. Así, en la práctica la investigación material para la datación de obras rara vez ofrece resultados definitivos. Sirven esencialmente para facilitar el estudio a los eruditos y para dejar al descubierto las incoherencias materiales de las falsificaciones modernas.

El falsario aunque conozca con toda perfección la técnica antigua, y haya conseguido los materiales auténticos, se encontrará con dificultades insuperables al tener que fingir el paso del tiempo, es decir el “envejecimiento”. Este es uno de los mayores problemas de los falsarios al tener que imitar el paso del tiempo en la materia. Para darle apariencia de antiguo a los cuadros, los falsificadores imitan las resquebrajaduras de la capa de color: las craqueluras serán pintadas, arañadas, formadas con “barniz de craqueluras”, por secado al horno, o enrollado de la tela. Su simetría no puede engañar a simple vista y menos con los medios de un laboratorio. Existen algunos cuadros antiguos auténticos que carecen de resquebrajaduras; en las falsificaciones jamás faltan.

Las grietas que se producen con el tiempo se diferencian con mayor o menor claridad de las que fueron creadas artificialmente. Los métodos primitivos de fingir grietas rascando o dibujando con lápiz o pincel no son tan utilizados por los falsificadores de nuestros días. Hoy se utilizan una serie de procedimientos, por acción química o, simplemente, por calentamiento brusco, que ocasionan la falsa craqueladura a manera de enrejado en la capa de color. Las grietas naturales alcanzan hasta la capa de yeso,

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

mientras que las artificiales no pasan de la superficie pintada. Las imitaciones, sea cual fuere el procedimiento seguido para obtenerlas, carecen de la irregularidad, de la red que se va formando más y más densa bajo la influencia del clima. Este fenómeno cambia a tenor de la condición de la capa de pigmento, de la mayor o menor pastosidad de la pincelada. En la superficie de un mismo cuadro, en un lugar las resquebrajaduras son ostensibles, y en otros, no aparecen en absoluto, o muy débilmente.

También se recurre a un sinnúmero de pequeños trucos, tales como ampollas producidas artificialmente en la pintura, el moho artificial y bacterias que ataquen los cuadros en puntos que carezcan de importancia. Así, la presencia de un desperfecto en un lugar poco importante, sirve para desviar la atención sobre la escasa calidad de la pintura, atestigüa su “antigüedad” y sirve de pretexto para justificar el precio “de ocasión” de la obra de arte de tan alta calidad que debía estar en un museo.

Para falsificar un cuadro antiguo, el falsario compra un cuadro antiguo y después de un sabio lavado, pinta encima un asunto extraído de algún maestro ilustre. Se hace encolar la copia de un cuadro antiguo trasladándolo a una tela vieja, la pasan por el horno, consiguiendo una pasta seca y agrietada sobre a que podían añadirse aún más grietas sirviéndose de la punta de un alfiler. El aspecto de pintura envejecida, oscurecida y amarilleada se obtenía con la aplicación de ceniza desleída y *noir de fumée*.

Hemos analizado el cuadro como soporte físico, en el que se emplean una serie de materiales para su creación. Sin embargo, la ciencia no es suficiente para determinar su autor o descubrir falsificaciones con fines delictivos. Los estudios científicos y técnicos han facilitado los avances de los eruditos y pueden dejar al descubierto las incoherencias materiales de las falsificaciones modernas, pero a menudo, la única conclusión que se puede sacar de las pruebas, es que no hay motivos para que la obra no se pueda atribuir al artista en cuestión, pues existe un límite en los exámenes y en el conocimiento. En la práctica a la hora de establecer una autoría o de datarla, es el historiador del arte el que detectará las incoherencias. Es pues un trabajo en equipo.

Al igual que el falsificador debe afanarse por trabajar siguiendo exactamente la técnica de la época en que se produjo la obra original, este debe seguir el estilo del maestro al que la falsificación debe ser atribuida. El buen falsificador debe haber asimilado en la memoria visual la forma característica de dicho artista, en sus figuras, sus mecanismos compositivos, ritmos lineales, colores típicos, hábitos de factura, etc. para evitar su desenmascaramiento a través de la inspección visual de un ojo experto. La labor artística es extremadamente difícil. El falsificador ha de penetrar con todos sus

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

sentidos en una época que le es ajena, lo que no se logra nunca plenamente, destacando con más o menos fuerza el acento actual.

El estilo de la época a menudo tiene mayor influencia en el imitador que el del artista copiado. Para sortear esta enorme dificultad, copia un cuadro del autor imitado, lo que le delata inmediatamente, o realiza un pastiche.¹³² Si se decide a crear una composición original, caerá sin duda en los errores antedichos.

Como ya nos hemos referido anteriormente, en la práctica habitual de los falsarios, en un porcentaje altísimo de casos, la obra falsificada se aprecia a simple vista a los ojos expertos de un buen conocedor en Historia del Arte. La mayoría de las obras que intentan pasar por piezas de grandes maestros están mal resultas técnicamente. Por ejemplo, Velázquez pudo pintar una obra de escasa calidad artística o estética pero jamás habría cometido errores morfológicos, como no saber resolver un escorzo, no realizar una perspectiva simple o no encajar una figura en el ambiente pictórico. Determinados errores que se aprecian en piezas que se pretenden vender atribuidas a alguien, son imposibles que las hubieran efectuado ellos, pues los errores son tan graves y los fallos tan de base que no pueden inducir a confusión.

Resulta muy gráfica la explicación que da el gran conocedor Max Friedländer¹³³, que señala de forma muy clara:¹³⁴

“Con los andadores de un maestro es como se mueve el falsificador con mayor soltura, y, mediante una simple labor de copia, como alcanza más fácilmente sus objetivos. Pero se expone al peligro de ser sorprendido, porque la pintura originaria, en la mayor parte de los casos, es conocida, y una sola mirada puede descubrir el engaño. Por esta razón intentan los falsificadores de experiencia e ingenio formar un conjunto, aparentemente nuevo, entresacando de varias pinturas originarias. Pero la reunión de elementos heterogéneos descubre también el engaño. Imita, quizá, el falsificador la manera pictórica del siglo XV; escoge, sin embargo, un motivo

¹³²Recordamos lo visto en otras partes de esta investigación, consiste en formar un nuevo cuadro a base de detalles vistos en diversas obras del mismo pintor.

¹³³Berlín, 1867 – Ámsterdam, 1958. Fue un eminente historiador del arte, experto artístico y conservador de museo. Es conocido como especialista en la Pintura flamenca primitiva y en el Renacimiento del Norte, además de director de museos de Berlín entre 1929 y 1933.

¹³⁴FRIEDLÄNDER, M. El Arte y sus secretos (Ob. cit), p. 205.

de movimiento del XVI, o acomoda sobre una cabeza tocada a la guisa del siglo XV un bonete a la manera del XVI. Confusión de estilos y discordancia son características de la falsificación, en mayor grado aún que la copia. Falta la unidad originaria, el signo de la originalidad.

El falsificador copia, por ejemplo, con exactitud y habilidad un dibujo de Holbein —con algunos detalles cambiados, para borrar un tanto, de esta suerte, todo vestigio de copia—. La cabeza muestra barba y cabello a la manera de los tiempos alrededor de 1530. El falsificador adorna, además, aquella cabeza con un elevado gorro, como se usaba en 1490, y añade un fondo de paisaje al estilo de Memling.

El falsificador es un impostor, un hijo de su época que reniega de la manera de mirar característica en ésta. Si procuramos representar con claridad las consecuencias de tan desdichada situación, fácilmente comprenderemos las propiedades que diferencian la obra falsificada de la original. Oscilando siempre el falsificador entre una medrosa prudencia y una franca audacia, temeroso de que el sonido de su propia voz le traicione por demasiado acusada, en cuanto pretende causarnos una impresión de belleza incurre en los prejuicios de gusto de su tiempo. Su dramatismo suena a hueco, nos parece teatral, forzado, porque no descansa sobre auténticas reacciones de sentimiento.

Lo más difícil para el falsificador radica en alcanzar la decisión del original, dimanante de la ingenuidad y la seguridad instintiva, que faltan al falsificador. El trabajo excesivamente consciente y reflexivo se delata por ciertas vacilaciones o porque la obra carece de vida. Por lo que atañe a la expresión, revela con frecuencia el falsificador el estilo de su época por la sentimentalidad, el afán de gustar y una especie de dulzor y blandura. El falsificador se diferencia del maestro auténtico (en cuyo pellejo anda escondido) en que posee un conocimiento imperfecto del objeto que el maestro tuvo ante sus ojos. El falsificador ignora cómo estaba cortada y cosida una falda del siglo XV. Conociendo estos detalles reales podremos descubrir los errores del falsificador y desenmascararle fácilmente, de manera especial cuando no se entrega estrictamente a la copia, sino que se atreve a intentar variaciones (...).”

Dicho esto, existen obras tan bien replicadas que hay que recurrir a los máximos estu-

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

diosos de cada autor para salir de dudas. Ponerse en la mente del falsificador es la clave para descifrar el acertijo, en primer lugar, el falsificador nunca va a replicar una obra conocida, son escasos los casos en los que se atreve de pintar una obra desaparecida y tampoco hará un tema que esté fuera de su iconografía. Por extensión, el falsificador rebuscará entre las escenas preferidas del ideario del pintor, en Joaquín Sorolla, escenas y paisajes de mar; en Murillo, la Inmaculada; en Zurbarán, la galería de santas, por citar algunos. Van Gogh es considerado uno de los artistas más falsificado de la historia, ya que sus signos de originalidad son muy marcados y fáciles de apropiar.

Recientemente varios Museos están sacando a la luz y dando mayor visibilidad a las obras falsas de sus colecciones.¹³⁵ En 2010, la exposición “*Close Examination: Fakes, Mistakes and Discoveries*” (y que se podría traducir como “Examen de cerca: falsificaciones, errores y descubrimientos”) reveló algunas incógnitas que había detrás de las pinturas de la National Gallery de Londres entre algunas obras de sus fondos. Es muy ilustrativo el análisis descrito en el catálogo de la exposición de un retrato de grupo, adquirido en 1923 por el museo.¹³⁶

Esta es una falsificación inteligente y elaborada de forma cuidadosa de un retrato italiano del siglo XV que se descubrió que fue pintado probablemente en la década de 1910.¹³⁷ Sin perjuicio del análisis científico que se realizó (en 1996), un análisis estilístico mostró que la dura línea de las figuras y los mismos rostros parecían demasiado modernos. Un análisis iconográfico ya había determinado que las vestiduras no correspondían con las de la época, y que eran inventadas. Posteriormente con los análisis científicos se demostró que era una falsificación. Aunque en un principio esta falsificación se atribuyó al restaurador italiano y maestro falsificador Icilio Federico Joni (1866-1946). Sin embargo, tenía poco parecido con sus falsificaciones habituales de la pintura de Siena del siglo XIV y principios del siglo XV. Recientemente se ha sugerido que uno de los contemporáneos de Joni, Umberto Giunti (1886-1970), pudo haber pintado la obra.

¹³⁵Como es el caso de la falsa colección de Wener, Jäger de la que hablaremos en el epígrame 1.5.3.

¹³⁶WIESEMAN, M. “Portrait group”. En su web <http://www.nationalgallery.org.uk/paintings/research/close-examination/> (20/03/2013) y en el Catálogo de las exposición WIESEMAN, M. *A closer look. Deceptions & discoveries*. National Gallery Company, Londres, 2010, Case study1: A genuine fake, p. 36-38.

¹³⁷Los análisis técnicos demostraron su falsedad, pues usaron pigmentos que no existieron antes del siglo XX, como el azul cobalto, el amarillo cadmino o el amarillo cromo.

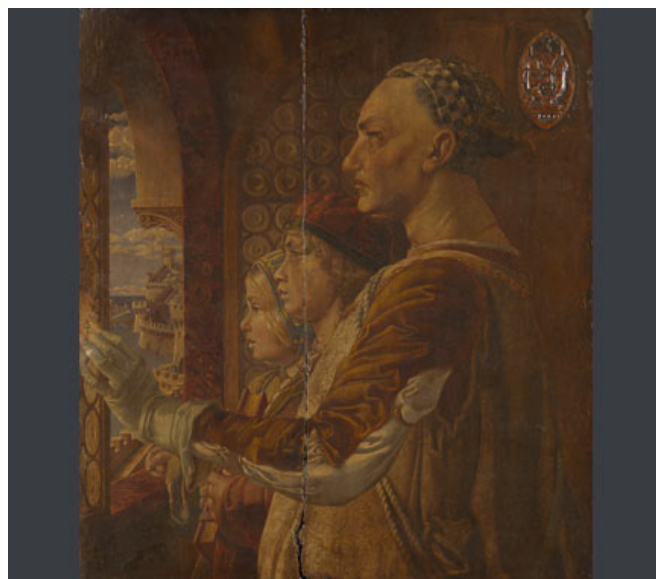


Figura 1.1: Retrato de familia. Anónimo. Aprox. 1910. Fuente: Página web de la National Gallery

Aunque los espectadores contemporáneos sean incrédulos de que esta pintura pudiera ser lo suficientemente convincente para engañar a un Director de la National Gallery, la exposición utiliza el trabajo para demostrar cómo se crean falsificaciones para manipular los gustos y las modas coetáneas. Marjorie Wieseman,¹³⁸ conservadora de pintura holandesa y co-comisaria de esta exposición, hace hincapié en que “a veces vemos lo que queremos ver”. Ella sostiene que los rasgos que parecen tan obvios a una audiencia de hoy en día, en el momento de su adquisición se consideró que encarnaba todas las características de la pintura renacentista.

LA PINTURA FALSIFICADA MEDIANTE MEDIOS TÉCNICOS

Un segundo tipo de falsificación es la falsificada en cuanto a su apariencia (el falsificador intenta *con otras materias primas* lograr la misma impresión óptica del original), que sería la falsificación mediante *medios técnicos o mecánicos*. Nos referimos a las

¹³⁸WIESEMAN, M. “Portrait group” (*ibid.*).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

réplicas con fines engañosos y que no se efectúa por la mano humana. Podemos hablar de distintas técnicas, que van desde la fotografía, fotocopia, lienzo transferido o impresiones digitales o reproducida en serigrafía por procedimientos digitales y envejecidas las copias con pinturas y barnices.

Estas obras no resistirían un análisis, ni científico ni visual por un historiador del arte, ni de un coleccionista medio. El estafador utiliza este medio para hacer la sustitución de piezas (también conocido como *cambiazos*) de la obra *original que ha visto la víctima*.

Una cuestión intermedia entre el trabajo artesanal y la producción técnica es la *producción en serie*. A nivel internacional en Dafen, una pequeña ciudad cerca de Hong Kong, es el lugar donde se fabrica el 70 % de las todas las copias de las grandes obras de la pintura universal. Es un negocio que genera unos 40 millones de euros al año. Miles de artistas crean en serie reproducciones de cuadros famosos. Una especie de “copias pirata” del mundo del arte que inundarán el mercado de réplicas de cuadros famosos. La mayoría serán vendidos como tales, pero más de uno habrá pagado una fortuna por un cuadro que pensaba que era auténtico.

FIRMAS

No se puede dejar de hablar de un elemento fundamental, sobre todo en la tasación de la pintura, como son las firmas.

Las firmas se entienden en el Diccionario de la Real Academia, en su primera acepción como: “Nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido”. Pero una pintura no es un documento.

Generalmente es junto con la fecha lo primero que mirará un observador que buscará en la capa de pintura la datación y la firma que le indique la autoría. El comprador tendrá muy en cuenta la firma a la hora de adquirir una pintura, y le gustará que se vea bien, cual logotipo de marca en un objeto de consumo.¹³⁹

El que va a cometer una estafa querrá que siempre haya una firma para convencer de forma más fácil a la víctima. El engaño se puede ejecutar de diferentes formas. El

¹³⁹Es curioso observar que dada la pasión por las firmas de los grandes coleccionistas norteamericanos de fines del siglo pasado y principios de éste, no son raros los cuadros indudablemente auténticos que ostentan firmas falsificadas.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

“hallazgo de microfirmas” en las que un experto ha sido capaz de ver en la superficie del cuadro pequeñas inscripciones con el nombre del autor, que indican que esa obra fue firmada por el artista de modo obsesivo, por todas partes, cuando en realidad ese autor firmó sus obras con gran claridad, a la manera de los pintores de su tiempo, a veces con algún juego de perspectiva, pero siempre de un modo claro y visible.

Otras veces, la firma estará clara y sus formas de falsificación son también muy variadas. Las firmas se pueden falsificar añadiendo una firma de un pintor conocido en una obra anónima no ejecutada por ese pintor¹⁴⁰ o borrando una firma preexistente y sustituyéndola por otra más valiosa. Debido a lo que hablábamos respecto el concepto de autor, muchas de las obras no iban firmadas, por lo que la primera práctica es la más habitual. Si esta firma está bien realizada puede pasar por auténtica.¹⁴¹

Los sistemas empleados, para su manipulación son los siguientes:

1. Añadir una firma más o menos verosímil sobre un cuadro anónimo.
2. Cubrir con pintura una firma inferior y sustituirla por otra más “comercial” (se observa un engrosamiento sospechoso). También se producen cambios en los nombres, mediante se convierte el nombre de un pintor poco conocido en otro muy cotizado.
3. Camuflar la firma existente en un motivo vegetal, arquitectónico, etc., y estampar la falsa en otro lugar.
4. La más sofisticada consiste en extraer con un bisturí un recuadro de todo el espesor de la pintura, con o sin firma, y reconstruir la adulterada en la masa pictórica lo que le confiere una gran verosimilitud.

Obviamente los raspados dejarán marcas que serán fáciles de ser estudiadas por métodos físicos como lo es una simple lupa.

El investigador para averiguar si una obra está falsificada, además de todos los análisis científicos y estilísticos a los que ya hemos hecho referencia, procederá a la verificación de la firma con un análisis comparativo con otras firmas indubitadas del autor. No obstante, el examen de las firmas de los pintores de cuadros, no siempre tiene fácil

¹⁴⁰Ver KURZ, O. *Fakes* (Ob. cit.) p. 44. También en ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte*, (Ob. cit.)p. 79.

¹⁴¹KURZ, O. (Ob. cit.) p. 42-44.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

solución. Existen los cuadros con firmas resumidas, ya que es frecuente que la firma que coloca un pintor en su cuadro no es la misma que utiliza habitualmente, generalmente es una sigla convencional o una marca arbitraria. Es obvio que la mayoría de esas marcas, rúbricas o siglas no son identificables desde el punto de vista grafotécnico. No obstante existen firmas de pintores que permiten distinguirlas de las respectivas copias.

Como ya exponíamos al principio de esta sección, el autor de la obra no suele ser el mismo que el de la firma. Los falsificadores de firmas estudian las firmas auténticas hasta llegar a un conocimiento de todas las formas de hacer, variaciones, ritmo, presión, peculiaridades, rasgos inesperados, fallos habituales etc. de la original. Suelen utilizar aparatos de ayuda como el negatoscopio, para ampliar y reproducir para conseguir que los rasgos, puntos de unión, oscilaciones, minúsculos finales y comienzos etc. coincidan.

Normalmente un falsificador se concentra en el aspecto general de las formas de las letras, pero es difícil suprimir los propios hábitos al intentar adoptar los patrones de otro, por lo que copia el aspecto superficial de la firma. En el trabajo de falsificación la escritura es más lenta y se tiene la preocupación de copiar sin error. Un falsificador puede conseguir algún parecido estilístico con las firmas conocidas de un artista, pero suele pasar por alto las sutilezas.¹⁴²

Para comparar la firma de un cuadro con otras firmas del artista (puede que los pintores varíen su firma a lo largo de su trayectoria) el falsificador suele consultar un diccionario de firmas y monogramas de artistas en una biblioteca u online que se puede acceder mediante una tarifa. Buscará que parezca tan envejecida como el resto del cuadro.

Siempre que se sospecha de la existencia de una copia o falsificación de un cuadro, una de las actuaciones preliminares del perito será la de examinar con atención el sector en que está situada la firma del autor de dicho cuadro. Al colocar la firma o el signo, los falsificadores lo hacen algunas veces en lugares que no corresponden a la costumbre del pintor original.

Para proceder por tanto al análisis de una obra firmada intervendrán por lo tanto distintos expertos de autenticación: de la obra y de la firma. Hay laboratorios especializados en firma con pincel (analizando fuerza del trazo), y en firma con lápiz mediante un estudio grafológico, teniendo en cuenta la hendidura y posición del lápiz, comparándolas

¹⁴²Muy interesante SIEGEL, P. "Identificación de la firma. Del trazo a la pincelada". En SPENCER, D. *El experto frente al objeto*. Fundación Gala- Salvador Dalí: Marcial Pons, 2011, pp. 119-125.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

con aquellas firmas de cuadros atribuidos a su autor de forma irrefutable.

Cuestión distinta pero que tendría gran relación sería los sellos identificativos de la pintura oriental. En el proceso de la producción de pinturas, los artistas chinos, en especial los hombres de letras, aplican naturalmente trazos caligráficos a lo que pintan. De acuerdo con la costumbre de los letrados chinos, el autor podía estampar su nombre en color rojo con su sello personal en la parte baja de la pintura.¹⁴³

Los jueces tienen en mayor consideración las firmas de un cuadro que el análisis del estilo en sí de la obra, al estar acostumbrados a ocuparse de la autenticidad de las firmas de los documentos.

Existen algunos aspectos conflictuales relativos a la firma. Puede pasar que se le añada una firma falsa a una obra original. En este caso no concurriría el engaño típico de la estafa, pero a efectos de tasación puede que la obra valiera menos sin la firma y se tendría que dilucidar en la instancia civil.

Otro tema es el que un cuadro no es un documento. Consideramos que sería posible una copia exacta en la que se incluyera la firma original como elemento decorativo, considerado no como un signo de autoría del artista, sino como un elemento morfológico más de la idiosincrasia de determinado artista. La auténtica identificación de la autoría pintada en la parte de atrás de las obras, con un certificado indicando que se trataba de una copia excluiría el engaño. Se entendería la firma como una forma compositiva más de la obra, que forma parte de su personalidad y en la que no hay voluntad de engañar. Sería semejante al uso de los sellos identificativos a los que hacíamos referencia.

En el año 1992, se interpuso un recurso contra la Galería Delamarre, por la reproducción y la venta de copias de obras maestras que incluían la firma del pintor.

Mientras que los jueces de primer grado encontraron a la galería culpable del delito de violación sobre la base de que el derecho de copiar no incluye la de la copia la firma del autor, el Tribunal Supremo francés rechazó el juicio (junio 11, 1997) argumentando que "la reproducción, en una copia de una obra, de la firma del autor de una obra de dominio público no atenta contra los derechos morales del autor, cuando no haya riesgo de confusión entre el original y la copia". El Tribunal de Justicia añadió que el riesgo de confusión no podía producirse porque las dimensiones de las obras eran diferentes y la palabra "copia", estaba marcada de forma indeleble en la parte trasera

¹⁴³ZHUANG, J. *Pintura china tradicional: historia cantada en poemas sin voz*. China Intercontinental press, 2000.

y en el borde de la tela.

Esta decisión puede interpretarse como que la copia se asimila a una fotografía, y la firma es un elemento de la tela, y cambiando el tamaño constituye una manera para escapar de las leyes contra la falsificación.¹⁴⁴

1.4.2.3. Grabado

Por su incidencia en el mercado, no podemos dejar de estudiar las falsificaciones en el grabado, pues en los últimos años están proliferando las falsificaciones de obra gráfica de pintores consagrados. Según la Brigada de Patrimonio Histórico de la Dirección General de la Policía Nacional¹⁴⁵ lo que más se falsifica es obra gráfica, porque una vez conseguido el método de reproducción se pueden hacer todas las copias que se quiera. Además, es más sencillo vender una obra gráfica de 3.000 euros que un óleo de varios millones.

En el grabado, por el caso de la multiplicidad, el concepto de original y copia es mucho más confuso. Los grabados son más fáciles de manipular, el concepto de original múltiple y la labor de reproducción que la misma obra gráfica ha soportado, hace que la casuística sea muy diversa.

Artistas como Whistler, Degas o Picasso solían firmar sus copias como prueba de su autenticidad.

Merryman y Elsen¹⁴⁶ distinguen entre los grabados de artistas de renombre pero que no son más que reproducciones de obras originales, a pesar de que puede estar bien impreso en papel fino en ediciones limitadas y firmadas por los artistas, y litografías, aguafuertes, grabados en madera, u otros medios impresos que son una primaria forma de creación artística como es el caso de Jasper Johns.

La originalidad es a menudo asimilada a escasez o limitación, y se limitan el número de copias que se pueden realizar, aunque técnicamente sea posible su reproductibilidad.¹⁴⁷ Con las técnicas de reproducción se desvaloriza la singularidad del original, por

¹⁴⁴BENHAMOU, F. y GINSBURGH, V. "Is there a market for copies?". En: *The Journal of Arts Management, Law and Society*, 32, 2002, pp.37-55.

¹⁴⁵BELDA, F. "Falsificaciones: el cáncer del mercado del arte". En: *Subasta Siglo XXI*. 2001, n. 20, pp. 79-83.

¹⁴⁶ELSEN, AE Y MERRYMAN JH. *Law, ethics and the visual arts*. University of Pennsylvania Press, 1987, p. 526.

¹⁴⁷BENHAMOU, F. y GINSBURGH, V. "Is there a market for copies?" (ob.cit).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

eso se tiene en cuenta la firma y numeración del original. Muchas veces el artista no es el que realiza el grabado, sino lo encomienda.

Las imitaciones de obras gráficas se realizan casi siempre a base de procedimientos fotomecánicos, por lo que la decisión acerca de lo que es original y de lo que es falso debería recaer en especialistas en el aspecto mecánico y técnico, y menos en cuestiones estilísticas y de crítica. Es curioso que existe poca relación entre la meticulosidad del examen de crítica de estilo, por un lado, y el conocimiento de los procedimientos de reproducción, por otro lado.¹⁴⁸ Los falsarios se aprovechan de que los coleccionistas de obras gráficas conceden poca atención a la fabricación manual o mecánica, lo que les facilita su actividad delictiva.

De todos los grabados, los más sencillos de falsificar son las litografías y las serigrafías, realizadas en planchas de aluminio. La litografía es, en realidad, el procedimiento manual del offset, por lo que si se realiza una copia en offset la diferencia no es, a simple vista, apreciable. Aunque, cuando ha intervenido el offset, aparece una trama de puntos y desaparece el relieve que la plancha tallada deja sobre el papel. Pero para ver todo esto es imprescindible hacerse con un cuenta hilos, tocar el papel, darle la vuelta, según recomendaciones del subdelegado de la Calcografía Nacional.¹⁴⁹

En teoría, los artistas imprimían e imprimen un número fijo de reproducciones con un número seriado, los firmaban, y luego la plancha se destruía, es decir cancelada una vez terminada de editar. Históricamente las planchas se rayaban para impedir así futuras utilidades. Sin embargo, al ser en su mayoría un trabajo en el que el autor depende de un impresor, en la práctica podían haber tiradas no autorizadas hechas por el impresor con firmas falsas añadidas, reproducciones de reproducciones usando

¹⁴⁸Desde los tiempos más antiguos hubo dos procedimientos para imprimir, y a partir de fines del siglo XVIII hubo tres de ellos:

1. Impresión de relieve (tipografía, linotipia, clisés).
2. Impresión en hueco (calcotipia, estampa; huecograbado).
3. Impresión plana (litografía; impresión offset).

En el transcurso del tiempo no se han efectuado cambios fundamentales en estos procedimientos, si bien sus resultados son mucho más espectaculares.

¹⁴⁹ACHIAGA, P. "Plagios en la edición gráfica. Las falsificaciones de grabados alertan al mercado", *El cultural del Mundo*, 3 de enero de 2001, en http://www.elcultural.es/articulo_imp.aspx?id=3236 "Desde la Calcografía se imparten cursos dedicados a la identificación de la obra gráfica que pueden enseñar al comprador a no equivocarse" (23/03/2013).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

métodos antiguos como photolithographia o más modernos.

Respecto al grabado antiguo, al falsificador le resulta casi imposible imitar el papel antiguo, para lo cual se vería obligado a remojar en agua los trapos de lino o de algodón previamente triturados, a mezclarlos en la debida proporción con cola y decolorante de la época dentro de una tina, verter todo ello en el molde provisto de una tela metálica semejante a una criba, y después de escurrir el agua, dejar secar la masa... junto con muchas otras molestas operaciones. Para conseguir esa antigüedad buscan papel antiguo en las sobrecubiertas de libros antiguos de bibliotecas, las cuales arrancan. Esta falsificación auténtica es extraordinariamente rara, ya que para hacer un grabado hay que tener un conocimiento profundo de la técnica, saber imitar el estilo de otra persona, tener un buen original del que fijarse, lo que no suele ser muy común y, si el grabado es antiguo, contar con un papel similar al de la época con la correspondiente verjura y filigrana, etc. Cualquier error en uno de estos requerimientos resultaría en una falsificación a medias que nunca es convincente.

Respecto al grabado contemporáneo si son obra de pintores vivos, las eventuales falsificaciones serían perfectamente detectadas por ellos mismos. Cuando se expone obra de autores fallecidos es más complicado y hay que fijarse especialmente en la procedencia: los libros publicados sobre la obra del autor y el origen de la obra. Por ejemplo, la obra de Dalí ha sufrido tal cúmulo de falsificaciones que sin una expertización y documentación adecuada no sería posible transacción alguna de sus obras. Han aparecido litografías firmadas “Dalí” impresas en papel con la marca de agua de la empresa “Arches” con el símbolo “infinito”, papel que se empezó a manufacturar a partir de 1981. Y al respecto, el artista dejó escrito lo siguiente: “. . . y reitero que a partir de mi llegada a París el 23 de diciembre de 1980 he dejado de firmar series de hojas para planchas impresas o no”. Por tanto, es imposible que sean originales, las litografías firmadas por el pintor impresas en papel manufacturado a partir de 1980. Hay que recordar, además que Dalí utilizó más de 50 firmas distintas a lo largo de su vida, lo que dificulta enormemente la expertización de su obra.

A la Fundación Miró o la Fundación Tàpies llegan muchas personas para que se les asesore sobre la autoría de una obra, y son muy activos en defensa de sus derechos de propiedad intelectual. A Miquel Tàpies le llamaron de una jefatura policial para que emitiese un juicio sobre unas litografías de su padre: “Me pareció que estaban copiadas del original. La principal diferencia con las obras buenas es el color, la litografía falsa

tiene los tonos cromáticos mucho más apagados y la firma es visiblemente falsa”.¹⁵⁰

La más común es comprar una reproducción offset firmada por el artista (en los casos más burdos hasta la firma forma parte de la reproducción). Distinguirlo es fácil si se cuenta con la herramienta adecuada. Un simple cuenta hilos que permita ver la trama de la cuatricromía (puntitos cyan, magenta, amarillo y negro similares a los que a simple vista pueden apreciarse en una gran valla publicitaria). No obstante, las nuevas técnicas de reproducción en impresoras de alta calidad pueden incluso eliminar esta estrategia de verificación. Este hecho es más frecuente de lo deseable y aparece, incluso, en ámbitos pseudo-profesionales causando confusión y enfado.

En Internet se venden reproducciones con nombres sofisticados como heliograbados, fotograbados o heliotipos, pero tan sólo son fotocopias y no tienen valor. Algunos combinan las subastas en Internet con el negocio tradicional. A menudo los objetos que se ofertan proceden de “celebres” colecciones no mejor identificadas.¹⁵¹

La firma no lo es todo. Un grabado se puede firmar en la plancha o a mano. Cuando el artista incluye su firma en la matriz, se convierte en parte de la imagen. Si la pieza es numerada y firmada incrementa notablemente su precio. A menudo los grandes artistas realizan una pequeña edición, numerada y firmada, y luego otra ilimitada, no firmada, que se venden por menos de 30 euros, sin valor para los coleccionistas.

Los investigadores tendrán en cuenta el origen de las obras. Si proviene de una galería que forma parte de la IFPDA (International Fine Print Dealers Association¹⁵²) o de un mercadillo. Se analizará el certificado de autenticidad. Se observará la calidad de la estampación, la veracidad de la tinta y su saturación, el relieve de las tallas, que haya troquel en los límites de la plancha y que este no esté falsificado etc.

1.4.2.4. Escultura

Dentro del concepto amplio de escultura entendemos tanto a la plástica como la escultura, que son representaciones corporales. Ambas se diferencian por el material

¹⁵⁰ACHIAGA, P. “*Plagios en la edición gráfica...* (Ob. cit.)

¹⁵¹COLE, W. *How to Avoid Buying Fake Prints on Ebay and Elsewhere: A Concise Guide (Focuses on Pablo Picasso, Salvador Dali, Joan Miro, Andy Warhol, Jasper Johns, David Hockney, Henri Matisse, Georges Braque, and Marc Chagall, Setdart)*. Nueva York, 2007.

¹⁵²En UK, la *Association of Art and Antique Dealers (LAPADA)*, y en EEUU, la *International Fine Print Dealers Association* y la *Art Dealers Association of America*. Todas exigen determinados requisitos de códigos de conducta y años de profesionalidad para ser admitidos.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

utilizado y por el tipo de proceso creativo. La plástica se modela con materiales blandos (cera, arcilla, yeso), de manera que el artista añade volumen progresivamente de dentro hacia afuera. La escultura es modelada a partir de material duro (madera, marfil, piedra), de manera que el artista va reduciendo el volumen de fuera hacia adentro ¹⁵³ con todas las artes de talla y cincel. Una mezcla de ambas sería la fundición.

No consideramos que se pueda estafar cuando se venden copias baratas y realizadas en serie, que en ningún caso puede convencer a un coleccionista. No existe el engaño por lo burdo de la falsificación.

Respecto a las falsificaciones que pueden llevar al engaño, se han utilizado distintas técnicas. La técnica que tradicionalmente se ha utilizado para realizar una copia ha consistido en realizar un molde del objeto y vaciar una copia en yeso. El resultado es de gran realismo (es una réplica) pero para ello hay que entrar en contacto físico con el original, lo que no siempre es posible. Otro método alternativo ha sido copiar el objeto a mano o esculpir “al estilo de” empleando un material similar al del original, y, también, el resultado es de gran realismo, pero se trata de un proceso subjetivo que depende en gran medida de la habilidad del artista y requiere de tiempo y de formación. Es interesante, en la historia de la estafa, ¹⁵⁴ escultores como Dossena ¹⁵⁵ o Bastianini¹⁵⁶ que realizaron falsificaciones bellísimas, muchas de ellas actualmente en colecciones museológicas.

Dos factores inciden sobre el hecho de que las falsificaciones de esculturas sean mucho más escasas que las de pinturas es debido por un lado, al esfuerzo de realización que frena a los falsificadores y a que el mercado de aquéllas es mucho más reducido que el de éstas y los aficionados, extremadamente severos y exigentes, suelen poseer un

¹⁵³HENCKMANN, W. LOTTER, K. *Diccionario de estética* (Ob. cit.), p. 192 y ss.

¹⁵⁴FRIEDLÄNDER, M. *El Arte y sus secretos* (Ob. cit) “Los aristócratas entre los falsificadores, un Bastianini, un Dossena, no trabajaban copiando, propiamente, o combinando, sino que imaginábanse haber asimilado tan profundamente la manera de crear de una época pasada, que podían modelar en el espíritu, en el estilo de los antiguos maestros” p. 206.

¹⁵⁵Uno de los grandes maestros de la falsificación fue el escultor italiano Alceo Dossena (1878-1936), que era tan adepto a utilizar técnicas escultóricas de la Grecia antigua, de la Edad Media y del Renacimiento que muchos de sus trabajos fueron adquiridos por numerosos coleccionistas y curadores que estaban realmente convencidos de la autenticidad de las supuestas antigüedades. ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte* (Ob. cit) pp. 239-257; KURZ, O. *Fakes* (Ob. cit.) pp. 132-134.

¹⁵⁶KURZ, O. *Fakes* (Ob. cit.) pp. 148-151.

bagaje de conocimientos considerable.

Podemos diferenciar tres tipos principales de piezas falsas: Las inventadas por artistas contemporáneos imitando el estilo de las antiguas, pero dando como resultado un estilo diferente (por ejemplo, al multiplicar pliegues de la ropa, cambiar algo la anatomía, la composición etc.), esculturas falsas obtenidas por molde, fuese este antiguo o moderno, y pastiches, que son piezas modernas conseguidas por la unión de distintos elementos procedentes de varias figuras originales.

Por la dificultad y el coste de elaboración no representan un aliciente tan grande para la falsificación las esculturas de piedra, madera, marfil, metal, piedras semi-preciosas u otra clase de material, y las innumerables imitaciones que se encuentran en el comercio apenas tienen calidad para engañar a los entendidos. No existen en escultura unas técnicas y materiales tan definidos y estereotipados como los empleados en obras pictóricas, lo que nos conduce a métodos de artificio menos refinados.

Igual que ocurría cuando hemos analizado la pintura, existen unos métodos científicos de análisis para averiguar la antigüedad y la composición de la escultura, y serán los que el falsificador quiera burlar. No es materia de nuestra investigación, pero con carácter *ad exemplum*, podemos hablar de seis análisis que se realizan en el laboratorio, en virtud del tipo de material con el que se haya fabricado el objeto: Termoluminiscencia, Carbono 14 convencional y AMS, análisis pétreo, Difracción de Rayos-X y análisis metalográfico.¹⁵⁷

En cuanto a la forma de ejecución material, podemos distinguir la falsificación mediante la utilización de materiales auténticos, bien artesanalmente, bien mediante medios técnicos o mecánicos, y la realizada con materiales no auténticos.

ESCULTURA FALSIFICADA ARTESANALMENTE

La imaginería románica y gótica se falsifica con cierta frecuencia, dado el interés creciente y los altos precios alcanzados sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX. Para evitarse mayores problemas, o de un modo inconsciente, repiten los tipos y facciones arquetípicas. A veces recurren a “envejecer” y “enriquecer” tallas mediocres y de época posterior. Las policromías no suelen resistir el análisis científico. En todo caso serán efectuadas sobre madera, pues la piedra complica y encarece aún más la labor

¹⁵⁷Un ejemplo de realización de de estas pruebas de laboratorio, tiene lugar en la Facultad de Ciencias de la Universidad Autónoma de Madrid (con los doctores Asunción Millán Chagoyen y Pedro Beneitez Moreno junto con la empresa Ciencia y Antigüedad).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

del falsificador.

Otro tipo de escultura que se falsifica mucho es la africana. En África existen objetos antiguos que en su día fueron hechos para uso ritual y son de autoría desconocida. Encontrarlos es tarea ardua y complicada por la gran cantidad de falsificaciones que se presentan como auténticas.

Animados por el elevado precio que las antigüedades africanas alcanzan en los mercados occidentales, muchos artistas se dedican a falsificar objetos profesionalmente.¹⁵⁸ Los falsificadores utilizan en sus trabajos técnicas de todo tipo, algunas muy avanzadas. Con productos químicos apropiados, un soplete y un taladro, cualquier artesano es capaz de fabricar una pátina destinada a engañar. Sin embargo, la madera empleada suele ser más ligera y menos densa que la usada en los objetos originales. La talla de las falsificaciones también demuestra en numerosas ocasiones que son hechas de forma rápida y el escultor no se identificaba ni con la técnica ni con el ritual al cual estaba destinada.

La prueba de termoluminiscencia y el carbono 14 pueden indicar la antigüedad del material con el que está fabricado el objeto. Para los materiales orgánicos como la madera, hueso, marfil, textiles o papiros, se requiere otro tipo de análisis, son los realizados por Carbono 14 o cuando la muestra es muy pequeña por Espectrometría del Acelerador de Partículas (AMS). El c-14 convencional tiene menos costes de laboratorio pero requiere mucha más cantidad de muestra por lo que normalmente se aplica a investigación arqueológica o en piezas grandes donde no se aprecia la cantidad de materia extraída. El AMS es igualmente la prueba de c-14, pero utilizando un acelerador de masas, lo que permite obtener la misma información a partir de una cantidad mínima de muestra, por eso se aplica al arte, para conservar la integridad de las piezas analizadas. En estos casos el tiempo datado es desde 50.000 hasta 300 años de antigüedad. Estos análisis nos permiten saber desde que momento el ser vivo dejó de producir Carbono-14, es decir, en el caso de la madera se averigua cuando se taló el árbol. Por eso el buen falsificador de escultura africana utiliza madera del árbol talado por sus antepasados que todavía no ha sido hecho leña, y da forma a pedazos de barro cocido hace mucho tiempo.

Lo que no determina este análisis es cuando se realizó el trabajo de talla o decoración, tarea que corresponde a los expertos en arte que determinan su antigüedad

¹⁵⁸Hay incluso personas que se presentan como “fabricante de antigüedades”.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

histórico-artística. Este un caso en el que técnica no da todas las respuestas y es necesario el trabajo en equipo con historiadores del arte.

Las piezas fabricadas en piedra no se pueden analizar por ninguno de los métodos anteriores, y para datarlas se recurre a los Rayos-X y el análisis pétreo por Microscopía Electrónica de Barrido (MEB) que permiten caracterizar los materiales y estudiar los procesos de alteración que los materiales pétreos han sufrido con el paso del tiempo. La datación por Termoluminiscencia (TL) es la técnica que cuantifica el tiempo transcurrido desde el último proceso térmico (cocción); la TL sólo puede datar materiales inorgánicos que hayan sido cocidos, como la cerámica, la terracota, materiales arquitectónicos y los bronce (huecos) que conserven restos cerámicos del proceso de fundición. El tiempo que puede ser datado por TL va desde la Prehistoria hasta el siglo XVIII. En el caso de que la pieza hubiese sufrido una cocción posterior, en el supuesto de una antigua restauración, sólo se podría datar la fecha de la segunda cocción y no de su fabricación.

Los bronce, sean arcaicos o renacentistas, se han reproducido en grandes cantidades, con mayor o menor fortuna. Si la expertización subjetiva puede ser difícil en realizaciones de alta calidad, el análisis de laboratorio nos sacará de dudas. Evidentemente el noventa y nueve por ciento de los bronce que pasarán por nuestras manos serán simples reproducciones del siglo XIX de obras clásicas (el discóbolo, fauno de los platillos, etc.), renacentistas con su gran estrella Giambologna, y barrocas. De los habilísimos talleres florentinos han salido muy buenas réplicas de broncecitos del siglo XVI, provistos de pátinas increíbles. Como es natural no resistirán los análisis químicos ni metalográficos, como tampoco suelen presentarse como auténticos. Para los materiales metálicos que no se hayan fabricado por moldes cerámicos o que sean macizos se realiza el análisis metalográfico por MEB con análisis de Energía Dispersiva de R-X (EDAX). Este análisis permite caracterizar los metales y estudiar los procesos de alteración que han sufrido a través del tiempo.¹⁵⁹ Cuando estén cubiertos por una pátina, puede efectuarse un análisis de patina para completar el estudio. En el caso de los metales es muy importante que la pieza no haya sido limpiada o pulida. El análisis pétreo y el metalográfico no ofrecen una datación numérica, pero sí la antigüedad. Una vez que se han obtenido los resultados de los análisis, se procede a realizar el estudio histórico-artístico mediante el examen estilístico de la obra y su contextualización

¹⁵⁹Este método es muy utilizado para la autenticación de monedas.

histórica, trabajando en equipo.

Autores del siglo XIX como Jean-Baptiste Carpeaux (1827-1875), Antoine-Louis Barye (1795-1875) y del siglo XX como Jean Arp (1886-1966), Alberto Giacometti (1901-1966), Auguste Rodin (1840-1917), Constantin Brancusi¹⁶⁰ (1876-1957) son los escultores más falsificados. Actualmente hay mucha falsificación de pequeños bronce, cuya técnica, al igual que ocurría en los grabados, dependen de otra empresa llamada fundición que los ejecuta materialmente. Muchas veces son estos fundidores los que falsifican los moldes o reutilizan estos moldes.¹⁶¹

El primer caso de falsificación de moldes es una escultura que es conocida como un *surmoulage*. *Surmoules* son bronce elaborados a partir de otra obra de bronce y no del molde maestro del artista o modelo. Carecen de la calidad y el detalle de la obra original. Estos son por definición copias de bronce, y no obras de arte originales. Por la característica natural de fundición de bronce el *surmoulage* será necesariamente más pequeño que la obra original de que se copia, pues cuando se enfría el metal de bronce, este se contraerá dejando una reducción inequívoca en el tamaño respecto de la original. Es muy difícil para un profano reconocerlo.

Tal vez la cuestión más conflictiva sea la reutilización de los moldes originales. Un ejemplo criminológico moderno es el caso de Guy Hain¹⁶² que se alió con la fundición Rudier que era una de las fundiciones que habían producido esculturas de bronce de Rodin a comienzos del siglo XX. Hain convenció a los propietarios Georges y Bernard Rudier para utilizar los moldes originales para refundir obras conocidas de Rodin. En 1990 compró la fundición Balland en Luxeuil-les-Bains. Dado que los bronce eran

¹⁶⁰Recientemente, en Reino Unido, un conocido falsificador Shaun Greenhaigh fue condenado por falsificar una escultura de Brancusi.

¹⁶¹Muy interesante y ejemplificativa la explicación sobre este tema en DURET-ROBERT, F. “Bronze d’édition faux et contrefaçons” En: L’Objet d’Art l’Estampille n° 365, 2002, pp. 56-67.

¹⁶²MACINTYRE, B. “Case of faked Rodins leaves France with red-tinted face”. En: *The Times*, 18 enero 1997, <http://search.proquest.com/newsstand/docview/317730340/140AAC841E1F676D1/2?accountid=14777> (17/05/2013) DE ROOS, H. “The Guy Hain Case: fraud and forgery”. En: What is an original Rodin? http://www.rodin-web.org/report_rom/1_11.htm (20/03/2013): “Según la ley francesa, a un artista se le permite hacer doce copias de escultura de bronce, todas son numeradas. Cualquier copia adicional, incluso si se hace en vida del artista, y bajo su supervisión, se considera legalmente una reproducción, y la palabra reproducción” debe aparecer en la escultura (la ley omite, sin embargo, especificar de qué tamaño debe ser esta marca y donde debe aparecer, sino que es a menudo en letras minúsculas). Los bronce procedentes de Hain nunca se declararon como reproducciones”.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

hechos en los moldes originales, los expertos no detectaron el fraude. Algunos de los broncees se basaban en las copias de yeso originales utilizados de 75 a 90 años antes. Hain vendió miles de obras nuevas como los originales, engañando al hacer uso de la firma de Alexis Rudier.

Posteriormente amplió la producción de copias a otros escultores como Alfred Barye y Antoine-Louis Barye, Jean-Baptiste Carpeaux, Camille Claudel, Christophe Fratin, Emmanuel Frémiet, Aristide Maillol, Pierre-Jules Mene y Pierre Auguste Renoir.

El 28 de junio de 1997 fue condenado a cuatro años de cárcel pero sólo cumplió 18 meses. Fue detenido de nuevo en 2002. En su apartamento habían 1.100 ejemplares de obras de 98 escultores franceses diferentes. La fiscalía pidió cinco años de prisión y una multa.¹⁶³

LA ESCULTURA FALSIFICADA POR MEDIOS TÉCNICOS

Existen máquinas como la copiadora de tallado capaz de reproducir en serie modelos realizados por tallistas y escultores de imágenes religiosas, objetos que carecen por completo de la maestría presente en una obra tallada a mano en la que podemos apreciar las pasadas de gubia por la superficie de madera además de los errores y rectificaciones del entallador, detalles que aportan a la obra un carácter único.

Actualmente los avances científicos permiten la existencia de unas técnicas de reproducción y réplica muy perfectas, precisas y de elevada resolución.¹⁶⁴ Como ya hemos afirmado en numerosas ocasiones, *copiar* no es un delito. No pueden entenderse como falsificaciones las copias (sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual correspondientes) o las esculturas falsas realizada mediante técnicas de escáner si no van acompañadas de un *animus* de engañar al comprador. Estas técnicas permiten obtener una copia “perfecta”. Además, como la información que se utiliza para crear la réplica presenta una resolución muy elevada, el resultado es un objeto cuyo aspecto físico es idéntico al del original. La información digital puede ser en tres dimensiones y es registrada mediante escáneres de luz láser (dos para captar su forma y superficie general y otro para registrar). En la industria se utilizan varios procedimientos diferentes para

¹⁶³Otros ejemplos, como el caso de Michel Toselli, en DURET-ROBERT, F. “Bronze d’édition faux...” (Ob. cit.)

¹⁶⁴La tecnología existe, véase si no la réplica de la dama de Elche en 2003 por FACTUM ARTE en http://www.factum-arte.com/publications_PDF/Dama_elche_spanish.pdf con fines de protección del patrimonio histórico (20/03/2013).

crear prototipos a partir de información digital. La construcción de un modelo puede llevarse a cabo bien a partir de capas, como en la estereolitografía, la sinterización por láser u otras técnicas de impresión tridimensional, o bien tallando sobre un bloque macizo con máquinas, un proceso que conocido como fresado o mecanizado.

Es sabido que se han realizado falsificaciones a través de talleres de restauración que cuando recibía una pieza, por ejemplo una talla del siglo XIV, para su restauración, cogían una madera antigua de un derribo, la metían en un pantógrafo y hacían una réplica exacta de la misma. La pintaba y devolvía falsificada al cliente, quedándose él con la original, que luego vendía.

Es de destacar, que en un mundo globalizado y un sistema de comunicaciones relativamente barato y sencillo, muchas falsificaciones vienen de fundiciones de Asia (principalmente en China y Tailandia). Con avances técnicos como el *scanning digital* y fotografía, están haciendo copias muy fácilmente. Estas fundiciones no necesitan un molde o una escayola para replicar las esculturas. Las fotografías se escanean en los ordenadores y las convierten en tridimensionales que sirven de modelo. Con los avances en 3D y otras tecnologías digitales es más fácil que nunca crear copias.¹⁶⁵

1.4.2.5. *New Media Art*

El arte contemporáneo se caracteriza por la aparición constante de nuevas manifestaciones artísticas que incluyen medios tecnológicos como soporte, desde videoarte hasta net-art. La gama de posibilidades y soportes en las obras de arte contemporáneo es tal que resulta natural que involucre a un equipo interdisciplinario que incluya artistas, ingenieros e informáticos.

El interés de algunos artistas por entrar en el mercado convencional de compraventa de bienes, les ha llevado a idear diferentes vías de negociación e incluso a adaptar sus obras a formatos vendibles.

Hay tantos modelos de negocio como obras de arte existentes. Mientras unos artistas establecen contratos por derecho de exhibición, otros reciben encargos para museos y festivales de arte electrónico, otros venden el alojamiento en servidores o la URL, establecen acuerdos de préstamo o alquilan sus piezas por un límite de tiempo determi-

¹⁶⁵GRANT, D. "Sculpture knock-offs prove plague of art world". En: *Reuters*, 31 de diciembre de 2012, en <http://www.reuters.com/article/2012/12/31/us-art-sculpture-knockoffs-idUSBRE8BU0BS20121231> (20/03/2013).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

nado. El carácter intrínsecamente efímero de buena parte del arte de los nuevos medios, así como la estética y tecnología a menudo poco familiar, supone un reto para galeristas y coleccionistas.

Algunos artistas ofrecen discos CD-ROM u otros soportes con la copia de la obra (por ejemplo, la venta en 1995 de disquetes *The World's First Collaborative Sentence* de Douglas Davis). Otros crean obras con forma de objetos físicos, como los “instrumentos artísticos” montados en paredes de John F. Simon Jr., que recuerdan a cuadros enmarcados. Las impresiones Iris de Feng Mengbo, obtenidas de sus CD-ROM interactivos, y las serigrafías de Cory Arcángel con imágenes de sus obras de *game art* han sido un éxito comercial, en parte debido a que tales manifestaciones son ya conocidas y relativamente fáciles de exhibir.

En relación al soporte final que los artistas han establecido para la comercialización de sus obras podemos hablar de servidores, *software*, instalaciones o *hardware*, e impresiones.

En la sociedad industrial la introducción de un nuevo material o sistema de trabajo conlleva, a corto plazo y casi inevitablemente, el abandono del anterior, por lo que los falsarios también se encuentran con la dificultad de encontrar los materiales originales y de buscar la pátina de tiempo.

Hay que distinguir entre *software* y *hardware*. Con el *software* se puede manipular las imágenes, crear *performances* etc. Con el *hardware* se puede crear entornos por medio de monitores, tubos de rayos catódicos, lámparas etc. que pueden constituir videoesculturas. Esta falsificación es más difícil de realizar por la dificultad de encontrar *hardware* propio de la época.

En el mundo del arte, el vídeo se manifiesta con mayor frecuencia en forma de cintas de vídeo, es decir, como una obra de arte inmaterial dependiente de una pantalla. La información visual se almacena de forma electrónica en una cinta de vídeo. Los videobjetos, las videoesculturas y videoinstalaciones están muy próximos a las formas de arte tradicionales. Muchas veces los televisores son sometidos a un tratamiento que les otorga el carácter de objetos.

El vídeo muestra una dependencia de los desarrollos técnicos en el sector como ningún otro medio artístico. El cambio más decisivo desde la llegada del videoarte ha sido el paso de la producción de la imagen analógica a la producción digital. En relación al soporte final que los artistas han establecido para la comercialización de sus obras podemos hablar de servidores, *software*, instalaciones o *hardware*, e impresiones.

Hay que distinguir entre *software* y *hardware*. Con el *software* se puede manipular

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

las imágenes, crear *performances* etc. Estructuras visuales como el bucle (en el que se alinean cortos intervalos de tiempo en una repetición perpetua), la *duration pieces* o la *slow motion*.

Con el *hardware* se puede crear entornos por medio de monitores, tubos de rayos catódicos, lámparas etc. que constituyen vídeo-esculturas. *Ad exemplum*, vamos a ver obras de un autor ya considerado clásico, Nam June Paik, entre ellas, un icono, TV-Buddha de 1974.¹⁶⁶ Consiste en un circuito cerrado de vídeo con una escultura de bronce. Esta formado por un monitor, una cámara de video y una estatua de bronce de Buda. Se encuentra en Ámsterdam, en el *Stedelijk Museum*.



Figura 1.2: Nam June Paik. TV Buddha (1974)

Videosphere era un televisor JVC CRT que se diseñó con la forma de un casco de astronauta. Fue introducido por primera vez en 1970 y fue vendido hasta principios de los años 1980. Fue muy popular por su diseño moderno, la base despertador era una opción, la mayoría de las unidades cuentan con una base normal.

Videospheres se producen en grandes cantidades en blanco, rojo, negro y naranja en los años setenta con un modelo de color gris también dio a conocer en la década de

¹⁶⁶Página oficial de NAM JUNE PAIK: <http://www.paikstudios.com/gallery/1.html> (10/11/2013). <http://www.flickr.com/photos/jkannenber/5683564038/> (10/11/2013).



Figura 1.3: Foto de detalle Televisor JVC videosfera año 70 de señal analógica

1980. El diseño de la videosfera se dice que se han inspirado en la película 2001: Una odisea del espacio, aunque la forma de la videosfera en sí mismo permanece como uno de los ejemplos más emblemáticos de la década de 1970 a principios de diseño ethos.

Ya en los 80, Paik realizará piezas objetuales plenamente integradas en el mercado del arte que son una respuesta a los numerosos encargos de museos y galerías de todo el mundo, siendo especialmente representativa de esta nueva forma de actuar las series robots que realiza durante esta y la posterior década. Todos siguen un mismo patrón: el cuerpo está compuesto por antiguos armazones de televisores y radios de madera con pantallas de televisión encastadas que emiten vertiginosas imágenes de sus vídeos.

1.5. Ejemplos criminológicos recientes: exploración a partir de tres muestras

Como ya hemos afirmado en el estudio de los *Medios comisivos usuales* (1.4.1), la Criminología es ciencia aplicada y no pura, es explicativa, intenta analizar los hechos en términos de leyes y estas en términos de principios. El estudio del delincuente, las causas que motivan su actuación y los factores que explican su comportamiento, constituye

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

el principal objeto de interés de la Criminología¹⁶⁷. La delincuencia relacionada con la estafa y el engaño en el mercado del arte carece de estudios empíricos desde la perspectiva del Derecho penal y la Criminología.

En cambio, desde la perspectiva del historiador o *aficionado* del arte, estos falsificadores son tratados casi como héroes por sus *proezas* de engañar al sistema, y como personas dotadas de gran genio creativo.¹⁶⁸ Otras veces son los propios autores los que cuentan sus actividades sabiéndose impunes.¹⁶⁹

Sin embargo, si existía interés en hacer pasar su obra como una original, son estafadores y por lo tanto delincuentes. Esta tipología delictiva está a medio camino entre una delincuencia profesional y la creación artística, pero posee características diferenciales que merecen una atención individual. Así, la estafa en el mercado del arte es una actividad delictiva especialmente compleja que se mueve generalmente a través de los cauces lícitos del mercado artístico, filtrándose junto a ella. Con unos sujetos con especiales conocimientos del ámbito en el que se mueve el arte y de la realización artístico-plástica, indudablemente requerirá de sujetos preparados para llevar adelante este tipo de actividades, y unas víctimas que no pueden o no quieren reconocer el haber sido estafados, lo que dificulta su análisis. En el caso de las falsificaciones, sólo afloran una mínima parte de las mismas cometidas; los objetos falsos van acompañados de certificaciones que avalan su autenticidad, certificados también falseados, pero que suponen una dificultad añadida el demostrar su falsedad.

Ya hemos analizado unos ejemplos de delincuencia, bien organizada en el mercado

¹⁶⁷En todo caso, la delincuencia adulta ha sido muy poco estudiada en la mayoría de teorías criminológicas.

¹⁶⁸Por ejemplo, cuando se habla de Van Meeregen, o Elmyr de Hory, en la película *Fake* (1973) de Orson Welles o incluso en ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte* (Ob. cit.).pp. 237-399 cuando trata de falsificadores de arte. Se han publicado recientemente muchos libros como WYNNE, F. *I Was Vermeer: the legend of the forger who swindled the Nazis*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2006; LOPEZ, J. *The Man who Made Vermeers: unvarnishing the legend of master forger Han van Meegeren*. Boston, Nueva York: Houghton Mifflin Harcourt, 2009; WYNNE, F. *I Was Vermeer: The Rise and Fall of the Twentieth Century's Greatest Forger*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011. Respecto a John Myatt, al que luego analizaremos: SALISBURY, L y SUJO, A. *The Conman: How One Man Fooled Britain's Modern-Art Establishment*. Londres: Gibson Square, 2010.

¹⁶⁹PERENYI, K. *Caveat Emptor: The Secret Life of an American Art Forger*. Berkeley: Pegasus books, 2012.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

del arte, generalmente clanes familiares,¹⁷⁰ bien hasta la venta entre particulares. No obstante, en estos últimos años, en distintos países, ha habido tres ejemplos especialmente llamativos. Vamos a proceder a su estudio porque se caracterizan por ser delitos continuados en el tiempo, por la gran cantidad de obra falsificada y su gran cuantía económica, y sobre todo, por el alto nivel de difusión, entre la élite de los operadores del mercado del arte, pues se vendían sus obras no en mercadillos, sino en casas de subastas internacionales. Los tres han tenido repercusiones no solo jurídicas, sino en el correcto funcionamiento del mercado del arte tomando medidas de defensa ante actuaciones semejantes.

La finalidad que perseguimos inicialmente es averiguar empíricamente cuál es el perfil de estos delincuentes, es decir, si responden a un perfil de delincuente-artista o, por el contrario, comparten las características de los delincuentes comunes.

La delincuencia en este campo está dando un salto cualitativo en cuanto a su profesionalidad y por lo tanto a una mayor dificultad en su persecución. Los compradores se caracterizan en su mayoría por no tener conocimientos suficientes en arte. Esta falta de conocimientos unidos al mecanismo de engaño utilizado, hacen creer a las víctimas que se encuentran ante una oportunidad de adquirir una gran obra por menos de su valor.

Por otro lado, los mecanismos de engaño son complejos cuando la obra a vender tiene un precio elevado, y más sencillos cuando la obra es menor. La sociedad de la información ha venido a agravar el problema al anunciarse la oferta en una multiplicidad de medios, tales como prensa, televisión, internet, subastas ocasionales, desembalajes, venta on line, propaganda directa, etc.

En la historia ha habido numerosas falsificaciones y sus correspondientes falsificadores, y las técnicas han ido evolucionando, al igual que las técnicas científicas y la legislación sobre la materia. No vamos a realizar una historia de estafa y de los estafadores, sino que vamos a analizar con casos criminológicos más interesantes. Pese a todo, aún con las técnicas científicas más perfeccionadas, hay que observar que las pruebas periciales (grafológicas, de arte, de laboratorio) son costosas y sólo compensan cuando la obra se valora a partir de 30.000 a 40.000 euros, cuestión que explica muchas estafas, al no poderse realizar estas pruebas con facilidad. Es de destacar que

¹⁷⁰Estos realizan una puesta en escena como entre los que se encuentran el propietario *necesitado de dinero*, la persona que aconseja, el experto que avala, la utilización de estudios y expertizaciones etc. pero que todos actúan en connivencia.

los marchantes y coleccionistas que contribuyeron a la constitución de fondos dudosos de museos y colecciones privadas, no tenían acceso a los recursos técnicos y archivísticos de que disponen hoy en día los conservadores y eruditos.

1.5.1. EEUU: Ken Perenyi

Esta estafa se caracterizó porque los cuadros como objetos materiales mendaces fueron los que indujeron a error a los distintos operadores del mercado artístico. En este caso fue burlado el máximo experto en Martin Johnson Heade (un autor del XIX norteamericano) y Sotheby's, una de las casas de subastas más importantes. No se utilizó una documentación falsa de certificados o peritajes. No se acompañaba nada, sólo la obra, si bien iba firmada. Se ha seleccionado este caso en EEUU (de toda la enorme casuística que existe) porque las repercusiones de las actuaciones de este falsificador hicieron replantearse a la *doctrina en atribuciones* cuáles deberían ser sus formas de autenticar.

Durante casi treinta años (desde los años 80 del siglo XX), el pintor Ken Perenyi¹⁷¹ se enriqueció falsificando obras de populares artistas norteamericanos de los siglos XVI-II y XIX como Martin Johnson Heade, Gilbert Stuart, James E. Buttersworth y Charles Bird King. Estas pinturas eran vendidas en casas de subastas como Christie's y Sotheby's haciéndose pasar por sus originales. Sin embargo, aunque fue investigado por el FBI, nunca se pudo demostrar que pintara estos cuadros con el ánimo de engañar. Lo confiesa todo en sus memorias *Caveat Emptor: The Secret Life of an American Art Forger*,¹⁷² pero no se le puede perseguir porque los delitos han prescrito, y ha quedado indemne de sus acciones ilícitas.

Perenyi dijo que desarrolló su técnica artística con las enseñanzas de un artista local, Tom Daly y copiando obras clásicas en los museos. Aprendió los principios básicos de la falsificación leyendo un libro acerca de Han van Meegeren, el falsificador de arte holandés. Las técnicas de envejecimiento las adquirió cuando trabajó para un restaurador y fabricante de marcos, cuando tenía veinte años. Allí aprendió como es un bastidor antiguo, una tela gastada, las craqueladuras de la pintura... En los años 70 conoció a un coleccionista excéntrico, Ricau que tenía un profundo desprecio por los distribuidores de arte y decidió que su venganza sería alentar Perenyi a moverse en este

¹⁷¹Obras suyas en su página web: <http://kenperenyi.com/> (20/03/2013)

¹⁷²(Ob. cit.).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

sentido. Usando su propia colección de auténticas pinturas americanas, enseñó a Perenyi cuestiones importantes de la pintura de finales del siglo XIX de la Escuela Americana, mostró a Perenyi los diferentes soportes preferidos por estos artistas, habló con él sobre el estilo más buscado por los coleccionistas. También se hizo restaurador y restauraba y falsificaba al mismo tiempo.

Cuando empezó a realizar copias de artistas conocidos, firmó las pinturas con la firma del artista en cuestión, pero no proporcionó un pasado a la obra (*provenance*) o documentación falsa. Él acudía a varias galerías con las pinturas actuando como un heredero ignorante o un comprador de garaje o mercadillo. Se aprovechaba de la codicia de los galeristas.

A través de una rigurosa investigación y mediante prueba y error, aprendió a simular el envejecimiento de la pintura. Uno de sus mejores trabajos, dice, fue una pasionaria al estilo de Heade que en 1994 Sotheby's vendió como un "gran descubrimiento" por más de 600.000 dólares., Sotheby's se negó a hacer declaraciones después de hacerlo público Perenyi. Por otro lado y respecto a una pintura de dos picaflones atribuida a Heade que se vendió en 1993, y que está en el catálogo razonado del artista, el compendio definitivo de su obra se plantea el problema al autor del catálogo y sus métodos de atribución.

El autor del catálogo era Theodore E. Stebbins Jr., que es un antiguo conservador *John Moors Cabot* de pintura americana del *Museum of Fine Arts* de Boston, actualmente conservador de arte americano en *Harvard University Art Museums*. Es autor de más de veinticinco estudios sobre pintura y fotografía americana, incluidas obras sobre John Singleton Copley, Martin Johnson Heade y Charles Sheeler. Stebbins ha redactado el Capítulo "Experto en arte, legislación y vida real" en la obra de Ronald Spencer¹⁷³ *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*. Este Capítulo es muy interesante y muy actual.¹⁷⁴ Stebbins, sin referirse en ningún momento a Perenyi y las polémicas declaraciones de sus memorias, explica y *justifica* cómo actuó y actúa como experto en Heade cuando es consultado por una casa de subastas como Sotheby's:

¹⁷³STEBBINS, T. E. "Experto en arte, legislación y vida real" EN: SPENCER, R. *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*. Fundación Gala-Salvador Dalí, 2011. pp.167-175.

¹⁷⁴El libro original es SPENCER, R. *The expert versus the object. Judging fakes and false attributions in the visual arts*. Oxford University Press, 2004.

“Aunque muchas personas que se dedican a este campo piensan que son competentes (y a menudo lo son) para expresar opiniones útiles a los propietarios de los objetos, los casos difíciles se pasan al experto o expertos reconocidos en un artista particular. En general, dentro del ámbito se sabe que una o dos personas conocen mejor la obra de un determinado artista, y dichas personas son reconocidas como el experto o los expertos en esa materia. Todas las principales casas de subastas tienen una lista de los expertos actuales, pero aparte de esto no hay ninguna fuente centralizada donde se pueda obtener dicha información. Con frecuencia, el experto es el autor de una publicación reciente o en curso de preparación sobre el artista, que puede ir desde un artículo breve hasta un catálogo razonado.

No obstante, dichos expertos varían mucho en su experiencia, “ojo” y fiabilidad. En algunos casos, el experto es un marchante, que puede tener unos conocimientos vastísimos, pero también incurrir en un conflicto de intereses. El mundo del arte no está regulado ni organizado, lo que significa que puede ser difícil incluso para el propietario de una obra de arte más experimentado obtener un asesoramiento objetivo y sensato sobre la autenticidad, el estado y especialmente el valor de la obra. Dicho esto, hay que decir que generalmente el sistema funciona bastante bien, debido en gran parte a que la mayoría de expertos en arte sin afán de lucro tienen, según mi experiencia, unos criterios éticos intachables.

En mi calidad de experto en el pintor americano Martin Johnson Heade (1819-1904), y autor de dos catálogos razonados de su obra,¹⁷⁵ me consultan los marchantes, casas de subastas, coleccionistas privados y otras personas siempre que aparece una obra nueva, desconocida, atribuida a este artista. Por ejemplo, a principios de 1980, Sotheby Parke-Bernet me envió una diapositiva y me preguntó mi opinión sobre un cuadro desconocido titulado *Orquídea y dos colibríes*. Examiné la diapositiva en color de 20 x 25 cm durante unos minutos, y la comparé con otros cuadros similares de Heade de mi libro. Entonces escribí a Sotheby’s, diciéndoles que era obra

¹⁷⁵Él mismo se cita, Theodore E. STEBBINS, JR., *Life and Works of Martin Johnson Heade*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 1976; *The Life and Work of Martin Johnson Heade: A Critical Analysis and Catalogue Raisonné*, Yale University Press, New Haven (Connecticut), 2000, con la ayuda de Janet Comey y Karen Quinn.

de Heade y que la incluiría en la próxima edición de mi libro. Mi método de trabajo siempre ha consistido en intentar ver la obra original pero, como la mayoría de mis colegas, no dudo en tomar una decisión a partir de una fotografía. Sotheby's incluyó la obra en el catálogo de la subasta de cuadros americanos del 17 de octubre de 1980, ilustrándola como lote 132 v con una nota especificando que la obra se incluiría en mi próximo catálogo razonado.

Sin embargo, me surgieron algunas dudas sobre el cuadro, y fui a Nueva York para verlo el día de la venta. Cuando llegué, la subasta ya había empezado, y sólo quedaban 20 minutos para que saliera el Heade. Con la ayuda de una linterna, una lupa y algunas fotos comparativas, examiné el cuadro mediante la técnica tradicional del análisis estilístico. Sus colores eran más calizos y brillantes de lo que cabría esperar, y la aplicación de los pigmentos —las pinceladas del artista— no se correspondía con lo que yo conocía de Heade. Pedí a Sotheby's que retirara la obra de la venta, a lo que siguió un frenesí de actividad. Aparentemente el consignatario se encontraba presente en la venta; el personal de Sotheby's volvió para comunicarme sus garantías de que el cuadro procedía de la casa de una antigua familia de Florida, donde había estado colgado durante generaciones. Mi experiencia es que la procedencia, o la supuesta procedencia, no cuenta mucho; se puede atribuir una procedencia correcta a una obra mala, y es la propia obra la que debe resistir un examen. Les dije que tenían todo el derecho de vender el cuadro, pero insistí en que, si lo hacían, retiraran mi “autenticación”. Al final, Sotheby's aceptó retirar la obra, y por mi parte me comprometí a examinarla minuciosamente en el Museum of Fine Arts.

El examen corrió a cargo de un historiador del arte (yo mismo), un restaurador y un científico. Un meticuloso análisis físico y estilístico de la superficie de la pintura y de la tela y el tensor indicaron que se trataba de una falsificación moderna, probablemente de origen muy reciente. Esto fue confirmado por las pruebas científicas de los pigmentos, algunos de los cuales eran del siglo xx y se habían empezado a utilizar tras la muerte de Heade. Me sentí aliviado, puesto que tradicionalmente a los tribunales les cuesta sopesar las credenciales de los diversos expertos y seguir los razonamientos a veces misteriosos y aparentemente subjetivos de los historiadores del arte. Los análisis científicos objetivos son tranquilizadores

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

para los no expertos, pero resultan costosos y llevan mucho tiempo, y sólo conducen a conclusiones definitivas en una minoría de los casos. Así pues, la mayoría de opiniones expertas seguirán basándose en las herramientas tradicionales de los historiadores del arte. Desde que me ocurrió este incidente, insisto por costumbre en el examen visual de la obra original antes de expresar una opinión y, en los casos difíciles, analizo el objeto con un equipo que incluye un restaurador y, si es necesario, un científico, con la opción de realizar exámenes científicos y técnicos de la obra. Debería añadir que la jurisprudencia permite a los expertos equivocarse y cambiar de opinión sobre la base de nuevas pruebas, como hice yo.

En la actualidad, la mayoría de expertos de Estados Unidos siguen confiando en las fotografías y en el análisis puramente visual, pero puede que ambas prácticas cambien en el futuro. En términos de posible responsabilidad legal, cada vez se considera más arriesgado depender sólo de las fotografías, pero no hay jurisprudencia en este punto. Según mi propia experiencia, en los casos difíciles debe examinarse el original. Además, creo que en un futuro los historiadores del arte se plantearán la colaboración con los restauradores y científicos como algo absolutamente necesario en los casos más complicados de autenticidad dudosa. Algunas de las principales autoridades legales están tomando esta dirección. Por ejemplo, Steven Levy escribe: “El autenticados o tasador que confía sólo en las fotografías para expresar su opinión, o en un examen visual de la obra real sin recurrir a las pruebas científicas, siempre corre el riesgo de ser acusado de no prestar la atención debida si más tarde se demuestra que estaba equivocado.” Debo señalar que sólo los expertos que trabajan en los museos pueden acceder fácilmente a este tipo de colaboración, y que muchos de mis más apreciados colegas no están de acuerdo con que sea necesario.”

Perenyi estima que centenares de sus falsificaciones siguen en circulación y las sigue viendo en catálogos de subasta o en revistas.

Ken Perenyi at his home in Madeira Beach, Florida¹⁷⁶

¹⁷⁶Foto del artículo ALBERGE, D. “Master forger comes clean about tricks that fooled art world for four decades”. En: The Observer, 7 julio de 2012, en



Figura 1.4: Ken Perenyi en su casa de Madeira Beach, Florida

1.5.2. Reino Unido: John Drewe y John Myatt

Otro tipo de *modus operandi* puede ser que el error y el engaño de la estafa recaigan no tanto en la obra de arte, sino en una la magnífica puesta en escena (o *mise en scène*) mediante la *manipulación* y *alteración* de la información obtenida. En el caso que vamos a analizar, los autores proveían a las obras de toda una documentación falsa obtenida de la información y alteración de los fondos de bibliotecas y archivos. Este ejemplo reviste importancia porque ha puesto en tela de juicio la seguridad de los museos y sus fondos y ha obligado a las instituciones públicas como bibliotecas y archivos a replantearse sus sistemas de acceso y consulta.

Normalmente para consultar en un archivo municipal o un museo nacional, lo habitual es que se exija el aval de un investigador que ofrezca garantías a los responsables, y que se deba solicitar un permiso detallando el tema de estudio y la necesidad de consultar sus fondos, pero aun así resulta insuficiente. Las instituciones más preparadas están digitalizando todos los fondos para evitar que el investigador esté en contacto directo con los fondos. De esta forma se puede evitar lo que pasó en Reino Unido, en la que el estafador John Drewe creó un entramado perfecto de maestros modernos

<http://www.theguardian.com/artanddesign/2012/jul/07/master-forger-ken-perenyi>

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

mediante las falsificaciones que encargó a un artista desconocido, John Myatt.¹⁷⁷ La estafa continuada, que comenzó en 1987 hasta 1999, consistió en la falsificación y venta de aproximadamente 200 obras y le proporcionó a la pareja unas ganancias de más de 2,5 millones de libras esterlinas antes de que fueran detenidos por los delitos de falsificación, conspiración para defraudar y cargos relacionados.

Myatt usaba bastidores modernos y una pintura de emulsión casera. Envejecía las obras con bolsas de té usadas y suciedad. Después, su cómplice y cerebro de la trama, Drewe, falsificaba las firmas de los artistas y sustituía los marcos por otros de madera antigua. Pero en lo que destacaba era en la “*procedencia*” o *provenance*. Sus fuentes documentales eran tan convincentes, que no necesitaba que las obras fueran perfectas lo que le permitió que se vendieran en casas de subastas como Christie’s, Sotheby’s y Phillips, así con distribuidores en Londres, París y Nueva York. En total, Myatt pintó sobre 200 falsificaciones en estilo surrealista, cubista e impresionista, de autores como Marc Chagall, Georges Braque, Alberto Giacometti, Paul Klee, Graham Sutherland, Nicholas De Stael y Ben Nicholson. En el juicio, Myatt se declaró culpable y se le impuso una pena de 6 meses de prisión y cumplió 4 meses. Drewe fue sentenciado a 6 años, y cumplió 3 años. Esta trama fue descrita por Scotland Yard’s Art and Antiques Squad como “el mayor fraude de arte del siglo XX”.

El cerebro de la pareja de falsificadores inglesa, John Drewe, se introdujo de forma sutil en los archivos de los museos más importantes permitiéndole crear todo un entramado documental falso. Así mediante la donación de 20,000 libras a la Tate Gallery consiguió la autorización para poder investigar en su biblioteca de investigadores; el acceso a los archivos del *Victoria & Albert Museum* usando referencias falsas y al *London’s Institute of Contemporary Art* mediante la donación de pinturas falsas de Le Corbusier y Giacometti. Esta proximidad con las fuentes documentales auténticas le permitió falsearlas al insertar: fotos de las falsificaciones del pintor Myatt (su socio) en los archivos, recibos falsos, modificación de catálogos y otros documentos. También robó cartas originales de Picasso y otros artistas, a las que Myatt añadió dibujos falsos. Drewe era muy perspicaz pues se adelantaba a la actuación de los expertos en atribuciones¹⁷⁸ y alteraba la documentación que sería consultada en el caso de aparecer

¹⁷⁷Más datos en <http://www.johnmyatt.com/> (01/10/2013).

¹⁷⁸El buen investigador debe rastrear todas las fuentes que crea que puedan contener alguna

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

nuevas obras de artistas famosos, y les hacía creer la suerte que habían tenido de dar con un documento que justificaba o determinaba un nombre, una fecha o un lugar.

Una de sus actuaciones consistió en que para documentar una escultura de Giacometti diseccionó el único catálogo existente que se hizo para una exposición de 1955 en la Galería de Ohana (ya desaparecida) de Londres. El catálogo documentaba una exposición de obras de arte cedidas por celebridades del mundo del espectáculo y se llamaba “Exposición de dibujos y pinturas, esculturas y la etapa de los miembros del mundo del espectáculo”. Drewe falsificó con la misma letra y el mismo papel cuadernillo los cosidos del libro y lo llenó no solo de fotografías de los Giacometti de su socio, sino de obras de Chagall, Dabuffets, Staëls y Nicholsons falsas. Luego volvió a coser el cuadernillo sustituido, devolviendo al catálogo su apariencia original y colocó en su estantería.

Otra forma era conseguir información real para utilizarla en su provecho. Así, Drewe se ponía en contacto con los familias de los artistas para conocer sus detalles íntimos, sus vidas amorosas... etc., así podía falsificar también cartas antiguas (de Staël a una amiga, por ejemplo, en 1950). Como parte de la procedencia Alan Bowness, ex director de la Tate y el yerno de Ben Nicholson, fue engañado en la autenticación de dos de Nicholsons falsos de Myatt, no porque las fotos fueran buenas, sino porque su origen era intachable.



Figura 1.5: Ben Nicholson según John Myatt

información sobre la época o el tema de investigación.

1.5.3. Alemania: Wolfgang Beltracchi

Esta estafa se caracterizó por ser como una síntesis de las dos anteriores: se combinó unas buenas falsificaciones con una *procedencia* de las obras impecable. Este *modus operandi* es un híbrido entre los dos anteriores y el error y el engaño de la estafa recaían tanto en la obra de arte, que eran buenas falsificaciones, como en una la magnífica puesta en escena (o *mise en scène*). Pero a diferencia de Drewe-Myatt, que la manipulaban la información obtenida, Beltracchi¹⁷⁹ creó toda una historia convincente.

En Alemania, desde 1976 hasta 2011, Wolfgang Beltracchi pintó cuadros al estilo de pintores conocidos y junto a su esposa, Helene Beltracchi, los hizo pasar por obras de estos artistas en el mercado internacional de arte, cobrando millones de dólares por cuadro. Estas falsificaciones no se descubrieron durante décadas y fueron vendidas por prestigiosas casas de subastas y galerías de todo el mundo.

La pareja hacía creer que las obras procedían de la colección del abuelo de Helene y que habían estado ocultas (y, por tanto, descatalogadas) durante la época del nazismo y el “Arte degenerado”.

Para justificar su procedencia, Beltracchi señaló, entre otras cosas cosas, que los cuadros eran de la “colección, en realidad inexistente, de Werner Jäger”¹⁸⁰ (Werner Jäger era el abuelo de Helene Beltracchi) o de una falsa “colección de Wilhelm Knops”.

Un tribunal de Colonia condenó a Beltracchi a seis años, a su mujer, Helene, a cuatro y a su cómplice Otto Schulte-Kellinghaus a cinco años de prisión. La hermana

¹⁷⁹Obras suyas en su página web: <http://www.beltracchi-project.de/wolfgang-beltracchi/?lang=es> (20/03/2013). En su página web afirma: “Estas falsificaciones no se descubrieron durante décadas y fueron vendidas por prestigiosas casas de subastas y galerías de todo el mundo. En 2010 empezaron las investigaciones de la fiscalía de Colonia. En octubre de 2011, Wolfgang Betracchi fue condenado a 6 años de prisión y su esposa a 4 años”. MÜLLER, E. “Escándalo en las galerías alemanas”. En: Las Provincias, 23 de diciembre de 2010, en <http://www.lasprovincias.es/v/20101223/culturas/escandalo-galerias-alemanas-20101223.html> (20/05/2012) Desde el punto de vista penal, las obras de Beltracchi se consideran falsificaciones. Desde el punto de vista artístico, cada una de estas pinturas es una obra independientemente y original.

¹⁸⁰Compusieron la fábula de que el abuelo de Helene y Jeannette Beltracchi, Werner Jägers, fue un rico industrial amigo del galerista de Dusseldorf Alfred Flechtheim. Jägers nunca fue el acaudalado experto en arte que fantasearon los Beltracchi, ni tampoco conoció jamás al célebre galerista judío Flechtheim. El hombre de negocios de clase media era miembro del partido nazi y su única relación conocida con el arte es una serie de pinturas de pequeño formato: bodegones y paisajes pintados por él mismo. Su gusto estaba bien lejos de lo que entonces era la vanguardia del arte mundial.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

de Helene, Jeanette, pasó un año y nueve meses de libertad condicional. Ellos habían vendido 14 pinturas de Beltracchi haciéndolas pasar por obras de Max Ernst, Max Pechstein, Heinrich Campendonk, André Derain, Fernand Léger y Kees van Dongen.

Algunos cálculos sugieren que la banda ha vendido 200 obras falsas en todo el mundo, que hoy estarían valoradas en cientos o hasta miles de millones de euros.

Beltracchi llegó a componer fotografías en blanco y negro, realizadas también con cámaras y películas de época, en las que sus falsificaciones aparecían colgadas en un típico salón de los años 20. El matrimonio falsificó esta supuesta fotografía familiar, utilizando medios como una cámara o papel de fotografía antiguo, como *provenance* o referencia para sus obras falsificadas. Helene Beltracchi posó como su abuela para la foto. Las obras falsificadas estaban al fondo.



Figura 1.6: Helene Beltracchi

Es de destacar que en el asunto Beltracchi se descubrió la estafa cuando un comprador precavido, la compañía maltesa Trasteco, decidió llevar su recién adquirido Campendonk a un laboratorio a comprobar su originalidad. El análisis reveló que el lienzo, que había costado 2,5 millones de euros, tenía un pigmento que no estaba disponible cuando el cuadro había sido supuestamente pintado: blanco de titanio es lo que apareció en el análisis científico encargado por los nuevos dueños de *Cuadro rojo con*

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

caballos. Y el blanco de titanio no existía en 1915, cuando se pintó el original perdido. En un periódico alemán el propio Beltracchi lo contó: “Siempre había usado blanco de cinc, muy normal en los tiempos de Campendonk. Solía mezclar las pinturas yo mismo, pero aquel día me faltaban pigmentos, así que cogí un bote, un producto holandés; por desgracia, no decía que contenía una pequeña cantidad de blanco de titanio”.

De los tres casos estudiados se señalan las pautas polares: en un extremo, la falsificación de la obra de arte mendaz, pero auténtica, como soporte material, y en el otro, la falsificación de toda la documentación o *provenance* que la acompaña. En esta línea polar se situarían los demás casos estudiados. Respecto del perfil de los autores, las razones para engañar de este modo parecen ser las siguientes:

1. La ganancia monetaria: en todos los supuestos, pero tal vez más en John Drewe, que ha acometido nuevas estafas fuera del mercado del arte y está actualmente en prisión.
2. Un deseo, ya sea malicioso o de buen humor, de “timar” al experto. En todos los supuestos, tal vez más claro en Ken Perenyi y Wolfgang Beltracchi.
3. Un intento, por un artista decepcionado, que no ha podido obtener el reconocimiento por medios normales, de presentar ante el público su trabajo con la excusa de su existencia por algunos bien conocidos y ya establecidos maestro, o por alguna personalidad completamente ficticia, pero lo bastante colorido para llamar la atención sobre sus productos. Tal vez el caso de John Myatt y de Beltracchi.

Es de destacar que cada vez menos se da otro supuesto por el que se suele falsificar: “El intento, a través de la fabricación de antigüedades falsas, de añadir esplendor a la historia de un país, distrito o religión”, fruto más de otras épocas pretéritas, es decir, como una forma de “reescribir la historia”.¹⁸¹

La sociedad tiene que ser consciente de la vulnerabilidad de nuestra concepción de nuestra cultura y tiene que velar por la correcta conservación de la misma. Tan importante es conservar nuestro patrimonio histórico como impedir que se manipule nuestro acervo cultural por el peligro de reescribir la historia. Tenemos que velar por la concepción de nuestra cultura en las generaciones venideras. Se tienen que generalizar

¹⁸¹Esto último muy desarrollado en el capítulo 2 “Rewriting history”. En: En: JONES, M. *Fake? The Art of Deception*. Londres: British Museum Publications, 1999, p. 59 yss,

los códigos de buenas *prácticas* entre los distintos operadores del mercado del arte para evitar que estos tres ejemplos se puedan repetir.

1.6. ¿Puesta en valor de lo *falso*?

Nuestra investigación consiste en el análisis de la estafa mediante obras de arte falsas, en las que el engaño recae en la creencia de unos *valores* de la obra original de la que carecen las falsificaciones. Habiendo estudiado en este Capítulo el concepto de obra de arte falsa y su creación, en los Capítulos siguientes, se analizará en profundidad los elementos del tipo de estafa.

Sin embargo consideramos que es necesario hacer una reflexión sobre cuáles son esos valores que solo *supuestamente* tienen los originales. Las pinturas originales atraen a los coleccionistas por varias razones: la visión del artista, la reputación venerable, la inversión potencial o la mística de lo genuino. Está claro que el valor económico es un valor importante, sobre todo al considerar la obra como un bien de consumo en la sociedad actual materialista, pero ¿qué valor tienen las obras pintadas “al estilo de” o falsas?

“Valorizar” o “poner en valor”¹⁸² un bien cultural determinado, designa al conjunto de acciones inmateriales que aplican una “tutela activa” sobre ese bien cultural; generalmente confluyen en estas acciones de “valorización” medidas como la divulgación del conocimiento y de los valores del patrimonio cultural entre el público.

¿Qué cualidades ha de poseer un objeto para ser valorado como obra de arte y ser casi deificado en un museo? ¿Por qué razón la copia exacta de ese mismo objeto no posee las mismas cualidades que se le atribuyen al original? No podemos olvidar que:

“Los falsificadores nos pueden enseñar muchas cosas, la mayoría, tal vez la falibilidad de los expertos. Ni un solo objeto se ha incluido aquí sólo porque engañó a un profano sin instrucción. La mayoría se han validado tres veces más, en la compra inicial de un coleccionista experimentado, sobre la publicación de un destacado estudioso y en la adquisición de un gran museo”.¹⁸³

¹⁸²Término empleado especialmente en francés (*mettre en valeur* o *mise en valeur*), pero también en italiano (*valorizzazione*) y en inglés (*enhancement*). En el GLOSARIO de GONZALEZ-VARAS, I. *Conservación de bienes culturales: teoría, historia, principios y normas*. Madrid: Cátedra, 2006.

¹⁸³Traducción autora. En: JONES, M. *Fake? The Art of Deception*. Londres: British Museum

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Es de destacar, que en Italia, los cuadros y las serigrafías mejor elaborados capturados por la policía son remitidos a la Universidad de Salerno, cuya facultad de Arte estudia precisamente las falsificaciones de calidad en el *Centro Studi sul Falso*. Sería interesante que en España se estudiaran también.

Otras veces, estas obras ingresan en los museos a través de las colecciones particulares que se donan a los museos. En estas puede haber unas cuantas piezas destacables, pero normalmente el propietario exige que la colección no se pueda desmembrar y que se haya de mostrar completa, y entre estas haya obras de muy distintas procedencias (esto subraya de nuevo la importancia que tiene para el coleccionista que el público reconozca que aquella es *su* colección).

Como ya hemos tratado en secciones anteriores, el concepto de *original* es un concepto romántico que nace en el siglo XVIII y en la que la invención y *genio* del artista impregna la obra. Esto permanece en la actualidad en la que el objeto se deifica y se busca el contacto sensitivo. Si como Panofsky¹⁸⁴ nos centramos en la instancia receptora que reclama ser estéticamente experimentado, hacemos recaer el valor o no de una obra en la razón y no en la contemplación. Está claro que no nos gusta que nos engañen¹⁸⁵ aunque estemos disfrutando (entraríamos ya en el campo de la psicología con la proyección y la co-creación), pero la obra es la misma antes y después de descubrir

Publications, 1999, p. 11

¹⁸⁴La imagen, ya hecha, se entrega al receptor: mero decodificador del código icónico según su método desarrollado en: PANOFSKY, E. *Estudios sobre iconología*. Madrid: Alianza Editorial, 1972.

¹⁸⁵Es muy gráfica la explicación que da Dennis Dutton citando a Francis Sparshott en DUTTON, D. "Forgery and Plagiarism". En: *Encyclopedia of Applied Ethics*, San Diego: Academic Press, 1998. "La falsificación es una forma de fraude, por lo que es tan reprobable como cualquier otro tipo de fraude que consiste en la producción y venta de productos falsificados. En eso no hay duda. Sin embargo lo que es discutido es hasta qué punto la *cuestión moral afecta a nuestra respuesta estética*. Uno de los tratamientos de esta cuestión más interesantes ha sido proporcionada por Francis Sparshott quien ha escrito: "Al apreciar una obra confiamos en su promesa que da un significado humano y confiamos en esa promesa. "El falsificador de arte "explota y traiciona la entrega personal de la que toda relación humana depende". Sparshott hace una analogía en la que nos hace imaginarnos haciendo el amor apasionadamente en la oscuridad con una persona distinta a la que pensábamos que era (...)". Sparshott piensa que la experiencia estética auténtica, como experiencia sexual, "depende de la construcción imaginativa y de asociación del receptor (...)". (Traducción de la autora).

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

el engaño. Esto se entiende desde un punto de vista epistemológico, de su sentido en cuanto constructo del significado de la imagen, pero no a nivel ontológico de la obra.

Existen obras de calidad y sin calidad, es decir, buenas *falsificaciones* y malas *falsificaciones*. Las buenas obras falsificadas son obras auténticas.

Es necesario analizar la obra en su materialidad: las características formales de la obra, los elementos estructurales, los contenidos y los temas que desarrollan, etc. para ponerlas en valor. La copia está intrínsecamente unida a la creación, pues es natural que el proceso de hacer una obra de arte, se base en la memoria, en la reproducción de lo que se ve, o en la deliberada manipulación de ambos: lo visto y lo recordado. Toda esta fuente de inspiración está además indefectiblemente teñida por los sentimientos del autor. Por lo tanto no se puede concebir la creación sin contemplar algún tipo de copia. Se ha criticado al autor de la falsificación la idea de *camuflaje*, de ocultar o esconder su “yo”, no obstante, según Fernández Arenas¹⁸⁶, un rasgo inherente del objeto artístico es la intención del autor de comunicar algo. El autor de una buena obra falsificada no realiza una mera mimesis de la obra original, sino que está sublimada, es una copia idealizada, embellecida, que resume todos los elementos estilísticos de ese autor o época. Es un autor activo, porque primero selecciona mediante una función selectiva y luego realiza una función expresiva. En esta segunda fase hay una afirmación de su subjetividad. Es muy interesante la explicación del bajorrelieve egipcio “The head of a king” dado por el conservador Salort-Pons del *Detroit Institute of Arts*¹⁸⁷ cuando a propósito de la exposición “*Fakes, Forgeries, and Mysteries*”, se descubrió que era falso. Se comprobó que era una bellísima falsificación del siglo XX, magníficamente elaborada, pero que era una mezcla de estilos y por lo tanto sublimada. El autor parece ser el famoso falsificador Oxan Aslanian conocido como “El Maestro de Berlín” (Alemania, 1887-1968).

La existencia de un gran comercio de copias denota que mediante ellas, los coleccionistas obtienen un sustitutivo de la obra o artista que aman. En torno a este mundo se ha creado un coleccionismo de obras falsas. Uno de los primeros en darse cuenta

¹⁸⁶FERNANDEZ ARENAS, J. *Introducción a la conservación del patrimonio y técnicas artísticas*. Barcelona, 1996. p. 117 “Debido que “el objeto artístico es una imagen creada por las técnicas y procedimientos artísticos que se hace con la intención de comunicar algo: el mundo mental de la cultura que lo produce. . .” y que “este objeto se destruye cuando ya no sirve, o se conserva de forma privada (colección) o pública (museo)”.

¹⁸⁷En <http://art-crime.blogspot.com.es/2011/02/dias-fakes-forgeries-and-mysteries.html> (12/09/2012).

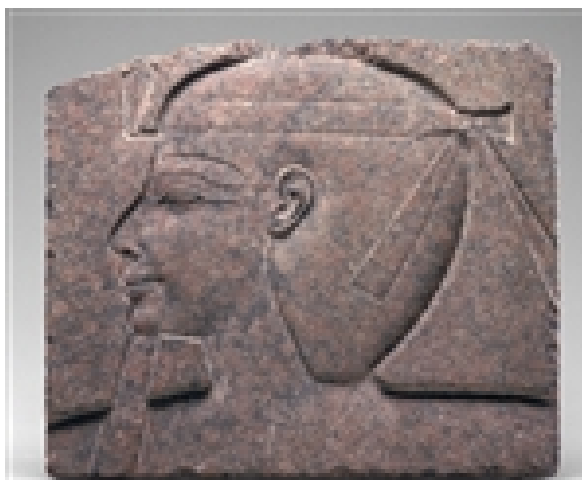


Figura 1.7: Cabeza de un faraón, alrededor de 1925, granito.
Colección del Instituto de Artes de Detroit

del negocio fue el italiano Giuseppe Salzano, cuando después de adquirir un auténtico Chirico conoció a su verdadero artífice, Antonio Razei, copista. Fue entonces cuando decidió encargar a éste y a otros sesenta artistas obras para la *Fundazione dei falsi d'Autore*. Existen galerías de falsos legales que trabajan a la carta o mediante un catálogo de copias de los más prestigiosos autores, entre ellas podemos hablar de la galería Troubetzkoy¹⁸⁸ en París o True Fakes Ltd., en Nueva York. También en España se puede acceder a este mercado como la Galería Alción¹⁸⁹ en Madrid.

A menos que se haya destruido, la obra de arte está destinada a terminar en el museo. No es objeto de nuestro estudio la historia y la función de los museos, pero no podemos desconocer que los museos están despertando cada vez más un interés en sus fondos falsos y los están exponiendo. Haremos una breve reflexión sobre su eficacia y repercusión sobre la puesta en valor de lo *falso*.

Los museos intervienen en el mercado básicamente en dos niveles: formando y consagrando reputaciones y valores, y comprando y vendiendo obras de arte. Según la definición dada por el Consejo Internacional de Museos (ICOM):

¹⁸⁸Su página web es <http://www.galerie-troubetzkoy.com/>

¹⁸⁹Su página web es <http://www.alcionart.com/>

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

“El museo es una institución permanente, sin fines lucrativos, al servicio de la sociedad y de su desarrollo, abierto al público, que adquiere, conserva, investiga, comunica y exhibe para fines de estudio, de educación y deleite, testimonios materiales del hombre y de su entorno”¹⁹⁰

Se compromete así la comprensión habitual de “museo” como contenedor de seguridad que conserva los tesoros acumulados de la Humanidad, para dar paso a una concepción más abierta, donde casi cualquier parcela de la realidad puede ser “museificada”.

A veces por compra, y más a menudo debido a depósitos y donaciones todos los museos tienen en sus colecciones obras de arte falsas. La cantidad y calidad de estas últimas ocasionó y ocasiona algunos problemas a los museos cuando se descubre que determinada obra no es original.

El *Bruce Museum's* organizó la exposición “*Fakes and Forgeries: The Art of Deception*” en 2007. En el 2009, museos tan diversos como el *Royal Ontario Museum*, Canada; el *Musee d'Art moderne* de Paris; el *Brooklyn Museum*, Nueva York; el *Museo Boijmans Van Buningen*, Rotterdam; *Victoria & Albert Museum*, de Londres, o más recientemente en el 2013, el *Círculo de Bellas Artes de Madrid*¹⁹¹ han tenido exposiciones sobre el concepto de original y falsificación.

En Junio de 2010, la *National Gallery* de Londres inauguró una exposición temporal con fondos propios. A través de seis salas de pintura, la exposición resaltó la labor del Departamento Científico fundado en 1934. Este departamento se ha convertido en un laboratorio referencia en el estudio de materiales y técnicas usadas en la pintura europea occidental. El director de este departamento y co-comisario, Ashok Roy, en una entrevista mantenida y posterior encuesta, considera que se realizó esta exposición porque es un buen momento para promover los estudios científicos de la National Gallery. La exhibición hacía un itinerario de los descubrimientos del departamento a través de los análisis técnicos. Su finalidad era enseñarle al público una “nueva forma de mirar”. Las

¹⁹⁰El Consejo Internacional de Museos (ICOM) es una organización internacional de museos y profesionales, dirigida a la conservación, mantenimiento y comunicación del patrimonio natural y cultural del mundo, presente y futuro, tangible e intangible. Creado en 1946, ICOM es una organización no gubernamental (ONG), que mantiene una relación formal con UNESCO y tiene estatus de órgano consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

¹⁹¹Presentó en 2013 una exposición de Elmyr de Hory. Proyecto Fake, que era una reflexión sobre la realidad y la falsedad en el mundo de la creación artística.

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

falsificaciones estaban en la primera sala, *Deception and Deceit*. Sólo se incluyeron tres falsificaciones ciertas (a una de ellas ya nos hemos referido), dos pertenecientes a la National Gallery, y un préstamo del Instituto Courtauld. Roy considera que “lejos de disminuir nuestra credibilidad, creo que nos levantamos señalando cómo la investigación favorece la comprensión de la colección de la National Gallery. Siempre hemos estado muy adelantados en este tema, en particular mediante la combinación del trabajo de los científicos con los conservadores. Nos sorprendió por el gran interés que despertó entre los periodistas extranjeros, y tuvimos alrededor de 130.000 visitantes. El material permanece en el sitio web del museo”.¹⁹²

El conservador Salvador Salort-Pons, jefe del departamento de la colección europea del Detroit Institute of Arts en la entrevista mantenida sobre la exposición a la que ya nos acabamos de referir, “*Fakes, Forgeries, and Mysteries*”, consideró en la organización de esta exposición los museos pretenden distintos objetivos. El museo buscaba un tema que interesara al público y sobre todo ser un ejemplo de transparencia tanto para el público como para instituciones más pequeñas. Comentó la existencia de “*falsos sofisticados*” como creaciones fabulosas concebidas para engañar pero en si mismas fruto de un gran esfuerzo.¹⁹³

Estas exposiciones están empezando a musealizar las obras que habían estado escondidas en los almacenes de los museos cuando fueron *descubiertas* en su falta de originalidad. Estas obras lo que estaban es erróneamente exhibidas cuando se exponían con otras originales. No hay que ocultarlas porque eran obras auténticas que estaban erróneamente consideradas.

Jones lo explicó muy bien:

“Como claves para entender la naturaleza cambiante de nuestra visión del pasado, como motores para el desarrollo de técnicas científicas y académicas de análisis, como subversivos de certezas estéticas, [los falsos] merecen nuestra mayor atención”¹⁹⁴

¹⁹²Ashok Roy, Cuestionario contestado en ANEXO I.

¹⁹³Como en el caso en 2004, cuando la Escuela de falsificadores de Siena expuso sus obras maestras bajo el título «Falsos de autor». La mayor parte de los cuadros de la exposición volvieron a Siena desde museos como el Metropolitano de Nueva York, la Universidad de Yale, la Galería Nacional de Dublín, la Kunsthhaus de Zúrich o el Museo Nacional de Varsovia, que los colgaron en sus salas pensando que eran de Botticelli, Ghirlandaio, Duccio di Buoninsegna o Donatello.

¹⁹⁴JONES, M. *Fake? The art...* (Ob. cit.), p. 9. Traducción de la autora. “As keys to understand the changing nature of our vision of the past, as motors for the development of scholarly

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Los directores de los museos no solo están exhibiendo sus falsos, sino están adquiriendo deliberadamente obras no originales de la época de oro de las falsificaciones, aproximadamente desde 1880 hasta 1940. Así, el *Victoria and Albert Museum* ha adquirido cinco miniaturas "medievales", producidas por el famoso "falsificador español" (the Spanish Forger), que trabajó hace un siglo. Aunque fue uno de los falsificadores más exitosos en la historia del arte, su identidad y nacionalidad sigue siendo un misterio, aunque probablemente era español. El conservador Mark Evans dice que es importante contar con ejemplos del Falsificador español (Spanish Forger), por lo que nos dice acerca de las percepciones finales del arte medieval del siglo XIX.¹⁹⁵



Figura 1.8: Falsificador español: Rey David

and scientific techniques of analysis, as subverters of aesthetic certainties, [fakes] deserve our closer attention”

¹⁹⁵BAILEY, M. “Spanish Forger” bought by V&A”, n. 199, febrero de 2009. En: *The Art Newspaper*. <http://www.theartnewspaper.com/articles/Spanish-Forger-bought-by-VA/16824> (15/09/2013). Imagen de la página web del Victoria & Albert Museum: <http://collections.vam.ac.uk/item/O158219/king-david-manuscript-spanish-forger/> (15/09/2013)

1. Conceptos y problemas de la estafa con obras de arte falseadas y mendaces

Este es uno de un grupo de cinco o seis miniaturas de tamaños similares, pintados en la parte posterior de los cortes de una página de texto de un libro de coro italiano del siglo XV o XVI.

Sin embargo, tal y como afirmaba Friedländer¹⁹⁶ con la reunión de los elementos heterogéneos se descubre el engaño, así el traje usado por las dos mujeres son de diferentes épocas. El tocado de la señora de la derecha es de finales del siglo XIV, mientras que la señora tocando el laúd lleva un modelo de mediados del siglo XV. Esta tendencia anacrónica de combinar asignaturas de diferentes fuentes es una razón principal por la cual las obras del falsificador español son fácilmente identificables como falsificaciones.

Tanto Savage¹⁹⁷, como Kurz¹⁹⁸, enfatizan en la importancia de estudiar objetos que están falsificados, como una forma de explorar la psicología y la motivación del falsificador. Los historiadores del arte reconocen que el estudio de copias es necesario con el fin de entender la historia de los gustos.

Por otro lado habría que cuestionarse como se construyen la valoración de una obra dentro del mundo del arte. Algunos sociólogos se limitan a constatar que, dentro de cada mundo del arte, los valores se construyen por consenso entre sus miembros, y como máximo, como hace Becker¹⁹⁹, a verificar que la manera más corriente de resolver el problema consiste en invocar el sentido común y la experiencia colectiva. Es decir, que las obras valiosas son las que mantienen mucho tiempo su reputación. Ya se ha visto que cada época tiene diferentes tipos de arte, teorías estéticas y portavoces artísticos, por lo que cualquier explicación que no tome en cuenta esta variabilidad.

¹⁹⁶FRIEDLÄNDER, M. *El Arte y sus secretos* (Ob. cit) “Por esta razón intentan los falsificadores de experiencia e ingenio formar un conjunto, aparentemente nuevo, entresacando de varias pinturas originarias. Pero la reunión de elementos heterogéneos descubre también el engaño”, p. 205.

¹⁹⁷SAVAGE. *Forgeries, fakes* (Ob. cit.)

¹⁹⁸KURZ. *Fakes* (Ob. cit.)

¹⁹⁹BECKER, H. *Art world*. University of California Press, 1984, p. 366. Se refiere al arte como una construcción social que, para poder ser interpretada mejor, se ha de tener en cuenta varios factores, entre los que destaca la carga social que le confiere también un valor a los objetos. Becker considera que en cualquier condición social, capitalismo u otros, las obras artísticas se crean mediante procesos en los que actúan diversos actores sociales; sostiene la coexistencia de mundos artísticos diferentes, en que se crea arte *ex novo*. Así pues, mantiene que tratar de definir qué es el arte, como también su singularidad o la genialidad del artista, resulta todo ello muy arbitrario, pues dicha definición está más a merced del consenso social que de las cualidades estéticas de la propia obra.

“Al vincular la obra de arte a su contexto, se reconstruye el marco de referencia que permite explicarla como una solución a ciertos problemas en determinadas circunstancias, y asimismo valorar su importancia dentro de la historia del arte. Es necesario, por tanto, situar la obra en el espacio y en el tiempo. El grado de innovación, de creatividad, de aportación técnico-lingüística, o, simplemente, el grado en que una obra supera técnicamente, por su belleza, por su capacidad expresiva o por su particular interpretación de la realidad a otras obras, solo puede establecerse por contraste. Enjuiciar la calidad de una obra sin situarla históricamente es emitir un juicio en el vacío, es valorarla únicamente en función de criterios extra-artísticos, basándose en gustos y vivencias personales y subjetivas, ajenas a las condiciones de producción de la obra y a los problemas que el artista tuvo que resolver.”²⁰⁰

Estamos de acuerdo con Furió en que para ponderar estos aspectos es necesario, en primer lugar, no desvincular la obra de arte de sus objetivos, ni todo ello de su contexto original; pero como todo juicio de valor, esto es mutable y los críticos y los creadores de opinión deberían repensar el valor de estos falsos.

A modo de conclusión, podemos destacar la nueva vida de John Myatt. Ha comentado que cuando salió de prisión recibió una llamada telefónica de Jonathan Searle, uno de los detectives de Scotland Yard que habían investigado su caso. Searle le ofreció 5000 libras para pintar un retrato de su familia y así comenzó su propio negocio legítimo: la venta de pinturas en todo el mundo y dando conferencias sobre el negocio del fraude artístico.²⁰¹ Desde su página web manifiesta:

“Cuando pinto al estilo de uno de los grandes... Monet, Picasso, Van Gogh... No estoy simplemente creando una copia o pálida imitación del

²⁰⁰FURIÓ, V. “La historia del arte: aspectos teóricos y metodológicos”, en AA.VV., *Introducción de la Historia del Arte*. Barcelona: Barcanova, 1990, p. 16.

²⁰¹SALISBURY, L. “The true story of the downfall of an amateur artist who pulled off the world’s most audacious art fraud”. En: *Daily Mail online*, 29 de enero de 2009, en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1247154/John-Myatt-career-forging-famous-works-art-finally-caught.html#ixzz2hY48lYPE> (11/10/2013).

original. Como un actor inmerso en un personaje, indago en las mentes y vidas de los artistas. Adopto sus técnicas y busco la inspiración del mundo detrás de cada gran artista. Entonces, y solo entonces, empiezo a pintar una “Falsificación legítima”.²⁰²

1.7. Recapitulación

En este primer Capítulo, hemos abordado el tema desde múltiples perspectivas para entender la obra de arte falsa. Así se ha analizado brevemente el mercado del arte y sus operadores. Se ha realizado un estudio terminológico, necesario para poder obtener el concepto de obra de arte desde diversas aproximaciones: jurídica, estética, histórica; y hemos diferenciado distintos conceptos como original, copia, replica y reproducción. Se ha visto el concepto de obra de arte falsa y hemos propuesto una nueva terminología. Estos conceptos son muy amplios y nos hemos tenido que ceñir en su extensión. Estudiamos las formas comisivas en profundidad, es decir, los *modus operandi* usuales. De las Bellas Artes y Artes decorativas, antigüedades²⁰³ y objetos de colección,²⁰⁴ hemos tenido que elegir los cuatro campos que consideramos más importantes y de mayor incidencia: pintura, escultura, grabado y *New Media Art*.

También desde la perspectiva de la Criminología, como ciencia práctica se analizan tres ejemplos criminológicos recientes, de tres ámbitos distintos pero compartiendo el largo tiempo en que estuvieron introduciendo en el mercado obras de arte falsas y como puede haber afectado esto al mercado del arte.

Hemos concluido este Capítulo con una breve reflexión sobre el valor de lo falso.

Estas distintas secciones son necesarias para la exégesis y aplicación de la figura delictiva de la estafa con obras de arte que pasamos a estudiar.

²⁰²En su página web <http://www.johnmyatt.com/> (01/10/2013). Traducción autora: “*When I paint in the style of one of the greats... Monet, Picasso, Van Gogh... I am not simply creating a copy or pale imitation of the original. Just as an actor immerses himself into a character, I climb into the minds and lives of each artist. I adopt their techniques and search for the inspiration behind each great artist’s view of the world. Then, and only then, do I start to paint a ‘Legitimate Fake’.*”

²⁰³Según el RAE, antigüedades son “Objetos cuyo valor reside en su antigüedad (cualidad de antiguo: Que existe desde hace mucho tiempo)”.

²⁰⁴Según el RAE, colección es el conjunto ordenado de cosas, por lo común de una misma clase y reunidas por su especial interés o valor. Colección de escritos, de medallas, de mapas.

Capítulo 2

LA ESTAFA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. Introducción y breve referencia al derecho comparado

Frank Arnau en *El arte de falsificar el arte*¹, escrito en su primera edición en 1961, expresa el complicado mundo que se encuentra entre la pura creación artística y el Código penal:

“La primitiva finalidad de la falsificación ha sido desde siempre ofrecer la apariencia de una calidad mejor. No ha temido considerar la falsificación de obras de arte de épocas importantes de la cultura humana como una “mercancía” cuya aparente calidad habría de reportar sumas de dinero que en modo alguno guardaban proporción con el valor real del objeto, lo cual constituye, desde nuestro actual punto de vista, un delito punible.

Sin embargo, resulta sorprendente que ningún Código penal menciona este delito de la falsificación del arte. Por consiguiente, la falsificación de

¹Ya citado en numerosas ocasiones, ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte (ob.cit)*. pp. 399-405.

objetos de arte debe hallarse incorporada entre ciertos hechos propios del derecho penal que sean mencionados en alguna otra parte. Lo que se castiga no es la falsificación del arte “en sí”, sino la estafa o el fraude inherente a ella. El comprador engañado o el creador de una obra original no pueden apoyarse en un párrafo concreto contra “falsificación de obras de arte”. No pueden apoyarse en él porque no existe. Solamente pueden perseguirse las acciones mediante las cuales se realice un hecho jurídico penal.

Los falsificadores se aprovechan de que no exista una definición clara y precisa en el derecho penal en lo que se refiere a la falsificación de obras de arte, ocultando de la mejor manera posible los delitos propiamente punibles por ellos cometidos. En tanto consiguen soslayar el hecho evidentemente punible, quedan sin castigo en lo que atañe a la falsificación en sí, que en gran parte es un concepto de múltiples facetas”.

Ya Arnau subrayaba que la falsificación de las obras de arte estaba protegida en ilícitos penales como el delito de estafa. En nuestro ordenamiento jurídico ocurre lo mismo. Cuando esta falsificación no sea una copia idéntica o plagio, solo se podrá perseguir como un delito de estafa.

Antes de entrar en la regulación de este tipo de estafa en nuestro ordenamiento, veremos qué se hace en el derecho comparado.

En el *common law* podemos distinguir la regulación de EEUU y la de Reino Unido. En EEUU los temas relativos a la compra de obras de arte falsificadas y sus problemas (autenticación etc.) se suelen resolver por la vía civil, aplicándose la *Uniform commercial law* (UCC), que es un norma que armoniza la legislación comercial de los distintos estados norteamericanos.² A nivel penal, hay varias leyes contra el fraude, como la *Trademark Act*, la *Sherman Anti-Trust Act*, la *Uniform Commercial Code*, la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), y la *United States Code* 18-1341/1343. Sin embargo, no se suelen aplicar cuando se trata del fraude en el arte. Para obras de arte falsas, la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* se aplica a un número limitado de casos (generalmente delincuencia organizada) y la

²Interesante el resumen que hace WEBER, M. “Liability for the Acquisition of Faked or Wrongly Attributed Works of Art in US Law”, en ODENDAHL, K. , WEBER, P. *Kulturgüterschutz, Kunstrecht, Kulturrecht*, Baden-Baden, 2010, pp. 409-435, en http://www.lanter.biz/downloads/Marc_Weber_Liability.pdf

United States Code 18-1341 que regula los fraudes y estafas por correo.

En Reino Unido, sobre todo desde la estafa Drewe-Myatt ya estudiada, ha habido varias modificaciones legislativas. Se protege especialmente al *consumidor* o comprador de la obra de arte falsificada, y se le da mayor protagonismo al vendedor, tanto conocedor del fraude, como ignorante del mismo. En el derecho privado, las descripciones falsas en el comercio (*False Trade Descriptions*) se regula por la *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations* 2008/1277 Sch.4(1) para.1 (May 26, 2008).

El fraude criminal se regula por la *Fraud Act* 2006 c. 35 Sch.3 para.1 (January 15, 2007), que regula el *fraude por la falsa representación*³ (*Fraud by false representation*) o por hacer o suministrar objetos para ser usados en fraudes⁴ (*Making or supplying articles for use in frauds*). Por este último caso se puede perseguir al autor material de la obra de arte, que si no firmara la obra podría quedar impune. En otros casos concurrirá el delito de falsificación de la *Forgery and Counterfeiting Act* 1981 (c.45). En ella se define la falsificación como la creación de “un instrumento falso, con la intención de utilizarse para inducir a alguien a aceptar como verdadero, y en razón de lo que acep-

³Fraud by false representation

1. A person is in breach of this section if he—(a) dishonestly makes a false representation, and (b) intends, by making the representation—(i) to make a gain for himself or another, or (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.
2. A representation is false if—(a) it is untrue or misleading, and (b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.
3. “Representation” means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of— (a) the person making the representation, or (b) any other person.
4. A representation may be express or implied.
5. For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention).

⁴Making or supplying articles for use in frauds

(1) A person is guilty of an offence if he makes, adapts, supplies or offers to supply any article— (a) knowing that it is designed or adapted for use in the course of or in connection with fraud, or (b) intending it to be used to commit, or assist in the commission of, fraud.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable— (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both); (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both).

tarla a hacer o no hacer algo, que actuaría para su propio perjuicio o el de cualquier otra persona.⁵ Le corresponde a la acusación decidir qué delito refleja adecuadamente el carácter delictivo en cuestión.

En Francia, la regulación es muy parecida a la española. El art. 313 del Código criminal francés⁶ es similar a la regulación española, difiere en que no se exige el ánimo de lucro y la pena y multa son muy superiores.⁷ Su regulación también es más casuística, en vez de engaño bastante afirma “por el uso de un nombre falso o una capacidad falsa o por el abuso de cualidad verdadera, o por el uso de maniobras fraudulentas”. Igualmente *acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno* en el código francés es “para entregar los fondos, valores o cualquier propiedad, prestar un servicio o de consentir una obligación o descargo”.

En Alemania, la regulación también es semejante a la española. El artículo 263 del Código penal Alemán tipifica el delito de estafa en los términos siguientes:

“... El que deteriora el patrimonio de otra persona para conseguir a él mismo o a una tercera persona una ventaja patrimonial ilegal al causar o mantener un error simulando hechos falsos o desvirtuando o suprimiendo hechos verdaderos, será condenado a una pena privativa de libertad de hasta cinco años o a una multa ...”.

En el derecho comparado, el derecho penal, como el derecho civil y mercantil, se ve necesitado de una nueva orientación desde la protección del consumidor y usuario.

⁵Se define como Forgery as the creations of a “a false instrument, with the intention that the maker or another shall use it to induce somebody to accept it as genuine, and by reason of so accepting it to do or not to do some act to his own or any other person’s prejudice”. <http://www.legislation.gov.uk/>

⁶Art. 313-1: “L’escroquerie est le fait, soit par l’usage d’un faux nom ou d’une fausse qualité, soit par l’abus d’une qualité vraie, soit par l’emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d’un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L’escroquerie est punie de cinq ans d’emprisonnement et de 375 000 euros d’amende”.

⁷En el derecho penal español (art. 249) la pena de prisión de seis meses a tres años, mientras en el francés cinco años de prisión y 375 000 euros de multa.

2. La estafa en el ordenamiento jurídico español

En nuestro ordenamiento jurídico, la estafa se encuentra regulada en el Código penal LO 10/1995 de 23 noviembre 1995 (CP), en el Capítulo VI del Título XIII del Libro II, “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico“ y cuando no exceda de 400 euros en el art. 623.4 CP como falta.⁸ La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal, introduce numerosos cambios, afectando de forma particularmente intensa a los preceptos contenidos en el Título XIII.⁹ El anteproyecto de reforma del Código penal, ya aprobado modifica varios preceptos esta materia el art. 249, 250, 251 bis y se introduce un nuevo artículo 252 bis, relativo a la libertad vigilada. Se modifica el art. 249 quedando redactado de la siguiente forma:

“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción. Si en atención a estas circunstancias, el hecho fuera de escasa gravedad, se

⁸Se ha aprobado el Anteproyecto de reforma del Código penal con el objetivo de hacer efectivo el principio de intervención mínima del Derecho penal y de reducir el número de asuntos menores que sobrecargan los Juzgados, se ha decidido suprimir las faltas del Libro III. Se mantendrán las que son merecedoras de reproche penal, pero como delitos leves, denominados de escasa gravedad y que estarán castigados con penas de multa. El proceso que les corresponderá se desarrollará en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que se está trabajando. Mientras tanto, transitoriamente, se resolverán en juicios de faltas. El Código penal incorpora un criterio de oportunidad para que las conductas que puedan ser consideradas delitos leves, pero no tengan gravedad suficiente para justificar la apertura de un proceso, ni exista interés público en su persecución, puedan ser archivadas a petición del fiscal. Las faltas que no merecen reproche penal abandonan el Código penal, aunque se seguirán persiguiendo administrativamente dentro de la Ley de Seguridad Ciudadana o por la vía civil.

⁹Se introduce un nuevo tipo delictivo en la letra c) del art. 248.2, que también considera ahora reos de estafa a “los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”. El otro cambio del art. 248 es puramente estilístico o formal: así, el cambio de la expresión “programas de ordenador” por “programas informáticos” en el delito relativo a programas destinados a la comisión de estafas (antes contenido en el art. 248.3 y ahora en el art. 248.2 b). También se modifica el art. 250, que recoge los tipos agravados de estafa, siendo de particular relevancia la nueva definición de la estafa procesal y la inclusión de un nuevo tipo agravado “cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros” (art. 250.1.5.º), desapareciendo el consistente en cometer estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio (contenido antes de la reforma en el núm. 3.º del art. 250.1). Por último, se incorpora un nuevo art. 251 bis, que introduce para estos delitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

impondrá la pena de multa de una a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de la cantidad defraudada fuera superior a 1.000 euros”.

De las defraudaciones reguladas en el CP, la estafa es el delito más característico. Estas tienen en común que, de una u otra forma, no se efectúa un apoderamiento sino que, mediante prácticas más o menos torticeras, el *sujeto activo* pretende obtener un provecho económico mediante la causación de un correlativo perjuicio en el sujeto pasivo. El Capítulo que se ocupa “*De las defraudaciones*”, trata la primera de sus secciones “*De las estafas*”. La estafa de obras de arte, objeto de nuestra investigación, participa y está subsumida en los elementos comunes del delito de estafa regulado en el Título XIII sección primera “De las estafas” de los artículos 248 a 251 bis. Aunque puede tener cierta autonomía científica, no existe como categoría específica reconocida en el Derecho positivo. La estafa de obras de arte pretende la tutela de la confianza de la comunidad en normal tráfico económico del mercado del arte. La regulación de la estafa de obras de arte no tiene apreciables diferencias con la estafa común, salvo el evidentemente distinto medio comisivo empleado (simulación de veracidad por parte del vendedor de una obra de arte) puesto que el vigente Código penal no contempla la protección penal autónoma e inmediata de los mismos.

Bajo la denominación “*estafa de obras de arte*” entendemos a la acción, ardid o argucia usada por el sujeto activo, para obtener una cuantía económica, al ocasionar un error respecto a las cualidades de una obra de arte, provocando con ello un conocimiento deformado o inexacto de la realidad, operante en el consentimiento del *sujeto pasivo* que determina la compra de una obra de arte inauténtica o falseada, o en una auténtica pero mendaz por los datos falsos sobre su procedencia; que en caso de conocer la realidad no hubiera prestado. Por tanto, en nuestro Derecho positivo y, en consecuencia, dentro su infranqueable marco legal, en cuanto se refiere a la estructura y elementos integradores de la modalidad conocida como “estafa de obras de arte”, son todos ellos subsumibles en la estafa común. Las posibilidades de fraude en el mercado artístico son muy amplias. Las más comunes consisten en el engaño sobre la autoría de la obra o de alguno de sus datos relevantes (firma, antigüedad, técnica, soporte...), hasta la afirmación de su carácter original cuando se trata de una mera copia o reproducción (frecuentemente obtenidas por procedimientos fotomecánicos) que poco o nada tienen que ver con la mano del artista, y que ya se han analizado en el Capítulo 1. Partiendo de tales presupuestos, el Capítulo 2 de la presente investigación es un somero análisis de

la problemática de algunas cuestiones que afectan más directamente a esta modalidad defraudatoria, dentro de la estructura de la estafa común en la que aquélla se encuadra.

2.2. Elementos del delito de estafa

El tipo básico de estafa propia (arts. 248.1/249; 623.4.) se nos presenta como una figura delictiva compleja y polimorfa, con multitud de facetas, formas de aparición y aspectos de gran interés. Por lo que sigue siendo la delimitación de todos sus elementos típicos, aún en la actualidad, a su vez constante objeto de precisión y valoración por parte de la doctrina y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Para establecer el concepto de estafa en el Código penal, el art. 248 en su número 1, utiliza la técnica de definirlo mediante la enumeración de los elementos que lo configuran. En su párrafo 1 dice:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

La definición del art 248 del Código penal sigue respondiendo a la opinión común de doctrina y jurisprudencia¹⁰ que venía definiendo el delito de estafa en los mismos térmi-

¹⁰Se circunscriben a la existencia de un engaño que ha de ser bastante y consistente en la creación de un artificio o apariencia dirigida a la acechanza de un patrimonio ajeno; ese engaño debe determinar un error en el sujeto pasivo que lo recibe; la situación de error debe producir un desplazamiento patrimonial de un bien propio o de un tercero, que el sujeto pasivo detenta con facultades de disposición; el desplazamiento patrimonial ha de producir un perjuicio económicamente evaluable; el dolo de la estafa debe presidir la conducta realizada, con su elemento intelectual, consistente en conocer que se está engañando y perjudicando a un tercero, y volitivo, dirigido a la acechanza de un patrimonio ajeno, elemento reformado en el tipo de la estafa por la exigencia del ánimo de lucro. Los anteriores requisitos de la estafa deben estar causalmente relacionados de modo y manera que el error sea consecuencia del engaño y que el desplazamiento económico tenga por causa el error, de la misma manera que el perjuicio causado sea consecuencia del desplazamiento económico. Además el dolo ha de ser precedente, es decir, debe presidir la realización de la conducta. En los denominados negocios jurídicos criminalizados concurren los anteriores requisitos si bien se produce una apariencia de una realidad contractual. El propio negocio constituye el engaño en cuanto el autor simula un propósito de contratar cuando realmente lo que quiere es aprovecharse de la apariencia para obtener la contraprestación de la otra parte sin intención de cumplir la suya. La diferencia con los negocios civiles o mercantiles radica, precisamente, en el dolo en cuanto el autor de la estafa,

nos que dio a conocer Antón en su conocido trabajo de las estafas.¹¹ En la definición se encuentran los elementos: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio y ánimo de lucro a los que debemos añadir el nexo causal y demás exigencias típicas de la imputación objetiva. A modo de síntesis la sentencia STS 28 enero de 2004 afirma:

“En reiterada jurisprudencia de esta Sala hemos determinado que los elementos de la estafa son los siguiente, por todas STS 9 de abril de 2003:

1. Un engaño precedente o concurrente, antes recogido en alguno de los ardides o artificios incorporados al listado del Código de 1973, y hoy, tras la Ley 8/83 y el Código penal de 1995, concebido con criterio amplio, sin enunciados ejemplificativos, atendiendo a la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.
2. Dicho engaño ha de ser ”bastante”, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de todas las circunstancias del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. La idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.
3. Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

pese a la voluntad manifestada en el contrato, la voluntad interna del autor es no cumplir y enriquecerse con la contraprestación. El contrato se erige como elemento engañoso, apariencia o artificio dirigido a sorprender la buena fe de la contraparte que cumple su obligación pactada. El contrato constituye el engaño productor del error y del desplazamiento económico.”Y STS 26 abril de 2000.

¹¹ANTÓN ONECA, J.: ”Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1957, pág. 5.

4. Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva del engaño, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado.
5. Ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el art. 528 del Código penal de 1995, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.
6. Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo “*subsequens*”, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima”.

De la lectura de la definición brindada por el artículo 248 y de su interpretación jurisprudencial, podemos determinar los elementos de la estafa, siendo su núcleo el constituido por el engaño, capaz de producir *error* en la víctima. Este error causará a su vez, el *acto de disposición*, determinante de un *perjuicio para la víctima o un tercero*.

Por consiguiente, existen dos relaciones causales: *entre el engaño y el error*, y *entre el error y la disposición patrimonial*. Estas son las que constituyen el *tipo objetivo*. En

cuanto al *tipo subjetivo*, además del dolo del sujeto activo (conciencia y voluntad de engañar), el legislador exige expresamente la existencia de un elemento subjetivo del injusto: el *ánimo de lucro*. De modo singular han de establecerse, para la concreción del tipo de estafa, los siguientes nexos típicos autónomos: la relación de riesgo entre el empleo de engaño bastante para producir error en otro y el acto de disposición patrimonial por parte del sujeto engañado, y la conexión entre el acto de disposición patrimonial y la exigencia típica de perjuicio propio o ajeno. El delito de estafa se diferencia de otros delitos contra el patrimonio en que aquí el sujeto pasivo entrega al activo, voluntariamente el objeto del delito, mediante engaño, que siempre tiene que ser *ab initio* y *bastante*. Toda estafa, incluida la de la obra de arte, requiere de una voluntad de engaño desde el comienzo, y esta ha de ser *suficiente*. A partir de esas premisas se puede hablar ya de estafa. La estafa no se resuelve en una suma de componentes ya vistos (engaño, ánimo de lucro, error y acto de disposición en perjuicio de otro), sino que exige un nexo entre ellos, comúnmente llamado *relación de causalidad*.

Los elementos que estructuran el delito de estafa, a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia, son los siguientes:

1. La utilización de un *engaño previo bastante*, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto (autodefensa).
2. El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción.
3. Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.
4. La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro.
5. De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio

de imputación objetiva).¹²

En conclusión, el Código recoge, por tanto, en el art. 248.1, el concepto de estafa clásica, que, a tenor de dicho precepto y con necesaria existencia de un nexo causal entre ellos¹³, tiene como elementos: el ánimo de lucro, engaño, error esencial en el sujeto pasivo, acto de disposición patrimonial, perjuicio al sujeto pasivo o a un tercero y relación de causalidad. Se hace pues necesario hacer un análisis exhaustivo de los diferentes elementos (objetivos y subjetivos) del tipo del injusto. Pese al enorme interés práctico y teórico de todas estas cuestiones, nuestra principal preocupación ha sido intentar delimitar con carácter general y en sus aspectos o elementos esenciales este tipo de injusto, destacando especialmente al engaño, por ser el elemento principal sobre el que pivotan los restantes.

2.2.1. Engaño bastante

El término “engaño” utilizado por el Código penal en su art. 248 es un término inmensamente rico en acepciones, que no puede dejar de ser para el intérprete más que un punto de partida, relativizándose, de esta manera, el significado de la conducta típica en el delito de estafa. Debemos admitir que esa *falta de verdad* o *inveracidad* no es la incongruencia entre lo que se piensa o lo que se dice, es decir, la mentira, sino la incongruencia entre la realidad y lo que expresa el autor.¹⁴

Afirma Choclán¹⁵ que

“de acuerdo con la configuración típica que recibe el delito de estafa, puede decirse que el engaño es el *medio típico para la inducción a la disposición patrimonial*. (...) El engaño es un medio no violento del que se sirve el autor para viciar el consentimiento del disponente, mediante la desfiguración de la realidad, bien alegando hechos falsos o ocultando los verdaderos; en cualquier caso, quebrantando la confianza del sujeto pasivo

¹²STS 1 junio de 2012.

¹³COBO DEL ROSAL, M. (dir.) *et alius*, *Comentarios al Código penal*. Tomo III. Arts. 24 a 94, Madrid: Edersa, 2000.

¹⁴PASTOR MUÑOZ, N. *La determinación del engaño típico*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 264 y ss.

¹⁵CHOCLÁN, J.A. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 2009, pp. 99 y ss.

que cree razonablemente en la buena fe del autor. En suma, la acción engañosa consiste en crear la apariencia de que lo que sucede objetivamente es coincidente con las representaciones del disponente, aunque, en realidad, se oculta que esa concordancia no se da. Por tanto, existe un diferente conocimiento de la situación por parte del sujeto activo y el sujeto pasivo: mientras el autor aprehende la situación de acuerdo con un conocimiento preciso de la realidad, en cuanto él se encarga de desfigurarla en su comunicación con el disponente, éste se representa equivocadamente la situación, ignorando el riesgo de lesión patrimonial que conlleva la disposición en la situación concreta.”

En consecuencia, la mentira como tal no es el engaño típico del delito de estafa y, de otro lado, el dolo requiere que el autor conozca, la incongruencia entre la realidad y lo que expresa. Es el engaño “la esencia, médula, eje o piedra angular de la infracción” (SSTS 20 marzo y 20 diciembre de 1985 y 10 febrero de 1987), definido por Antón Oneca¹⁶ como “simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”. Surgen otras definiciones, unas agregando que “puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación de los verdaderos”.¹⁷

Otras acentúan el objeto sobre el que puede versar. En tal sentido: “El engaño puede residir tanto en la afirmación de hechos falsos como en juicios de valor, realizarse con palabras o con actos concluyentes, por un hacer activo o por una omisión”.¹⁸

Otros autores agregan al engaño como “esencia y nervio de la acción de estafar”, la necesidad de “concretar en lo posible tal elemento típico y culpabilista a la vez”.¹⁹

En un Derecho penal de acción toda acción típica debe tener un aspecto objetivo constitutivo del tipo, pues la doctrina al igual que gran parte de las sentencias del Tribunal Supremo, no traza con claridad la línea diferencial entre el aspecto objetivo del

¹⁶ANTON ONECA, J. “Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia” (ob. cit.), p.5.

¹⁷MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 244.

¹⁸RODRÍGUEZ DEVESA, J. M y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, 1994, p. 453.

¹⁹QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo II, p. 589, 2ª edición puesta al día por Enrique Gimbernat y Carlos García Valdés, Madrid, 1977.

engaño y el aspecto subjetivo del dolo, al no distinguir con nitidez el tipo objetivo del tipo subjetivo.²⁰ De esta manera, cualquier acto con voluntad de engañar sería a la vez “típico y culpabilístico”, cuando en realidad con esta expresión Quintano Ripollés sólo quiso agregar que el engaño no se concibe sin el dolo de engañar. Así lo entienden las SSTs 30 octubre de 1981 y 8 febrero de 1983, en las que el engaño consiste en falsedad, en la falta de verdad en lo que se dice o se hace; o más recientemente, el engaño se condensa en la acción, en la actividad o en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme a un plan preconcebido, y se configura como una falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad;²¹ o en la afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos;²² o engaño como el elemento sustancial que constituye el núcleo de la conducta típica de la estafa es el engaño, entendido este en el sentido de acechanza, trampa o añagaza con la que se trata de crear en el sujeto pasivo una sensación de realidad que no se corresponde con las circunstancias del caso ni con las cualidades o condiciones personales del sujeto activo, engaño que tiene que ser antecedente, bastante y causante.²³

Como ya hemos apuntado anteriormente, las posibilidades de fraude en el mercado artístico son muy amplias. Las más comunes consisten en el engaño sobre la autoría de la obra. Vemos un ejemplo en la STS de 20 febrero de 2006:

“Hechos probados: A) El acusado en los primeros días, entre el 4 y el 8 de enero de 2001, vendió a Leonardo, 3 cuadros al óleo en los que figuraba la firma “Guayasamín” que iban acompañados de tres certificados

²⁰ Así por ejemplo, entiende la Sala Segunda en STS 20 de marzo de 1985: “(...) que puede revestir innúmeras modalidades e incontables maneras de manifestarse, consiste en la acechanza tendida en la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo, de los que se vale el infractor para, induciendo a error al ofendido u ofendidos viciar su voluntad o su consentimiento (...); a lo que se puede agregar que, la dinámica comisiva, puede suponer fabulación compleja, aseverativa o positiva, pero también revestir formas sencillas y rudimentarias – siempre que baste para viciar la voluntad de la víctima-, así como estribar en inexactitudes o reticencias, en silencios interesados, abstenciones u omisiones cuando había obligación de sincerarse y de mostrar lo que en realidad se proponía el agente, y, asimismo, finalmente, en la ocultación, taimada y artera, de datos o pormenores trascendentales...”

²¹ STS 6 mayo de 1999.

²² STS 24 marzo de 1999 citando STS 23 de abril 1992 y 23 de enero de 1998.

²³ STS 9 junio de 1999.

de autenticidad con el membrete de “Fundación Guayasamín” apareciendo en cada uno la fotografía de uno de los cuadros autenticados y la supuesta firma de Francisca, hija del pintor.

Le vendió también un “Picasso” y un “Saura”. Todo ello por un precio total de 23.500.000 pesetas, correspondientes 12 millones a los tres cuadros autenticados a razón de 4 millones cada uno, 11 millones el Picasso y 500.000 pesetas por el Saura, de los que pagó en efectivo 18 millones, posponiéndose el pago del resto del precio a la entrega por el acusado de los certificados de autenticidad de los otros dos cuadros. En el mes de marzo el acusado, reclamó al Sr. Leonardo, el cuadro de Saura y a cambio le entregó dos del mismo autor.

En el convencimiento de que las obras adquiridas eran auténticas, llevó uno de los cuadros pintados por Guayasamín a la sala de subastas “Durán” sita en Madrid, comunicándole días después los responsables de dicha sala de subastas de arte, que se habían personado en dichas dependencias la familia del pintor Guayasamín y les habían comunicado que tanto el cuadro como el certificado eran falsos.-Puesto en contacto el Sr. Leonardo con la Fundación Guayasamín y tras remitirles los certificados que el acusado le había entregado, le confirmaron que todos ellos eran falsos.- Puesto en contacto el Sr. Leonardo con la Fundación Guayasamín y tras remitirles los certificados que el acusado le había entregado, le confirmaron que todos ellos eran falsos”.

Pero dada que la casuística es enorme, también puede recaer el engaño en alguno de los datos relevantes (firma, antigüedad, técnica, soporte. . .). Así en la STS 25 febrero 1980 se condena por el engaño que recae en un cuadro con la técnica del raspado de firmas:

“(. . .) el procesado vendió a Manuel R. C. un cuadro representando a una mujer sentada y tocada con sombrero, de 85 por 42 cms., en el que originariamente figuraba la firma del pintor Carlos Vázquez,²⁴ que el recurrente hizo previamente desaparecer, dibujando en el ángulo inferior derecho de aquél la firma del afamado pintor Ramón Casas,²⁵ con lo que

²⁴1869-1944.

²⁵1866-1932.

consiguió que el comprador le abonase como precio la cantidad de 250.000 ptas., cuando su valor real era el de 15.000 ptas., de cuya transcripción se desprende inequívocamente los integrantes básicos configuradores del delito de estafa cometido al concurrir el engaño, nervio y núcleo primordial del delito constitutivo del requisito doloso de la culpabilidad, que opera como elemento subjetivo de lo injusto; el perjuicio patrimonial ajeno ocasionado al comprador, con equivalente beneficio y lucro conseguido por el procesado, con existencia real, explícitamente consignada y precisada en su cuantía objetiva; y el causal representado por el nexo o enlace directo y expreso, derivado del engaño determinante del error que movió la voluntad del adquirente al acto dispositivo de la entrega de la cantidad consignada, lo que no hubiera hecho de conocer el ardid idóneo y bastante pergeñado”.

Es muy habitual el sistema de raspado de firmas para alterar la obra. Con ello la obra de arte será inauténtica y falseada al haber sido manipulada. Es una *falsedad material* porque afecta a la estructura física de una obra, al soporte material. Es inauténtica porque su autor aparente no coincide con su autor real. Es un ejemplo de inautenticidad subjetiva. Mediante este sistema se falsea la autoría. Estos dos pintores Carlos Vázquez y Ramón Casas eran coetáneos pero su cotización difiere. El estudio a realizar sería de la firma y del estilo con un historiador del arte a través de una expertización para descubrir el fraude. Los análisis científicos no serían concluyentes, ya que tanto los soportes como los materiales utilizados son antiguos.

Para averiguar qué engaño es penalmente relevante, doctrina y jurisprudencia han seguido diversas posturas, desde la posición dominante que denominaríamos *objetivo-subjetiva*, pasando por la *teoría de la adecuación* y la de la *imputación objetiva*, para acabar en una nueva versión de la *lesión de la veracidad*. De forma más extensa y por su importancia lo desarrollaremos en el Capítulo 3, al tratar el 3.2 *Naturaleza jurídica: el engaño y sujetos intervinientes*.

2.2.2. Error

El segundo de los elementos del tipo de la estafa es el error. La RAE lo define en su primera acepción como “Concepto equivocado o juicio falso”. En su cuarta acepción: “Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto.”

El error es un estado psicológico de la víctima, una representación inexacta de la realidad.

La STS 12 abril de 2002 lo define como:

“originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial”.

Más recientemente la sentencia de 28 febrero 2013 refiriéndose a la STS 251/2009 de 5-3 y en relación con los “negocios jurídicos criminalizados”:²⁶

“El delito de estafa en su forma clásica, se vertebra, en un error de información que sufre la víctima, respecto de algún extremo relevante porque, precisamente por ese error, el mismo efectúa un acto de disposición del que resulta perjudicado. Obviamente la característica de ese error es que *ha sido creado y escenificado por aquella otra persona que es la que resulta beneficiada*, por ello, si bien se ha dicho que es un negocio jurídico criminalizado, es lo cierto que técnicamente no es tal porque no tiene causa lícita, precisamente por el consciente error que el autor ha desarrollado ante el perjudicado y que es el causante de su propio empobrecimiento. Por eso de forma esquemática, se ha dicho que el núcleo de la estafa es un engaño antecedente, causante y bastante”.

El error consiste “en una representación mental que no responde a la realidad”.²⁷ Sin embargo, el error sólo tendrá relevancia típica si es el resultado de una acción engañosa. En efecto, el error para que sea relevante debe haber sido causado por el engaño y motivar la disposición patrimonial injusta y perjudicial. Para la doctrina, en relación de causa a efecto, debe encontrarse el engaño respecto al error, entendiéndose éste como conocimiento equivocado o juicio falso, que a su vez será causa, por lo que

²⁶Los negocios jurídicos criminalizados se estudian ampliamente en el CAPÍTULO 3.

²⁷ANTÓN ONECA, J. “Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia” (ob. cit,) p. 9.

debe precederle, del acto de disposición.²⁸ En otras palabras: el error debe tener las condiciones de *esencial y determinante*.

Hay que tener en cuenta, que tal valoración jurídica varía según se tomen criterios objetivos o generalizadores (que en idénticas condiciones hubiera sufrido el “hombre medio”), o bien criterios persona-individualizadores (las especialmente relativas a “las posibilidades de autoprotección del sometido a engaño”). La elección de uno u otro sistema influirá notablemente en la consecuencia jurídica.

Según la STS 4 abril de 1992, el sujeto pasivo ha de poseer la suficiente inteligencia y voluntad como para que pueda ser viciada por el engaño, por lo que de faltar en absoluto (como en el caso de los inimputables), los hechos se calificarán de hurto y no de estafa. Por último, es necesario según la STS 14 diciembre de 1977, que exista un sujeto pasivo aunque se desconozca su identidad.

Un sector doctrinal distingue entre el error activo, que se da cuando se actúa bajo una falsa presuposición, del error pasivo, que consiste en un estado de la mente en que se toma por verdadero lo que es falso o viceversa.

El error a que se alude en el artículo 248 del Código penal, es evidentemente del primer tipo, pues ha de concurrir en la relación del acto dispositivo. Así también lo entienden Antón Oneca, con Manzini, como “el motivo viciado de una manifestación activa de la voluntad”. Se puede concluir, que error es una idea falsa acerca de un hecho. Una idea puede convertirse en “falsa” por la circunstancia de ser incompleta en un punto decisivo. La representación parcial de la realidad, pero con importantes lagunas, de modo que la idea formada de la totalidad resulte equivocada, es también un caso de error”.²⁹

Otros autores han objetado tal interpretación porque señalan que el artículo 528 del antiguo Código penal (ACP) (actual art. 248 NCP), no exige la producción efectiva del estado de error, sino que se contenta con el engaño bastante para producirlo, pero aunque no sea más que en el plano de la terminología, prescindir del elemento del error no se corresponde con el texto de la ley. Será por tanto un elemento autónomo, dotado de sustantividad propia dentro del tipo de injusto del delito de estafa y no un mero elemento adjetivo o de referencia en la delimitación del engaño típico, siendo su

²⁸LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2001, p. 140.

²⁹ANTÓN ONECA, J. “Las estafas y otros engaños... (Ob. cit)

no concurrencia en el disponente determinante todo lo más de la imposibilidad de la apreciación del tipo consumado de la estafa.

En contra de la postura que podríamos llamar tradicional, Gómez Benítez tomando como punto de partida la teoría de la imputación objetiva, ha propuesto una alternativa función del error en el delito de estafa, negando su autonomía como elemento del tipo objetivo, y proponiendo que sea concebido más como una capacidad de la acción, una posibilidad objetiva de error, que como estado efectivo o psicológico de la víctima. Observa Gómez Benítez³⁰ que el art. 248 no está exigiendo la concurrencia de un estado de error del engañado. Por el contrario, el error, según este autor, aparece como punto de referencia para describir adecuadamente el engaño, que, así, sólo es típico en la medida en que sea idóneo para inducir a error. La cuestión tiene una enorme importancia y permite solucionar algunos casos de forma dispar según se mantenga una u otra posición. Para este autor, por ejemplo, la inclusión o no de los juicios de valor como forma de engaño o la inclusión de los comportamientos omisivos, está dependiendo de la admisión del estado de error o no, como exigencia típica. Dicho error provoca en el sujeto pasivo un conocimiento inexacto o deformado de la realidad debido a las manipulaciones engañosas del sujeto activo. El error debe derivar directamente de las falsas apariencias presentadas por el sujeto activo, motivándolo a la prestación que le perjudica. Como exponen las SSTs 15 abril de 1996 y 1 marzo de 2000:

“el engaño ha de mostrarse como originador o productor de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, determinante del desplazamiento patrimonial que le subsigue”.

El papel que juega el error dentro del tipo de estafa es doble. De una parte, no sólo debe ser consecuencia de un engaño, sino que la caracterización típica de este va a depender de su capacidad para producir error. Sin olvidar que éste debe de motivar la disposición patrimonial perjudicial.

Usualmente, la exigencia del error en la estafa, viene entendiéndose por la doctrina y jurisprudencia, como requerimiento de un *estado psicológico de error*, entendiéndolo como de falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño y causa del acto

³⁰GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Función y contenido del error de tipo de estafa”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1985, pp. 333 y ss.

dispositivo. Para afirmar la tipicidad del error a los efectos del delito de estafa deberá demostrarse, obviamente, que tal error ha sido producto de una previa conducta engañosa y que la falsa realidad expresada por el autor haya sido el motivo del acto de disposición patrimonial.

Ello implica, por tanto, rechazar la relevancia penal de todos aquellos supuestos en que el juicio erróneo provenga no tanto de la conducta del agente, cuanto de la propia negligencia o falta de comportamiento adecuado del sujeto que lo sufre, entendiendo el error como un estado psicológico del sujeto pasivo.

La STS 15 febrero de 2005 explica el deber de autoprotección de la víctima para evitar el engaño:

“Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal –en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones– respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente –no bastante– producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa”.

Aunque en otra jurisdicción, es muy explicativa de los *usos* habituales del mercado del arte la sentencia civil de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11^a) de 26 noviembre de 2012:

“Partiendo de lo anterior, no cabe atender tampoco a la alegación de la recurrente de que el comprador pudo haber conocido la falsedad de

los cuadros, de haber hecho alguna indagación al respecto. Sorprende que Subastas Durán mantenga tal aserto, haciendo recaer en los clientes la carga de averiguar si lo que ella ofrece responde o no a lo que se dice en el catálogo, entre cuyos datos está, sin duda, como uno de los más relevantes, el de quien sea el autor de las obras que se sacan a subasta. Esta pretensión es contraria a lo dispuesto en la Ley 7/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 148, 554) , de Ordenación del Comercio Minorista, como acertadamente recoge la sentencia apelada, cuyo artículo 58 , en su epígrafe 2, aplicable al caso, señala que: “En especial, cuando, en las salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación, o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas.

Cuando se oferte la venta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias, lo que aquí no sucede.”

Como ya hemos señalado con anterioridad, por su importancia, tanto el engaño como la actuación de los sujetos intervinientes será desarrollado con mayor detenimiento en el Capítulo 3.

2.2.3. La disposición patrimonial

La consecuencia derivada del engaño y del consiguiente error, es la *disposición patrimonial* que realiza el propio engañado, constituyendo el tercer elemento del tipo objetivo de estafa. Un amplio sector de la doctrina considera que la disposición patrimonial es el verdadero elemento delimitador del delito de estafa respecto de otros delitos patrimoniales. En el delito de estafa, la doctrina define este elemento diciendo que consiste en disponer la víctima de la cosa como consecuencia del error en que ha sido inducida por el autor en provecho de éste.

El Código penal español, en su vieja redacción, no exigía de manera expresa este elemento de la disposición, pero claramente surgía del tipo de interpretación. Por el contrario, el art. 528 del ACP en su reforma de 1983 y en la actual (art. 248), al definir

la estafa con todos sus elementos, indica expresamente como requisito esencial el “acto de disposición”.

Se entiende por *acto de disposición patrimonial*, el acto de afectación del patrimonio, ya sea éste un hecho que haga o no a la conservación de aquel.

El acto de disposición ha de ser consecuencia del engaño y del error, y tiene que aparecer como causa del perjuicio o, lo que es lo mismo, el acto de disposición y el perjuicio han de ser concreción del incremento del riesgo por encima de lo permitido que representa el engaño.

Esto no se produce cuando el engañado hubiese llevado a cabo la misma disposición patrimonial aún sin existir el engaño; dicho con otras palabras, cuando el engaño no fue determinante del acto de disposición.

Puede consistir tanto en hacer entrega de una cosa, como en gravarla o en prestar algún servicio, siempre que éste tenga un contenido económico, sin que sea necesario que el disponente tenga facultad jurídica para ello, como no la tiene el sirviente que entrega una cosa a quien finge ser un recadero de su propietario.

La doctrina entiende que en la expresión “acto” debe incluirse tanto las acciones positivas como las omisiones que produzcan el perjuicio señalado en la Ley. Hay que entender por tanto, como acto de disposición toda acción u omisión que implique un *desplazamiento patrimonial*. Este desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate (pues el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, incluidas las expectativas legítimas y económicamente evaluables). El acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada por error, caracteriza a la estafa como un *delito de autolesión*, pues es la propia víctima quien decide su perjuicio. Esto diferencia a la estafa de los delitos de apoderamiento.

El acto de disposición, calificable de estafa, existe pese a la ilicitud de la posesión originaria de la cosa, de modo que, como destaca Quintano, no es ilógico castigar al ladrón por su robo o al traficante de drogas por dicho tráfico y al que de ellos obtiene con el engaño la entrega de tales objetos, por estafa. Cuando el hecho base de la estafa tiene causa ilícita, recuerda Bajo como el defraudado carece de acción civil de reparación, conforme a lo dispuesto en los arts. 1275 y 1306 del Código Civil, aunque, la jurisprudencia aprecia el delito de estafa.

En cuanto a las *formas de disposición*, podemos distinguir tres tipos: la disposición patrimonial omisiva, la disposición motivada por error y como delito de autolesión.

En cuanto a la primera, como *disposición patrimonial omisiva*, Antón Oneca pone

de relieve que la disposición patrimonial puede efectuarse por omisión cuando dice que “el engañado ha de realizar, a consecuencia de su error, una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero”.³¹

En este sentido define Mezger la disposición patrimonial como “un hacer, sufrir u omitir que conduce a una disminución del patrimonio en sentido económico”.³²

Puede concluirse que la disposición patrimonial consiste en una acción positiva, omisiva o de tolerancia que produce en forma directa una disminución del patrimonio. Un caso de disposición patrimonial por omisión es el del sujeto que no hace lo necesario para conservar el derecho a la cosa, por ejemplo, la no reclamación de un crédito.

Mezger ejemplifica del siguiente modo la disposición patrimonial por omisión: “Si el autor determina al acreedor, mediante engaño, a no embargar un objeto del patrimonio, y después él *mismo* dispone de ese objeto, comete una estafa, por cuanto el hecho de haber evitado el embargo ha dado como resultado una disposición también del acreedor mediante omisión”.

En cuanto a la disposición *motivada por error*, es la clave en el delito de estafa, pues el patrimonio se afecta por una *decisión* y se logre, por parte del sujeto activo, que aquél se modifique *a causa y con motivo* del engaño.

En el tipo de estafa, es relevante que el acto de disposición esté motivado por un error, ya que es a través del error que se debe producir el daño patrimonial. El vínculo de unión entre error y daño será entonces el acto de disposición del engañado. El acto de disposición es el lazo causal necesario entre el error y el perjuicio.

El carácter imprescindible de estas series causales está expresamente señalada en el art. 248: “los que. . . utilizan engaño bastante *para producir error en otro*, induciéndole a realizar un acto de disposición. . .” y que ya existía en el 528 ACP. En la disposición patrimonial habrá consentimiento y voluntad, aunque viciados por el error. Si esto no ocurre, porque la disposición fue motivada por ejemplo por la violencia, será otro delito, como el robo, pero no estafa. Siempre deberá tenerse presente la relación causal entre el engaño, el error y el perjuicio, si el engaño determinante del error ha ocasionado una disposición patrimonial, o si sólo ha sido una circunstancia a la que se ha recurrido para consumir la apropiación de la cosa.

³¹ANTÓN ONECA, J. “Las estafas y otros engaños. . . (Ob. cit)

³²MEZGER, E. *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte especial*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959.

El acto de disposición también puede ser considerado un *delito de autolesión*, pues el acto de disposición realizado por el propio sujeto pasivo voluntariamente, aunque con una voluntad viciada por el error, que es quien decide su perjuicio. Hablamos de “error y autodaño” porque en la estafa es la propia víctima el instrumento utilizado por el autor para la producción del perjuicio patrimonial. Ello ha permitido a la teoría calificar el delito de estafa como un caso en que el autor de la misma es autor mediato y la víctima el instrumento no doloso a través del cual se realiza el tipo. Por tanto, la estafa es un caso de autolesión inconsciente o no querida. Dice Jakobs,³³ en este sentido, que la estafa no es sino una tipificación de autoría mediata, con actuación no dolosa del instrumento en relación con la disposición patrimonial. Como el engaño puede cometerse a su vez mediante un instrumento (porque como veremos cabe la autoría mediata en la estafa) “el autor domina, a través del instrumento utilizado para el engaño, al instrumento utilizado para la disposición patrimonial”.

La jurisprudencia ha entendido que el acto de disposición de la propia víctima caracteriza a la estafa, sin embargo no utiliza esta denominación, sino que está implícita en la concepción que se tiene de la estafa.³⁴ Esta *autolesión* es precisamente lo que diferencia a esta figura de los demás delitos de apoderamiento. La doctrina es unánime en considerar que en la estafa el autor no se apodera del bien, sino que es justamente la víctima quien dispone del mismo. No se sustrae la cosa *contra o sin* su voluntad, sino mediante un acto voluntario de entrega, de dación más que de *aprehensión*.³⁵ Es por tanto la estafa, un delito patrimonial mediato en el cual el autor convierte a la víctima en instrumento de su propósito criminal. El contenido criminal reside en un hacerse dar y no en tomar para sí, en una dación y no en una aprehensión. Así lo entiende la jurisprudencia cuando dice:

“El tipo de estafa está integrado por la existencia de un engaño idóneo o bastante (adecuado, eficaz o suficiente) por parte del sujeto activo del delito para producir un error esencial en otro, el sujeto pasivo; la acción

³³JAKOBS, *Derecho penal*, citado por CHOCLÁN, *El delito de estafa*. (ob. cit.) p. 176.

³⁴Por ejemplo la STS 12 junio de 1997 cuando enumera los elementos de la estafa dice: “acto de disposición patrimonial o perjuicio patrimonial, como daño real que se origina por la actuación directa del propio afectado a consecuencia del error y del engaño padecido, aun cuando no sean la misma persona el engañado y el perjudicado.

³⁵QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Madrid, T. II, 1977.

engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente; *a consecuencia de ello el sujeto pasivo, relación de causalidad señalada, realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, necesariamente despliega una suerte de cooperación, que debe ser entendido en sentido amplio, bastando que el resultado esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero*".³⁶

Por otro lado, la disposición patrimonial debe producir el daño *directamente*. Es decir, entre el acto de disposición y el perjuicio patrimonial resultante debe mediar relación causal *directa*. Así la doctrina cita el conocido ejemplo del dueño de la casa que resuelve dejar entrar al extraño que simula querer verificar el medidor del agua y que, en cambio, una vez dentro, comete un hurto. También el dejar entrar en la casa constituye un acto de disposición patrimonial pero le falta la relación causal directa con el perjuicio luego producido con el apoderamiento.

Acto de disposición no debe de identificarse con negocio jurídico por cuanto que no se exige para el delito de estafa que el engañado y disponente tenga facultad jurídica de disposición.

2.2.4. El perjuicio típico

El Tribunal Supremo en sus sentencias en materia de estafa no ha definido el concepto de patrimonio ni, por consiguiente, el perjuicio patrimonial.

Por perjuicio debe entenderse *disminución del patrimonio* del engañado o de un tercero³⁷ y debe ser realización del riesgo creado por el engaño. Choclán³⁸ lo entiende cuando:

³⁶STS 14 mayo de 2001.

³⁷STS 11 noviembre 1977: "Tanto el perjuicio como el lucro no necesitan circunscribirse a cosas materiales o dinero, pudiendo versar sobre créditos o derechos con tal que tengan un significado económico". TORIO LÓPEZ, A.: "Acción y resultado típico de la estafa procesal", en *Libro Homenaje al Profesor J.A. ANTÓN ONECA*, pág. 892. GONZÁLEZ RUS, J.J. *Los intereses económicos de los consumidores*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1986, p. 297.

³⁸CHOCLÁN, J.A. El delito de estafa (ob. cit). p. 191.

“La utilidad que el patrimonio reporta a su titular se ha visto menoscabada tras la disposición patrimonial concreta como consecuencia de la acción de estafa. Aquel perjuicio puede consistir en la salida de un activo patrimonial o en la asunción de una obligación como consecuencia del engaño”.

El perjuicio se determina por la disminución del patrimonio tras una comparación de su situación antes y después del acto de disposición determinado por el error. En consecuencia la *compensación patrimonial* elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa. En general, mediante un método casuista, la doctrina del Tribunal Supremo se limitaba a *identificar el perjuicio patrimonial con la apropiación de la cosa por parte del sujeto activo*, caracterizando de este modo a la estafa como un “delito de enriquecimiento” del sujeto pasivo al sujeto activo. Se advierte que el Tribunal Supremo tendía a destacar como característica del delito de estafa, el ingreso de la cosa ajena en el patrimonio del sujeto activo. Esto se manifiesta a través de expresiones tales como “ingreso de la cosa ajena en el patrimonio del depredador”³⁹, “las que ingresó en su patrimonio y dispuso de ellas”⁴⁰ etc. El delito se consume en cuanto se produce la “*traditio*” patrimonial, en cuanto el sujeto pasivo se desprende de objeto o valor mueble, en este caso dinero, estimulado por el cebo engañoso ofrecido ya hay perjuicio... *desde que el dinero ajeno pasó a su disposición*⁴¹ *cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado*⁴²; *la estafa no es un delito formal y no se consume hasta que se produce el resultado apetecido por el infractor*.⁴³ En esa línea sentencias 25 de febrero y 17 de marzo de 1999.

De esta forma, el Tribunal Supremo, según un sector de la doctrina, atribuía a la estafa equivocadamente, una característica propia de los delitos de apoderamiento, como el hurto, el robo o la apropiación indebida, en los que es preciso que el daño resulte de la traslación de una cosa que pasa del patrimonio del sujeto pasivo al del autor. Con el “apoderamiento” *se quitaba una cosa del patrimonio y se la transfería a otro*. En los últimos tiempos se sigue manteniendo el carácter de enriquecimiento, pero siempre provisto de un daño en el sujeto pasivo. El Tribunal Supremo dice que la

³⁹STS 16 mayo de 1973 y 16 mayo de 1977.

⁴⁰STS 2 noviembre de 1975.

⁴¹STS 26 noviembre de 1993.

⁴²SSTS 21 mayo de 1997 y 30 de mayo de 1997.

⁴³STS 27 enero de 1998.

determinación de los distintos momentos del “*iter criminis*” en los delitos de estafa ha planteado con frecuencia dificultades interpretativas pero la doctrina es coincidente al situar la consumación, por regla general, cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto y se produce el resultado típico, esto es, el *desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento consiguientes*⁴⁴. Así se ha mantenido en los últimos años en la jurisprudencia de esta Sala, antes y después de la entrada en vigor del CP de 1995, en una línea sostenida, con las debidas matizaciones: La consumación se produce cuando el ardid opera causalmente, *concretándose el perjuicio patrimonial ajeno por el desplazamiento del bien económico conseguido por el agente*.⁴⁵ La STS 6 noviembre 2000 afirma:

“En cuanto al perjuicio patrimonial alega la parte recurrente que las cantidades abonadas (300.000 ó 400.000 ptas.) por la obtención de la falsa documentación son *irrelevantes atendidas las ganancias de los armadores afectados*, pero lo cierto es que la concurrencia de un perjuicio patrimonial es independiente del patrimonio o ganancias del perjudicado; en la medida en que se ha producido un *desplazamiento patrimonial con engaño en beneficio de los acusados* y a cambio de nada, es decir de *nada lícito*, la concurrencia del perjuicio es clara”.

Sin embargo, esta concepción no es unánime, porque la obtención del propósito que tuvo en miras el autor, es considerado por algunos un elemento extraño al tipo de estafa. Esta doctrina no es la descrita en el tipo de estafa, porque el art. 248 no exige el *apoderamiento* de la cosa. El tipo de estafa sólo exige desde el punto de vista objetivo la disposición patrimonial que determina el perjuicio, y desde el punto de vista subjetivo, el ánimo de lucro.

La jurisprudencia del Tribunal ha ido evolucionando ligeramente hacia una concepción del delito como de *daño patrimonial*, porque el delito se consume con la sola producción del daño o perjuicio. Así, la jurisprudencia más reciente introduce el elemento del daño. La cuantía del perjuicio no equivale al beneficio neto obtenido por el autor.

⁴⁴STS 30 enero de 2001.

⁴⁵STS 7 julio de 1981.

Al hablar de los elementos de la estafa ya se define uno de ellos como “acto de disposición patrimonial o perjuicio patrimonial, como *daño real* que se origina por la actuación directa del propio afectado a consecuencia del error y del engaño padecido, aun cuando no sean la misma persona el engañado y el perjudicado”.⁴⁶

No hay que olvidar que aunque la estafa se consuma cuando se produce el resultado deseado por el infractor o infractores, lo cierto es que admite formas imperfectas de ejecución (art. 16 Código penal, tentativa), y por lo tanto para su punición, no es indispensable que se produzca dicho resultado,⁴⁷ bastando con que solo se haya intentado la ejecución o se hayan realizado todos los actos de ejecución, aunque el resultado no se haya producido por causas ajenas a la voluntad del agente o agentes (SSTS 2 y 4 julio de 1988, 6 febrero de 1990 y 27 enero de 1998).

Para la determinación del perjuicio patrimonial hay que hacer una aproximación al concepto de patrimonio y qué bienes lo integran. Tanto en el ámbito del Derecho civil como el del Derecho penal se han formulado teorías sobre el concepto de patrimonio (teoría jurídica, teoría económica y teoría jurídico-económica) todas ellas merecedoras de serias críticas, y cuyo estudio excede esta investigación.

La doctrina ha dado distintas definiciones al concepto de patrimonio, así, en la teoría alemana se define el perjuicio patrimonial como “la disminución económica del patrimonio en conjunto”.⁴⁸

Welzel⁴⁹ define el perjuicio diciendo que consiste en la “disminución del total valor objetivo que tiene el patrimonio para el perjudicado individualmente”.

Para la doctrina alemana el patrimonio es una unidad jurídica y, en consecuencia, la pérdida o daño ha de medirse por el valor de bien que desaparece en sí, sino en relación al significado que este hecho tiene para todo el patrimonio. Es decir, “el perjuicio patrimonial debe ser la consecuencia de la disposición del patrimonio”.⁵⁰

⁴⁶STS 12 de junio 1997.

⁴⁷ORTIZ ÚRCULO, J. (*et al.*) *Comentarios al Código penal*. Madrid: Colex, 2001.

⁴⁸MEZGER, E. *Derecho penal* (ob. cit.) p. 254.

⁴⁹WELZEL, H. *Derecho penal alemán*. Parte general. Trad. de la 11ª edición alemana por Bustos y Yañez. Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 268.

⁵⁰MEZGER, E. *Derecho penal*. (ob. cit.).

La doctrina española también se sigue un criterio similar. Según Antón Oneca⁵¹ el perjuicio significa “un empeoramiento, valorable en dinero, de la situación patrimonial en su conjunto”.

Otros sectores doctrinales sostienen que un perjuicio patrimonial “podría describirse como toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona, obtenida a través de una acción antijurídica que persigue la obtención de un lucro injusto”.⁵²

Como antes se ha indicado, el perjuicio se determina por la disminución del patrimonio tras una comparación de su situación antes y después del acto de disposición determinado por el error. En consecuencia la *compensación patrimonial* elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa. “Este perjuicio es de carácter patrimonial, es decir, una lesión de elementos indeterminados del patrimonio, no de éste considerado como una totalidad”⁵³. Hay compensación sólo cuando la pérdida de la cosa (o valor económico) se subsane con otro valor económico. Así, según Muñoz Conde, no hay delito de estafa, por inexistencia de perjuicio, si se vende un cuadro de Zurbarán afirmando ser de Murillo cuando se vende al precio justo de mercado. El mencionado autor desconoce que cuando se compra una obra de arte esta se integra en una colección. Los gustos artísticos de los coleccionistas⁵⁴ son los que determinan qué obras se compran y por qué. Si un sujeto compra un Murillo para integrarlo en su colección de Murillos, su colección incrementa exponencialmente su valor (por ejemplo para completar una pareja de Santos) y no cuando este es un Zurbarán. Ya no es solo el precio de la compra el valor económico de un bien. El patrimonio del sujeto pasivo visto en su integridad.

No compartimos pues tal tesis, como quiera que el patrimonio no comprende sólo un conjunto de relaciones jurídicas económicamente valorables. Nos encontramos mucho más próximos a Binding, que mantenía lo que se ha denominado “*concepto jurídico*”

⁵¹ANTÓN ONECA, J. “Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia” (ob.cit.) p. 11.

⁵²HUERTA TOCILDO, S. “Protección penal del patrimonio inmobiliario”. En: *Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid: Civitas, 1980, p. 45.

⁵³MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. (ob. cit.), p. 247.

⁵⁴Suele nutrirse de profesionales liberales, en cuyas compras no está explícito el componente financiero, no obstante, sí considera la compra como una reserva de valor o inversión no especulativa. En ROUGET, B. *et al. Le marché de l'art contemporain en France. Prix et strategies*. Paris: La Documentation Française, 1991.

del patrimonio. En la *concepción jurídica*, el patrimonio es un conjunto o suma de derechos subjetivos patrimoniales, no consistiendo pues en bienes o valores económicamente apreciables, sino en posesiones jurídicas, en derechos reconocidos. Binding que fue uno de sus más fervorosos defensores, lo definió como la “suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona”.⁵⁵ Por tanto, no importa en esta teoría, que la cosa no sea evaluable económicamente, sino que se pueden incluir según esta concepción, las dotadas de un mero valor sentimental. Se concibe el patrimonio como conjunto de derechos y deberes patrimoniales, reconocidos por el derecho privado, por lo que esta concepción fija el daño patrimonial en *la lesión de tales derechos, independientemente de la concurrencia o no de una pérdida evaluable económicamente*. Es indiferente que el disponente reciba otro objeto o bien de valor económico equivalente a lo entregado, ya que se considera que la pérdida del derecho individual *no queda compensada de ninguna manera* a efectos de apreciar el daño patrimonial. La contemplación de los derechos patrimoniales en su individualidad, y el rechazo expreso a su concepción económica conduce a reclamar que la lesión no puede contemplarse como un ataque al patrimonio como unidad de valor en una valoración global de toda su masa, sino como *menoscabo de cualquiera de sus elementos particulares*. El concepto de patrimonio en sentido jurídico-penal se integra no sólo por bienes o valores económicos estimables en dinero, sino que, además, es preciso tener en cuenta otros aspectos del patrimonio de considerable importancia. Así, hoy se habla frecuentemente del “*patrimonio cultural*” de un pueblo, nación comunidad histórica; de su “*patrimonio artístico*”, etc., igualmente cuando un sujeto roba, v. gr., una colección de monedas antiguas cuyo valor es distinto del mero valor de cambio o de uso, aparte de impedir a la comunidad el goce de la cosa, produce una disminución efectiva del patrimonio histórico-artístico de aquélla.

La citada distinción entre daño patrimonial y daño económico es relevante a efectos del resarcimiento cuando la sustracción recaiga sobre un valor puramente afectivo o sentimental; entonces la reparación no puede fundamentarse en un perjuicio económico inexistente, sino únicamente subraya el mencionado autor, en el “*daño moral*” que el titular del patrimonio ha sufrido. Entre los objetos de los derechos que tienen para la persona “*valor moral*” se comprenden también los que tienen para su titular un valor “*sentimental*” o afectivo. Aun negándole a esta categoría importancia económica,

⁵⁵BINDING, *Lehrbuch des Gemeinendeutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, I, Neudruck der 2. Auf., Leipzig, 1902, p. 238.

penalmente, forman parte del patrimonio de una persona, integrado por un conjunto de derechos que tendrán, algunos de ellos, importancia “económica”, y otros, valor “sentimental y afectivo”.

Pero es que además, la noción de patrimonio recibida del Derecho Civil, en cuanto abarca solamente las relaciones de las cosas valuables en dinero, se presenta insuficiente para los fines penales; puesto que para el individuo realiza una función de medio para la satisfacción de una necesidad, tenga la cosa un valor de cambio, o por el contrario de mera afección, no existe motivo, en opinión de Sainz-Pardo, para excluir de la noción penal de patrimonio los objetos idóneos para satisfacer necesidades humanas de carácter moral.

Bajo⁵⁶ aporta una *nueva concepción personal del patrimonio*, y entiende que para la determinación del perjuicio y de la compensación ha de contar la opinión del sujeto pasivo, en el sentido de tener en cuenta sus fines y necesidades, de modo que quien compra engañado una revista por su justo precio, pero que no es de su especialidad, ha recibido un perjuicio. O en el caso de que un comprador compra una obra creyendo que es el retrato de su tatarabuela pintado por su tatarabuelo pintor cuando estos eran novios, no es lo mismo que si el cuadro es de su tatarabuela pintada por cualquier otro pintor.

Concluyendo, para la determinación del perjuicio patrimonial hay que saber ante todo qué se entiende por patrimonio y qué bienes lo integran. La nueva teoría personal del patrimonio parece poner fin a la discusión sobre el concepto de patrimonio. Al respecto podemos sostener que, conforme a esta concepción, éste constituye *una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la persona en el ámbito de los objetos*. Tal desarrollo está constituido por las relaciones de dominio de la persona, reconocidas por el orden jurídico, respecto a los objetos (bienes patrimoniales) que son admitidos por la sociedad jurídicamente organizada, como objetos independientes del tráfico económico. Lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio, consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la *finalidad económica individual* y las posibilidades de acción del titular del patrimonio. En el arte, al no ser un bien de consumo sino de delectación o contemplativo, el valor afectivo repercute en los daños morales.

Pertenecen al patrimonio las relaciones de dominio legítimas, así como las expecta-

⁵⁶BAJO FERNANDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2004. p. 50.

tivas y la clientela sólida y estable, en cuanto tienen un valor “en el mercado”.

Por otro lado, de acuerdo con la definición dada de patrimonio, el perjuicio no consiste en lesionar cualquier acopio de bienes con valor económico, sino que lesiona *la persona a la que corresponde el patrimonio* y, además, se la lesiona en su ámbito individual de acción, con lo que adquiere importancia la idea de *frustración del fin* perseguido con su patrimonio, con una consciente disminución de las posibilidades de rendimiento de su patrimonio, alcanzada como consecuencia de la disposición efectuada.

Para finalizar, el perjuicio habrá de determinarse mediante una *comparación del patrimonio antes y después de efectuada la disposición*, valorando las circunstancias en que ha sido realizada dicha disposición (finalidad de la disposición, relación de prestación y contraprestación, el valor económico de ciertas expectativas, los criterios para juzgar en la situación concreta los fenómenos económicos, etc.). Se desarrolla más ampliamente en el Capítulo 3 el Bien jurídico protegido.

El perjuicio típico de la estafa consiste en la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro (generalmente al autor del delito) en virtud del acto de disposición y lo que eventualmente, se recibe de éste como contraprestación: si esta que se recibe es de *igual valor* que la que se realiza, no hay delito, aunque pueda haber un “perjuicio” indemnizable civilmente; y, si es de menor valor, puede haber delito, pese a que, civilmente, no haya “perjuicio” alguno.

Lo que hay que indemnizar por responsabilidad civil del Delito como consecuencia de la comisión del delito, puede ser incluso superior al perjuicio efectivamente causado por la estafa. El perjuicio típico (o cuantía de la defraudación) habrá de tenerse en cuenta para determinar la gravedad del delito, mientras que la total disminución del patrimonio será relevante sólo a efectos de responsabilidad civil, lo que nos lleva al siguiente epígrafe.

2.2.5. La reparación del perjuicio: la responsabilidad civil *ex delicto*

El perjuicio patrimonial que acabamos de analizar puede ser compensada en el mismo procedimiento penal mediante el ejercicio conjunto de la acción penal y civil.

El mecanismo de la responsabilidad civil *ex delicto* del Código penal español presenta como ventaja la economía procesal que supone dirimir la responsabilidad penal y el resarcimiento de la víctima en un mismo proceso.

En cuanto se refiere, finalmente, a la solicitada indemnización del daño moral la

antijuridicidad de la acción, desde el punto de vista de la tipicidad penal, debe encontrar la adecuada respuesta en el marco jurídico-penal, conforme a la correspondiente calificación jurídica, en tanto que la indemnización a la víctima, dentro del correspondiente marco jurídico, habrá de resolverse conforme a los oportunos criterios jurídico-privados, siendo de destacar, a este respecto, que, según se previene en el art. 110.3º del Código penal, la responsabilidad civil “*ex delicto*” (v. arts. 1089 y 1092 del Código Civil) comprende “la indemnización de perjuicios materiales y morales”, precisándose, luego, en el art. 113 del Código penal que dicha indemnización “comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros.” Consiguientemente, la acción penal y la civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que, por tanto, la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni a la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por tanto, la responsabilidad civil “*ex delicto*”, cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación (v. arts. 108 y 111 de la LECrim) no exige, para su efectividad, más que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por el delito o falta cometidos. Y, en este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó, el 20 de diciembre de 2006, el siguiente acuerdo: “Por regla general, no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales, y es compatible con el artículo 250.1.6º del Código penal”.

Debemos partir de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil (de ahí que, el proceso civil se suspenda mientras se depura en vía penal la responsabilidad criminal) y que todo hecho delictivo del que se derive responsabilidad civil siempre podría tener encaje también en otra figura jurídica de derecho privado distinta de la responsabilidad civil “*ex delicto*” (así la responsabilidad civil extracontractual por culpa o, en el caso de la estafa, el cobro de lo indebido).

En materia de responsabilidad civil “*ex delicto*” (v. arts. 1089 y 1092 del CC), establece el Código penal que “la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos por las Leyes, los daños y perjuicios por él causados” (art. 109.1); comprendiendo dicha responsabilidad: “1º. La restitución. 2º. La reparación del daño. 3º. La indemnización de perjuicios materiales y morales” (art. 110); precisando el art. 114 que “si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.

El artículo 114 es una novedad introducida por el Código penal, para recoger la

figura doctrinal de la compensación de culpas y que quedaba en principio ceñida a los delitos culposos si bien la redacción vaga del artículo 114 parece que permite su aplicación a los delitos dolosos.

No distingue el precepto entre delitos dolosos y culposos por lo que en principio podría parecer que es de aplicación a ambos. Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 24 septiembre de 1996 proclama que la concurrencia de la culpa de la víctima para rebajar la cuantía indemnizatoria a satisfacer por el delincuente solo es de aplicación a los delitos culposos y no a los dolosos. Solución que se impone en base a un principio de coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico pues no sería admisible que se rechace la concurrencia de culpas con rebaja de la cuantía indemnizatoria respecto de la responsabilidad civil procedente de dolo civil (cuando menos en su perspectiva extracontractual de propósito malicioso de dañar) y se admita en la modalidad mas grave de dolo, que es el dolo penal.

Sin embargo, si se ha admitido en los delitos dolosos, como es el caso de la estafa. Según ATS Sala 2^a de 8 febrero 2007, se afirma en un supuesto de lesiones mutuas, que de acceder a una moderación o modulación de la pena en el caso que nos ocupa se gratificaría la actuación delictiva del acusado sobre la base de la actuación anómala del perjudicado, premiando su conducta criminal con un enriquecimiento injusto e ilícito.

En el supuesto del “estafador estafado” como una modalidad de timo en el que el sujeto pasivo cree estar comprando una obra de arte por un precio muy por debajo de su valor ocultando (y engañando) al vendedor su valor real, aquí concurriría la moderación de la responsabilidad del art. 114 CP.

En una estafa con obras de arte falsa, como delitos económicos, en principio, la responsabilidad civil debe alcanzar a la totalidad del daño económico producido, que consistirá en la diferencia entre el precio entregado y el valor real de la obra de arte.

2.2.6. Ánimo de lucro

Volviendo a los elementos del tipo, el ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo del tipo de injusto exigido expresamente por la Ley en el art. 248,⁵⁷ requisito

⁵⁷STS 17 septiembre de 2001: “Tanto en su versión delictiva como en su modalidad de falta la estafa aparece dominada por el ánimo de lucro, como el motor que impulsa toda la actividad del agente en su propósito de obtener un beneficio –generalmente económico, pero no sólo–

subjetivo adicional al dolo. Por *ánimo de lucro* entendemos aquél que persigue la *ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico*.⁵⁸

El ánimo de lucro en la estafa es esencial para afirmar la tipicidad. Su ausencia conllevará la atipicidad de la conducta, lo que no implica su licitud (pueden ser ilícitos civiles). Es decir, si se prescinde en tales casos del elemento subjetivo *no hay injusto típico*.

La jurisprudencia lo entiende normalmente en un sentido muy amplio como cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho. O como cualquier beneficio material o moral. Pero una interpretación de esta índole amplía demasiado el concepto de lucro. La jurisprudencia lo ha definido como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el art. 528 del ACP y en el art. 248 del NCP, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia;⁵⁹ o como “cualquier ventaja, provecho beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente, inclusión hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, lo que no ha dejado de ser un criterio discutido y discutible.”⁶⁰

Doctrina y jurisprudencia, cuando analizan el tipo subjetivo, en su mayoría consideran que correlativamente al perjuicio debe producirse *un provecho para el autor del engaño o para un tercero*.⁶¹ Por ello la estafa está dentro de los delitos patrimoniales llamados de *enriquecimiento*, en el que este provecho debe ser la finalidad del autor al cometer el delito. Así jurisprudencia del Tribunal Supremo lo entiende como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa.⁶²

en detrimento del patrimonio de la víctima que resulta lesionado. Este ánimo de lucro, para cuya consecución se desarrolla por el sujeto toda la actuación engañosa en busca del provecho, utilidad o beneficio propio o de un tercero, constituye el elemento subjetivo del ilícito y, como cualquier otro elemento configurados del tipo penal, debe estar suficientemente “acreditado”.

⁵⁸BAJO FERNÁNDEZ, M. “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1975, pág. 369.

⁵⁹STS 8 de octubre de 2003.

⁶⁰STS 31 de enero de 1996.

⁶¹STS 31 de enero de 1996, sin que haga “falta que se pretenda la obtención de lucro propio, pues basta con que el sujeto de la infracción propenda con su conducta injusta beneficiar a un tercero, quizás en la forma de cooperación necesaria al lucro ajeno”.

⁶²STS de 1 de marzo de 2000 citando SSTS de 24 de marzo de 1992 y 12 de marzo y 18 de

El ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo de lo injusto, exigido expresamente por la Ley en el art. 248 del Código penal. La doctrina lo define como “aquel que persigue la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico de tráfico.”

La jurisprudencia española advierte que el ánimo de lucro ha de concurrir exclusivamente como una tendencia subjetiva del agente y que, por lo tanto, no es necesario que el provecho o beneficio se logre.⁶³ La finalidad de lucro se configura como un resultado que el agente debe tener presente en la realización típica, pero que no precisa alcanzar. Nos encontramos por tanto ante un “delito de intención” (o “de tendencia interna trascendente”) aunque no necesariamente equivalente al perjuicio típico ocasionado, eliminándose pues, la incriminación a título de imprudencia.⁶⁴

La exigencia de un elemento subjetivo, en el tipo de la estafa, impide la posibilidad de configurar el delito a título de imprudencia. Necesariamente la estafa ha de ser dolosa. El dolo está integrado por la conciencia (elemento cognitivo) y la voluntad (elemento volitivo) de engañar a otro.

Rodríguez Mourullo pone el acento en la necesaria relación del concepto de lucro con la cosa objeto material del delito: “...en el hurto o en el robo, el ánimo de lucro va referido a la introducción fáctica en el patrimonio del agente de la cosa con su valor y utilidad ”.⁶⁵

Esto trae los problemas pues quedarán fuera del castigo penal aquellas actuaciones que atenten contra el mundo del arte pero no reúnan los requisitos del tipo delictivo de la estafa.

Más conflictivo pueden ser otros supuestos en los que no concurra el ánimo de lucro. Por ejemplo el caso de Mark Landis,⁶⁶ un enamorado del arte norteamericano, que pintaba cuadros que cedía como originales a los museos para que sus padres fueran recordados con una *cartela de donantes*. Ocultaba la falsedad al no exponerse en

octubre de 1993, entre otras.

⁶³STS de 18 de diciembre de 1981 y 21 de mayo de 1983.

⁶⁴STS de 1 de marzo de 2000 citando SSTS de 24 de marzo de 1992 y 12 de marzo y 18 de octubre de 1993, entre otras.

⁶⁵RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “El hurto”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 32, 1962.

⁶⁶CELIS, B. “El pintor que falsificaba gratis”, 30 de enero de 2011, en: *El País*, <http://elpais.com/diario/2011/01/30/domingo/1296363154-850215.html> (16-9-2012).

exceso con pequeños cuadros aparentemente creados por pintores no muy conocidos pero sí reputados en E.E.U.U.⁶⁷ Mediante su *generosidad* consiguió que sus obras falsificadas llegaran hasta los fondos y salas de casi treinta museos estadounidenses. En este caso Mark Landis no ha violado ninguna ley penal, y no se ha procedido contra él. Tampoco lo hubiera sido en nuestro ordenamiento penal: no ha habido ánimo de lucro y los donatarios-museos eran especialistas en la materia.⁶⁸

Recapitulando, y como ejemplo de una estafa objeto de nuestra investigación, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 8ª), Sentencia núm. 7/2006 de 3 febrero dice:

“Los hechos relatados sí son constitutivos de un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículos 248 apartado 1, 249, 250 apartado 1 circunstancia 6ª y 74 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

El engaño, elemento esencial de la estafa, consistió en atribuir la autoría, por el remedo de su temática y estilo, y la firma, imitada, de varias obras pictóricas a los pintores Gabino y Alvaro a sabiendas de que no eran obras de los mismos; el error consistió en hacer creer a los compradores de los cuadros, por medio de tal engaño, algo que no era cierto, a saber que los cuadros eran obras auténticas, originales, de los referidos pintores afamados y tenían por ello un elevado valor; como consecuencia de tal engaño y subsiguiente error los compradores realizaron un acto de disposición patrimonial consistente en pagar un alto precio, con el perjuicio de los compradores engañados de haber pagado por algo falso mucho más de lo que realmente valían esos cuadros hechos por no se sabe quién; el ánimo de lucro, y lucro efectivo de la acusada, consistió en la percepción de las cantidades (400.000 pesetas Jesús Carlos según la acusada, 2.600.000 pesetas Jesús según éste, la acusada y el documento del folio 217) que los

⁶⁷Como el impresionista Charles Curtney Curran, el paisajista Alfred Jacob Miller, el fauvista Valtalt o incluso por iconos de Hollywood como Walt Disney, quien firmó dos dibujos del perro Goofy y el Pato Donald, que acabaron en los archivos de la Grummond Children's Literatura Collection de la Universidad del Sur de Missisipi.

⁶⁸Como ya hemos afirmado en el Capítulo 1, para que no suceda esto es necesario que las instituciones académicas como los museos, establezcan un *código de buenas prácticas* para *defenderse* de estas actuaciones.

compradores de los cuadros le pagaron.

Es delito continuado porque la misma acusada realizó dos conductas delictivas (...) que infringen el mismo precepto penal, próximas relativamente en el tiempo y utilizando el mismo “modus operandi”.

Concurre el subtipo agravado del artículo 250 apartado 1 número 6º del Código penal no por la suma de las cantidades defraudadas en el delito continuado –lo que resultaría contrario al principio “non bis in ídem” si las cuantías de cada hecho, considerado aisladamente, no alcanzasen la “especial gravedad”– sino porque en uno de los hechos, el B, ya se da la “especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio”, que alcanzó la cuantía de 2.600.000 pesetas (cuantía que, en la época de los hechos, 1998, era considerada por la jurisprudencia “de especial gravedad”; sentencias del Tribunal Supremo de 12-5-1997 [RJ 1997, 3804], 28-12-1998 [RJ 1998, 10063], 12-2-2000 [RJ 2000, 427]; 2-3-2001 [RJ 2001, 1290], 14-2-2002 [RJ 2002, 3572] y 22-4-2004 [RJ 2005, 1415]), lo que permite apreciar esa agravación como agravante de todo el delito continuado (sentencias TS de 2-10-1990 [RJ 1990, 7635] , 22-11-1990 [RJ 1990, 9080] y 6-11-2001 [RJ 2001, 9400]), sin perjuicio de que al graduar la pena no se tenga en cuenta la regla penológica del inciso último del artículo 74 y sí la especial para las infracciones contra el patrimonio (excepción a la anterior) del apartado 2 del mismo artículo del Código penal (sentencias TS de 29-5-2000 [RJ 2000, 5230], 4-5-2001 [RJ 2001, 2109], 20-11-2001 [RJ 2002, 805], 25-2-2002 [RJ 2002, 3873] y 27-2-2004 [RJ 2004, 2529] , entre otras).

No concurre el subtipo agravado de “abuso de firma de otro”, postulado por una de las acusaciones, porque el mismo presupone que existe una “firma de otro”, es decir, una firma auténtica de otra persona plasmada en un documento total o parcialmente en blanco, y el sujeto activo de la defraudación “abusa” de esa firma auténtica completando el documento en términos distintos a los convenidos con el firmante (sentencias TS de 25-1-1960 [RJ 1960, 49], 12-4-1962 [RJ 1962, 1824] y 19-10-1974 [RJ 1974, 3931]), y en el presente caso de ninguna firma auténtica de los pintores Gabino y Alvaro se abusó.

No concurre tampoco el subtipo agravado del número 7 del apartado 1 del artículo 250 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pos-

tulado por la misma acusación particular, porque, además de que el abuso de una confianza genérica (ya preexistente o creada artificiosamente para la ocasión) está implícito o subyacente en todo comportamiento calificable como estafa (sentencias TS de 8-11-2000 [RJ 2000, 8934], 28-4-2000 [RJ 2000, 3313], 11-4-2002 [RJ 2002, 4951] y 4-1-2002 [RJ 2002, 1184]), no consta que Jesús Carlos y Jesús compraran los cuadros a Carmela por existir unas previas relaciones personales entre ellos o por la credibilidad profesional como marchante de la acusada, constando por el contrario que Jesús compró los cuadros a Mara por sugerencia de su colega el Dr. Julián, quien había comprado antes otros cuadros (en ese caso auténticos) a la acusada”.

2.3. Relaciones concursales

2.3.1. Unidad y pluralidad de delitos

La figura delictiva de la estafa es generalmente compleja en su aparición. Por un lado, se puede apoyar en otros delitos como la falsificación de documentos (que plantea problemas a efectos de su absorción o no); así para obtener la *procedencia* de las obras se alteren los fondos de archivos o bibliotecas. También se analizará si la corrupción privada también podría concurrir en la emisión de informes falsos.

Por otro lado, la complejidad de su puesta en escena puede suceder que se presente a través de una publicidad engañosa o mediante el plagio.

El que con frecuencia en su ejecución se presente con otras figuras delictivas, dificulta notablemente su estudio, siendo en muchas ocasiones una tarea ardua del intérprete el diferenciar o absorber en un mismo ilícito penal los distintos hechos comisivos, pudiendo existir por tanto distintas interpretaciones doctrinales frente a los mismos supuestos de hecho. Las relaciones con los distintos hechos delictivos con los que aparece la estafa, se llaman relaciones de concurso, pudiendo estos ser de distinta formas y con muy diversas consecuencias. Es estudio que excede de este trabajo el estudio pormenorizado de cada una de estas figuras, por lo que solo se hará referencia a su relación con la estafa, lo cual es propiamente objeto de investigación.

Históricamente, ante una sociedad menos especializada y sofisticada, tradicionalmente la estafa se consideró en el Código penal una figura amplia que absorbía todas las actuaciones en las que había un ánimo fraudulento. Tras su modificación por LO.

8/1983, la regulación de la estafa circunscribió su ámbito a aquellas actuaciones en las que concurría el engaño, considerado entonces como el eje vertebrador del tipo de injusto. El engaño era entendido de manera muy técnica (“*ab initio*”...), por lo que a raíz de dicha reforma y durante algún tiempo, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia dominante consideraron que tales actos en los que no concurría ese engaño habían quedado en buena medida despenalizados. El Código penal de 23 de noviembre de 1995 introdujo nuevos delitos⁶⁹ con unos caracteres más específicos respondiendo a las demandas de una sociedad económicamente más compleja. Surge entonces el problema, en determinados momentos, de cuál es la forma de diferenciarlos, pues algunos elementos del tipo son comunes a varios. Así, en el caso de la estafa con los delitos que ya hemos enumerado al principio, existen elementos que dificultan su caracterización en zonas fronterizas, pues algunas conductas son medio para cometer otras, por ejemplo la relación entre la estafa y el plagio pues se pueden presentar conjuntamente cuando se copia.

Otras veces el delito cometido es el medio para cometer la estafa, como daños en un archivo o biblioteca o la falsificación de documentos. En estos casos, el sujeto activo para producir “error en otro” puede falsificar documentos para crear todo un entramado en el que únicamente se busca la apariencia de “realidad” y provocar en el sujeto pasivo un acto de disposición patrimonial.

La distinción entre concurso de leyes⁷⁰ y en el de concurso de delitos⁷¹, es a veces una tarea difícil porque existen distintas interpretaciones tanto por la jurisprudencia como la doctrina.

Pese a las dificultades técnicas, siempre ante una conducta ilícita penal, surge la necesidad de determinar cuál es la norma aplicable en ese momento a la situación fáctica existente. Cabe que la conducta pueda estar típicamente descrita en más de una. En este supuesto, el intérprete se encuentra con varias normas aparentemente aplicables al

⁶⁹Dichos hechos tras la reforma de 1983 habían quedado en buena medida despenalizados y hasta la entrada en vigor del Código penal de 23 de noviembre de 1995 no se pudieron perseguir en base al principio de irretroactividad de las leyes penales. Así la STS 30 de octubre de 2002 absuelve entre otras razones porque “el falseamiento de las cuentas anuales era impune en la época de comisión de los hechos (el art. 295 se introdujo en el Cod. Penal de 1995)”.

⁷⁰Funcionando con el principio de especialidad o de consunción o absorción.

⁷¹Unas veces se considerará que existe una pluralidad de acciones, que ocasionan pluralidad de infracciones y se considerará un concurso real, otras se considerará que existe unidad de acción constitutiva de dos o más infracciones, lo que dará lugar al concurso ideal.

caso enjuiciado, y concurrentes, tanto en el tiempo como en el espacio, pero en realidad sólo puede entenderse infringida una sola norma, y por tanto, las demás se demuestran inaplicables (y en este sentido no concurrentes). Surge entonces el denominado concurso de leyes en el que nos encontramos ante una acción u omisión que está comprendida en dos o más tipos delictivos.⁷² La decisión de cuándo existe un concurso de leyes (y un solo delito) y no un concurso de delitos, y la cuestión de qué norma es preferente y cuál debe ser desplazada, han dependido a la largo de la historia a distintos principios según eran los valores predominantes.

Actualmente la aplicación de una norma penal y no otra, dependen de cuatro principios de relación de las normas: especialidad, subsidiariedad, consunción o absorción y alternatividad. El Código penal recoge los cuatro expresados principios en el art. 8. La mencionada regulación mejora sustancialmente la del Código anterior que sólo dedicaba a la regulación de esta materia el art. 68, en que sólo se recogía el principio de alternatividad. Un precepto más completo, como el art.8 es preferible, en aras de la seguridad jurídica, pues la tipificación de nuevas conductas tras la entrada en vigor del Código penal de 23 de noviembre de 1995 ha ocasionado numerosos problemas de concurso de normas,⁷³ estudiados por la doctrina y la jurisprudencia, como luego veremos en la exposición de los siguientes epígrafes.

Diferente del concurso de normas es el concurso de delitos. Esta concurrencia de

⁷²Es el caso de si un individuo mata a otro con alevosía, su acción es subsumible en el tipo de homicidio y en el de asesinato.

⁷³Por ejemplo en STS 26 febrero 1998 se discute este tema, “Resuelta afirmativamente la cuestión de si pueden ser subsumidas en el tipo de apropiación indebida previsto en el art. 535 del CP derogado (252 NCP) los actos de administración desleal o fraudulenta (...) Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el 252 que reproduce sustancialmente, (...). Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida aplicando el art. 252 y no el 295, ambos del CP vigente. En consecuencia, ni se ha penalizado en la sentencia recurrida un hecho que fuese atípico en el momento de su comisión -como equivocadamente se sostiene en el cuarto motivo- ni sería admisible aplicar el art. 295 del CP vigente para castigar con pena menor un hecho que estaba comprendido, cuando se cometió, en el art. 535 del CP derogado y hoy lo está en el 252 del vigente, con lo que también queda desestimado”.

acciones (y por lo tanto de delitos) puede ser de dos formas, concurso real y concurso ideal, cuya diferenciación será importante a efectos de determinación de la pena, por tanto, siendo interesante no solo en un plano teórico.

El *concurso real de delitos* es un supuesto de pluralidad de acciones u omisiones que ocasionan la comisión de una pluralidad de delitos. El sujeto ha realizado varias acciones u omisiones y cada una de ellas es constitutiva de un delito. Es preciso que no haya recaído sentencia condenatoria por ninguno de los delitos al cometerse los restantes, a diferencia de lo que sucede con la agravante de reincidencia. El Tribunal Supremo exigió durante mucho tiempo que los delitos fuesen enjuiciados en el mismo proceso, a pesar de que el Código penal no exigía tal requisito. Se enjuician en un mismo proceso los delitos conexos. Son delitos conexos aquellos que se imputan a un procesado al incoarse contra él causa por cualquier de ellos si tuvieren analogía o relación entre sí a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.⁷⁴ La doctrina criticó este proceder del Tribunal Supremo, pues en su opinión, el concurso real debía aplicarse aunque los delitos se juzgasen en procesos distintos. Como consecuencia de estas críticas, en una reforma parcial del Código penal se añadió en la regulación del concurso real de delitos un último párrafo que decía, “*La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo*”. Esta misma previsión se recoge hoy en el Código penal vigente. La restricción de los delitos conexos es, sin embargo, censurable pues hace depender la aplicación de las reglas del concurso real, que están en función

⁷⁴Llegados a este punto, es de señalar la existencia de una reiterada y elaborada doctrina jurisprudencial que podemos situar a partir del año 1911 y que no sólo avala lo expuesto anteriormente, sino que, además, dicha doctrina sigue teniendo plena vigencia y aplicación en nuestros días. Ejemplos de la misma, los citamos a continuación:

1. “Los diversos delitos imputados a un procesado, si tienen analogía o relación entre si, son conexos; debiendo ser sustanciados en un solo sumario (S. 3 octubre de 1911) siempre que el Juez tenga competencia definitiva para entender de ellos (Auto 20 noviembre de 1960)”.
2. “La conexión obedece al principio de economía procesal y al de evitación del rompimiento de la continencia de la causa, y ahora, a la finalidad de facilitar la aplicación del artículo 70 del Código penal (S. 10 diciembre de 1982)”.
3. “El artículo 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asimila la conexidad material intrínseca con la conexidad subjetiva, poniendo su nexo en la unidad del inculpado y que los diversos delitos que se le imputen tengan analogía o relación entre sí (S. 28 junio de 1984)”.

de los fines de la pena, de un concepto de Derecho Procesal.

En la Ciencia del Derecho penal se han elaborado distintos criterios para determinar la pena aplicable en el concurso real de delitos, acumulación material de penas, absorción, sistema de exasperación,⁷⁵ el de acumulación jurídica etcétera.

En los artículos 73 y 75 se parte del criterio de la acumulación material de penas, distinguiéndose dos modalidades de la misma, la acumulación material simultánea y la sucesiva. Con el límite de cumplimiento de las penas del art. 76,⁷⁶ que es una acumulación jurídica con un doble tope (triple de la pena más grave y veinte años).

Diferente del anterior es el concurso ideal de delitos, que se produce cuando una sola acción u omisión constituye dos o más delitos. Según la opinión dominante, el concurso ideal de delitos está regulado en el art. 77 del Código penal.⁷⁷

De acuerdo con este precepto,

- “1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores⁷⁸, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.
2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.
3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

En realidad no es cierto que el art. 77 contenga exclusivamente la regulación del concurso ideal, pues en el supuesto en el que la infracción sea medio necesario para cometer otra, estamos en realidad ante un concurso real. Se dan dos acciones que constituyen dos infracciones penales, por ejemplo se realiza una falsedad en documento público para cometer una estafa.

⁷⁵Este sistema introduce una corrección al criterio de la absorción, consistente en aplicar la pena del delito más grave incrementándola en cierta medida. Es el sistema previsto en nuestro Código penal para el concurso ideal y el concurso medial.

⁷⁶Código penal anterior el *concurso real* se regulaba en los artículos 69 y 70.

⁷⁷*Concurso ideal* en el ACP se regulaba en el art. 71.

⁷⁸Art. 75 “Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”.

La equiparación, en el tratamiento penal, de los supuestos de concurso ideal (en el que una sola acción u omisión constituya dos o más delitos) y los supuestos de concurso real en que un delito sea medio necesario para cometer otro, se explica históricamente por considerar que el fin perseguido por el sujeto era el criterio decisivo para determinar la presencia de uno o varios delitos. Este supuesto de concurso real recibe un tratamiento privilegiado que según algún sector doctrinal carece de justificación. La necesidad de conexión, es decir, que un delito fuera medio necesario para cometer otro delito, debe enjuiciarse, según la opinión dominante, *en relación con el caso concreto*, según fuera o no necesario recurrir a la comisión de determinado hecho para en abstracto cometer el delito, no habiendo por tanto una aplicación automática.

En la aplicación del art. 77 nos encontramos, en primer lugar, con el problema de determinar cuál es la infracción más grave.⁷⁹ Una vez determinada cuál es la infracción más grave, habrá que comparar la pena de la misma en su mitad superior con la suma de las penas concretas correspondientes a cada una de las infracciones y aplicar la de menor gravedad.

La diferencia entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos radica en que en este último es preciso castigar al sujeto por todos los tipos delictivos realizados, pues de lo contrario no se captaría la totalidad del contenido de lo injusto en su conducta. En cambio, en el concurso de leyes basta con que se aplique uno de los tipos en los que es subsumible la acción u omisión para captar la totalidad del contenido del injusto,

⁷⁹Para ello se han sugerido diversas soluciones,

- Comparar las penas abstractas establecidas en la Parte Especial para cada una de las infracciones.
- Comparar las penas concretas, resultantes de la aplicación de las reglas de medición de la pena referentes al grado de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas.
- Según la opinión dominante, es preciso comparar las penas que resultan tras tener en cuenta el grado de ejecución del delito, las formas de participación, así como aquellas circunstancias que afectan al marco penal (las eximentes incompletas, las atenuantes muy cualificadas y el error de prohibición vencible) cuyo efecto es la disminución de la pena en uno o dos grados.
- Cuerda Riezu, considera que hay que tener en cuenta únicamente el grado de ejecución y las formas de participación. Su criterio es correcto porque si tenemos en cuenta también las eximentes incompletas, las atenuantes muy cualificadas e incluso la posible concurrencia de un error de prohibición vencible, se tendrían en cuenta las circunstancias del caso concreto, lo que no se ajusta a la voluntad de la ley.

desapareciendo por tanto pluralidad de delitos, y acumulando un solo título delictivo todos los elementos del tipo concurrentes.

Una vez descritos brevemente los tipos de concurso existentes, pasamos a exponer distintas relaciones de concurso.

2.3.2. La estafa en su relación con algunas figuras delictivas

2.3.2.1. Estafa y falsedades documentales

La complejidad de la estafa al tener que inducir a error a una persona para que realice un acto de disposición patrimonial en perjuicio de su patrimonio, motiva a que el sujeto activo del delito se rodee de una apariencia de seriedad y profesionalidad, justificada y amparada muchas veces en documentos falsos.⁸⁰ Resulta frecuente que la falsedad documental sea el medio engañoso para perfeccionar el delito. Se utilizan documentos porque estos tienen valor de prueba en cuanto persiguen que se haga realidad su contenido.⁸¹ Fruto del Positivismo, se le ha otorgado al documento una importante carga probatoria. Existe un amplio consenso en la jurisprudencia y la doctrina acerca de la concurrencia de la estafa y la falsificación documental, diferenciando las hipótesis de falsificación de documentos públicos, oficiales o mercantiles y la de falsedad de documento privado. Es jurisprudencia consolidada la que distingue los supuestos de falsificación de documentos públicos, oficiales o mercantiles (cuando estos son medio para la perpetración)⁸² de aquella estafa de falsificación cometida en documento privado. Desde el primer momento ya se pone en evidencia la distinta naturaleza de los dos tipos de documento. Pese a priori su aparente sencillez, surgen problemas con respecto a lo que ha de entenderse por cada una de estas clases de documentos,⁸³ teniendo que acudir a

⁸⁰BENEYTEZ MERINO, L. *Las falsedades documentales*. Granada: Comares, 1994.

GARCIA CANTIZANO, M.C. *Falsedades documentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

⁸¹CALLE RODRIGUEZ, M.V. *Falsedades documentales no punibles*. Madrid: Derecho Reunidas, 1998.

⁸²SSTS 10 de junio de 1986, 6 de julio de 1988, 19 de junio de 1986, 16 de enero de 1990, 21 de abril de 1992.

⁸³La STS 12 de enero de 2004 dice, (...).” La jurisprudencia ha tenido, pues, que pronunciarse sobre esta cuestión, y así ha declarado que por documentos públicos ha de entenderse los relacionados en el artículo 1216 del Código Civil y en el art. 596 de la Ley de Enjuiciamiento

otras ramas del ordenamiento para su enumeración. La expresión *documentos públicos* hace referencia a los del art. 317 de la LEC, así como el art. 1216 del CC, documentos oficiales, vienen a coincidir con los documentos públicos. La jurisprudencia a veces hace referencia indistintamente a documento público u oficial,⁸⁴ aunque la terminología que más se utiliza es la de documento oficial. La jurisprudencia da un catálogo amplio de lo que entiende por documentos oficiales, así entiende que lo son los cupones de la Organización Nacional de Ciegos, los carnés de conducir, recetas médicas del INSALUD, de la Mutualidad de funcionarios civiles o pasaportes. En cuanto a documentos mercantiles, son todos los que reflejan una operación mercantil o de comercio.⁸⁵

Criminal (v. S^a de 13 de septiembre de 2002); por oficiales los que provienen de las Administraciones Públicas, para satisfacer las necesidades del servicio o función pública, y de los demás entes o personas jurídico-públicas, para cumplir sus fines institucionales (v. S^a 4 de enero de 2002); por mercantiles los que expresan o recogen una operación de comercio (v. S^a de 6 de octubre de 1999); y, por certificados, aquellos en los que se hace constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, si bien se precisa también que “el criterio diferenciador” entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante y “sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados” (v. S^a 27 de diciembre de 2000). En efecto, junto a la falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por certificado a efectos jurídico penales, el vigente Código penal ha prescindido de la enumeración contenida en el Código derogado, certificados de enfermedad o lesión, a fin de eximir a una persona de algún servicio público (art. 311), de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), al hablar simplemente de certificado –art. 397- o de certificación –art. 398- falsos, lo que supone un mayor inconcreción. Si a ello unimos la consideración de que, por su menor penalidad, la falsedad de certificados constituye un tipo de falsedad de carácter privilegiado, y de que, sin el cuestionado tipo penal, estas conductas serían incardinables en la falsedad de documentos oficiales, hemos de llegar a la conclusión de que la aplicación del tipo privilegiado ha de hacerse con criterios restrictivos, atendiendo –como enseña la jurisprudencia- a la gravedad y trascendencia objetiva de la falsedad de que se trate...”. (F.J. 10^o)

⁸⁴SSTS 16 julio de 1984, 12 noviembre de 1986, 29 febrero de 1988, 25 abril de 1995, entre otras.

⁸⁵Se entiende por documento mercantil a efectos penales todos los que reflejen una operación mercantil o comercial, bien admitidos por los textos legales o por usos mercantiles como los cheques bancarios, las letras de cambio, pagarés, órdenes de crédito, conocimientos de embarque, cartas de porte, resguardos de depósito, tarjetas de crédito, facturas, recibos, albaranes etc. En el derogado Código penal, cuando se trataba de documentos públicos, oficiales y de comercio, según algún sector doctrinal, lo adecuado era, que tales falsedades –equivalentes al engaño de la estafa- fueran absorbidas por el delito de estafa, que además del engaño, que frente a terceros provocaba el documento, incluía el ataque patrimonial. Sin embargo, eso no ocurría en la práctica porque ello lo impedía la mayor penalidad asignada a la falsificación de aquellos documentos. Esto hacía que la jurisprudencia no estimara consumida la estafa en ellos, cuando

En la investigación que nos ocupa, lo habitual será la falsificación de documentos privados. La lógica de un estafador en el mercado del arte es respaldar su engaño con documentos redactados por “expertos” y con “certificados” que atribuyan la autoría de determinada obra a un autor de reconocido prestigio y elevada cotización.

Otras veces lo falsificado no son las expertizaciones sino la documentación que habla de la procedencia de la obra (la *provenance* inglesa). Los estafadores alteran mediante la documentación aportada el historial de la propiedad de la obra, los catálogos, los certificados de autenticidad, libros de historia del arte, artículos de revistas científicas, índices de artistas, enciclopedias de artistas, diccionarios de artistas, anuarios y directorios de artistas, guías de precios e informaciones de subastas y estudio de archivos, así como análisis de documentos: correspondencia, catálogos de exposiciones, escritos, folletos, prensa y, en general, toda fuente de información disponible.

Los mejores son los realizados por el propio autor, después por una fundación o herederos del autor, a continuación por un experto, la factura de compra o cualquier catálogo de exposición, fotografías testimonial, libros donde aparezca la obra, alguna referencia. A veces el engaño se comete aportando *un libro o catálogo* que han impreso con carácter previo, con las falsas obras que después van a vender. El engaño es muy convincente pues el cliente ve el cuadro recogido en ese volumen, en el que se le otorgan

deberían ser éstos los que se diluyeran y fundieran con la estafa.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, considera que cuando la falsificación de *documentos públicos, oficiales o mercantiles* sea medio para la perpetración de la estafa, como las infracciones falsarias no requieren para su perfección defraudación alguna o propósito de causarla, estaríamos ante un *concurso ideal de delitos*, aplicándose el artículo 77. El delito de estafa no absorbe al de falsedad mercantil utilizado como medio para aquélla, ya que esa falsedad, al igual que ocurre en las referidas a documentos públicos o oficiales, y a diferencia de lo que acontece en la falsedad de documento privado, no exige *ni perjuicio de tercero ni ánimo de causárselo*, produciéndose entonces un plus de antijuridicidad que debe sancionarse por la vía del concurso ideal regulado en el art. 77 (antes 71), concretamente en su hipótesis medial, instrumental o teleológica, salvo cuando el delito continuado se tratare. El párrafo primero del art. 71 del Código penal derogado se corresponde con el art. 77.1 de CP 1995. Este concurso ideal impropio o medial de delitos se ha visto reflejado en numerosas sentencias.

Cuando el documento público sea mercantil 250.1.3º “Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio”, cabe también la posibilidad del concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa agravada por uso de cheque falsificado.

Por ejemplo, cuando se emite una letra de cambio, como promesa de efectuar dicho pago, dicha letra está falsificada y concurren los elementos de la estafa, es evidente que lo hace como medio para conseguir el desplazamiento patrimonial, por lo que se establece un concurso *ideal* de delitos.

unas magníficas cualidades artísticas. Los falsarios conocen las fuentes más significativas para la datación de una obra de arte y los falsarios falsificarán estos documentos, con sus sellos, membretes etc. para dotarlas de credibilidad.⁸⁶

Con su falsificación el sujeto activo del delito altera los documentos de modo que sirvan como medio de prueba de algo distinto a la verdad⁸⁷ atacando a la seguridad jurídica. En estos casos se dan dos conductas diferentes, que protegen bienes jurídicos distintos, de una parte la falsedad, que ataca a la fe pública, y de otra la estafa, que afecta al patrimonio.

El nuevo Código penal resuelve la tradicional polémica que existía tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial sobre lo que había de entenderse por documento⁸⁸ pues ahora se da un concepto del mismo en el artículo 26⁸⁹ del Código penal. Sin embargo la jurisprudencia interpreta el contenido de documento de un modo tan amplio que plantea problemas respecto de su interpretación y fijación de límites a su extensión,⁹⁰

⁸⁶Ya nos hemos referido a ellos en el CAPÍTULO 1 de nuestra investigación.

⁸⁷En las falsedades hay un elemento objetivo de materialización de la inveracidad y otro subjetivo de dolo falsario o voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que quiere trastocar la realidad, convirtiendo en verdad aparente lo que no lo es, por medio de cuyo acto se ataca y se destruye la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos. Es la denominada *mutatio veritatis* (SSTS de 30 de enero de 1993, 15 de octubre de 1995 y 5 de junio de 1998).

⁸⁸GARCIA CANTIZANO, M.C. *Falsedades documentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

⁸⁹Artículo 26: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

⁹⁰STS 18 de noviembre de 1998, a efectos de lo que dispone el art. 26 respecto de lo que ha de entenderse por documento, en el debate tradicional entre la concepción latina de documento, que lo reduce a la forma escrita, y la concepción germánica que admite cualquier base material susceptible de incorporar una declaración jurídicamente relevante, escrita o no, la norma se inclina por la concepción germánica, más amplia, como ya lo había efectuado antes un sector de la doctrina española, y la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias 19 abril 1991 RJ 1991 2813, 20 marzo 1992 RJ 1992 2373 y 15 marzo 1994 RJ 1994 2317, entre otras). *Cabe, en consecuencia, cualquier soporte hábil (papel, piedra, madera, cinta magnetofónica, película cinematográfica, disco de ordenador, etc.) para fijar datos jurídicamente relevantes, tanto a través de la escritura como de otros medios (fotográficos, cinematográficos, sonoros, informáticos, etc.)*.

Para que dichos soportes materiales constituyan documentos a efectos penales deben cumplir una triple condición, 1.º) ser atribuibles a una o varias personas, aun cuando no estén firmados; 2.º) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; 3.º) estar destinados a dicho tráfico, bien desde su creación (documentos intencionales), bien con posterioridad (documentos ocasionales). El documento debe cumplir, al menos, una de estas tres funciones, a) función de

quedando muy superada una mera concepción en papel.

No se da un concepto de documento privado en el Código, ni tampoco en el resto del ordenamiento jurídico.⁹¹ En principio, pueden considerarse documentos privados, por exclusión del resto de documentos a que hace referencia el Código penal, a todos aquellos que no fueran públicos, oficiales o mercantiles. En todo caso ha de tener contenido y trascendencia jurídica, lo que equivale a tener contenido y a ser destinado al tráfico jurídico.⁹²

En la estafa que se lleva a cabo mediante *documento privado*, que suele ser lo habitual en el tipo de estafa,⁹³ no hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia como en la estafa cometida con documento oficial, sobre qué tipo de concurso existe. Sobre todo tras el cambio de la regulación del concurso de leyes con el art. 8 NCP que es mucho más completo que la anterior regulación. Con la falsificación de documento privado no se afecta a la fe pública sino a la seguridad del tráfico, por lo que no puede tener el mismo tratamiento un documento firmado por ejemplo por un federatario público que un documento privado firmado entre dos particulares.

En el Antiguo Código penal (ACP), el problema del concurso con otros delitos era especialmente difícil en lo que se refería al concurso entre la estafa y las falsedades en documento privado que se realizaban para procurarse un provecho patrimonial ilícito y en la realidad no eran más que medios para la comisión de estafa. El problema era de difícil solución, teniendo en cuenta que en el Antiguo Código penal existían las falsedades lucrativas en documentos privados como delitos autónomos distintos de las estafas, lo que obligaba a distinguir un delito de otro. La STS 7 octubre de 1974 se inclinó por la absorción de estas falsedades en las *estafas, a no ser que la falsedad*

perpetuación (refleja la manifestación de voluntad o de conocimiento de alguien); b) función probatoria (permite acreditar dicha declaración, no necesariamente su veracidad pero sí el que se haya realizado) y c) función de garantía (permite identificar al autor o autores de la declaración en él reflejada). Cuando se altera un documento de forma irrelevante, es decir sin afectar a ninguna de dichas funciones, la alteración carece de significación penal.

⁹¹Se suele citar 1225 y ss. del CC como base para determinar lo que es un documento privado, art. 1225, el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.

⁹²El documento privado apócrifo por sí solo no tiene relevancia penal, la adquiere en el momento que se da el perjuicio o la intención de causarlo (STS 12 diciembre de 1988).

⁹³Pues el sujeto activo del delito de estafa, en el caso de un negocio jurídico criminalizado, no coincide con el comprador, sino con el vendedor de la obra.

tuviera igual o mayor pena, castigando entonces sólo por la falsedad.

En el actual Código penal, cuando la estafa se pretende realizar (o se realiza) a través de una falsedad en documento privado, la doctrina del Tribunal Supremo es uniforme en afirmar que en estos casos hay que acudir a las reglas del concurso de leyes, tendencia jurisprudencial de que la falsedad quede absorbida por la estafa.⁹⁴

En el art. 395 se castiga la falsedad en documento privado para “perjudicar a otro”, por lo que el fin que se persigue con la falsedad es la estafa. No obstante, si ésta tuviera menos pena que la falsedad (falta de estafa), quedaría absorbida la estafa en la falsedad por aplicación del art. 8.4. NCP.⁹⁵ El concurso sería el de normas, en cuanto que el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y en el de estafa, pero en aplicación del principio de especialidad, la estafa queda absorbida por la falsedad que sólo cedería ante el mayor rango punitivo de la estafa.

Las razones que fundamentaron tal doctrina se hallan expuestas en que si se trata de falsedad o falsificación cometida en documento privado, como quiera que, el artículo 306 ACP del mencionado Código, exigía inexcusablemente perjuicio para tercero o ánimo de causarlo, la defraudación es elemento típico e integrante del delito de falsedad, produciéndose un concurso o conflicto aparente de leyes que no permite infringir el principio “*ne bis in idem*” y que se dirime merced al criterio de la gravedad consagrado en el artículo 68 del Código penal, no pudiendo punirse una y otra infracción –la falsedad y la estafa–, sino sólo aquella más gravemente penada.⁹⁶ En el caso contemplado en la sentencia transcrita, al tratarse de la estafa perpetrada mediante falsedad en documento privado, el Tribunal Supremo, a tenor del art. 68 del Código penal,⁹⁷ condenaba sólo por el delito más grave (en el supuesto de autos, la falsedad).

Aplicando igualmente, la doctrina descrita en la anterior resolución, el alto Tribunal aprecia un concurso ideal de delitos, a sancionar conforme al art. 71 del ACP,⁹⁸

⁹⁴ROLDÁN BARBERO, H. “Exposición y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las relaciones de la estafa con falsedad documental cometida por particular”. En: La Ley, 1999.

⁹⁵Dispone el art. 8.4º con respecto a los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código,” en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor”.

⁹⁶STS 10 de junio de 1986.

⁹⁷Art. 8 NCP.

⁹⁸Art. 77 NCP.

en los supuestos en los que los documentos falsificados para cometer la defraudación eran, respectivamente, eurocheques, letras de cambio y tarjetas de crédito, es decir, documentos mercantiles.⁹⁹

La tesis jurisprudencial a la que se ha hecho referencia no dejaba de plantear dificultades teóricas, pese a haber alcanzado, también en la doctrina un amplio consenso.¹⁰⁰ La justificación del recurso al art. 68,¹⁰¹ es decir, el precepto que conlleva pena de mayor gravedad, cuando la falsedad mediante la que se cometía la estafa fuera en documento privado, no era convincente; y tampoco resultaba del todo claro por qué, si se trataba de falsedad en documento público u oficial, tuviera que ser un concurso de delitos, aun en los casos en que la lesión de la seguridad del tráfico (o sea, el peligro) producida por la falsedad, se agotara y consumiera en la lesión patrimonial.

Para algunos, como quiera que el art. 395 exige en la falsificación “el que, con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo...”, semejante al 306 ACP sea “para perjudicar a otro”, entendiéndolo de un modo muy amplio finalístico, que engloba *animus* más particulares, como el de “defraudar”. Así la defraudación es elemento típico e integrante del delito de falsedad, produciéndose un concurso de leyes (no de delitos a diferencia del concurso con documento público). Este se dirimió por la jurisprudencia atendiendo al art. 68 ACP según el precepto que conlleva pena de mayor gravedad.

En el Código penal vigente, tales concursos de leyes se regulan en el art. 8 que sólo acoge el criterio de la gravedad como el último de los que cita, por lo que se abre la cuestión acerca de la solución que haya de darse a estos supuestos. El *principio de gravedad de la pena solo es subsidiario* de los principios que establece dicho artículo 8¹⁰² de especialidad frente a la generalidad, de *subsidiaridad solo en defecto de principal*,

⁹⁹Contemplados en las STS 22 de enero de 1986, 30 mayo de 1986 y 19 junio de 1986.

¹⁰⁰VIVES ANTON, T. (*et al.*) *Derecho Penal. Parte Especial* (Ob.cit.).

¹⁰¹Actual art. 8 del Código penal.

¹⁰²“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
- En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

de complejidad o amplitud, y solo en defecto de los anteriores se aplicará el más grave.

En el plano teórico, lo correcto es que si la falsedad en documento privado ha incidido exclusivamente en el tráfico jurídico como instrumento provocador del engaño estafado, tal falsedad como elemento del delito de estafa, se consumiera en ella.¹⁰³

Cosa distinta sería que, además de tal utilización, se hubieran producido con la entrada del documento falso en el tráfico jurídico repercusiones, perturbaciones o perjuicios en otras personas o en otros intereses. En tal caso, podría plantearse la no coincidencia del injusto y la no equiparación del engaño a la falsedad. Los casos serán excepcionales, toda vez que las falsificaciones constituyen delitos instrumentales, o lo que es lo mismo, carecen de sentido por sí mismas, hallando su justificación cuando se utilizan como medios para la consecución de otros fines ilícitos.¹⁰⁴

En los documentos privados que se utilizan como medio para estafar, en los cuales, sí es necesario el perjuicio de tercero para llevar a cabo la falsedad, ésta está ínsita en la propia estafa de modo inseparable, por lo que habría que acudir al concurso de normas, *que se resolvería por el principio de alternatividad conforme a la infracción más gravemente penada. En cambio, cuando el perjuicio no ha llegado a consumarse, sigue siendo preferente el principio de especialidad (8.1º). Por último cuando se trata de documento falsario (art. 531 y 532.2 ACP) que antecede o acompaña a la falsedad, habría que acudir también al concurso de leyes pero se resolvería por el principio de especialidad, a favor de la estafa específica que absorbería la falsedad.*¹⁰⁵

Para concluir, esta materia tratada por doctrina y jurisprudencia con bastante confusión, podemos afirmar que los criterios tradicionalmente utilizados por el Tribunal Supremo para resolver el concurso de leyes deben admitir alguna corrección conforme al nuevo Código penal.

En resumen, es norma prioritaria la estafa (arts. 248 y 249 NCP) cuando el perjuicio económico se ha materializado. Por el contrario, es norma preferente la de falsedad en documento privado (art. 395 NCP), cuando dicho perjuicio se ha pretendido con el acto falsario, pero no se ha logrado, o bien, obteniéndose sólo daría lugar a la aplicación de una falta de estafa.

¹⁰³BACIGALUPO, E. "La reforma de las falsedades documentales". En: La Ley, 1996-1, p.p. 1668-1672.

¹⁰⁴STS 19 abril 2002 y 20 junio 2001.

¹⁰⁵STS 22 abril de 1989.

Es muy ejemplificativa la STS 24 mayo de 2002 en la que el delito de falsedad en *documento privado* no es compatible con el delito de estafa por cuanto está presente en ambos la exigencia de un *ánimo de perjudicar*, lo que conduce a calificar estos casos como un *concurso de normas*. No puede condenarse por ambos delitos cuando la falsedad en documento privado (art. 395 NCP), cuando dicho perjuicio se ha pretendido con el acto falsario, pero no se ha logrado, o bien, obteniéndose sólo daría lugar a la aplicación de una falta de estafa. Y ello es así porque la falsificación de un documento privado del artículo 395 NCP sólo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro. Si el perjuicio es de carácter patrimonial y da lugar a un delito contra el patrimonio como la estafa, no podría ser sancionada junto a éste so pena de castigar dos veces la misma infracción.

En el sentido expuesto, recuerda la STS 17 marzo 2009:

“Constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala la incompatibilidad del delito de falsedad en documento privado (art. 395 CP) y la estafa del art. 248 y concordantes, por la fundamental razón de que la descripción del tipo falsario incorpora un elemento subjetivo del injusto integrado por el ánimo de perjudicar a un tercero (“para perjudicar a otro” textualmente) y de ese modo la utilización de un documento para engañar a otro causando perjuicio en que consiste la estafa, constituye una conducta que incluye todos los elementos del art. 395, existiendo perfecta coincidencia en sus componentes típicos, pues el engaño de la estafa es el efecto producido por el documento falso Esa consunción o absorción no se produce –como también ha recalcado esta Sala– en las conductas de falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio, pues en ellos no se precisa perjuicio por cuanto el bien Jurídico protegido (la confianza y seguridad del tráfico jurídico) ya integra por sí el desvalor sancionable”.

De acuerdo a numerosos precedentes jurisprudenciales, por todas STS 22 noviembre de 2011, cuando se trata de documentos privados, a diferencia de la falsedad en documentos públicos, oficiales o mercantiles, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo (ahora para perjudicar a otro) viene incluido en el art. 395 del Código penal, no procede estimar el mentado concurso de delitos, que si ocurre con los otros objetos materiales del delito de falsedad documental.

En la falsedad de documento privado, el concurso es de normas (art. 8 CP), al ser el

hecho subsumible en las normas reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro, pues el perjuicio, o la intención de causarlo, forma parte de la tipicidad de la falsedad. Nuestra jurisprudencia establece que cuando el engaño de la estafa es llevado a cabo mediante un documento privado, es de aplicación el art. 8 CP.

Para concluir, es interesante destacar que la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código penal,¹⁰⁶ en caso de concurrencia es aplicable a los delitos de estafa, pero no a los de falsedad, que en sí mismos no afectan al patrimonio, sino que atentan contra un bien jurídico (la seguridad y confianza en la regularidad de las operaciones mercantiles) netamente diferenciado, que es lo que justifica su subsistencia y que hayan sido tomados en cuenta para la calificación de la conducta y la imposición de la pena.¹⁰⁷ Esta misma sentencia, en relación con el delito continuado considera que tampoco se podría aplicar en los delitos de estafa y falsedad documental por las razones manifestadas anteriormente, por tanto tampoco se acogería la propuesta de aplicación del art. 74 Código penal ya que los delitos cometidos, como acaba de verse, no son de naturaleza exclusivamente patrimonial.¹⁰⁸

2.3.2.2. Estafa y delitos contra la propiedad intelectual (el plagio)

Según la Real Academia Española, plagiar “es copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”.

Al igual que la RAE, la doctrina del Tribunal Supremo entiende por plagio “todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial”. Del mismo modo, amplía la definición del concepto al presentar el plagio “como una actividad material mecanizada,

¹⁰⁶La aplicación de la excusa absolutoria establece que:

1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.
2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

¹⁰⁷25 de febrero 2005.

¹⁰⁸MOYNA MENGUEZ, J. “Las falsedades documentales”. En: La Ley, 1996-3, pp. 1320-1324.

poco creativa y carente de originalidad, aunque aporte cierta manifestación de ingenio”. Concluyendo que “el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones trascendentales” (STS 28 enero de 1995). Por tanto, los elementos que caracterizan al plagio son que se hace una copia total o parcial no autorizada de una obra ajena o la presentación de una obra ajena como propia, suplantando al autor verdadero.

Se atentan los derechos morales y patrimoniales del autor, pues se usurpa su autoría y se defrauda sus intereses económicos.

El art. 270.1 del Código penal incluye el plagio como un delito contra la propiedad intelectual, cuando se realice “sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”. Con norma penal en blanco, hay que referirse a la regulación que de la misma se hace en el derecho privado. La Ley de Propiedad Intelectual (LPI), Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril reconoce al autor “el derecho irrenunciable e inalienable de exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra” (art.14.3); “el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación, como la reproducción de la obra, que no puede realizarse sin su autorización” (art.17); y “las acciones judiciales para reclamar la indemnización por los daños materiales y morales ocasionados por el acto infractor” (art.138)

Soto Nieto afirma que el plagio conlleva la idea de copia fraudulenta, con desconocimiento, por ocultación, del creador o realizador de la obra o fragmento que se exterioriza.¹⁰⁹

Finalmente, Carmona Salgado considera que: “El plagio es un fraude doloso contra la producción literaria, artística o científica de un autor, en la que basándose en una creación precedente, una persona se adjudica como propios trabajos de otros”.¹¹⁰

Respecto de las facultades que constituyen el derecho moral del autor sobre su obra, el artículo 6 bis, párrafo 1) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas¹¹¹ nos dice:

¹⁰⁹DELGADO PORRAS, A. *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Civitas. 1988. p. 117.

¹¹⁰CARMONA C. *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Montecorvo, 1998. p.315.

¹¹¹Del 9 de septiembre de 1886, completado en PARIS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLIN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARIS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”

De manera que entre las facultades que conforman el derecho moral del autor sobre su obra, en primer lugar, debe ser mencionado el derecho a la paternidad. Esta facultad se refiere al derecho que tiene el autor de reivindicar la paternidad sobre su obra. Puede ser ejercida tanto en sentido positivo, por ejemplo, haciendo que la obra sea identificada con su nombre. Como también en sentido negativo, publicando la obra bajo seudónimo o en forma anónima.

Otra prerrogativa lo es el derecho a la integridad de la obra.¹¹² Consiste en la facultad que tiene el autor de oponerse a cualquier deformación, mutilación o cualquier otra modificación que pretenda hacerse sobre la obra sin contar con su autorización.

Cuenta el autor, además, con otra facultad denominada derecho de divulgación. Conforme a esta prerrogativa, el autor tiene el derecho de resolver si mantiene la obra inédita o la da a conocer al público. Esta prerrogativa se trató de incorporar al Convenio de Berna en la revisión que le fuera hecha en Roma en 1928. Sin embargo, por divergencias existentes entre los distintos puntos de vista en discusión, no fue posible incorporarla.¹¹³

En asuntos de definiciones y concepciones acerca de cómo debe ser entendido el plagio, la jurisprudencia no se ha quedado atrás. La STS 27 abril de 1978, señaló que:

“Hay plagio cuando se suprime y prescinde del creador de la obra poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más que la cosa que sufre el atentado perpetrado por el plagiario, al ser esa personalidad la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume”.

y, mediante sentencia de fecha 13 febrero de 1984, el alto Tribunal sostuvo:

“También hay plagio cuando se trata de copiar la idea original o auténtica de una manera servil o falsificada de forma que induzca a error sobre la

¹¹²Convenio de Berna, 6 Bis, Dec. 351, art. 11; LSDA, art.20.

¹¹³OMPI. Guía del Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas. Ginebra, 1978.

autenticidad o imitación, haciéndolo de modo parcial o total, y efectuando una suplantación para presentar como propia una obra ajena y aprovecharse de la firma inédita e intelectual de su autor”.

Curiosamente, y pese lo que puede parecer a primera vista, no es habitual que concurra este concurso, porque hacer una copia de una obra pictórica, de un cuadro, además de no ser fácil, no interesa económicamente, pues el valor de un cuadro original (y auténtico) reside en su singularidad, en su originalidad y unicidad, que es lo que le hace revalorizarse. Si es una práctica que se ha dado, la de la copia por parte del restaurador de la obra que se le ha encargado restaurar.¹¹⁴ Sin embargo, para que una obra necesite una restauración es porque suele tener antigüedad, y en consecuencia habrán caducado los derechos de propiedad intelectual al haber pasado más de setenta años desde la muerte del autor.¹¹⁵

Hay que matizar además, que atribuir a un artista *lo no creado por el artista* no es un delito contra la propiedad intelectual. Tal vez por un olvido del legislador o tal vez por un acentuado, aunque estricto, concepto de la propiedad intelectual como una necesaria creación preexistente e independiente del creador de suerte que lo que no preexiste no puede ser objeto de reproducción, plagio, distribución, etc. La realización por alguien de una obra pictórica, un cuadro, original (no copia de otro preexistente) y su atribución a otro que no ha sido el autor, pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya forma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio, no es admisible la interpretación extensiva del concepto de “plagio” para subsumirlos, pues los mismos, reprochables, ya encuentran su sanción en el ámbito civil y también en el penal pero a título de estafa. En todo caso, estos hechos atacarían al “buen nombre” del artista, pero no constituye un Bien jurídico protegido a través del citado tipo penal, habría que ir por los delitos contra el honor.

Estas características se recogen en un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid

¹¹⁴El restaurador devuelve la copia y se queda con el original que también vende.

¹¹⁵Una obra pasa al dominio público cuando los derechos patrimoniales han expirado. Esto sucede habitualmente trascurrido un plazo desde la muerte del autor (*post mortem auctoris*). El plazo mínimo, a nivel mundial, es de 50 años y está establecido en el Convenio de Berna. Muchos países han extendido ese plazo ampliamente. Por ejemplo, en el Derecho europeo, son 70 años desde la muerte del autor. Una vez pasado ese tiempo, dicha obra entonces puede ser utilizada en forma libre, respetando los derechos morales.

17 de julio de 2009, que a su vez recoge la SAP de Asturias 3 de febrero de 2006, y que por su carácter muy gráfico y explicativo reproducimos ampliamente.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23^a). Auto núm. 895/2009 de 17 julio:

“Esta cuestión fue tratada en la SAP Asturias, sec. 8^a, 3-2-2006 (...) en la que se analiza un supuesto similar al que nos ocupa y ya se dice que no toda infracción de los derechos morales y patrimoniales o “de explotación” del autor, de los llamados derechos de propiedad intelectual, es constitutiva de delito. Y continua la sentencia “...los hechos relatados en el presente caso, aunque evidentemente perjudiciales al menos moralmente para los autores a quienes falsamente se les atribuyeron obras que no eran suyas y reprochables, lo serán, además, civilmente, a título de falsedad (que no ha sido objeto de acusación) o/y de estafa (...) pero no como delito contra la propiedad intelectual, ya que no se da ninguna de las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)

No hay “plagio porque “plagiar” es según el Diccionario de la Real Academia española... “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”, y lo ocurrido en este caso es la conducta simétricamente opuesta, esto es la realización por alguien (...) de una obra pictórica, un cuadro, original (no copia de otro preexistente) y su atribución a otro que no ha sido el autor, pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya firma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio, sin que sea exigible la interpretación extensiva del concepto de “plagio” para subsumir en el mismo hechos como los aquí enjuiciados, pues los mismos, reprochables, ya encuentran su sanción en el ámbito civil y también en el penal pero a título de falsedad (...) o de estafa”.

En la sentencia que comentamos se hace, también, referencia a una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de 5-2-01 en la que se mantiene lo mismo: “Tampoco puede hablarse de delito contra la propiedad intelectual por la puesta en circulación de obras artísticas de creación original atribuyéndolas falsamente al pintor V.Z. y amparándose para esa falsedad en su firma. Evidentemente es un hecho reprochable; pero, curiosamente, atribuir al artista lo no creado por el artista no es un delito contra la propiedad intelectual, tal vez por un olvido del legislador o tal vez por un acentuado, aunque estricto, concepto de la propiedad intelectual como *una necesaria*

creación preexistente e independiente del creador, de suerte que lo que *no preexiste no puede ser objeto de reproducción, plagio o distribución*”.

A la vista de la doctrina expuesta, entendemos que la conducta denunciada no encaja en ninguna de las conductas típicas que describe el artículo 270 del Código penal que, propiamente, protegen los derechos patrimoniales del autor y en cuanto al plagio, aquí no se produce. Y, en todo caso, *atacaría el "buen nombre" del artista, que no constituye un bien jurídico protegido a través del citado tipo penal*”.

La Audiencia Provincial de Asturias (Sección 8ª), Sentencia núm. 7/2006 de 3 febrero. Los hechos relatados no son constitutivos del delito contra la propiedad intelectual por el que califican todas las acusaciones. No toda infracción de los derechos morales y patrimoniales o “de explotación” de autor, de los llamados derechos de propiedad intelectual, es constitutiva de delito. No debe olvidarse, por un lado, que el vigente Código penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , a diferencia del precedente Texto Refundido de 1973 (RCL 1973, 2255) (hasta la reforma de 1983 [RCL 1983, 1325, 1588]), ha abandonado para la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual la técnica de las normas penales en blanco mediante remisión a la Ley sobre Propiedad Intelectual (RCL 1996, 1382) (LPI, en adelante, ahora Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), amén de que cuando existía esa remisión ya la jurisprudencia restringía la apreciación de estos delitos a las conductas más graves.

De otro lado, las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código penal se refieren todas a facultades comprendidas en el “derecho patrimonial de autor” o derechos de explotación excepto el “plagio”, que protege una de las facultades que forman parte del “derecho moral de autor” (en concreto el derecho de este a “exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra”, artículo 14-3º de la LPI), aunque también indirectamente sus repercusiones económicas (pues la obra plagiaria puede hacer disminuir el valor o las ventas –piénsese en obras literarias o musicales– de la obra plagiada), de modo que la infracción o lesión de los otros derechos morales de autor no está protegida penalmente (si acaso el derecho moral del autor a la integridad de su obra mediante el castigo penal de la “transformación”, si es que esta palabra en el artículo 270 CP se refiere a una conducta típica y

no al objeto del delito) y sí mediante medidas cautelares y sanciones civiles.

En tercer lugar, no debe olvidarse que el artículo 270 del Código penal sólo castiga conductas dolosas (así se desprende del artículo 12 de dicho Código y lo remarca el apartado 2 del artículo 270 con el adverbio “intencionadamente”), que además deben cometerse “con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”, debiendo abarcar el dolo la falta de autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.

Por último, no puede desconocerse que los derechos de autor (y no sólo del autor, sino de otros muchos: productores, cesionarios, intérpretes, etc.) o de propiedad intelectual se refieren a realidades muy diversas, por lo que las definiciones y la regulación que establece la LPI no pueden aplicarse en su totalidad o del mismo modo a todas esas realidades, lo que hace patente la propia LPI a través de las numerosas excepciones y normas especiales que contiene; *por ejemplo, que viene al caso, hacer una copia de una obra pictórica, de un cuadro, además de no ser fácil, no interesa económicamente, pues el valor de un cuadro original (y auténtico) reside en su singularidad, en su originalidad y unicidad, que es lo que le hace revalorizarse*, mientras que de un disco, fonograma o película es muy fácil hacer copias exactas y el negocio es vender cuantas más copias mejor; *la obra plástica o pictórica presenta la particularidad de que, una vez incorporada a un soporte material (el cuadro) con el que acaba formando un todo indivisible, si el mismo sale por cualquier acto traslativo de la órbita dominical del autor, por aplicación de las normas civiles, impide al autor, en principio, obtener “royalties” o ganancias (salvo el “derecho de participación” en la reventa de la obra, restringido en la LPI a las ventas públicas, artículo 24 LPI) en la sucesiva revalorización que experimente la obra con el transcurso del tiempo, aunque el autor conserva ciertos derechos morales y aun patrimoniales que deben coexistir con el derecho de propiedad ordinario del adquirente del soporte, derechos del autor y del propietario del soporte que son independientes y compatibles*, según el artículo 3 de la LPI, y por ello, aunque el artículo 56-1 de la LPI establece que “el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por ese solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última” (lo que no hace sino reafirmar el derecho exclusivo de explotación que, a favor del autor, establece el artículo 17 a salvo

de autorización o excepción legal), el párrafo segundo del citado artículo 56 concede al propietario del original de una obra de artes plásticas “el derecho de exposición pública de la obra, aunque no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original”, siendo claro, por otro lado, que el adquirente del soporte material de la obra puede lícitamente venderla, cuando, a quien y por el precio que quiera (dejando a salvo el “derecho de participación” en la reventa antes referido y los derechos morales y de explotación –el de reproducción, el de transformación– que el autor conserva), pues la venta por el autor de su obra original implica evidentemente la autorización de su distribución, y por ello el párrafo segundo del artículo 20 de la LPI establece (RCL 1996, 1382) que “cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera.

Pues bien, los hechos relatados del presente caso, aunque evidentemente perjudiciales al menos moralmente para los autores a quienes falsamente se atribuyeron obras que no eran suyas y reprochables, lo serán, además de civilmente, a título de falsedad (que no ha sido objeto de acusación) o/y de estafa (de la que luego hablaremos) pero no como delito contra la propiedad intelectual, ya que no se da ninguna de las conductas típicas descritas en el artículo 270 del Código penal. No hay “plagio”, porque “plagiar” es, según el Diccionario de la Real Academia Española (al que debemos acudir porque, a diferencia de las otras conductas, la LPI no define lo que entiende por “plagio”) “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”, y lo ocurrido en este caso es la conducta simétricamente opuesta, esto es la realización por alguien (que no se dice ni consta que haya sido Carmela) de una obra pictórica, un cuadro, original (no copia de otro preexistente) y su atribución a otro que no ha sido el autor, pero que es un pintor famoso cuyos temas, estilo, tonalidades cromáticas o/y firma habituales se imitan y cuya forma y buen nombre se aprovechan para obtener un mayor beneficio, sin que sea admisible la interpretación extensiva del concepto de “plagio” para subsumir en el mismo hechos como los aquí enjuiciados, pues los mismos, reprochables, ya encuentran su sanción en el ámbito civil y también en el penal pero a título de falsedad (no objeto aquí de acusación) o de estafa (de la que hablaremos después). No hay “reproducción”, porque, según el artículo 18 de la LPI, “se entiende por reproducción la fijación de la obra en

un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella” (en el Diccionario de la RAE. “Reproducir: 3. Sacar copia, en uno o muchos ejemplares, de una obra de arte... 4. Ser copia de un original”), *no bastando con la imitación del estilo, temática o/y firma habituales de un autor, y en el presente caso no consta que las obras a que se refiere esta causa sean copia o reproducción fiel de obras originales preexistentes de los pintores Gabino y Alvaro, pues aunque la obra falsamente atribuida a este último comprada por Jesús se parece bastante al original de Alvaro* titulado “Fifth Avenue” reproducida por fotocopia al folio 723 del Rollo de Sala, amén de que al ser dicha fotocopia en blanco y negro nos impide apreciar si hay identidad de colores, *dicha obra falsa presenta dos diferencias respecto al original, la falta de firma* (al parecer y según Jesús porque la que había estaba puesta a lápiz –detalle harto extraño en una pintura sobre lienzo– y se borró) y sobre todo su tamaño (140 x 120 cm el original, 81 x 60 cm la obra falsa, tamaño éste no empleado habitualmente, según el perito Sr. Juan Miguel, por Alvaro), *que permitieron tanto al pintor como al perito Sr. Alvaro descubrir a primera vista que no se trataba de una obra de Alvaro”*.

Como dice la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2001 (ARP 2001, 548):

“Tampoco puede hablarse de delito contra la propiedad intelectual por la puesta en circulación de obras artísticas de creación original atribuyéndolas falsamente al pintor V. Z. y amparándose para esa falsedad en su firma. Evidentemente es un hecho reprochable; pero, *curiosamente, atribuir al artista lo no creado por el artista no es un delito contra la propiedad intelectual, tal vez por un olvido del legislador o tal vez por un acentuado, aunque estricto, concepto de la propiedad intelectual como una necesaria creación preexistente e independiente del creador de suerte que lo que no preexiste no puede ser objeto de reproducción, plagio, distribución, etc.* Por otra parte, pese a la indiscutible maestría y originalidad del pintor V. Z., no puede afirmarse que los elementos utilizados en... (los cuadros en cuestión) puedan considerarse exclusivos del universo personalísimo de ese artista”.

No hay tampoco “distribución” constitutiva de delito contra la propiedad intelectual; el artículo 19 de la LPI define la distribución como “la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta,

alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”; las obras a que se refiere esta causa no son originales ni copias, lícitas o ilícitas, ni “plagios” de obras originales de los pintores Gabino y Alvaro, como ya queda explicado; cierto es que la acusada reconoció haber vendido muchas obras originales de esos pintores, pero, amén de que ello no es objeto de acusación, siempre –y nadie discute la licitud de esa conducta– por encargo y con consentimiento o autorización de los pintores; en cuanto a las ventas de las obras falsas realizadas por Carmela, si las recibió de su autor, quien fuera, sería obviamente para venderlas, y si las compró a otras personas distintas del ignoto autor, como sostiene, dicho está que tenía derecho a venderlas (a lo que no tenía derecho es a engañar a otros con esas ventas, pero ello es objeto de la estafa de la que hablaremos después). No hay tampoco “comunicación pública” delictiva; el artículo 20.1 de la LPI (RCL 1996, 1382) define la comunicación pública como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”; en el presente caso dicho está que no hay obras originales preexistentes de los pintores Gabino y Alvaro ni copias, lícitas o ilícitas, ni “plagios” de las mismas; y en cuanto a las obras falsas, no consta que Jesús o Jose Daniel expusieran públicamente las que compraron, y aunque sí lo hicieron Jesús Carlos de uno de los falsos Alvaro que compró en la tienda “Artemol” y Evaristo de otro de los falsos Alvaro, que compró al anterior a través de Bernardo, en la galería “Tioda”, dicho está que dichas personas, como propietarios (ignorantes de su falsedad, hasta que se descubrió y se retiraron) de dichos cuadros, tenían el derecho de exposición pública de los mismos conforme al artículo 56 párrafo segundo de la LPI. No hay “transformación o modificación alguna de obras originales de Gabino o de Alvaro, ni de copias de las mismas, ni siquiera de las obras falsificadas. Nada que decir de “exportaciones” o “importaciones” delictivas, y en cuanto al “almacenamiento” que castiga el artículo 270 del Código penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), parece claro que la expresión “ejemplares de las obras” se refiere a los ejemplares que son reproducciones o copias ilícitas o plagios “a que se refiere el apartado anterior” y no a las distintas obras auténticas de un mismo pintor que pueda tener un marchante, un galerista o un coleccionista. Procede pues la libre absolución de la acusada por este primer delito”.

En cuanto a la concurrencia del delito de estafa y el plagio cuando lo sea, se resuelve de acuerdo con las reglas del concurso medial o teleológico contemplado en el art. 77.1.º CP, toda vez que frecuentemente el plagio, de acuerdo con un plan unitario del autor, es una conducta realizada como antesala de la ulterior estafa en la que la obra así falsificada es el instrumento del engaño. Se da, por tanto, una identidad parcial entre la actividad ejecutiva del delito medio y la del delito fin, que justifica el tratamiento del caso como un solo hecho, esto es, imponiéndose la pena prevista para la infracción más grave en grado máximo.

2.3.2.3. Estafa y publicidad engañosa

En términos generales, la divulgación de cualquier información referida a un producto o un servicio indicando sus cualidades y/o incitando a su consumo o a su uso puede ser considerada como publicidad.¹¹⁶ Más concretamente, la publicidad es aquella difusión de información de un objeto, prestación o comportamiento cuando se efectúa por medio de los llamados “medios de comunicación”, entendiéndose por tales los mecanismos o formas capaces de una extensa divulgación entre la generalidad de la ciudadanía, o en un ámbito cualificado de la misma, con la finalidad de promover su negocio, consumo o práctica.

El análisis de la figura delictiva de la publicidad engañosa, que se tipifica en el artículo 282 del Código penal,¹¹⁷ para “los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”.

Hasta este párrafo el legislador se sitúa en la modalidad de un delito de peligro que se consuma por la utilización y puesta en el mercado, la oferta pública engañosa sin que sea necesario un resultado concreto. El legislador, consciente de esta postura, hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría la estafa cuando las consecuencias perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio. Del art. 282 CP¹¹⁸ se deduce, indubitadamente, que la conducta tipificada en el mismo

¹¹⁶MACIÁ, R. “El delito de publicidad engañosa”. En: *La Ley*, mayo 2011.

¹¹⁷STS 17 noviembre de 2009.

¹¹⁸Art. 282 CP “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de

está referida directamente con la ejecución de actividades publicitarias interviniendo “alegaciones falsas” o con la manifestación de “características inciertas” capaces de “causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”.

La protección de los consumidores se establece de manera más específica en la Directiva 2005/29 / CE, de 11 de Mayo de 2005 (LCEur 2005, 1143) del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, también conocida como “Directiva sobre las prácticas comerciales desleales ”. La afinidad entre la publicidad engañosa y la estafa se pone de relieve por la propia Directiva en su Preámbulo al hacer una especial diferenciación entre los potenciales consumidores. Recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dedicado su atención a los efectos de la publicidad engañosa en atención a una diferenciación entre especies de consumidores.

Distingue entre la figura teórica del consumidor típico y el consumidor medio, atendiendo al principio de proporcionalidad. Toma como referencia el “consumidor medio” que es aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta sus factores sociales, culturales y lingüísticos. A su lado dedica también especial atención al consumidor que por no reunir estas características en grado aceptable o nivel medio resulta especialmente vulnerable, como los niños, los que padecen dolencias físicas o trastornos mentales o sean especialmente crédulos. Aunque el coleccionista de arte es de una tipología muy variada, podríamos subsumirlos en la categoría de consumidor medio por la especificidad de la oferta. El sujeto pasivo del delito de publicidad, a diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo, podrá serlo una pluralidad de individuos, concretada en aquellos sujetos a quienes se dirige la publicidad y cuyos intereses pueden resultar lesionados.

La posibilidad de usar este tipo en aquellos supuestos en los que se lleven a efecto alegaciones falsas o manifestaciones inciertas en la oferta o publicidad de productos o servicios, está restringida al cumplimiento de unos requisitos. Así, en atención a lo dispuesto en este precepto serán sujetos activos los comerciantes (persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente -artículo 1 del

12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.”

Código de Comercio-); de lo que se extrae que la nota característica, del sujeto activo de este delito, es la profesionalidad en la comercialización, excluyéndose, por tanto, otras posibilidades de acometimiento del tipo por parte de otros sujetos.

Por lo que se refiere a la *conducta* descrita en el art. 282 CP, la misma consiste en hacer alegaciones (exponer méritos o servicios) o manifestar características (incluir en el tipo cualquier forma de expresión que adopte el mensaje publicitario); estas alegaciones han de ser falsas y las manifestaciones inciertas. Para ello hay que considerar que ambas expresiones son equivalentes; es decir, lo incierto de las manifestaciones debe ser equivalente a lo falso o no cierto, y lo falso de las alegaciones ha de corresponderse con lo no verdadero o no real (falsedad objetiva). Además, el tipo exige que dichas alegaciones o manifestaciones puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores; por lo que, cabe decirse que la conducta descrita en al art. 282 CP, lleva implícita además de una falsedad objetiva (falsas alegaciones o inciertas manifestaciones), una falsedad subjetiva (perjuicio grave y manifiesto).

De otro lado, de acuerdo con lo estipulado en el art. 282 CP, las referidas alegaciones o manifestaciones han de recaer sobre las características de los productos o servicios; es decir, el objeto sobre el que recae la acción, y que integra el objeto material del delito, está constituido por los productos (cualquier cosa susceptible de ser adquirida en el mercado) o servicios (prestaciones de actividades).

Pone el acento en que la publicidad debe mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Obsérvese la afinidad y similitud de esta definición con la que el Código Civil hace del dolo en el artículo 1269.¹¹⁹ Los indicadores de la posible existencia de una publicidad engañosa son muy variables y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. También es relevante si se ha omitido información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión. Se equipara la omisión a la inclusión de informaciones poco claras, ininteligibles o ambiguas. La publicidad sobre un objeto forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el art. 8.1 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de manera que las condiciones de la pub-

¹¹⁹Artículo 1269 CC: "Hay dolo cuando con palabra o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido por otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho".

licidad originan responsabilidad en el oferente (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1981 , 27 de enero de 1977 y 7 de noviembre de 1988, entre otras).

En especial, la publicidad es engañosa (art. 4 LGP y sentencias del Tribunal Supremo de 4 junio de 2002, 8 mayo de 1997 y 24 julio de 2003) si, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios.

Los requisitos para apreciar si una determinada publicidad es o no engañosa (tanto en su modalidad clásica de engaño por omisión como por alegato de ofrecer cualidades de las que carece) guardan relación con el deber de diligencia pues, aunque no sea obligación del anunciante informar a los destinatarios de todas y cada una de las características de los productos o servicios que oferta, debe desvelar aquéllas que sean necesarias para no generar con el mensaje falsas expectativas en el público a que alcanza, teniendo muy presente el tipo de personas o círculo de destinatarios a que se dirige, a fin de conocer la interpretación que las mismas den al mensaje, conforme al criterio de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y que cause una impresión similar a los destinatarios en su conjunto (SAP de Barcelona, Sec. 15ª, de 7 mayo de 2001) y siempre, en relación con la información que contenga la publicidad, con su presentación (SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 31 de mayo de 2003). Sin embargo, el legislador no establece responsabilidad alguna por la emisión de publicidad culposa, inconcreta o insuficiente.

El mercado profesional del arte funciona desde dos canales: el mercado primario, dominado por las galerías y los corredores de arte, y el mercado secundario o de reventa, encabezado por las casas de subastas y anticuarios. Cualquiera de ellas podría generar una publicidad engañosa sobre la originalidad de las obras que venden. Entre las funciones de las casas de subasta, la más importante es la “gestión de la venta”. Dicha gestión incluye publicidad, con la elaboración de un catálogo que se distribuye a los asistentes a la subasta, los clientes incluidos en la base de datos y los asistentes a la exposición, etc. Además se lleva a cabo una labor de marketing y publicidad en medios, incluyendo anuncios en revistas especializadas, periódicos, carteles, etc. Esta actividad publicitaria incluye el montaje de una exposición temporal con las obras que entran a subastas diez o quince días antes de que tenga lugar el acto mismo y, donde los clientes potenciales pueden asistir a contemplar las obras *in situ* (estado de conservación, tamaño, etc.).

Podemos destacar que el ordenamiento francés regula en el decreto nº 81-255, 3 marzo de 1981 para la *Repression de los fraudes en materia de transacciones de obras de arte y de objetos de colección* (modificado por decreto nº 2001-650 de 19 julio 2001) dispone en su art. 2 :

“El nombre de una obra o un objeto, cuando es seguida única e inmediatamente por una referencia a un período histórico, un siglo o tiempo, garantiza que esta obra u objeto fue producido realmente durante el período de referencia”.

Y en el apartado 2 añade que “cuando una o más partes de la obra u objeto son de fabricación posterior, el comprador debe ser informado.”¹²⁰ Este el caso de las restauraciones muy agresivas que suprima partes deterioradas, consideradas no salvables o añadiendo otras nuevas.

Algunas de ellas son resumidas por Chatelain (*et al.*):¹²¹ “*Obra de*” se garantiza que el autor de la obra es el autor de la obra y no otro; “*Firmado por*” se garantiza que la firma es la del autor salvo cualquier reserva que se haga al respecto; “*Atribuido a*” no existe más que una presunción que la obra es de la persona a la que se le atribuye; “*Taller de*” la obra debe haber sido ejecutada en dicho taller o bajo la dirección de quien dirige el taller; “*Escuela de*” la obra fue realizada por un alumno del maestro citado, ya sea durante la vida del mismo o hasta cincuenta años después de su muerte; “*Época, siglo, etc.*” la obra ha sido realizada en efecto en la época o siglo que se señala; “*En el estilo, forma o manera de*”, no da ninguna garantía precisa de lo señalado.

En el derecho español no hay ninguna regulación específica, teniendo que acudir a las cláusulas de los contratos (con la protección del derecho de los consumidores), *usus* y al derecho comparado francés. El ejercicio de las acciones civiles se estudian con mayor detenimiento en el Capítulo 3.3.1.5 y allí nos remitimos.

Es muy interesante la forma en que están redactados los catálogos. Es fundamental conocer los aspectos terminológicos que podemos encontrar en el catálogo en referencia

¹²⁰ “La dénomination d’une oeuvre ou d’un objet, lorsqu’elle est uniquement et immédiatement suivie de la référence à une période historique, un siècle ou une époque, garantit que cette oeuvre ou objet a été effectivement produit au cours de la période de référence”. Et son alinéa 2 ajoute que “lorsqu’une ou plusieurs parties de l’oeuvre ou objet sont de fabrication postérieure, l’acquéreur doit en être informé”.

¹²¹ CHATELAIN, F.; PATTYN, C.; CHATELAIN, J. *Oeuvres d’Art et objets de collection en droit français*. Paris: Berger- Levrault, 1997, pp. 129 y ss.

a la autoría de las obras.¹²²

Las obras se venderán con sus imperfecciones, incluso errores de descripción en títulos y catálogos (esta cláusula, libera a la casa de cualquier malinterpretación, que siempre será culpa del comprador).

En el caso de que el comerciante diera una publicidad engañosa mediante catálogos de exposición o de subasta, anuncios de publicidad, etc. y se cometiera una estafa al concurrir los elementos del tipo de esta, se resolvería el supuesto de acuerdo con las reglas del concurso medial o teleológico contemplado en el art. 77.1.º CP, toda vez que la publicidad engañosa, de acuerdo con un plan unitario del autor, es una conducta realizada como antesala de la ulterior estafa en la que la obra así falsificada es el instrumento del engaño. Se da, por tanto, una identidad parcial entre la actividad ejecutiva del delito medio y la del delito fin, que justifica el tratamiento del caso como un solo hecho, esto es, imponiéndose la pena prevista para la infracción más grave en grado máximo.

2.3.2.4. Estafa y daños en archivos y bibliotecas

Veíamos en el Capítulo 1 en la sección 1.5.2, como en Reino Unido, John Drewe con *magnífica puesta en escena (o mise en scène)* cometió numerosas estafas de obras de arte mediante la manipulación y alteración de los fondos de archivos y bibliotecas de instituciones de primer nivel: de la *Tate Gallery, del Victoria & Albert Museum y del London's Institute of Contemporary Art*. Drewe dañó los fondos de los archivos y bibliotecas al manipularlos para insertar fotos de las falsificaciones del pintor Myatt (su cómplice), recibos falsos, modificación de catálogos y otros documentos. También robó cartas originales de Picasso y otros artistas, a las que Myatt añadió dibujos falsos. En este tipo de supuesto de hecho, consideramos que concurriría el delito de daños en archivo y biblioteca 323 CP. El artículo 323 dice:

“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. (...)”

¹²²Muy desarrollado en GASPAREL, S. *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*. Navarra: Thomson. Aranzadi, 2005.

A diferencia del delito por imprudencia que regula el art. 324 y exige un perjuicio mínimo de 400 euros, en el art. 323 no hay ninguna cuantía. En cuanto norma penal en blanco, su definición se encuentra en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Mencionados junto a las Bibliotecas, en el art. 48.1º, los archivos aparecen definidos en el art. 59:

“1. Son Archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo, se entienden por Archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos.

2. Son Bibliotecas las instituciones culturales donde se conservan, reúnen, seleccionan, inventarían, catalogan, clasifican y difunden conjuntos o colecciones de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o reproducidos por cualquier medio para su lectura en sala pública o mediante préstamo temporal, al servicio de la educación, la investigación, la cultura y la información (...).”

El concepto de archivo aparece configurado con dos acepciones: por una parte como “conjunto orgánico” o “reunión” de documentos y, por otra, con una finalidad de carácter instrumental, como “institución cultural”. Respecto a la primera acepción, la calificación de archivo depende de que la efectiva reunión de documentos haya sido realizada por “personas jurídicas”, públicas o privadas, excluyéndose, por lo tanto, la materializada por personas físicas, aunque estas hubiesen perfeccionado tal actividad al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa.

Definidas en el art. 59, 2º, las *bibliotecas* presentan la particularidad, respecto de los archivos, de aparecer únicamente conceptuadas como instituciones culturales, diferenciándose, asimismo, por la ausencia de alusión a la titularidad. Con ello, la finalidad de las mismas, es decir, la lectura en sala pública o mediante préstamo temporal de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o reproducidos por cualquier medio, aparece como elementos fundamental en su conceptualización. No es requisito de perseguibilidad la existencia una norma administrativa que califique el bien en cuestión

como de valor histórico, artístico o científico o cultural, solo la exigencia única de causación de daños. La conservación del Patrimonio histórico español alcanzó rango constitucional en el artículo 46 de la Norma Suprema que establece que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio”. Cuando se dañan los fondos de un archivo o biblioteca, con independencia de cuales sean sus motivos, no se dan los requisitos de la estafa. Por esta razón, se justifica su punición autónoma respecto de la estafa. Los ámbitos respectivos de estos ilícitos penales se encuentran claramente diferenciados y no concurren los requisitos de la agravante del 250.2º “Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase”.

2.4. Agravantes del delito de estafa en obras de arte

El artículo 250.1.3º es una modalidad agravada de la estafa que exige que el delito recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. La consideración de los objetos artísticos de los distintos procedimientos como falsamente atribuidos a un autor conocido, excluye esa especial consideración que fundamenta la agravación punitiva prevista en el mencionado artículo.

En cuanto a la número 5º del artículo 250, “cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros”, en la redacción posterior a la Ley Orgánica 5/2010 esta agravación es de naturaleza totalmente objetiva y tiene por referencia el importe defraudado, modificando el criterio anterior objetivo/subjetivo. Con la precisión de la cuantía se mejora en seguridad jurídica, actualizando a la inflación una jurisprudencia que venía entendiendo que procedía aplicar la circunstancia agravante a partir de los seis millones de pesetas o 36.060,73 euros.¹²³

El deslinde de este tipo agravado respecto del contenido en el núm. 4.º, que agrava

¹²³Así, las SSTs de 8 febrero 2002 , recurso de casación núm. 1176/2000, 5 diciembre 2002, recurso de casación núm. 941/2001, 30 noviembre 2006 , recurso de casación núm. 10422/2006, y 26 marzo 2010 , recurso de casación núm. 11084/2009, entre otras.

la pena cuando la estafa “revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio”, radica en la distinción entre el valor de lo defraudado y la cuantía del perjuicio, que la jurisprudencia ya se había encargado de diferenciar desde el entendimiento de que se trata del anverso y el reverso de la misma realidad, esto es, uno alude al importe de lo defraudado y otro al quebranto económico que se le causa al perjudicado. Por lo demás, téngase en cuenta que la jurisprudencia entiende que este tipo agravado es ley preferente frente al delito continuado, salvo cuando alguna de las acciones supere la cuantía establecida para la especial gravedad, en cuyo caso se admite la compatibilidad (vid. SSTS de 18 febrero 2005, sentencia núm. 192, 28 febrero 2007 , recurso núm. 1235/2006, o 16 marzo 2007, recurso de casación núm. 1744/2006). Esta posición jurisprudencial, que puede resultar perjudicial para el reo (el tipo agravado se castiga con penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, mientras que el delito continuado con prisión de un año y tres meses a tres años, excepcionalmente de tres años a tres años y nueve meses), es rechazable, pues está claro que el tipo agravado se refiere a un único hecho de estafa por un valor de la defraudación superior a 50.000 euros, mientras que el delito continuado exige una pluralidad de acciones u omisiones. Se trata, por tanto, de regulaciones cuyo ámbito de aplicación, en principio, no es coincidente. En el anteproyecto de reforma del Código penal, el art. 250 queda redactado así: “6º Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas”, siendo una novedad esta última a determinar por el juzgador.

De acuerdo con el art. 250.1. 6º “Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”. Sin embargo, no es de aplicación la agravante de abuso de confianza por ser específica del delito de estafa , ya que siendo su esencia, precisamente la defraudación y consistiendo en un engaño, que específicamente significa la existencia de confianza de la cual se abusa, aplicar la citada circunstancia agravante vendría a penalizar doblemente el engaño producido, ya que es precisamente esta situación de confianza, la que constituye el elemento esencial de la estafa , por lo que, como se ha dicho reiteradamente por la doctrina del TS, no cabe apreciar de manera independiente la agravante de abuso de confianza sino que ésta se integra de manera nuclear en el mecanismo defraudatorio.¹²⁴

La STS 20 junio de 2001, precisa que la agravación específica de abuso de rela-

¹²⁴STS 4 enero 2002.

ciones personales junto al aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizadas “por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza”, lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por si misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa (doctrina reiterada en las SSTS 28 mayo de 2002, 5 abril de 2002, 4 febrero de 2003, 5 noviembre de 2003, 14 de junio 2005, 16 febrero de 2007).

El anteproyecto de reforma de Código penal ya aprobado, la agravación prevista para estos delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, también se podrán imponer medidas de seguridad a los delincuentes peligrosos cuando sea cometida por una organización criminal y la defraudación afecte a una pluralidad de personas.

Con la citada reforma se modifica el art. 250, que queda redactado del siguiente modo:

“1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: (...) 4º Cuando se cometa por un miembro de una organización o grupo criminal constituidos para la comisión continuada de delitos de falsedad o estafa, o el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional”.

2.5. Cuestiones dudosas

Es interesante observar cual ha sido el criterio de la jurisprudencia respecto a determinadas cuestiones que pueden generar dudas. Entre las posibles cuestiones trataremos tres con especial relevancia en el ámbito del arte: el decomiso, la jurisdicción y competencia territorial.

2.5.1. Decomiso

El art. 127 CP configura el comiso como una consecuencia accesoria a la comisión del hecho delictivo, estableciendo sólo una excepción en el punto 3º para el caso que no se imponga pena, pero por dos causas específicas: por haberse decretado la concurrencia de una causa de exención de responsabilidad penal y por haberse extinguido la misma (prescripción). De manera que a *sensu contrario* debe interpretarse la imposibilidad de decretar el comiso de efectos provenientes del delito si no ha recaído pena, sentencia

condenatoria. Sin embargo parece lógico, que si la droga o las armas prohibidas pueden ser intervenidas y/o destruidas a pesar de que no resulte nadie condenado por el delito de que se trata (lo que habitualmente se suele declarar usando la palabra “comiso”), bien pudiera decretarse igualmente la intervención y destrucción de las obras de arte falsas si se estima que concurre igual o similar situación de riesgo o peligro para los intereses de la sociedad por su presencia en el mercado o por tratarse de objetos de ilícito comercio.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal y los preceptos que regulan el destino de las piezas de convicción en casos de sobreseimiento o de recaída de sentencia absolutoria, artículos 742, último párrafo, y 635, también último párrafo, de dicho texto legal, recogen de manera expresa el primero de ellos por remisión al 635 señalado, que aún en caso de que recaiga sentencia de carácter absolutorio, si las piezas de convicción intervenidas en la causa entrañan por su naturaleza un peligro grave para los intereses sociales o individuales, podrá serles dado el destino previsto legalmente o podrán ser inutilizadas. Parece innegable la atribución de carácter de piezas de convicción a las obras pictóricas, grabados y algunos certificados de autenticidad de las mismas que han sido declarados expresamente falsos en la sentencia hoy combatida pese a haber sido absueltos todos los acusados, pues en el mercado representan un peligro grave para los intereses sociales o individuales. La existencia de estas obras falsas se hallan en disposición de entrar en el mercado en cualquier momento.¹²⁵ En no pocas ocasiones los bienes y efectos procedentes de actividades delictivas son transferidos a terceras personas. Por eso, el anteproyecto de reforma del Código penal mejora la regulación del comiso de bienes en poder de terceros, que ya estaba previsto.

Con el anteproyecto se incluye una ambiciosa revisión del comiso, que se adelanta a la Directiva europea sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la que trabaja la Unión Europea.

Como veíamos, hasta ahora el comiso del producto del delito estaba vinculado a la existencia de una condena penal previa por el delito cometido, pero, como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el comiso no es una sanción penal, sino una institución por la que se pone fin a una situación patrimonial ilícita; no es una sanción ajustada a la culpabilidad del hecho, sino más bien una forma de restituir un enriquecimiento injusto.

¹²⁵SAP Barcelona 15 septiembre de 2006.

Esta concepción permite ampliar este instrumento al comiso sin condena, previsto para rebeldes o fallecidos, y al comiso ampliado, en el que los bienes decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a por las que fue condenado. Este modelo ya fue introducido para los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones criminales, pero ahora se extiende a otros supuestos en los que a través de una actividad delictiva sostenida en el tiempo pueden derivar importantes beneficios económicos. Se trata de distintos delitos¹²⁶ entre los que se cuenta los delitos patrimoniales cometidos con profesionalidad.

Además, para facilitar el comiso se regula un procedimiento autónomo al que podrá acudir el fiscal si eso facilita un enjuiciamiento más rápido de las responsabilidades penales; cuando se descubra la existencia de bienes que deban ser decomisados después de que los hechos ya hayan sido enjuiciados, o cuando deba acudir a supuestos de comiso sin condena.

Para mejorar la gestión de los activos intervenidos se crea la Oficina de Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar de la forma más eficaz económicamente la conservación o utilización de los bienes intervenidos.

2.5.2. Jurisdicción y competencia territorial

En el comienzo del Capítulo 1 hacíamos referencia a la globalización y a las nuevas vías de comercialización de las estafas con obras de arte falsas. El mercado de los grandes artistas es global y las piezas fraudulentas circulan de país a país, dificultando la lucha en contra por parte de los agentes culturales y legales, que, por constricciones jurídicas o económicas, suelen tener un ámbito nacional. Internet ha facilitado el acceso a la comercialización de obras falsas a personas que antes, por falta de medios materiales y sociales nunca hubieran podido establecer un negocio tradicional de venta de obras de arte.

Este tipo de delincuencia genera problemas de jurisdicción y de competencia territorial. Así la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Auto núm. 21/2009 de 6 mayo, JUR 2011/401246, relativa a Cooperación judicial en materia policial y Penal

¹²⁶Blanqueo y receptación, delitos contra la salud pública, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, corrupción en el sector privado, deli informáticos, cohecho, malversación.

resuelve una petición de extradición a EEUU por delitos de estafas y timos, fraude electrónico y fraude postal. En el relato de hechos norteamericano se indica:

“(...) como el reclamado y otras personas hicieron que se elaborase en España e Italia grabados falsificados atribuidos a artistas de renombre, o como se procuraban lo que sabían que eran grabados falsificados, con firmas falsificadas de los artistas, y que en ocasiones exhibían numeraciones y marcas falsas, así como que la distribución se llevaba a cabo en Estados Unidos y en otros lugares. Pero las únicas acusaciones que se formulan se refieren a las ventas llevadas a cabo en Estado Unidos, y no existe ningún cargo que se refiera a la falsificación de las obras de arte, ni de la documentación que las acompaña, certificados de autenticidad, ni tampoco a las ventas que se llevaron a cabo fuera de los Estados Unidos. No se trata aquí de una cuestión de *nomen iuris*, sino simplemente que para explicar el carácter fraudulento de las ventas llevadas a cabo en Estado Unidos, es necesario mencionar que se trataba de grabados con sus certificados de autenticidad, que había sido falsificados en Europa, pero estos hechos no se pueden reflejar en una imputación formal, ante la justicia de los Estados Unidos, porque según la imputación ocurren fuera de sus fronteras, y *ni el delito de estafa, ni el de falsedad documental son delitos de persecución universal*. De ahí que las autoridades norteamericanas, precisamente en abril de 2007, cuando ya se ha formalizado la imputación del Gran Jurado por los hechos ocurridos en los Estados Unidos, comuniquen a la policía española el resultado de las investigaciones que se habían llevado a cabo por el Departamento de Justicia de EEUU y los informes del FBI, a fin de que se pueda abrir un procedimiento en España por los hechos aquí acaecidos”.

Es interesante observar cómo ni el delito de estafa, ni el de falsedad documental son delitos de persecución universal y su persecución tendrá que ser perseguida por la jurisdicción del país donde se han cometido. Consideramos que esto se debería modificar, por un derecho a proteger a las generaciones futuras de nuestra cultura pasada y presente. El principio de Jurisdicción Universal puede definirse como un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde estos hayan sido cometidos, y de la nacionalidad del autor o de las víctimas. Tales crímenes fueron definidos por la Comisión de Derecho Internacional

de las Naciones Unidas como toda “violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid”.¹²⁷

Por otro lado, respecto de la competencia territorial, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) por Auto de 29 junio 2012 resuelve que aunque se haya presentado denuncia en Madrid porque se han observado obras falsas puestas a la venta allí, el TS resuelve:

“(…) a favor de Bilbao, y ello porque el núcleo de la actividad delictiva se desarrolla en Bilbao, lugar donde reside la persona que confecciona las obras falsas independientemente del lugar de exposición o comercialización de los mismos, en Bilbao desde su domicilio el imputado ofertaba en su blog obras copiadas junto a otras originales, en Madrid sólo se presenta la denuncia y en esta ciudad fueron expuestas algunas de las obras, mas, conocido el lugar de comisión del delito, debe ser aplicado éste sin que proceda acudir a las reglas de los fueros subsidiarios del art. 15 LECrim (LEG 1882, 16), ni a las reglas de conexidad del 17 y 18 del mismo texto legal , pues las investigaciones apuntan a dos redes diferentes de falsificadores de obras de arte, sin conexión alguna entre sí, por lo que al ser de aplicación el “*forum delicti comissi*” procede declarar la competencia de Bilbao”.

Otro auto más reciente, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Auto de 6 febrero 2013¹²⁸ al concurrir delitos conexos del art. 17.2 LECrim., por ello acudiendo al art. 18.1.2º del mismo cuerpo legal, la competencia corresponde al que primero comenzare la causa.

“En el caso que nos ocupa nos encontramos con la investigación de unos hechos que revisten los caracteres de los delitos de falsedad y estafa, desconociendo el lugar donde se ha cometido los delitos de falsedad tanto de las pinturas como de los certificados de autenticación aunque si conocemos que las obras falsificadas han sido vendidas y se han encontrado en

¹²⁷Texto del proyecto de Código sobre la Responsabilidad de los Estados, aprobado en 1996 en su primera lectura.

¹²⁸Operación SAGÚN.

Madrid, Granada y Málaga por lo que entendemos que hallándonos en una fase inicial de la investigación no podemos desechar una vinculación (como el propio Instructor de Madrid asume en la “exposición razonada”) entre uno de los imputados en Madrid Indalecio y Carlos Jesús imputado en la ciudad de Granada, al hallarse en el domicilio del primero una certificación de autenticidad de un cuadro atribuido al citado pintor Manuel Angel Ortiz y que fue ocupado en Granada en el domicilio de éste último, por lo que parece conveniente investigar conjuntamente los hechos al presumirse una conexión entre ambos imputados como mantiene el informe elaborado por el Grupo de Patrimonio Histórico de la Guardia Civil. Delitos pues conexos del art. 17.2 LECrim (LEG 1882, 16), por ello acudiendo al art. 18.1.2º del mismo cuerpo legal , la competencia corresponde al que primero comencare la causa, en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena, que no es otro que Madrid”.

Capítulo 3

LA PROTECCIÓN CONTRA LOS FRAUDES EN EL MERCADO DEL ARTE

3.1. Introducción

Ya se ha expuesto con anterioridad las peculiares características del mercado del arte, como un mercado semicerrado, en el que las obras de arte tienen la doble dimensión económico-financiera y cultural, y cuya única forma de aumentarlo de forma considerable es mediante la introducción en el mismo de falsarios. La obra de arte tradicional tiene por tanto, unas características específicas, por ser *unicum*, entre otras su no reproductibilidad, a diferencia del arte multimedia y audiovisual que se caracteriza por su desmaterialización (sin perjuicio de que cuando se introduce en el mercado del arte siempre se materializa). No es un ilícito penal el falsificar una obra de arte, lo es el hacerla pasar por auténtica de determinado autor o movimiento artístico y hacerlo con ánimo de lucro. El sujeto activo mediante el engaño consigue el acto de disposición patrimonial que no se hubiera dado sin el mismo.

Es opinión comúnmente aceptada que el art. 248.1 CP recoge el concepto general de estafa, al describir esta conducta típica como la utilización, con ánimo de lucro, de un engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. Esta ha sido la definición tradicional de la estafa en nuestro país, manejada por doctrina y jurisprudencia desde que fue propuesta

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

por Antón Oneca en 1958, antes, por tanto, de su consagración en el texto legal.

Los elementos de la estafa son, por tanto, los siguientes: el ardid o simulación, la inducción en error y el provecho injusto con perjuicio ajeno. Si la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros, la estafa será constitutiva de delito; en caso contrario, de falta.

Se debería reforzar la confianza de los mercados del arte mediante una mayor normativa, incluida del Derecho penal, para garantizar una información veraz y su obtención por cauces permitidos, con la finalidad de hacer posible la toma de decisiones libres de engaño y en condiciones de igualdad. La delincuencia en este campo está dando un salto cualitativo en cuanto a su profesionalidad y por lo tanto a una mayor dificultad en su persecución. Los particulares participan hoy masivamente en el mercado del arte y se caracterizan en su mayoría por no tener conocimientos suficientes en arte, y les hacen creer que se encuentran ante una oportunidad de adquirir una gran obra por menos de su valor.

Esa colectivización del mercado produce correlativamente la extensión del riesgo, cuya prevención requiere el establecimiento de adecuados mecanismos de control. Por otro lado, los mecanismos de engaño son complejos cuando la obra a vender tiene un precio elevado, y más sencillos cuando la obra es menor. Desde la complicidad de un grupo de personas, entre los que se encuentran: el propietario necesitado de dinero, la persona que aconseja, el experto que avala, la utilización de estudios y expertizaciones etc., hasta la venta en un mercadillo. Y es que la estafa en el ámbito penal no constituye un concepto coincidente con el sentido coloquial o vulgar con el que se utiliza en el ámbito social, sino que se trata de un concepto normativo explicitado, con precisión de todos sus elementos típicos esenciales, en el artículo 248 del Código penal vigente tal y como hemos visto en el Capítulo anterior. Dicha definición legal implica que para otorgar relevancia penal a hechos patrimonialmente lesivos, deben concurrir todos y cada uno de los elementos que la integran en orden sucesivo y concatenado, de manera que la ausencia de uno de ellos exonera definitivamente al órgano jurisdiccional de fijar o determinar la existencia de los restantes. Uno puede sentirse “engañado” o “estafado” al ver defraudadas sus expectativas sin que por ello la conducta pueda ser calificada objetivamente como idónea para generar error en el ciudadano medio a efectos penales o, incluso existiendo objetivamente engaño, éste puede no ser subjetivamente bastante atendidas las circunstancias del sujeto a quien se dirige para deducir que el acto de disposición perjudicial a sus intereses deriva de un error originado por aquél. Estas nomenclaturas, aún vigentes en el lenguaje popular, no se adaptan bien a los contornos

del pensamiento científico actual por lo que es obligado proceder a un encaje dogmático que singularice estas infracciones respecto las demás, para sacar conclusiones correctas que nos permitan interpretar adecuadamente la figura.

Habiendo realizado una pequeña recapitulación, en este encuadre dogmático del tipo atenderemos en primer lugar al bien jurídico, para pasar a tratar el engaño y los sujetos intervinientes. Trataremos los llamados negocios jurídicos criminalizados, y la posición de la víctima. Por último analizaremos la posible pluriofensividad del delito de estafa con obras de arte falseadas y/o mendaces.

3.2. Bien jurídico protegido

Como se desprende de la propia rúbrica Título XIII, junto a los intereses patrimoniales en sentido estricto (propiedad, posesión, algunos derechos reales y obligaciones) se protegen también otros de carácter más amplio que, al igual que el patrimonio, tienen una connotación económica, pero que más que a nivel individual, se refieren a un orden económico con trascendencia social. Sin embargo, el bien jurídico del delito de estafa es para la doctrina mayoritaria el *patrimonio*.¹ Actualmente esta afirmación parece insuficiente, pues existen diversas concepciones acerca de lo que deba entenderse por patrimonio e incluso, como considerar la lesión al patrimonio. La dogmática de la estafa es rica en propuestas de definición y alcance del *patrimonio*, pero, normalmente esta no parte de las pautas específicas del tipo de estafa, como de la estructura del delito, su posición sistemática en el contexto de los delitos patrimoniales, ni incluso en su relación en el tipo base con los subtipos agravados etc. Se basan en un concepto abstracto de patrimonio que después se aplica como pauta de interpretación a los elementos de la ley. Así, tradicionalmente, y fruto de una evolución doctrinal, se entiende el bien jurídico de estafa como *patrimonio* desde tres perspectivas: *jurídica*, *económi-*

¹ Así, BAJO FERNÁNDEZ, M; PÉREZ MANZANO, M; SUÁREZ GONZÁLEZ, C, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, vol. II, Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1993; GONZALEZ RUS, J.J., *Compendio de Derecho penal español*, Madrid, 2000; MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2012; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2^a, Barcelona 1992; 3^a, 1996; VALLE MUÑIZ, JM. *El delito de estafa*, Barcelona, 1987; QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, de Quintero Olivares y otros, Navarra, 2002; ZUGALDÍA, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1998.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

ca o económica-jurídica. Sin perjuicio de que en la actualidad hayan surgido nuevas tendencias que introducen un bien jurídico basado, en una *concepción personal*, en la *buena fe del tráfico jurídico*, o en la *libertad de la disposición patrimonial*.

Por otra parte, las primeras elaboraciones más detalladas sobre el patrimonio como bien jurídico protegido en la estafa, tuvieron su desarrollo a finales del siglo pasado y principio de éste y asumieron la relación de subordinación del derecho penal en su función punitiva derivada frente al resto del ordenamiento jurídico. Consecuente con este planteamiento de la subsidiariedad del derecho penal frente a otras ramas del ordenamiento, Binding mantenía lo que se ha denominado “*concepto jurídico*” del patrimonio.² No obstante, ya desde las primeras décadas de este siglo, esta orientación fue mayoritariamente rechazada en su pureza. En la *concepción jurídica*, el patrimonio es un conjunto o suma de derechos subjetivos patrimoniales, no consistiendo pues en bienes o valores económicamente apreciables, sino en posesiones jurídicas, en derechos reconocidos. Ya hemos hecho un pequeño resumen de esta teoría al hablar del perjuicio típico y allí nos remitimos. Reclama Binding la superioridad de esta *concepción jurídica* por su independencia del valor dinerario de los objetos. Siendo esta elevación del derecho prescindiendo de otras ramas la que debilita esta teoría. Si es la voluntad del titular, el criterio rector en la determinación de la concurrencia o frustración de la contraprestación adecuada, es esto su objeción principal al depender el perjuicio del interés del sujeto pasivo, preferencias o gustos del titular. Por ejemplo, según esta *concepción jurídica*, el engaño sobre calidad o características de la contraprestación, aun cuando el precio pagado por ella se correspondiera a su valor objetivo en el mercado, se apreciará el engaño de la estafa, porque el perjuicio recae en el *incumplimiento de lo pactado* y no en la merma económica. Sin embargo, esta *concepción jurídica*, tiene sus riesgos pues dificulta su delimitación con el incumplimiento civil, y habría el peligro de elevar a ilícito penal meros incumplimientos civiles.

En contraposición al concepto jurídico que incluía en el patrimonio todos, pero sólo derechos patrimoniales, el *concepto económico* considera que pertenecen al patrimonio todas las posiciones de significación económica y únicamente de este tipo. Es decir todas aquellas situaciones, relaciones o capacidades que posean valor de cambio en el tráfico económico y por lo tanto *intercambio* evaluable en dinero, excluyendo aquellas

²BINDING, *Lehrbuch des Gemeinendeutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I, Neudruck der 2. Auf.*, Leipzig, 1902, p. 238.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

utilidades que no interesa más que a su titular y no pueden ser objeto de intercambio económico. En la *concepción económica*, el patrimonio consistirá solo en los bienes y posiciones económicamente valorables, a fin de mantener el potencial económico en su valor monetario o mantenimiento del *saldo económico*, como consecuencia de la *valoración* del patrimonio, no podrán ser los derechos. Esta es la posición dominante en la jurisprudencia alemana y parte de la doctrina española. Esta concepción es acertada en cuanto que realiza una necesaria valoración del patrimonio, que lo exige el propio concepto, excluyendo los bienes de mero valor sentimental. Sin embargo, al prescindir de la necesidad de existencia de un derecho subjetivo sobre los mismos, pueden entrar a formar parte del patrimonio de una persona los bienes que se detentan sin un mínimo reconocimiento jurídico, incluso los poseídos antijurídicamente. La amplitud que adquiere lo patrimonial conduce a otorgar protección penal a situaciones fácticas de poder económico incluso a aquellas abiertamente ilegales.³ También en esta línea, serían reconducibles al acervo patrimonial las expectativas ilícitas. En ejemplo de Antón Oneca, sería estafa pagar al estraperlista el precio autorizado en lugar del excesivo pactado. Sería el caso que ya se ha analizado en el que compramos un cuadro de Zurbarán y nos dan otro de Murillo, están tasados de igual manera, pero no son iguales, o la compra de un retrato de una persona que resulta no ser el antepasado que se describe y se compra exclusivamente por este motivo.

Ambas teorías (*jurídica y económica*) son extremas, en consecuencia se elaboran teorías “conciliadoras” que ensamblan elementos de las teorías “puras”, por lo que parece imponerse una concepción *mixta o económico-jurídica*. La *concepción económico-jurídica* pretende superar las insuficiencias de las dos teorías anteriores. En la actualidad constituye el concepto doctrinal y jurisprudencial mayoritario tanto en nuestro país como en Alemania. El punto de partida de esta teoría es su *matiz económico*, de este modo, admite la valoración económica de los bienes patrimoniales, en cuanto que sólo los objetos, posiciones o situaciones evaluables económicamente son considerados elementos patrimoniales. Según doctrina también comprende los derechos de cualquier clase.⁴ Los derechos reales y de crédito, como las posiciones en el tráfico económico con reconocimiento jurídico, formarán parte del patrimonio. Solamente los bienes dotados

³Podrá ser víctima de estafa el ladrón respecto de los bienes ilícitamente obtenidos, pues al desconocer cualquier situación jurídica, el robo a un ladrón le supone por supuesto un perjuicio a nivel económico.

⁴SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2002.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

de un valor económico, pueden ser objeto material de un delito contra el patrimonio. Sin embargo, y como novedad frente a la concepción económica, se hace referencia a *su vinculación con el Ordenamiento jurídico*, es decir, una introducción a la restricción normativa, dirigida a superar las contradicciones con el resto del ordenamiento jurídico, negando el carácter patrimonial de aquellas situaciones que se encuentren en oposición con el resto del ordenamiento, o formulado de otra manera, que se trate de posiciones económicas que revistan una “apariencia de no contrariedad con el ordenamiento jurídico”.⁵

Así el patrimonio de una persona estará compuesto por “la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del Ordenamiento jurídico”.⁶ Una importante cuestión es si el patrimonio, aquí considerado, ha de concebirse como totalidad, como “*universitas iuris*”, o simplemente considerarse que lo es en cualquiera de sus elementos integrantes, existiendo en la doctrina, discrepancia sobre considerar el patrimonio como universalidad o por los distintos elementos que lo componen, es decir, si como unidad (como un todo), o por el contrario como un conjunto de bienes. Los partidarios de la teoría de la unidad consideran el patrimonio globalmente, como una universalidad (*universitas iuris*) y de esta concepción derivan que como en la estafa es precisa una lesión o daño patrimonial, esta ha de ser estimada teniendo en cuenta el patrimonio *en su conjunto*. Por ello, Bajo, defensor de esta postura, indica que “el ataque a un elemento integrante del patrimonio (por ejemplo la propiedad etc.) sólo puede constituir estafa cuando de él se derive una disminución del valor económico del patrimonio *globalmente considerado*”⁷, aunque el propio patrimonio considerado de una forma global quede incólume o incluso beneficiado. Según esta teoría del patrimonio como *universitas iuris*, el delito de hurto se dirige contra el derecho de propiedad, no contra todo el patrimonio.

No obstante, en el caso de la estafa conviene distinguir el *objeto material* del ataque de la acción, que indudablemente sólo puede ser un elemento integrador del patrimonio, del *bien jurídico* protegido por el delito, que no es otro que el patrimonio desde una

⁵ASUA BATARRITA, “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”. En: *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1993, pp. 81 – 165.

⁶WELZEL. *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, Berlín, 1969, p. 372.

⁷BAJO/ PÉREZ MANZANO en BAJO/ PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal* (Parte especial), II, Madrid, 1993, p. 164.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

consideración global como *universitas iuris*. En consecuencia, y según este autor, la estafa no persigue la protección de la propiedad, ni de la posesión o del título de crédito (protegidos por otros tipos), sino la protección del *patrimonio* que se encuentran bajo el señorío de una persona.

En este sentido es tradicional que la doctrina de ejemplos muy ilustrativos como el de la “muerte de caballo viejo” e inútil que el propietario conserva por pura relación afectiva, a pesar de que con la muerte del caballo le origina un beneficio por disminución de costes. O el caso de quien destruye un inmueble viejo en el centro de una gran ciudad con ánimo de dañar, lo que constituye un delito de daños a pesar de que el propietario del inmueble se haya enriquecido. Comete hurto quien toma la cosa ajena contra la voluntad de su dueño dejando en su lugar el valor equivalente en dinero o un valor superior. En estos supuestos hay delito de daños o delito de hurto o robo, con independencia del enriquecimiento ocasionado al sujeto pasivo del delito, por el contrario, cuando se trata del delito de estafa el perjuicio debe darse en todo caso. La comparación del patrimonio total, antes y después del acto de disposición, servirá para determinar el perjuicio que constituye la estafa consumada.

Otro sector doctrinal estima preferible considerar el patrimonio como un conjunto o suma de bienes valorables económicamente, de manera que el ataque realizado mediante el delito se concreta en *una lesión o daño a alguno de los elementos que integran el patrimonio*. Conforme a esta concepción, el bien jurídico en la estafa, se halla representado, como señala Vives, “por los distintos componentes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, del patrimonio y no por éste entendido como un todo”.⁸

Independiente de mantener una configuración económico-jurídica actual como *universitas iuris* o por *distintos componentes*, el bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio penalmente entendido.

En este estudio se van a analizar aquellas estafas que atacan la parte del patrimonio integrada por obras de arte. Si el patrimonio mobiliario lo constituyen aquellas relaciones jurídicas que recaen sobre bienes considerados muebles hay que averiguar qué se entiende por éste en primer lugar desde una perspectiva civil, y posteriormente desde la perspectiva penal.

El Código civil, después de afirmar que todas las cosas que son o pueden ser objeto

⁸VIVES ANTÓN en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN/ BOIX REIG/ORTS, BERENGUER/CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte especial* (Ob. cit.) p. 860.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles (art. 333 CC). Por otra parte, la categoría de bienes muebles, tiene en el Código civil un carácter residual, “los susceptibles de apropiación no comprendidos en el Capítulo anterior (art. 335)”. El rótulo obra de arte engloba todo bien mueble (en el sentido del art. 335 del Código civil) en el que concurra el “mérito”, “interés” o “valor” cualificado por la concurrencia de alguna de las notas aludidas en el art. 1.2 de la ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. Concurrencia que define la pertenencia al Patrimonio Histórico (o cultural, según la dicción consagrada en un buen número de leyes autonómicas), y cuyo denominador común es la dimensión histórica o cultural de aquellos bienes, en cuanto testimonios materiales dotados de un valor de cultura o de civilización, que son portadores. Sin embargo, y como ya hemos afirmado con anterioridad, no existe delito de falsificación de obra de arte, sino que esta se subsume en los elementos típicos de la estafa común.

La concepción basada en el valor económico del bien, es consecuencia de un momento socioeconómico que no se da ahora. El debilitamiento del concepto económico del patrimonio se venía produciendo incluso en el ámbito de las prestaciones económicamente equivalentes con la introducción jurisprudencial y doctrinal de la teoría *objetivo individual* del daño patrimonial, asumida como correctivo ineludible en los casos de engaño sobre la *utilidad personal* para el adquirente de la contraprestación pactada. Aceptada la excepción del criterio objetivo-subjetivo en relaciones económicamente compensadas (entendido este desde un punto de vista “contable”), surgen teorías correctoras como la teoría de la “frustración del fin”, que debe ser también un criterio de perjuicio para el caso de las prestaciones unilaterales. En tales casos de disposición, el enriquecimiento radica solamente en la recepción de la prestación; que en su caso, esta prestación frustre un fin de la disposición de mayor alcance, no le proporciona al receptor ninguna ganancia adicional.⁹ La coherencia de la orientación económica del patrimonio se resiente, y de algún modo implica un acercamiento a los presupuestos de la llamada *concepción personal del patrimonio*.¹⁰

⁹ASUA BATARRITA. “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la *frustración del fin*.” En: *Anuario de Derecho penal*, Madrid 1993, p. 81 a 165.

¹⁰BOCKELMANN, “*Der Unrechtsgehalt des Betruges*”. En: *Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlin, 1944. 266 y ss.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Un sector de la teoría considera que la estafa es un delito pluriofensivo.¹¹ Incluso se propone una revisión de su perspectiva individualista para su reemplazo por una concepción macrosocial de la estafa. Precisamente por la propia indeterminación de la categoría del bien colectivo en muchas de las figuras delictivas en las que se tutelan bienes individuales podemos encontrar una referencia a un bien más general. Ello sucede también con el delito de estafa. Al margen del concreto ilícito patrimonial, la generalización de conductas de estafa puede conducir a una desconfianza de la comunidad en la seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales; hay en consecuencia un interés público en el mantenimiento de esa confianza. Este punto es desarrollado en el último epígrafe de este Capítulo.

El reconocimiento de una ofensa pluriofensiva en la estafa no quiere decir que la estafa no conserve su estructura fundamentalmente individualista, señaladamente por la exigencia de un concreto perjuicio patrimonial, por más que un efecto multiplicador de este tipo de conductas efectivamente puede presentar un interés supraindividual. Pero el mantenimiento de la confianza en las relaciones patrimoniales, y la evitación de disfuncionalidades en el sistema económico, constituye en este caso un interés del Estado que se tutela, no anticipadamente, sino a través de la tutela del patrimonio individual, verdadero bien jurídico protegido en este delito.

Un sector de la doctrina alemana ha propuesto modernamente, como objeto de tutela en la estafa, *la lesión de la libertad de disposición*, y es esa lesión lo que produce el daño al patrimonio. Así lo ha entendido, por ejemplo, Kindhauser, quien concibe la estafa como “delito contra la libertad que daña al patrimonio”. En determinadas criminalizaciones en el estado previo de lesión del bien jurídico puede entenderse que no se tutela tanto el patrimonio individual como la libertad de actuación en el sector de que se trate. Así, por ejemplo, en la estafa de crédito o de inversiones puede entenderse, al margen de la dimensión supraindividual del problema, que se tutela básicamente que la entidad crediticia o el inversor adopten una decisión libre en orden a la disposición de su patrimonio. Desde una perspectiva funcional del patrimonio, como la sostenida, la libertad de disposición de su titular adquiere especial significación, en la medida en que el patrimonio pertenece a su titular para la satisfacción de sus intereses, y el cumplimiento de los fines perseguidos por el autor depende de la toma de decisiones libres y no viciadas por el error. Pero el concepto funcional no puede ser entendido en

¹¹En estas dos teorías seguimos a CHOCLÁN, J.A. El delito de estafa.(Ob. cit.)

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

el sentido de que al Derecho penal compete garantizar que el sujeto cumpla sus fines. Como pone de manifiesto Amelung, el daño patrimonial no reside en el hecho de que el disponente engañado no pueda obtener el concreto fin previsto en la transmisión, sino en que la contraprestación recibida no satisfaga ninguno de los fines que desde la perspectiva objetivo-individual tenga sentido para la satisfacción de necesidades del adquirente. Por tanto, la decepción del fin no es en sí misma la fuente del perjuicio patrimonial, sino la ausencia de un equivalente de la disminución patrimonial.

En la doctrina española, en la actualidad mayoritariamente partidaria de la orientación *jurídico-económica*, los análisis del concepto de patrimonio se centran en la discusión sobre los elementos que integran el patrimonio como bien jurídico-penal, prestando particular atención a los supuestos de cosas detentadas antijurídicamente o a las prestaciones ilícitas.¹² La doctrina ha basado sus explicaciones en que el cálculo del daño patrimonial compensado económicamente, excluye el daño típico, rechazando en su mayoría o limitando extraordinariamente criterios subjetivo-individualizadores.

Los inicios del denominado *concepto personal de patrimonio* se atribuyen en Alemania a Bockelmann, quien ya en 1944 define el patrimonio como ámbito de desenvolvimiento de la propia persona o de sus intereses.¹³

En España la concepción personal de patrimonio ha tenido escaso eco en la literatura jurídica, y aunque en el criterio objetivo-individual, acogiendo explícitamente el concepto personal de patrimonio en la jurisprudencia tampoco se encontraban referencias significativas subjetivo-individualizadoras, tras la importante sentencia del Tribunal Supremo 23 abril de 1992 sobre el famoso caso de intoxicación con aceite de colza, es observable que junto al mantenimiento de una concepción mixta de patrimonio, también se defiende la concepción personal. Esta sentencia aporta en relación a la estafa una interpretación que puede significar el inicio de una nueva línea en la concepción de *patrimonio* y del *daño patrimonial* mantenido tradicionalmente por la jurisprudencia. No obstante su indudable interés, se puede objetar tanto a la concepción jurídica como a la concepción personal, el debilitamiento de la seguridad jurídica por la sobre valoración de la voluntad o finalidad del disponente y por otro lado, de peligro de convertir

¹²En cuanto a trabajos monográficos: BAJO FERNANDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código penal*, Madrid: Ramón Areces, 2004; CHOCLÁN, J.A. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 2009; VALLE, “*El delito de estafa*”, Barcelona, 1987, p. 77 y ss.

¹³Próxima a la misma está la concepción funcional, vista tal facultad del titular de una manera más dinámica.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

la estafa en un delito contra la libertad de disposición en aquellos autores que afirman que solo se protege el bien jurídico del patrimonio.

Sin embargo, es cuestionable que la estafa deba interpretarse conforme a una *comprensión abstracta del patrimonio* desde las distintas teorías “conciliadoras” fruto de ensamblar elementos de las teorías puras, siendo necesario por algunos autores introducir el *elemento del perjuicio*.¹⁴ La referencia al perjuicio no comporta, pues, la idea de una necesaria disminución del patrimonio, sino que la defraudación existe por *la simple salida ilegítima de cualquiera de sus elementos integrantes a consecuencia de la infracción*, siempre que la contraprestación recibida, sea aisladamente considerada de inferior valor económico.¹⁵ La protección del patrimonio de la estafa debe abarcar también la propiedad sobre objetos sin valor de mercado. El hecho de que la estafa, por su *estructura de enriquecimiento*, exija el desplazamiento de un bien en el sentido de una pérdida efectiva (producida) y de una ganancia (por lo menos pretendida), causa problemas a las distintas teorías formuladas: a la económica,¹⁶ a la jurídica¹⁷ y a la personal¹⁸ del patrimonio.

Así, lo expresa claramente el art. 248.1 al conectar directamente el perjuicio con el concreto acto de disposición patrimonial (“*acto de disposición en perjuicio*”), lo que obliga a una consideración individualizada no sólo del objeto de ataque sino también del bien jurídico protegido y de las consecuencias perjudiciales que se derivan del delito.

¹⁴URS KINDHÄUSER, “Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa”, manuscrito destinado a ser publicado en el *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Traducción llevada a cabo por Nuria Pastor Muñoz, en “Actualidad Penal”, Madrid 2002, pp.414 a 430.

¹⁵En este sentido SSTS de 23 octubre de 1981, de 26 abril de 1983, 18 noviembre de 1985 y 31 marzo de 1986.

¹⁶El patrimonio consistirá solo en los bienes y posiciones económicamente valorables, a fin de mantener el potencial económico en su valor monetario o mantenimiento del *saldo económico*, la situación del perjuicio como enriquecimiento, no puede darse una determinación individual del perjuicio en el sentido de que la constatación de una desventaja dependa únicamente de la concreta situación o constitución de la víctima.

¹⁷Entiende por patrimonio el conjunto de los derechos patrimoniales subjetivos de una persona y no toma en consideración la idea del enriquecimiento.

¹⁸Sus representantes defienden la idea de perjuicio como frustración del fin que no puede reconstruirse generalmente como pérdida que se corresponde con una ganancia.

3.3. Naturaleza jurídica: el engaño y los sujetos intervinientes

3.3.1. El engaño

Desde que la estafa se introdujo en el Derecho penal procedente del Derecho romano tardío (llamada *stellionatus*¹⁹ de *stellio*, escorpión, que hiere alevosa y perversamente), la estafa es concebida ya en sus orígenes como un ilícito de carácter traicionero, de ataque a la *fides*. Se caracteriza por la ruindad y villanía, distinguiéndose convenientemente del delito violento. Dice Von Hentig²⁰ que la estafa “es el delito contra la propiedad del mundo moderno” y la delincuencia económica ha merecido una atención creciente por la Criminología. Efectivamente, la criminalidad violenta (los llamados delitos puros de ataque) son delitos que se presentan desde antiguo, en las culturas más primitivas, observándose una evolución desde la criminalidad violenta a la del engaño y fraude en las sociedades más civilizadas. Ello es consecuencia de la evolución de una criminalidad asociada a la marginalidad hacia una delincuencia de cuello blanco,²¹ entre la que se encuentra la estafa con obras de arte falsas.

Estamos ante la presencia de una estafa en los casos de un engaño llamado “engaño típico” en que los compradores de una obra de arte se sorprenden al comprobar que la obra por la que pagaron una suma de dinero, a veces elevada, no reúne las cualidades que le fueron atribuidas y que resultaron ser determinantes para su adquisición.

Según la RAE en su primera acepción, “engaño” es “acción y efecto de engañar”, sinónimo de falsedad, fraude, mentira o timo. Engañar es hacer creer una cosa que no es verdad. En este sentido engaño es la falta de verdad en lo que se dice o hace de modo

¹⁹El *stellionatus* es delito cometido por el autor de un contrato fraudulento o de maniodolosas y fraudulentas frente a acreedores o terceros (*Digesto Iustiniani*).

²⁰HENTIG, H. v. *Estudios de Psicología criminal III. La estafa*, 3ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 1980.

²¹Definición propuesta por Reiss, A. y Biderman, A. *Data Sources on White-Collar Law-breaking*. Washington, D.C.: Government Printing Office, 1980: “Infracciones de cuello blanco son aquellas infracciones de la ley a las que van unidas una serie de penas que implican el uso de una posición de infractor de significativo poder e influencia o la confianza en el orden institucional económico o político legítimo para obtener una ganancia personal u organizativa, citada en GEIS, G. “El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico”. En: Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez, 2006.

bastante para producir error. Pero, este concepto de engaño, con independencia de su exactitud desde el punto de vista del idioma, no es el engaño típico del delito de estafa.

El concepto de engaño de la estafa ha sido objeto de una ardua elaboración doctrinal, siendo el producto final de un largo proceso de abstracción desarrollado sobre la base de las descripciones enumerativas o casuísticas de conductas y constituye el único referente conceptual válido de la acción típica contemplada en este delito. En cuanto al momento en que surge este engaño, ha de ser siempre *ab initio*, mediante toda una maniobra defraudatoria y un artificio para producir error en otro, no concurriendo la estafa cuando el engaño es *subsequens*.

Ante un engaño típico, conforme a las consideraciones que hemos efectuado, el *iter criminis* contemplado en el tipo objetivo de la estafa exige la producción de una sucesión de resultados típicos que deberán llevar hasta aquel que determinará la consumación del injusto típico de dicho delito, es decir, hasta la producción del perjuicio patrimonial.

Frente a la falta de definición de los textos legales, mucho se ha escrito por la teoría y la jurisprudencia intentando formular un concepto de engaño. No cabe duda que es tarea delicada, muchas veces sutil, el querer proporcionar una definición acabada de este elemento esencial, o intentar fijar sus condiciones o requisitos fundamentales.

3.3.1.1. Posición objetivo-subjetiva

Si se acepta, entonces, que toda acción debe estar configurada por un aspecto objetivo, cuya verificación como tal es el primer presupuesto del delito, el engaño está integrado por dos aspectos:

1. Un aspecto *objetivo* consistente en afirmar una falsedad o negar mentirosamente algo verdadero, y
2. Un aspecto *subjetivo*, consistente en la voluntad de engañar a otro, que es el dolo.

Por ello, sería preferible no decir que “se trata de un elemento típico y culpabilístico a la vez”, sino distinguir dos aspectos distintos: el engaño (elemento del tipo objetivo) y el dolo (elemento del tipo subjetivo).

Sin embargo en el engaño, parece que a la hora de valorar la idoneidad de una determinada conducta para ocasionar un determinado resultado en un tercero, tendrá que atenderse a las particulares características que, siendo conocidas por el autor de dicho comportamiento, convertirían a tal sujeto en víctima propicia de tal conducta.

Esta forma de determinar la adecuación del engaño lleva a que no se pueda prescindir, para determinar qué conductas tendrán carácter de delictivas y cuales no, de

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

la valoración de las condiciones personales de los sujetos sobre los cuales éstas hubiesen venido a recaer, lo que nos conduce a decantarnos por las circunstancias que hubiesen sido cognoscibles por un hombre prudente.²²

Para que se entienda cometida la estafa y no un mero incumplimiento contractual,²³ el engaño ha de ser bastante, suficiente, proporcional e idóneo en la convivencia social para actuar como estímulo suficiente del traspaso patrimonial. El término “bastante” implica que sea suficiente o idóneo para originar el error en el sujeto pasivo, módulo objetivo al que se refieren algunas sentencias alusivas a la necesidad de que el engaño tenga “adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto” (STS 23 de marzo 1992).

3.3.1.2. Imputación objetiva

A diferencia de la doctrina, la mayoría de las sentencias tienen un tono marcadamente objetivo,²⁴ así el engaño lo entienden como “cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación”²⁵, “en falsedad, en la falta de verdad en lo que se dice o se hace”²⁶, “la afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso”²⁷, o bien “la ocultación o deformación de hechos verdaderos”.²⁸

Sin embargo, otras sentencias mantienen menos clara la diferenciación entre ele-

²²VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Ob. cit.).

²³Entre otros, MAGRO SERVET “Guía práctica y casuística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. En: La Ley, 2002. p. 103.

²⁴Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva se basa en que, una vez comprobada la existencia de una causalidad natural (aplicando la teoría de la *conditio sine que non*), se deberá constatar además, en primer lugar, que la acción ha creado o incrementado un riesgo no permitido jurídicamente y, en segundo lugar, que el resultado sea la realización del mismo peligro creado por la acción y se produzca dentro del ámbito de la protección de la norma infringida (o lo que es igual, que dicho resultado sea uno de los que la norma penal quería evitar).

²⁵STS 25 enero 1993.

²⁶SSTS de 30 octubre de 1981 y 8 de febrero de 1983.

²⁷STS de 24 marzo de 1999.

²⁸STS de 23 abril 1992 y 23 de enero de 1998.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

mentos objetivos y subjetivos, introduciendo la *intencionalidad del sujeto activo* como elemento del tipo. Así “el elemento sustancial que constituye el núcleo de la conducta típica de la estafa es el engaño, entendido este en el sentido de *acechanza, trampa o añagaza con la que se trata de crear en el sujeto pasivo una sensación de realidad que no se corresponde con las circunstancias del caso ni con las cualidades o condiciones personales del sujeto activo*, engaño que tiene que ser antecedente, bastante y causante”.²⁹ También “el engaño se condensa en la acción, en la actividad o en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme a un plan preconcebido, y se configura como una falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad”.³⁰

Entiende la Sala Segunda en STS 20 marzo de 1985, que la entrada de determinados criterios ha subjetivado en cierta medida el juicio referido a la imputación objetiva:

“(…) que puede revestir innumerables modalidades e incontables maneras de manifestarse, consiste en la *asechanza tendida en la buena fe ajena, en la maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo*, de los que se vale el infractor para, induciendo a error al ofendido u ofendidos para *viciar su voluntad o su consentimiento* (...); a lo que se puede agregar que, la dinámica comisiva, puede suponer fabulación compleja, aseverativa o positiva, pero también revestir formas sencillas y rudimentarias – siempre que baste para viciar la voluntad de la víctima-, así como estribar en inexactitudes o reticencias, en silencios interesados, abstenciones u omisiones cuando había obligación de sincerarse y de mostrar lo que en realidad se proponía el agente, y, asimismo, finalmente, en la ocultación, taimada y artera, de datos o pormenores trascendentales...”. Ello no obstante, parece indudable que la introducción de estos criterios ha subjetivado en cierta medida el juicio referido a la imputación objetiva.³¹

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª) en Sentencia 24 septiembre de

²⁹STS 9 de junio de 1999.

³⁰STS 6 de mayo de 1999.

³¹En este sentido, CHOCLAN MONTALVO, llega a afirmar que se ha impuesto el módulo objetivo-subjetivo, que en realidad resulta predominante el subjetivo. “Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma”. En: *Anuario Jurisprudencia Aranzadi*, nº 398, p. 12.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

2008, entiende de forma explicativa en un caso de venta de obra falsa en una casa de subastas, la no concurrencia de engaño típico en la conducta del sujeto activo, porque:

“(…)la documentación que el acusado sí acompañó con el cuadro responde fielmente a la realidad, y no constituía una valoración definitiva o una tasación de la obra sino tan sólo, como así puede leerse en el documento, una estimación para la venta; la transacción se llevó a cabo en una galería de arte de profesionalidad reconocida; el precio de salida fijado y el que finalmente abonó el adjudicatario no pueden ser considerados precios viles; el sujeto activo no limitó ni controló las posibles comprobaciones que la propia casa o los compradores que estuvieran interesados pudieran realizar sobre la autoría de la obra. Así, afirma:

(…) ha de concluirse necesariamente que para considerar a Bartolomé autor de un delito de estafa *ha de probarse indubitadamente* que sabía que el cuadro pintado al óleo sobre lienzo de 70x68 centímetros titulado “Jardines de Aranjuez” en el que aparece una firma que reza Luis Francisco, y que el día 13 de mayo de 1999 llevó para su subasta a las dependencias de la entidad CASTELLANA SUBASTAS de Madrid, era falso, y que ocultó este dato para obtener un enriquecimiento patrimonial injusto.(…)

Sin embargo, el único conocimiento que consta en el procedimiento que el acusado tenía al respecto, es el que resulta de la carta que le fue remitida por CHRISTIE'S con fecha 15 de abril de 1999, en la que se dice textualmente: "tal como le avisamos con anterioridad el especialista sobre este artista ha expresado sus dudas a la autenticidad y como no tenemos más información sobre esta obra me temo que no podemos ofertarla aquí". Es cierto, porque así lo reconoció el propio acusado, que ocultó a CASTELLANA SUBASTAS la existencia de esta carta, pero de su tenor literal no pueden inferirse las categóricas afirmaciones que la acusación particular sostiene, es decir, que el acusado conocía la falsedad del cuadro o que ocultó el resultado del informe emitido por el Sr. Jesús María. Lo que le indicaba la carta no era la falsedad del cuadro, sino la existencia de las dudas sobre su autenticidad que un experto había manifestado a la casa.

Dicho lo anterior, es preciso ahora valorar si la ocultación de esa información por parte del acusado constituye o no el engaño que exige la comisión

del delito de estafa.(...)

Es decir, el engaño bastante requiere una especial maquinación, astucia, artificio o puesta en escena, cristalizada en un único acto engañoso o en una multiplicidad de conductas (activas y/o omisivas) que formen parte e integren un único comportamiento engañoso destinado a enmascarar la realidad, sin el cual el después perjudicado nunca hubiera concluido el contrato. Pero el engaño cualificado, esto es, objetivamente bastante, debe serlo también subjetivamente, es decir, debe ser idóneo para vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima concreta de que se trate en las condiciones y circunstancias en que se halle. Dicha exigencia conduce a excluir de la tutela penal las lesiones patrimoniales que la víctima hubiera podido evitar mediante la adopción de los mecanismos de autoprotección que le eran exigibles, puesto que el ámbito de protección de la norma sólo previene ataques inevitables por la víctima o que no le era exigible evitar (principio de autorresponsabilidad).

- Que la documentación que el acusado sí acompañó con el cuadro responde fielmente a la realidad, y no constituía una valoración definitiva o una tasación de la obra sino tan sólo, como así puede leerse en el documento, una estimación para la venta.
- Que la vía utilizada para la venta del cuadro no puede calificarse de inaudita; antes al contrario, se llevó a una galería de arte de profesionalidad reconocida, y no podemos considerar inusual que en ese contexto el vendedor solicite que la obra ocupe la portada del catálogo o que se incluya en la subasta más próxima posible; decisiones que en todo caso deben corresponder a la casa. Cuestión distinta es que se hubieran exigido como condiciones de la subasta, lo que no consta que ocurriera en este caso. De hecho, la testigo Nuria, Directora de la Sala en ese momento, lo que declaró en el juicio fue que el acusado comentó que le gustaría que el cuadro fuera portada de catálogo.
- Que tampoco consta fehacientemente que el precio de salida fijado y el que finalmente abonó el adjudicatario puedan ser considerados precios viles. La defensa aportó durante la investigación de la causa documentación acreditativa de que el acusado había adquirido el cuadro en 1989 como una obra de Luis Francisco de óleo sobre lienzo del pintor

catalán Luis Francisco en El Corte Inglés por 7.000.000 de pesetas, el que a su vez lo había adquirido en subasta en 1987, también como obra de óleo sobre lienzo reseñada en catálogo como del pintor catalán Luis Francisco, en la Joyería Ansorena, Subastas de arte.

- Que el acusado depositó el cuadro en CASTELLANA SUBASTAS y a partir de ese momento no limitó ni controló las posibles comprobaciones que la propia casa o los compradores que estuvieran interesados pudieran realizar sobre la autoría de la obra, con el evidente riesgo que ello comportaba para quien tuviera constancia de su falsedad.

Este último dato, de especial relevancia, nos lleva a realizar algunas consideraciones sobre la posibilidad de que no concurra engaño típico en la conducta del acusado, aun cuando se hubiera declarado probado que tenía la seguridad de que el cuadro no era auténtico. (...)

En conclusión, y una vez valorada en conjunto la prueba practicada, esta Sala no puede concluir la autoría del acusado en el delito de estafa que las acusaciones pública y particular le imputan, y sólo procede, ante la ausencia de datos incriminatorios suficientes, su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables. (...)

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Bartolomé del delito de estafa por el que ha sido enjuiciado con declaración de oficio de las costas procesales”.

3.3.1.3. Deber de veracidad

Recientemente ha surgido una nueva tesis en la que se acoge que hay engaño típico a los efectos del delito de estafa, en los casos de que solo puede tener lugar la imputación objetiva del comportamiento, cuando puede afirmarse que el sujeto activo ha infringido un deber de veracidad o ha lesionado un derecho a la verdad del sujeto pasivo. Esta teoría es especialmente interesante en el tipo de estafa que estamos estudiando. Ciertamente, el patrimonio solo puede constituir poder para la interacción, fuente de libertad, si su titular dispone de un cierto nivel de información. En cuanto a la configuración del deber de veracidad viene dado por la noción de “información relevante para la decisión”. No se va a tener en cuenta el nivel de conocimientos del sujeto pasivo, sino el *modelo de sujeto estándar*, para conservar la estructura normativa del mercado.

La inveracidad del autor debe recaer sobre informaciones que sean relevantes para el

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

acto de disposición y respecto a las cuales el autor tenga un deber veracidad.³² Lo que a continuación se plantea es si el comportamiento del autor debe reunir necesariamente determinadas características. Ciertamente, esta cuestión es más importante en el caso del engaño expreso o mediante actos concluyentes que en los de engaño por omisión, aunque este podría intervenir si se silencia expertizaciones no que pongan en duda sino que afirmen la falta de originalidad de la obra. En efecto, en aquellos casos debe constatarse un comportamiento del autor que pueda calificarse como mensaje engañoso constitutivo de una infracción de un deber de veracidad, mientras que en los últimos únicamente debe constatarse la existencia del deber de veracidad y la no transmisión de la información debida.

En cuanto a la configuración del mensaje del autor, se entiende de forma muy amplia, pues el autor puede transmitir a la víctima, información inveraz mediante signos distintos del lenguaje e incluso, a través del mismo silencio, el cual, en un determinado contexto, puede adquirir significado.

Por otro lado, la interpretación del mensaje del autor, en el contexto de interacción, que es el contexto de relevancia de la manifestación del autor. En efecto, las manifestaciones están siempre referidas al contexto y, por tanto, el sentido de una manifestación solamente puede determinarse cuando se complementa con el contexto al que se refiere. Una vez empieza un proceso de comunicación, ello significa que dos sujetos generan un nuevo contexto con sus propios cánones interpretativos, de modo que lo que A y B digan ya no depende de A y B, sino del contexto C que ha surgido entre ambos.

Así, el autor, al introducir la afirmación en la interacción con otro, la separa de sí mismo, le da vida propia y, en consecuencia, pierde el control sobre el significado de la misma.

Este criterio permite encontrar una solución para los casos de *malentendidos*. Por ejemplo en el mercado secundario,³³ cuando un profesional de las obras de arte recibe una obra por alguien que quiere venderla, entre otras actuaciones, se evalúa por un experto y se exhibe.³⁴

³²Seguimos a PASTOR, N. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 265.

³³El mercado profesional del arte funciona desde dos canales: el mercado primario, dominado por las galerías y los marchantes, y el mercado secundario o de reventa, encabezada por las subastas.

³⁴En el caso de las casas de subastas, la obra se incluye en el catálogo de una futura subasta.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Un problema que merece especial atención es el de si es posible el engaño mediante manipulaciones de la realidad. Para constituir engaño típico, la manipulación de la realidad debe constituir la infracción de un deber de veracidad.

Ello puede ocurrir, *en primer lugar*, cuando el autor utiliza la manipulación de la realidad como medio de comunicación, bien porque la emplea para dar credibilidad a sus afirmaciones inveraces, bien porque, a través de la misma (la manipulación en sí no es ni verdadera ni falsa, sino que solamente es), transmite una “descripción falsa de la realidad”. En este último caso, la realidad falsamente descrita no es la realidad alterada, sino otra realidad distinta relacionada con la última. Así, por ejemplo, si un sujeto pretende vender una pintura moderna y la envejece artificialmente por todos los medios químicos y mecánicos que ya hemos visto, es evidente que el receptor recibe información correcta sobre el estado de la pintura; ahora bien, al presentar ante el comprador la pintura envejecida que simula la pátina del tiempo, el autor puede transmitir el mensaje de que este último es antiguo.

Con todo, el significado último del comportamiento del autor debe juzgarse a la luz de los deberes de veracidad existentes, al normal funcionamiento del mercado. Así, envejecer un cuadro para que parezca antiguo no es una conducta habitual. Es impropia de la actividad comercial, va dirigida a engañar, más que a *parecer* que el cuadro tenga mejor aspecto. Con ello, transmite al comprador el mensaje de que el cuadro es antiguo, la alteración de la realidad constituye engaño típico, porque, por la configuración de la relación económica, el autor tenía el deber de transmitir información verdadera sobre el estado de la obra y su edad real.

En cuanto a los certificados de autenticidad, suelen proceder siempre de las instituciones o personas cualificadas para emitirlos. La dificultad estriba en que, en el ámbito de la pintura antigua, los especialistas acreditados trabajan para la Administración: en el CSIC, el Museo del Prado y otras instituciones de reconocido prestigio y esos funcionarios no emiten certificados, sino que se limitan a expresar su opinión sobre la obra. Sus consideraciones, formuladas verbalmente pueden ser sustituidas por otras en el futuro por otras, diferentes, de otros estudiosos. Pero en ello no hay engaño ni fraude, sino un riesgo que el comprador ha de asumir, como decíamos a la luz de los deberes de veracidad existentes del normal funcionamiento del mercado.

En *segundo lugar*, cuando el autor tiene determinados deberes de información frente a la víctima, una manipulación de la realidad que no vaya acompañada de la transmisión de información a la víctima sobre la existencia de tal manipulación puede constituir engaño típico. Así, si el vendedor tiene deber de informar sobre determinadas carac-

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

terísticas de la prestación que ofrece, en el caso de que entre la oferta del producto y la celebración del contrato haya introducido cambios relevantes en el producto en cuestión, tiene deber de informar al comprador.

La estafa puede realizarse a través de manifestaciones que no se corresponden en absoluto con la realidad (engaño explícito o semántico) creando todo un artificio falso con apariencia de realidad. Pero junto a esta, también se considera estafa, aquellos negocios que se realizan pero en los que no hay voluntad de cumplir sus prestaciones futuras.³⁵ Es en la conducta de quien se sitúa, en el seno de una relación contractual, amparándose en su formalidad, sin expresar nada exactamente falso, pero ocultando su intención inicial de no actuar como la relación exige (como contratante) y defraudar a otro (engaño implícito). Dada su importancia, primero desarrollaremos el engaño y dolo “*in contrahendo*”.

La admisión de los engaños por omisión en el tipo de la estafa ha sido siempre motivo de polémica, pero en la crónica jurisprudencial española de los últimos años ha vuelto a plantearse. Se discute si el mero silencio puede generar un engaño y si puede hacerlo en cualquier caso o sólo cuando el autor tenía un especial deber de informar que permita construir una comisión omisiva a través del artículo 11 CP. Todo ello gira en torno a la determinación del alcance que pueda dársele a la expresión típica de *engaño*, que constituye la columna vertebral de la estafa.

Con independencia del nombre que quiera dársele, lo importante es que el Tribunal Supremo admite como engaño típico de la estafa no sólo la afirmación como verdaderos de hechos falsos sino también la ocultación o disimulación de hechos verdaderos (STS 18 de mayo de 1995). A los efectos del delito de estafa sólo interesan los silencios (o las ocultaciones) que versen sobre hechos que tengan trascendencia o relevancia para formar la voluntad de disposición del “interlocutor” o “destinatario” del silencio u ocultación. Así, en la STS de 20 de abril de 1993, recogiendo la doctrina de la STS de 6 de diciembre de 1974, se sostiene que:

“El engaño existe cuando no se declaran las circunstancias existentes en el momento del contrato que de haber sido conocidas por la otra parte contratante no hubiere concertado el contrato y realizado el acto de disposición”.

³⁵MAGRO SERVET, “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?”. En: *La Ley*, 2001.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

En la misma línea, la STS 26 de febrero de 1999, siguiendo la de 7 febrero de 1997, afirma que existe “engaño omisivo” cuando:

“Se ocultan datos significativos decisivos para que la parte desinformada acceda a realizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial”.

Y añade que:

“El elemento nuclear del engaño existe (...) también cuando se omiten o escamotean elementos de la realidad cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para disuadir a la otra parte de llevar a cabo un determinado contrato”.

Dice también la STS de 29 julio de 2002 en su FJ 3 que:

“La provocación del error en las personas afectadas puede conseguirse, tanto por medio de una conducta activa o bien a través de ocultaciones de la realidad que provocan la captación de la voluntad del engañado, llevándole a realizar un acto que no hubiera cometido si hubiese conocido la realidad escondida”.

En conclusión, en el “engaño omisivo” el objeto sobre el que ha de recaer el silencio o la ocultación son las circunstancias decisivas para conformar la voluntad de disposición del “interlocutor”.

A estos fines, la jurisprudencia ha ido conformando un cuerpo de doctrina que se puede resumir en la exigencia de dos requisitos: primero, la existencia de un deber legal de lealtad e información veraz; y segundo, que se dé en un marco o contexto sociojurídico en el que la no declaración de un hecho equivalga a afirmar su inexistencia. Veámoslos por separado.

En primer lugar, debe existir un deber legal de lealtad. O, más precisamente, un deber de exteriorizar lo que se sepa sobre el negocio jurídico en trámite.

Así, la STS 31 diciembre de 1996 proclamó que:

“Los principios de lealtad y buena fe que deben presidir las relaciones contractuales obligan a las partes a exteriorizar y mostrar todas las circunstancias que confluyen sobre el objeto del contrato y las personas de los contratantes”.

En la misma línea, la STS 20 abril de 1993 (recurso n.º 741/1991) recuerda que:

“La obligación de declarar los defectos o circunstancias deriva de los principios de lealtad y buena fe que deben regir los vínculos contractuales”

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Como dice la STS 22 septiembre de 1993 (recurso 1567/1992):

“La estafa por omisión puede darse cuando determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar”

La STS 29 julio de 2002 en su FJ 32 señala como fundamento del engaño omisivo el:

“Deber de lealtad y sinceridad [del sujeto activo] con las personas y entidades a las que trata de perjudicar”.

En sentido semejante la STS 14 marzo de 2003 se refiere a:

“La obligación de informar, según ese deber jurídico de lealtad, de las circunstancias que constituyen el objeto de la encomienda”.

Nótese que con ello se destaca la naturaleza normativa de toda omisión: el silencio (omisión de declaración) sólo puede comenzar a ser valorado penalmente si existe un deber de declarar.

En puridad sólo podemos hablar de silencio si hay un deber de hablar (no callar). Por eso, para sostener que el silencio puede ser medio engañoso de una estafa, lo primero a comprobar es que exista un deber de declarar (de no callar); y, además y por supuesto, de hacerlo con verdad.

En ese mismo sentido, la STS 2 septiembre de 2003 en su FD 22, afirma que:

“El delito de estafa, por omisión, no significa más que el incumplimiento del deber de despejar todos aquellos elementos y datos fácticos que al autor le son exigidos legalmente, contribuyendo así a crear un error en los destinatarios, sujetos pasivos del delito, que confiados en el cumplimiento de la norma, son pasto del engaño que tal omisión origina”.

Pero no basta con eso. Se exige además que el silente ocupe una posición de garantía para impedir el error en el “interlocutor”.

A este respecto, la STS 30 septiembre de 1992 enseña que:

“La estafa por omisión sólo se debe apreciar en el caso en el que el garante [no] haya impedido el surgimiento de un error en el sujeto pasivo que estaba obligado a evitar; por el contrario, la opinión dominante no admite la estafa por omisión cuando el omitente simplemente ha omitido despejar un error del sujeto pasivo”.

Como dice la STS 2 septiembre de 2003:

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

“La defraudación o estafa omisiva requiere que el error de la víctima proceda del incumplimiento por parte del autor de un deber de información propio referido a riesgos procedentes de su mismo ámbito de organización”.

En definitiva se trata —parafraseando el art. 11 CP— de que la no afirmación de un hecho equivalga a su negación. Lo que dependerá del contenido del concreto deber legal de lealtad de que se trate y de la “habitualidad” o normalidad de esa equivalencia en el ámbito sociojurídico en cuestión.

La doctrina también se cuestiona cuáles son los niveles de veracidad y si se puede engañar a través de la fijación del precio. La jurisprudencia y gran parte de la doctrina parten del principio de que la fijación de un precio no expresa ni que ese precio sea el habitual ni que sea el adecuado. Este principio tiene sentido, pues es incumbencia de la víctima informarse sobre el funcionamiento del mercado, es decir, sobre el nivel de precios, las características de otras ofertas, etc. Sin embargo, la cuestión es si, en algún caso, el precio puede expresar que el producto ofrecido reúne determinadas características y, en concreto, que tiene un determinado grado de calidad. En ocasiones, la jurisprudencia y algunos autores han considerado que se debe responder afirmativamente a esta pregunta cuando la víctima carece de experiencia para valorar la adecuación entre la cosa y el precio fijado por el vendedor. El precio no expresa en principio la calidad del producto, pues, en la medida en que la regulación del sector permita moverse dentro de un margen de precios, el vendedor o quien realiza la prestación no tienen el deber de fijar un precio adecuado. Además, el criterio de la adecuación es, al fin y al cabo, una cuestión que depende del mercado y de los demás operadores económicos, y tal comportamiento no vincula al vendedor individual -cuestión distinta es que decida aproximar su precio al de otros oferentes para soportar la competencia-. Ahora bien, por una parte, las cosas son distintas si el comprador, al conocer el precio, pregunta al vendedor sobre determinadas características de la cosa y este último es inveraz al respecto. Por otra parte, en algunos casos puede entenderse que el precio, junto a otros elementos del contexto, sí expresa que el producto tiene una determinada calidad, pero se debe ser muy estricto a la hora de valorar esas circunstancias y exigir verdadera inequívocidad del mensaje emitido por el autor. Puede afirmarse que el comerciante que vende joyas a un elevado precio en un comercio de lujo transmite con ello información sobre las características del producto, a saber, la de que se trata de joyas

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

auténticas y no de bisutería.³⁶ Podemos hacer una aplicación extensiva al que compra un cuadro en una galería, anticuario o casa de subastas con un precio de mercado, pero no habrá engaño cuando lo que se compre sea de precio muy bajo y en un mercadillo ambulante.

En particular, cuando el vendedor es consciente del alto riesgo o de la probabilidad de que el objeto que ofrece sea falso o de escaso valor, y pese a ello, lo pone en el mercado como si fuera original y valioso. Cuando esto sucede, existe la posibilidad de declarar nulo el contrato de compraventa por error en el consentimiento de una de las partes, ya que se generan en ellas unas expectativas que no se van a ver satisfechas con la entrega del objeto de la compra. Se trata entonces de un ilícito civil por defectos en la cosa vendida que impiden obtener de ella la utilidad que motivó la adquisición.

Son dos vías posibles de reacción frente al fraude y que desarrollaremos con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente.

Así, si el autor transmite una información verdadera según el contexto y la víctima la entiende mal y, por ello, se representa erróneamente la realidad, es ella quien debe cargar con las consecuencias de su déficit.

Distinto es el supuesto en el que el autor transmite una información que en sí es veraz pero que en el contexto adquiere un significado inveraz, pues en tal caso puede decirse que el autor ha “engañado”; en efecto, el autor habrá de asumir las consecuencias, si en ese caso tenía un deber de veracidad o verosimilitud frente a la víctima respecto a esa información. Ahora bien, es necesario un criterio normativo para fijar la frontera entre lo verosímil y lo inverosímil, pues no existe un límite ontológico entre los dos ámbitos. Debe considerarse verosímil aquello a lo que una víctima según el modelo generalmente vigente en el mercado daría credibilidad.

Precisamente porque es necesario que el engaño reúna la condición de verosimilitud, los casos de *engaño burdo* quedan fuera del tipo. Esto es así porque a la víctima de un *engaño burdo* se le ofrecen *dos clases de mensajes*, a saber, por una parte, un mensaje que constituiría, por su contenido, infracción del deber de veracidad y, por otra, un mensaje que le advierte de que *no confíe* en la información que le ha sido transmitida. Siendo así las cosas, la información inveraz comunicada a la víctima se emite como “no merecedora de confianza” y, por tanto, pierde toda su capacidad instrumentalizadora.

³⁶En este sentido resuelve el caso Welzel citado por PASTOR, N. *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 279.

Así la venta de un cuadro valioso de un autor muy conocido, no puede ser vendido a un precio muy por debajo del precio del mercado.

3.3.1.4. Incumplimiento civil

Para poder comprender el funcionamiento de un sector básico en el mercado del arte, es necesario analizar según el modelo generalmente vigente en el mercado, excediendo el estudio del ilícito penal. Abordamos de esta manera esta exposición con la intención de completar una nueva perspectiva (de las múltiples ya estudiadas) respecto en qué circunstancias puede circular una obra de arte falseada y/o mendaz que muchas veces circula en el mercado legal mezclándose con los originales. Por ello, y sin ánimo de criminalizar cualquier conducta y buscando un estudio integrador del comercio con obras falseadas y/o mendaces. Intentamos establecer un diálogo entre el Derecho penal y el Derecho privado.

En el tema que es objeto de estudio, es especialmente atrayente la búsqueda de la distinción entre el incumplimiento de contrato civil y la comisión de un ilícito penal. Muchas veces los cauces comisivos van a ser comunes, por lo que habrá que acudir a un estudio y prueba de la intencionalidad del sujeto activo. No es un tema claramente diferenciable *a priori*, y ha sido objeto de estudio ya desde el Derecho romano, en que aparecen los problemas más significativos que plantea la delimitación civil del tratamiento jurídico-penal del delito de estafa.

El parentesco con las falsedades por un lado, y la convivencia con una acción en vía privada (*actio doli*) son el origen de dichas dificultades. Así existía una duplicidad de lo que representaba el dolo: por un lado intencionalidad de actos criminales (penal) y por otro el dolo se caracterizaba por la astucia o el engaño.

El proceso de compra en las subastas difiere del de las galerías. El volumen de las subastas, como en los mercados bursátiles, oscila dependiendo de las tendencias políticas predominantes del momento y de las cifras macroeconómicas. Emy Armañanzas, entiende que la puja en las ventas de arte se convirtió en la segunda mitad del siglo XX en un “reflejo de la cultura de la modernidad como simulacro de la violencia que evita el enfrentamiento físico creando situaciones de competitividad en los planos económico, social, institucional, etc.”³⁷ Podemos hablar de una *Bolsa del Arte*.

³⁷ ARMAÑANZAS, E. *El color del dinero. El boom de las subastas de arte, acontecimiento cultural en prensa*. Bilbao: Rekargi, 1993.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

En las subastas el comprador se enfrenta a una concurrencia, dispone de poco tiempo para elegir entre un lote importante algunas obras de arte de numerosos artistas. En las galerías, el proceso de compra se realiza con tiempo, atendiendo a los consejos de los galeristas y se procede a la elección entre una gama limitada de artistas. También difieren por la publicidad de los objetos que venden, pues el catálogo incorpora una fuerte carga probatoria.

Por otro lado, a efectos de cometer un hecho delictivo es ilógico y arriesgado que si un particular conoce que es poseedor de una obra falsa acuda a una casa de subasta y no intente venderla a particulares. Las salas de subastas someten las obras a un comité de expertos. Además es conocido en este ámbito que las grandes salas de subastas de arte, cuando subastan un cuadro de un autor con Fundación, siempre mandan un ejemplar del catálogo de la subasta a la Fundación de dicho pintor (Dalí, Miró etc.) por lo que es más difícil cometer un hecho delictivo por los numerosos filtros por los que tienen que pasar. Otro tema es si intenta vender una obra pero desconoce que es falsa: no concurrirá el delito de estafa porque falta el elemento subjetivo del injusto de la estafa, pero se derivarán acciones civiles. Estas acciones serán objeto de breve análisis en este epígrafe.

El catálogo es el documento básico con que cuenta el posible comprador en una subasta. Los catálogos de las salas de subastas proporcionan una lista de los objetos de arte a subastar. De acuerdo con Bamberger,³⁸ un catálogo tendría que incluir el número del lote a subastar; el nombre y la nacionalidad del artista; la fecha de nacimiento y defunción (en su caso); el título, el medio y las dimensiones del objeto de arte; la localización y la descripción de la firma, tal como aparezca en la obra de arte y el precio estimativo que considera podría alcanzar la obra en su venta. Las distintas casas de subastas ofrecen su reseña de una forma más o menos exhaustiva, proporcionando la información que consideran conveniente para el desarrollo de la subasta. Según un catálogo medio standart, las normas que rigen en sus subastas serían, entre otras:

1. “La subasta estará dirigida por el subastador, quién está investido de la máxima autoridad para el desarrollo de la misma, pudiendo dividir, agregar o retirar cualquier lote de la venta, e incluso de hasta suspender la subasta si lo cree conveniente. Igualmente, y en caso de desacuerdo

³⁸BAMBERGER, A. *Buy Art Smart. Foolproof Strategies for Buying Any Kind of Art with Confidence*. Pennsylvania : Chilton Book Company, 1990.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

entre compradores en el momento del remate, tendrá plena potestad para adjudicarlo a quien considere o poner el lote nuevamente en subasta.

2. Los datos del catálogo se consiguen a basa de cuidadosa investigación y asesoramiento, sin embargo, sobre su exactitud no se acepta ninguna responsabilidad. No obstante, y en lo que se refiere a las pinturas que en opinión de la sala se consideran auténticas, pero como en materia de arte los juicios críticos pueden contradecirse, si en el plazo de 30 días de celebrada la subasta, el adjudicatario de alguna de las pinturas así catalogadas reclamase de su falta de autenticidad, aportando en apoyo de su petición la opinión escrita de dos acreditados expertos, la sala anulará la venta y devolver inmediatamente el total de lo pagado por la referida obra. Transcurrido dicho plazo, no se admitirá ninguna reclamación por ningún concepto” (...).

Este tipo de cláusulas tratan de garantizar las *sorpresas* que pueda ocasionar la aparición de una atribución distinta a la señalada en el catálogo.

Con la llegada de un nuevo grupo de compradores a las subastas que carecen de los conocimientos y experiencia necesaria en el funcionamiento del mercado del arte, las casas de subastas se están enfrentado a múltiples reclamaciones de responsabilidad civil de las que se hace eco la prensa. Dichas reclamaciones son en su mayoría en relación con las declaraciones y descripciones del catálogo sobre: el autor, la antigüedad y el origen de las obras de arte y antigüedades.

La actitud tradicional de la cláusula “a riesgo del comprador” (*caveat emptor* o *buyer beware*) ha dado paso a una legislación y sentencias más protectoras del comprador y que trasladan la responsabilidad a las casas de subastas que deben dar garantías de la autenticidad de la autoría de las obras que venden.

Las principales casas de subastas se han comprometido voluntariamente a las garantías de autenticidad y asumen responsabilidad,³⁹ sin embargo, muchas casas de subastas más

³⁹Por ejemplo *Condiciones de garantía de Sotheby's*: “Según se expone a continuación y en las Condiciones de Venta, Sotheby's garantiza en relación con todos sus lotes que la autoría, el período, la cultura o el origen (conjuntamente, la “Autoría”) de cada lote de este catálogo es la indicada en el encabezamiento en NEGRITAS y MAYÚSCULAS de la descripción del lote en el catálogo, incluidas modificaciones efectuadas en notas orales o escritas de la sala de ventas o

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

locales han continuado limitando su responsabilidad alegando las condiciones restringidas colocadas en las condiciones de venta publicadas en sus catálogos. Sin embargo, el comprador no profesional tiene cada vez mayor protección basándose en su condición de consumidor. El subastador se encuentra en mejor posición, por sus conocimientos profesionales y su información relevante, para ofrecer una valoración fiable de las obras que ofrece el mercado. Por ello, es razonable también que el comprador actúe confiado en su especialización y en su pericia y se deje guiar por los juicios de atribución que contienen los catálogos que publica.

En Francia, un país con gran tradición en la compraventa de obras de arte, existía una limitación legislativa que impedía la celebración de subastas por empresas extranjeras. Además, los comisarios-tasadores han sido empleados públicos y se ha regulado la descripción de las obras en los catálogos. Actualmente, hay una liberalización del sector en un marco jurídico actualizado para una mejor protección de los compradores y vendedores. Para ello, han creado el Consejo de las ventas (Conseil des ventes o CVV⁴⁰) que se estableció en el año 2000 y es calificado como regulador del sector por la ley de 20 de julio de 2011, para así incorporar a la legislación francesa una Directiva del Parla-

mediante avisos. Los compradores deberán consultar el Glosario de Términos, si lo hubiere, para ver una explicación de la terminología usada en el encabezamiento en negritas y mayúsculas y el alcance de la Garantía. Sotheby's no concede garantías de ningún tipo, ya sean expresas o implícitas, respecto a ningún material del catálogo, salvo la que aparece en el encabezamiento en negritas o mayúsculas y con sujeción a las exclusiones que figuran a continuación.

En el supuesto de que Sotheby's, a su juicio razonable, considere que se han satisfecho las condiciones de la Garantía, reembolsará al comprador original registrado el precio de adjudicación y la correspondiente Prima de Comprador pagada por el lote por parte del comprador original registrado.

Esta Garantía no es aplicable si: (i) la descripción del catálogo se ajustaba a la opinión u opiniones de uno o varios académicos y expertos generalmente aceptados a la fecha de venta, o la descripción del catálogo indicaba la existencia de un conflicto entre dichas opiniones; o (ii) el único método de determinar que la Autoría no se correspondía con la descripción en el encabezamiento en negritas y mayúsculas a la fecha de la venta habría conllevado el uso de medios o procesos no disponibles o aceptados generalmente en ese momento, irrazonablemente caros o imposibles de poner en práctica, o que, previsiblemente (según el criterio razonable de Sotheby's), pudieran causar daño al lote; o (iii) no ha habido ninguna pérdida sustancial de valor del lote respecto del que tendría si se hubiera ajustado a la descripción del encabezamiento en negritas y mayúsculas.

Esta Garantía tendrá una vigencia de cinco (5) años desde la fecha de la subasta correspondiente, opera exclusivamente en beneficio del comprador original registrado en la subasta y no puede ser cedida a ningún tercero. (...)"

⁴⁰Su página web es <http://www.conseildesventes.fr/content/vendre>.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

mento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006. El CVV es una institución de utilidad pública que garantiza el normal funcionamiento y tiene autoridad disciplinaria sobre los operadores. En Francia⁴¹ el 2011 ha sido el mejor año jamás registrado para el sector de las subastas en Francia, con unas ventas totales de 2.038 millones de euros, un alza del 8,6 % respecto a 2010. El papel que desempeñan estas salas de subastas está, en gran medida encomendado, a los comisarios-tasadores⁴², que pueden contar con especialistas y evaluadores que apoyan su trabajo. Siguiendo a Rouget⁴³ podemos indicar que los comisarios-tasadores son los encargados de la realización y gestión de las subastas. Las ventas se realizan dentro de un marco reglamentario protegiendo a compradores y vendedores. La forma de describir estas obras responde a una serie de expresiones que tienen que ser conocidas por el comprador. Algunas de ellas son resumidas por Chatelain:⁴⁴

1. “*Obra de*” se garantiza que el autor de la obra es el autor de la obra y no otro;

⁴¹BIANCHINI, A. “El mercado del arte francés, una baza muy competitiva (octubre de 2012). En: *France Diplomatie*, en <http://www.diplomatie.gouv.fr/es/descubrir-francia-3160/actualidad-en-francia/2012/article/el-mercado-del-arte-frances-una>: “Según las cifras del Consejo de Ventas Voluntarias (CVV), una autoridad independiente que regula este mercado, “2011 ha sido el mejor año jamás registrado para el sector de las subastas en Francia, con unas ventas totales de 2.038 millones de euros, un alza del 8,6 % respecto a 2010”, celebra la presidenta de este organismo. “Estas cifras son el resultado de la buena salud de todas las tendencias del mercado francés, uno de los más dinámicos del mundo tanto en su crecimiento como en el número de ventas y de operadores” La casa de subastas Drouot es un espacio ineludible en este sector. Es la firma más antigua del mundo y se ha convertido en el epicentro del mercado del arte. En 2011, Drouot registró 24 récords mundiales. Un total de 15 subastas terminaron con más de un millón de euros y hasta 256 superaron 150.000 euros. Entre las mejores ventas destacaron el cuadro impresionista de Monet *La promenade d'Argenteuil un soir d'hiver de 1875*; *Gran divinidad sentada* de la cultura maya mexicana del periodo 550-950 después de Cristo vendida por 2,9 millones de euros y el Libro de Oración de Claudia de Francia (1499-1525), esposa del rey Francisco I, por 2,6 millones de euros (10/10/2013).

⁴²Recientemente reformado, así la capacitación, organizada por el Consejo de las ventas, se adapta a las nuevas condiciones derivadas de la ley de liberalización de subasta pública en 2011, y el decreto modifica los términos del examen de acceso a la formación y organización. El nivel de las cualificaciones requeridas para el examen se ha señalado, el decreto para la doble titulación de “derecho” y “arte”. Se exige conocimientos de inglés.

⁴³ROUGET, B. et al. *Le marché de l'art contemporain en France. Prix et strategies*. Paris: La Documentation Française, 1991.

⁴⁴CHATELAIN, F.; PATTYN, C.; CHATELAIN, J. *Ouvres d'Art et objets de collection en droit français*. París: Berger-Levrault, 1997, p. 315.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

2. “*Firmado por*” se garantiza que la firma es la del autor salvo cualquier reserva que se haga al respecto;
3. “*Atribuido a*” no existe más que una presunción que la obra es de la persona a la que se le atribuye;
4. “*Taller de*” la obra debe haber sido ejecutada en dicho taller o bajo la dirección de quien dirige el taller;
5. “*Escuela de*” la obra fue realizada por un alumno del maestro citado, ya sea durante la vida del mismo o hasta cincuenta años después de su muerte;
6. “*Época, siglo, etc.*” la obra ha sido realizada en efecto en la época o siglo que se señala;
7. “*En el estilo, forma o manera de*”, no da ninguna garantía precisa de lo señalado”.

A pesar de que la mayor parte del mercado lo absorben las multinacionales Christie’s y Sotheby’s, que suelen celebrar las subastas más interesantes en sus sedes de Londres y Nueva York, hay una oferta nacional muy amplia y diversificada, y de gran calidad en algunas países, sobre todo en la Europa Central.⁴⁵

En España,⁴⁶ hasta los años setenta no se establecieron las multinacionales Christie’s

⁴⁵Casas de subastas internacionales:

Bonhams: <http://www.bonhams.com/>

Christie’s: <http://www.christies.com/>

Drouot: <http://www.drouot.com/>

Finarte: <http://www.finarte-semenzato.com/>

Phillips de Pury: <http://www.phillipsdepury.com/>

Sotheby’s: <http://www.sothebys.com/>

Tajan: <http://www.tajan.com/>

Lempertz: <http://www.lempertz.com/>

⁴⁶En España destacan las siguientes casas de subasta (por orden alfabético):

Alcalá Subastas: <http://www.alcalasubastas.es/>

Ansorena: <http://www.ansorena.com/>

Anteo Subastas: <http://www.anteosubastas.net/>

Articuarius: <http://www.articuarius.net/html/>

Apolo Subastas: <http://www.appolo-subastas.com/inicio.php>

Arce: <http://www.arcesubastas.com/>

Arte, Información y Gestión: <http://www.artefinfo.es/>

Balclis Barcelona: <http://www.balclis.com/>

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

(1973), y Sotheby's (1979), que se sumaron a las firmas Brok de Barcelona y Ansorena y Durán⁴⁷ de Madrid, entre otras. La entrada de estas casas extranjeras no ha producido cambios profundos en el mercado del arte español, dedicado generalmente a la pintura nacional del XIX y XX. La política de Christie's y Sotheby's en España ha sido la de adaptarse al país. Su consolidación ha ido afirmándose a través de este tiempo en las que incluso el mercado se ha sumado al interés creciente por el arte.

Es, obviamente, el mercado del arte español un mercado menor y local, siempre a la zaga de las tendencias económicas del exterior.

En 2005, la *Sala Retiro* (del grupo Caja Madrid) y *Alcalá* integraron sus actividades bajo el nombre comercial *Sala Retiro Subastas*. A la alianza se sumó *Finarte*, con la que *Sala Retiro* venía colaborando. *Alcalá Subastas*, especializada en pintura antigua y objetos de colección, y *Sala Retiro*, con mayor dedicación a la pintura moderna y

Bonanova: <http://www.bonanovasubastas.com/>
Born Subastas: <http://www.bornsubastas.com/>
Castellana 150: <http://www.castellanasubastas.com/con-flash/index.asp>
Durán Subastas de Arte: <http://www.duran-subastas.com/>
El Remate Subastas: <http://www.elremate.es/>
Goya Subastas: <http://www.goyasubastas.com/>
Joan Olivier "Maneu": <http://www.maneuart.com/subastas.php>
La Galería Arte y Subastas: <http://www.lagaleria84.es/>
La Suite Subastas: <http://www.suitesubastas.com/>
Lamas Bolaño: <http://www.lamasbolano.com/site/web/home.asp>
Maneu Punt d'Art: <http://www.maneusubastas.com/>
Sala Moyua: <http://www.salamoyua.com/>
Sala Retiro Subastas: <https://www.salaretiro.com/>
Subarna: <http://www.subarna.net/>
Subastas Bilbao XXI: <http://www.subastabilbaooxxi.com/>
Subastas Brock: <http://www.brok.es/>
Subastas Castellana: <http://www.subastascastellana.com/>
Sala Retiro <http://www.salaretiro.com>
Subastas Fernando Durán: <http://www.fernandoduransubastas.com/>
Subastas Galileo: <http://www.subastagalileo.es/>
Subastas Gran Vía de Bilbao: <http://www.subastasgranviadebilbao.com/>
Subastas Málaga: <http://www.subastasmalaga.com/>
Subastas Puerta de Toledo
Subastas Segre: <http://www.articuarius.net/html/index.asp>
Yelmo Antigüedades: <http://www.yelmoantiguedades.com/>

⁴⁷Para ver como se realiza una subasta en Durán, esta ha subido a *Youtube* un vídeo de casi dos minutos llamado: Durán Arte y Subastas "Una subasta paso a paso" en <http://www.youtube.com/watch?v=8zk-8CpRfQ4> (15/10/2013).

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

contemporánea, se complementan en una sociedad que tras la fusión sumará un volumen de negocio de 18 millones de euros. El vehículo de la operación de fusión será *Finarte*, empresa que ya no tiene actividad pero sí clientes que dirige a *Sala Retiro*.⁴⁸ En 2013 el mercado está atravesando cambios que favorecen a las grandes compañías en perjuicio de los pequeños marchantes. Las principales casas de subasta han doblado el número de ventas privadas en los últimos tres años: ocupan el territorio de marchantes y galeristas, y empieza a notarse también en el mercado el efecto de la venta de arte online bajo el paraguas mercantil de Christie's, Sotheby's, Bonhams o Phillips de Pury.⁴⁹

Ad exemplum, por orden alfabético y sin ánimo exhaustivo, en España, en las diferentes salas de subastas establecen las siguientes condiciones de compra:

Condiciones generales de Appolo Subastas:⁵⁰

“Los datos publicados en el catálogo sobre la naturaleza de los lotes, su origen, fecha, edad, procedencia y condición, son sólo una opinión de la sociedad mediadora y no deben ser tomados como un hecho. Los compradores, por tanto, deberán asesorarse y formarse su propia opinión sobre los mismos. No obstante, y para facilitar la comprensión de nuestros estudios previos realizados, aclaramos a continuación los términos empleados en nuestra catalogación:

- JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA: según nuestra opinión es una obra original del artista.
- ATRIBUIDO A JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA: según nuestra opinión es probable que sea una obra del artista, aunque se expresa con menos certeza que en la categoría anterior.
- TALLER DE JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA: según nuestra opinión es una obra de mano aún no identificada del estudio del artista, que puede haber sido ejecutada, o no, bajo la dirección del maestro.
- CIRCULO DE JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA: según nuestra opinión es una obra de un autor sin identificar que se asocia con el artista

⁴⁸PAUL, M. “Sala Retiro y Alcalá se unen para liderar el mercado de subastas”. En: *Cinco Días*, 3 de marzo de 2005 (10/09/2013).

⁴⁹RODRÍGUEZ, C. “El 'boom' del arte en 2012”, 4 de febrero de 2013. En: *ElMundo.es*, <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/04/cultura/1359994312.html> (15/10/2013).

⁵⁰<http://www.appolo-subastas.com/APPOLO-cond-generales.pdf> (06/10/2013).

mencionado, aunque no sea necesariamente discípulo suyo.

- **SEGUIDOR DE JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA:** según nuestra opinión es una obra ejecutada fielmente en el estilo del artista mencionado, contemporánea o de fecha muy cercana.
- **ESTILO DE JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA:** según nuestra opinión es una obra ejecutada en el estilo del artista mencionada en fecha tardía.
- **COPIA DE JOAQUIN SOROLLA Y BASTIDA:** según nuestra opinión es una copia de una obra conocida del artista mencionado.
- **ESCUELA ESPAÑOLA, SIGLO XVIII (Escuela con fecha):** según nuestra opinión se trata de una obra realizada en el siglo XVIII y dentro de esa demarcación geográfica.
- **ESCUELA ESPAÑOLA (Escuela sin fecha):** según nuestra opinión se trata de una obra realizada dentro de esa demarcación geográfica sin especificar época.
- Los términos firmado, fechado e inscrito significan que en nuestra opinión la firma, fecha e inscripción son originales del artista.
- Los términos lleva firma, lleva fecha y lleva inscripción significan que en nuestra opinión la firma, fecha e inscripción han sido añadidas por una mano distinta.
- La dimensión de la altura precede a la de la anchura.

Los objetos expuestos y/o catalogados se venden con todas sus faltas e imperfecciones (cuando las haya), incluso errores de descripción en títulos o catálogos, debiendo cerciorarse los compradores, previamente a la subasta, de que el lote por el que pujan es realmente el que coincide con su interés”.

Subastas Bilbao, Condiciones de compra:⁵¹

“(…) Los datos sobre los lotes publicados en el catálogo responden al criterio de Arte Subastas Bilbao S.L., y como tal criterio, no deben ser tomados como un hecho. Los compradores deberían formar su propia opinión antes de la subasta por lo que los objetos a subastar serán expuestos públicamente con un antelación mínima de 7 días. Arte Subastas Bilbao S.L. *no acep-*

⁵¹<http://www.artesubastabilbao.com/como-comprar.php> (06/10/2013).

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

tará ninguna responsabilidad en cuanto a la exactitud de su catalogación.
(...)

Los lotes adquiridos por los compradores serán entregados en el mismo estado de la exposición, no siendo aceptadas reclamaciones sobre posibles desperfectos, roturas, restauraciones, etc... aunque no hayan sido reflejados en el catálogo.”

Sala Durán, Condiciones de compra⁵²

“3.- ESTADO DE LOS LOTES. Los lotes se subastarán en el estado en que se encuentren, no aceptando la Sala ninguna responsabilidad ni reclamación sobre restauraciones, desperfectos, roturas, etc., que aquéllos pudieran presentar, aunque no se hayan hecho constar en el catálogo. La exposición de los lotes tiene por finalidad permitir un perfecto examen y estudio de los mismos. Hasta el momento de la Subasta, el personal de la Sala se encuentra a disposición de los interesados para ofrecer las aclaraciones que éstos pudieran solicitar sobre cualquiera de los lotes.

4.- DATOS DEL CATÁLOGO. Toda declaración contenida en el catálogo relativa al autor, autenticidad, origen, antigüedad, procedencia, medidas y estado del lote (ver ap. IV Condiciones), se forma sobre la base de las manifestaciones de sus propietarios y/o vendedores, y en su caso, cuando así hubiese sido expresamente solicitada por aquéllos, después de una cuidada investigación y asesoramiento; pero, sobre su exactitud, la Sala no acepta responsabilidad alguna. De acuerdo con la costumbre internacional, los lotes catalogados se venden con todas sus eventuales faltas e imperfecciones, incluso errores de descripción en el catálogo, debiendo los compradores, a estos efectos, cerciorarse antes de la subasta de que la descripción concuerda con su opinión personal sobre el respectivo lote”.

Sala Retiro Subastas:⁵³

“1.- Los datos del catálogo se obtienen tras una cuidada investigación y asesoramiento. No obstante, las descripciones incluidas en él constituyen

⁵²<http://www.duran-subastas.com/condiciones.asp> (06/10/2013).

⁵³Sala Retiro Subastas. Normas para la compra en subasta. <https://www.salaretiro.com/Servlet/Bridge/481-84842> (10/09/2013).

exclusivamente opiniones de expertos de Sala Retiro o expresamente designados por la misma y, como tales, deben considerarse por los compradores, debiendo los interesados formarse las suyas propias. A tal efecto los objetos que se subastan, en la sesión Presencial, están expuestos al público varios días antes de la celebración de la Subasta. Los objetos de la sesión Internet serán enseñados puntualmente previa petición del interesado. Cualquier manifestación impresa en el catálogo y referida a la autoría, atribución, naturaleza, origen, fecha de, procedencia y condición de los lotes, se rige por los términos y expresiones interpretativas generalmente aceptadas. Las catalogaciones, certificaciones u opiniones citadas en el catálogo se ofrecen y son tenidas por Sala Retiro como una valiosa y útil información complementaria sobre los lotes catalogados, pero, de ningún modo, serán vinculantes o determinarán las responsabilidades de Sala Retiro por las mismas. Por ello, el interesado en la compra de cualquiera de los lotes catalogados, podrá efectuar por su cuenta y previamente a su adquisición, las averiguaciones y comprobaciones que considere oportunas. Cada lote se vende como “cuerpo cierto”.

Por el hecho de intervenir en la subasta, el interesado, DECLARA que conoce y muestra su conformidad con la situación física, jurídica y de autoría de los objetos/lotés adquiridos, y que la puja y eventual adquisición la lleva a cabo conforme a sus propios criterios y/o el de sus asesores, especialmente en lo que a la autoría de la obra se refiere, liberando a Sala Retiro de cualquier responsabilidad por las opiniones manifestadas en relación con los objetos/lotés.(...).

4.- Figurarán en el Catálogo, debajo de cada lote, los precios de salida para su conocimiento por los compradores. Este precio de salida constituirá el mínimo de venta de cada lote, salvo en los casos excepcionales en los que se pueda pactar una reserva con el vendedor.

Los términos utilizados en el catálogo tienen el significado que se indica a continuación:

- Nombre y/o apellidos de un artista: en opinión de Sala Retiro se trata de un trabajo del artista.
- Atribuido a: en la opinión cualificada de Sala Retiro se trata probablemente de un trabajo del artista, ya sea en todo o en parte.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

- Estudio de... Escuela de... Taller de...: en la opinión cualificada de Sala Retiro se trata de un trabajo realizado en el estudio o escuela del artista.
- Círculo de: en la opinión cualificada de Sala Retiro se trata de un trabajo realizado en el período del artista y que por tanto muestra su influencia.
- Seguidor de... Siguiendo modelos de: en la opinión cualificada de Sala Retiro se trata de un trabajo realizado siguiendo el estilo del artista o Escuela, pero no necesariamente por un alumno suyo, ni en su época.
- Copia de...: en la opinión cualificada de Sala Retiro se trata de una copia (de cualquier fecha) de un trabajo del artista.
- Firmado... / Fechado... / inscrito...: en la opinión cualificada de Sala Retiro la firma, la fecha, la inscripción son del artista.
- Lleva firma... / Lleva fecha... / Lleva marca... Lleva etiqueta... / Lleva sello: En la opinión cualificada de Sala Retiro la firma/ fecha/ marca/ etiqueta/ sello parecen haber sido incluidas por personas distintas al artista.
- Fundido a partir de un modelo de: En la opinión cualificada de Sala Retiro, la obra está realizada a partir de un modelo del artista”.

Hay otras en las que la venta se realiza “en el estado en que se encuentra”. Así Sotheby’s en sus condiciones de Venta establece⁵⁴

“(. . .) Ofreceremos las piezas en nuestra calidad de agentes del Vendedor, a menos que el catálogo indique lo contrario.

1. Venta “en el ESTADO EN QUE SE ENCUENTRA”. A menudo, las piezas objeto de subasta tiene cierta antigüedad. La autenticidad de la Autoría (según se define a continuación) de la propiedad mencionada en el catálogo está garantizada conforme a lo estipulado en los Términos de Garantía y, con la excepción de la Garantía Limitada contenida en dichos términos, toda pieza es vendida “*EN EL ESTADO EN QUE SE ENCUENTRA*” *sin ningún tipo de declaración ni garantía de nuestra parte o por parte del Vendedor respecto de su comerciabilidad, aptitud para un propósito*

⁵⁴<http://www.sothebys.com/content/dam/sothebys/PDFs/cob/N08998-COS.pdf>
(06/10/2013)

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

determinado, el grado de certeza del catálogo u otra descripción sobre condición física, tamaño, calidad, rareza, importancia, medio, procedencia, presentación en exposiciones o importancia literaria o histórica de cualquier pieza, y ninguna declaración realizada en cualquier lugar, sea oral o escrita, en este catálogo o en un anuncio publicitario, un certificado de venta, anuncio o aviso en la sala de subastas, o en cualquier otro lugar, podrá ser considerada como una garantía, declaración o asunción de responsabilidad. Ni el Vendedor ni nosotros efectuamos declaración o garantía alguna, expresa o implícita, con respecto a la adquisición o no por parte del Comprador de derecho alguno de propiedad intelectual, incluidos, entre otros, derechos de reproducción sobre cualquier pieza. Ni el Vendedor ni nosotros aceptamos responsabilidad alguna por errores u omisiones contenidos en el catálogo, glosario o cualquier material complementario”.

Tancock⁵⁵ describe el proceso que utiliza Sotheby's para catalogar el arte para la venta pública. Sin embargo, al no ser una ciencia exacta, manifiesta el restringido alcance y las limitaciones a la hora de confiar en los catálogos razonados y otras formas de opinión experta:⁵⁶

“En un museo o en una galería, donde los plazos normalmente no son tan apremiantes como en una casa de subastas, no sería extraño que las investigaciones para catalogar obras de arte se alargaran durante meses o incluso años. En una casa de subastas, sin embargo, se organizan ventas regularmente; incluso en un área donde no se producen más de dos grandes ventas en un año —el Departamento de Impresionismo y Arte Moderno, por ejemplo— los plazos para los catálogos tienen poco margen de tiempo para las investigaciones relajadas.

Este departamento de Sotheby's abarca aproximadamente el periodo que va de 1870 a 1950, e incluye no sólo las obras de los maestros impresionistas

⁵⁵TANCOCK, J. “Problemas de autenticidad en la casa de subastas”. En: SPENCER, R. *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual. Fundación Gala-Salvador Dalí*, 2011. pp. 75-84.

⁵⁶John TANCOCK, actualmente vicepresidente principal del Departamento de Impresionismo y Arte Moderno de Sotheby's, Nueva York, fue conservador adjunto del *Philadelphia Museum of Art* antes de incorporarse a *Sotheby's* en 1972. Es autor de *The sculpture of Auguste Rodin* (1977).

y de arte moderno franceses, sino también de artistas seleccionados procedentes de Alemania, Italia, Gran Bretaña y otros países de Europa. Las obras de los principales artistas de este grupo pueden incluirse en un catálogo razonado publicado o bien estar documentadas, pero también hay muchas obras de artistas menores que no se han estudiado con tanta profundidad. Cuanto más intrascendente es una obra, menos probable es que se haya investigado a fondo o documentado antes de destinarse a la venta. Teniendo en cuenta todos estos problemas potenciales y la amenaza constante de los plazos de publicación, la rapidez en la catalogación es esencial, al igual que la exactitud, puesto que las responsabilidades de la venta pública y las responsabilidades legales contingentes no dejan mucho margen para los errores.

Los especialistas de los departamentos de pintura moderna de Sotheby's trabajan sabiendo que los contenidos de los catálogos que preparan están garantizados por un periodo de cinco años tras la fecha de la venta. Ante estas responsabilidades y esta gran variedad de material para investigar, los especialistas deben estar especialmente al día de los desarrollos en la investigación experta. De hecho, deben ser igual de rigurosos al valorar la calidad de las herramientas expertas que tienen a su disposición y la fiabilidad de los expertos como en su análisis de las obras que se van a vender. Es una tarea de enormes proporciones, que parece haber aumentado en complejidad en los últimos años al disponer más fácilmente de las investigaciones publicadas.

En las ventas de pintura impresionista y moderna de los años cincuenta, la catalogación era apabullantemente simple. Con algunas excepciones importantes —Van Gogh (1929), Cézanne (1936), Pissarro (1939), Degas (1946) y volúmenes del catálogo razonado de Christian Zervo sobre Picasso (publicados a principios de 1932)— los especialistas encargados de catalogar las obras en los años cuarenta y cincuenta trabajaban sin la ayuda de catálogos razonados. En general, las entradas de los catálogos incluían una descripción verbal, la mención de una exposición o dos, la procedencia inmediata (aunque no siempre), y referencias literarias y de exposiciones cuando las había. Las notas solían ser breves. En la venta de la colección de Josef von Sternberg en Parke-Bernet Galleries, el 22 de noviembre de 1949, por ejemplo, la nota del lote 89, *La Gommeuse* (1901) de Picasso, decía lo siguiente: “El cuadro es del periodo “azul” del artista”. Para el lote 92, *Le Granel Nu* (1918) de Modigliani, la nota declaraba escuetamente: “Es la obra más

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

importante del artista que se vende en subasta pública en América”.

Las Condiciones de la Garantía pertenecen a la autoría de la obra que se está vendiendo, tomando como definición de autoría “el creador, periodo, cultura, origen, según el caso, según se indica en el Encabezado en Mayúsculas (por ejemplo, ROBERT DELAUNAY)”. Si se determina a la satisfacción de la casa que el Encabezado en Mayúsculas es incorrecto, la venta se anula. Sotheby’s se reserva el derecho de que el comprador solicite la opinión de dos expertos reconocidos en la materia, aceptados mutuamente por Sotheby’s y el comprador, antes de que Sotheby’s decida anular la venta. Existen algunas excepciones: los cuadros, dibujos o esculturas creados antes de 1870, y la “autoría que en la fecha de la venta estuviera de acuerdo con la opinión generalmente aceptada de eruditos y especialistas”.

Un repaso jurídico/histórico nos muestra que en el *ius civile* romano clásico, la regla *caveat emptor*, impedía tanto en la *mancipatio* como en la venta consensual, que el vendedor fuera responsable por defectos de la cosa entregada, salvo cuando se había garantizado que el bien estaba exento de vicio (*dicta et promissa in vendendo pero no in mancipando*) cuando se habían ocultado dolosamente los defectos y cuando se había asumido la obligación de garantía mediante la *stipulatio*.

Actualmente, al comprador no profesional, las distintas leyes de protección de los consumidores les ha mejorado su posición y les da más garantías.

Cada vez más, el resultado de una subasta depende de los certificados de autenticidad y legalidad de la posesión de las mismas, que se han convertido en avales indispensables para que puedan salir a subasta. Entre unas salas de subastas y otras pueden haber diferencias sustanciales, pero en su mayoría estipulan condiciones que las exhoneren de toda responsabilidad en su labor de intermediación.

Como hemos visto, las casas de subastas suelen tener cláusulas como esta:

“Los datos del catálogo y la descripción de los lotes relativos al autor, autenticidad, antigüedad y estado de conservación se forman después de un estudio por parte del equipo de la sala: pero sobre su exactitud no se acepta responsabilidad ninguna. Toda manifestación de la sala o de sus empleados, en un catálogo, fuera de él, o incluso verbalmente respecto al autor, atribución autenticidad, origen, fecha, edad, procedencia, estado de conservación o estimación de venta, constituyen solamente una declaración de opinión. Tal y como es de costumbre internacional, la sala no responderá de que esas

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

opiniones no sean acertadas y no admitirá por causa de ellas responsabilidad alguna.”

En esta tesis se analiza la interacción de la ley con las prácticas de la casa de subastas de arte en el área de la autenticación y la atribución. Una cuestión fundamental que se plantea es si el conocimiento de la autoría, que ha adoptado el mercado del arte contemporáneo está en conflicto con los procesos creativos de los artistas, tanto del pasado como del presente. Se considera si tal conflicto puede generar incertidumbre, proporcionando un terreno fértil para los conflictos relativos a la atribución. En base a esto, se hace un análisis de la compleja relación entre el subastador y el comprador en una subasta bajo la ley actual.

Aunque las salas de subastas intentan eludir cualquier tipo de responsabilidad cláusulas de irresponsabilidad, La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en su artículo 58, les limita esta intención:

1. La oferta de venta en subasta deberá contener una descripción veraz de los objetos que salen a la misma, con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente, supuestas o adveradas por determinado experto.
2. En especial, cuando, en las salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación, o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas.

Cuando se oferte la venta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias.

3. Lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo será también de aplicación a las ventas de objetos preciosos o artísticos *que se oferten al público en forma distinta a la subasta.*

Hay acentuar, que el mencionado artículo se aplica no solo a las casas de subastas sino a cualquier operador que oferte al público objetos preciosos o artísticos, como galerías, anticuarios, ferias, etc.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

En interpretación de este artículo, es muy explicativa la sentencia civil de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11^a) Sentencia núm. 608/2012 de 26 noviembre:

“Partiendo de lo anterior, no cabe atender tampoco a la alegación de la recurrente de que el comprador pudo haber conocido la falsedad de los cuadros, de haber hecho alguna indagación al respecto. Sorprende que Subastas Durán mantenga tal aserto, haciendo recaer en los clientes la carga de averiguar si lo que ella ofrece responde o no a lo que se dice en el catálogo, entre cuyos datos está, sin duda, como uno de los más relevantes, el de quien sea el autor de las obras que se sacan a subasta”.

Así pues, la afirmación en el catálogo de la subasta de la autenticidad de una obra de arte o de cualquier otro objeto de valor —tanto si se refiere al autor, a la época o al material del que está hecho—, en cuanto cualidad sustancial de aquéllos supone que el error padecido al respecto deba ser considerado esencial.

Firme lo anterior, es importante recordar aquí la existencia de unos usos muy consolidados en el mercado de las obras de arte sobre el significado de los términos empleados en su descripción. En este sentido, decíamos que la propia LOCM se ha hecho eco de esos usos, aunque sólo sesgadamente, estableciendo en el párrafo segundo del artículo 58.2 LOCM que *“cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias”*.

El precepto transcrito debe completarse con las siguientes indicaciones: los términos utilizados en el catálogo tienen el significado que se indica a continuación: “cuando con carácter previo al acto de licitación se presenta un objeto artístico acompañado de la expresión “atribuido a”, seguida del nombre de un artista, se entiende que dicho objeto ha sido ejecutado durante el período de producción del artista mencionado, sin que exista absoluta certeza de que éste lo sea realmente; la descripción de un objeto con la indicación “taller de”, seguida del nombre de un artista, ha de interpretarse en el sentido de haber sido realizado ese objeto por una mano desconocida, en el taller del artista señalado y no necesariamente bajo su dirección; si se afirma en el catálogo de la subasta que determinado bien pertenece a la

“escuela de” cierto artista, lo que se afirma es que el autor de dicho bien ha seguido la influencia de ese artista después de su muerte; en caso de describirse una obra con la expresión “estilo de” un artista determinado, lo que se garantiza es que el autor ha seguido el estilo del artista citado, pudiendo ser uno y otro contemporáneos o no”.

En cuanto a su responsabilidad el art. 61 LOCM establece unos efectos muy claros en el caso de la venta en subasta:

1. “La adquisición de bienes muebles mediante una venta en pública subasta de acuerdo con lo previsto en la presente Ley determinará su irreivindicabilidad en la forma establecida en el artículo 85 del Código de Comercio
2. La empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley”.

3.3.1.5. Acciones ejercitables en la vía civil

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo sobre las distintas acciones ejercitables en la vía civil, dado el carácter globalizador de esta investigación, queremos hacer una breve referencia al estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Así, si con “eficacia del contrato” se alude a la producción de unas determinadas consecuencias, a la creación de un deber de observancia del contrato y de una vinculación a lo establecido, con “ineficacia del contrato” se alude a la falta de producción de consecuencias o, al menos, de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido en virtud de la celebración del contrato. Bajo el concepto de ineficacia se engloban una gran variedad de supuestos que tienen como denominador común la existencia de una cierta discrepancia entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada. De ahí que algunos autores prefieran utilizar la expresión “eficacia anormal”.

Esta “eficacia anormal” es una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico ante una infracción negocial: existe un desajuste o desarmonía entre el contrato tal y como había sido previsto por el ordenamiento jurídico y el contrato tal y como ha sido llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre la previsión y la realidad implica una infracción y la “ineficacia” o “eficacia anormal” constituye su sanción.

Así las cosas, se suscita la pregunta relativa a las alternativas del adjudicatario que descubre la falta de originalidad de la obra adquirida. La respuesta al interro-

gante planteado pasa por la consideración del ejercicio de tres acciones, que entre otras diferencias, tienen diferentes plazos de caducidad.

En numerosas ocasiones, la casa de subastas van a alegar la falta de legitimación pasiva “*ad causam*”, ya que al no ser la propietaria del cuadro no son las vendedoras del cuadro, sino las intermediarias. Sin embargo, teniendo en consideración que la compraventa queda perfeccionada, a través del mecanismo de la subasta, entre el comprador y las casas de subastas, que son quienes se obligan recíprocamente a pagar el precio del remate y a la entrega del cuadro, resulta relevante quien pudiera ser su propietario, si la propia sala de subastas demandada o un tercero que le hubiera hecho el correspondiente encargo, porque para que la actuación como mera intermediaria de la operación pueda surtir los efectos pretendidos quedando desvinculada como tal de las obligaciones exigibles al vendedor, es necesario que la parte compradora conozca quién es la persona del comitente. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista 7/1996, de 15 de enero en su art. 57.4 dispone que “El encargo de subasta deberá documentarse por escrito en el que se identificarán las partes, el objeto y condiciones de la venta, así como la retribución de la empresa subastadora.”

Vamos a exponer las distintas acciones en relación con su plazo de caducidad, de más breve a menos:

- **Acción redhibitoria o de saneamiento por vicios o defectos de la cosa (1461-1474 CC)**

Esta acción trata de asegurar la posesión útil de la cosa comprada. El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos. El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. El plazo para el ejercicio de la acción es de 6 meses desde la entrega de la cosa.

La acción redhibitoria se perfila como una acción rescisoria del contrato de forma que el comprador reintegrará al vendedor la cosa comprada y éste, a su vez, devolverá al comprador el precio recibido.

La obligación de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa es ineludible

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

para el vendedor, es decir, no es renunciable aunque demostrase su desconocimiento de la existencia de tales vicios, que no excluyen su responsabilidad redhibitoria, aunque sí podrían afectar a la responsabilidad de responder por los daños y perjuicios causados al comprador. El art. 26 Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, contiene, incluso, una limitación a esta responsabilidad de daños y perjuicios si la venta se celebra bajo su ámbito de aplicación:

“Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.”

Es decir, ya no se alude al desconocimiento del vendedor sino que se exige que éste acredite una actuación con los cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

- **Acción de anulación por error *in substantia* o en las cualidades esenciales de la cosa.**

El artículo 1265 señala que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. El artículo 1266 exige que “para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo.

Señala Castán⁵⁷ que, en su sentido más general, el error consiste en el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o de ese hecho, o de la regla jurídica que lo disciplina.

Díez-Picazo⁵⁸ entiende que el error consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico. En este sentido amplio, el error se tiene en cuenta en diversos ámbitos del ordenamiento

⁵⁷CASTÁN, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II. Madrid: Reus, 1992.

⁵⁸DÍEZ PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, Vol, 2o, Sexta, Madrid: Tecnos, 1999.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

jurídico (se valora, v. gr., el error en el pago de una obligación -arts. 1895 y ss. CC-; el error es, además, un presupuesto de la buena fe -arts. 433 y 1950 CC-).

Ahora nos interesa el error que incide o se produce en el momento de la formación de un negocio jurídico. No todo tipo de error produce la anulabilidad del negocio; ha de ser error relevante o esencial; el problema radica en determinar cuándo tiene tal carácter. En la anulabilidad es la declaración judicial la que priva de efectos al contrato por encontrarse viciado por alguna de las causas que señala el artículo 1301 CC.

La anulabilidad es medida protectora del que ha sufrido un vicio en su voluntad al contratar. Entiende la doctrina que la prueba de la existencia del error incumbe a quien la alega, conforme a la presunción de eficacia de los actos y negocios jurídicos, con base en principio como el de buena fe y la seguridad del tráfico jurídico.

En la mayoría de los supuestos habrá de acudir a la prueba de presunciones. Y, en todo caso, habrá de probarse que el error fue esencial.

Según el artículo 1301 CC, la acción de nulidad dura cuatro años, a contar desde la consumación del contrato.

La legitimación activa corresponde, exclusivamente, a la persona que es titular del específico interés que se protege, así: la persona que haya sufrido el vicio del consentimiento, el incapaz de obrar (o su representante legal), o el cónyuge de cuyo consentimiento se ha prescindido. También ostentan la legitimación activa, en su caso, los herederos de los anteriores y los obligados subsidiariamente (ejemplo, fiador).

La legitimación activa no corresponde a las demás partes del contrato, y ello con independencia de que sean o no los causantes del vicio invalidante (puede ocurrir, por ejemplo, que el vicio haya sido causado por un tercero).

En relación con lo expuesto, es elocuente la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 1974 en la que se enjuicia la eficacia de la adquisición de un cuadro cuya época de realización, según afirmaciones del vendedor, se situaba “aproximadamente” en el siglo XVIII. El comprador, transcurrido un tiempo desde la consumación de la venta, sometió el lienzo a un dictamen de expertos en el que se sostenía que no obstante representar un tema propio del siglo XVIII, la obra era contemporánea. El adquirente interpone entonces demanda de nulidad del contrato, alegando haber padecido un error en el consentimiento. Rechazada la demanda en primera instancia, es admitida en apelación por la Audiencia Provincial. Recurrída la sentencia de la Audiencia por el vendedor, el Tribunal Supremo la casa sobre la base de considerar que el error alegado por el comprador no era sustancial; ello con base en los siguientes fundamentos:

“(…) que después de afirmar que nada hay en los autos que autorice a

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

sentar que el vendedor del cuadro conociera la escasa calidad de éste, ni de que hiciera nada para atraer siquiera a la compradora, ni de que utilizara malas artes para inducir a la celebración del contrato, la sentencia recurrida estima que la compradora ha padecido un error esencial incluíble en la alternativa segunda del párrafo primero del artículo 1266, es decir, el que recae sobre aquellas condiciones de la cosa objeto del contrato que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, error cuya existencia hace derivar de una base de hecho consistente en la celebración de un contrato de compraventa, pero con el resultado de que la compradora pagara 400.000 pesetas por un cuadro cuyo valor comercial según dictamen de perito es mínimo y no superior a 25.000 pesetas...

La indicada base de hecho no autoriza para derivar de ella el error esencial que aprecia la sentencia impugnada, y ello es así en méritos de las siguientes consideraciones: a) en el documento en el que se concretó el objeto de la compraventa se describe tal objeto como un cuadro pintado en lienzo(...) de época aproximadamente de finales el siglo XVIII o comienzos del XIX, sin que el documento mantenga alusión ni referencia alguna respecto del autor, escuela, tendencia, ni en suma a la calidad pictórica del cuadro en cuestión, y no cabe sostener que el consentimiento se dio por motivos distintos de los que aparecen claramente expresados en el indicado documento, pues si existieran otros, se habrían también consignado...; b) tampoco cabe apreciar que la eventual o hipotética antigüedad del cuadro sea la condición que principalmente motivó la celebración del contrato, ya que, en relación a tal circunstancia, el documento mencionado la establece sólo por vía de aproximación, y, además, en el dictamen pericial se dice que “no es reciente, acaso de finales del siglo XIX o principios del XX”, adverbio de duda que tanto quiere decir como quizá o tal vez.

En la misma línea de la anterior, precisamente con referencia a una venta celebrada en la sala de subastas Castellana, cabe citar la SAP de Madrid 16 enero de 2003, relativa a la pretensión de nulidad de la enajenación a instancia del adjudicatario. Éste aducía haber sufrido un error en el consentimiento sobre la autoría del cuadro adjudicado. La Audiencia desestima la pretensión invalidante del contrato, argumentando lo siguiente:

“(...) lo cierto es que no ha quedado en modo alguno acreditado, que haya existido un error determinante en el consentimiento de la parte demandada

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

en el momento de la adquisición de las obras de arte en subasta, puesto que el catálogo que figura respecto del cuadro atribuido a Lucio, es claro en el sentido de que no está firmado por el citado pintor sino que está firmado por otro pintor distinto, conteniéndose un estudio realizado por la especialista doña Estíbaliz, sobre porque (sic) atribuyen la autoría a Lucio, pero evidentemente ello no supone una atribución clara y terminante de dicha autoría y la parte compradora en la subasta tiene los datos suficientes para decidir si accede o no a la compra.

Así pues: carácter esencial del error sobre la autenticidad del bien adjudicado, en la medida en que la referida cualidad venga atribuida inequívocamente a dicho bien en el catálogo de la subasta.”

Las causas de nulidad deberán ser acreditadas de forma inequívoca. Según la jurisprudencia (STS 26 de julio 2000) los requisitos para el ejercicio de esta acción son:

- * El motivo de nulidad ha de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad.
- * No debe ser imputable a quien lo padece.
- * Que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular. La “excusabilidad” ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error como del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

■ **Acción resolutoria del contrato por incumplimiento por entrega de cosa distinta *aliud pro alio***

Como se desprende de nuestro Código civil en el art. 1124 se trata de una acción que nuestro CC otorga a los contratantes para que puedan resolver aquellos contratos en los que la contraparte no cumple con su obligación, para que pueda restituir sus derechos y reclamar los daños y perjuicios que le puede haber ocasionado el incumplidor con su actitud. No se trata de una condición resolutoria tácita inherente a la reciprocidad, sino de una verdadera acción resolutoria dirigida a proporcionar una protección rápida

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

y eficaz frente a la falta de cumplimiento de la otra parte.

Se debe diferenciar por último, la existencia de vicios ocultos, que menoscaban la cosa para el fin al que se destina (inhabilidad parcial), de la entrega *aliud pro alio*, esto es la entrega de una cosa distinta con una inhabilidad total que la hace totalmente inútil para el fin al que se destina. Podemos apreciar la diferencia entre ambas figuras en el tenor de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 30 abril 2012:

“En relación con la doctrina denominada *aliud pro alio* y su relevancia en la resolución contractual tiene establecida entre otras muchas la STS 17 de febrero de 2010. “Uno de los supuestos de incumplimiento que abren paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC EDL 1889/1, susceptible también de ser contemplado bajo el principio de la identidad e integridad del pago (art. 1166 CC EDL 1889/1), es el de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, que se produce cuando el objeto entregado por el vendedor es inhábil para el cumplimiento de su finalidad (SSTS, entre otras, de 26 de octubre de 1987, 29 de abril de 1994, 10 de julio de 2003, 28 de noviembre de 2003, 21 de octubre de 2005, 15 de noviembre de 2005, 14 de febrero de 2007 y 23 de marzo de 2007). La acción de saneamiento por vicios ocultos no presupone necesariamente un incumplimiento sustancial de la obligación de entrega, pues ésta tiene por objeto la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato (artículo 1468 I CC EDL 1889/1) y, en consecuencia, la acción por incumplimiento cuando existe un aliud por alio no está sujeta al plazo de caducidad de las acciones edilicias (SSTS de 10 de mayo de 1995, 30 de noviembre de 1972; 29 de enero de 1983, 23 de marzo de 1983; 20 de febrero de 1884; 12 de febrero de 1988, 2 de septiembre de 1998, 12 de abril de 1993, 14 de octubre de 2000, 28 de noviembre de 2003, 15 de diciembre de 2005). Mediante esta doctrina se remedian los abusos en que se traduciría la aplicación excluyente de la acción de saneamiento, pues las acciones redhibitoria y *quanti minoris* (en cuanto menos), sujetas al plazo de caducidad establecido en el art. 1486 CC EDL 1889/1, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina (STS 29 de septiembre de 2008, RC núm. 3861/2001)”.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

La diferencia es fundamental pues mientras la existencia de un vicio oculto permite el ejercicio de la acción redhibitoria en el plazo máximo de seis meses, la entrega *aliud pro alio* (entrega de cosa diferente) no se sujeta al plazo de caducidad de seis meses sino al general de prescripción de 15 años del art. 1964 CC. Los matices de diferenciación no siempre resultan absolutamente precisos, y se deberá analizar cada caso concreto. De manera general se estima la existencia de un vicio oculto cuando la cosa pueda servir, a pesar de su defecto, para el fin al que iba a ser destinado (aun con menoscabo), mientras que existe *aliud pro alio* cuando el vicio es tan grave que la cosa no puede ser de ninguna forma destinada al fin al que se destinaba.

El fundamento, pues, de la estimación de la demanda es el artículo 1124 CC, en cuyo ámbito se encuadra la doctrina del “aliud pro alio”, con los efectos que implica en cuanto a la eficacia del contrato.

Por ello, interesa significar que la STS, Civil sección 1 del 08 de febrero del 2003 (ROJ: STS 781/2003), con cita de las de 30 noviembre de 1972, 29 enero y 23 marzo de 1983, 20 febrero de 1984, 12 febrero de 1988, 12 abril de 1993, entre otras muchas, ha declarado:

”que se está en presencia de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los arts. 1101 y 1124 del CC y sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el art. 1490 para el ejercicio de las acciones edilicias, porque tales acciones resultan inaplicables en las que la demanda no se dirige a obtener reparaciones por vicios ocultos, sino los derivados del defectuoso cumplimiento al haberse entregado cosa distinta o con defectos impropios, cuyo plazo de prescripción es el de quince años (art. 1964 Cc)”.

La STS 17 diciembre del 2002, y la STS 16 noviembre del 2000 recuerdan:

“Es doctrina reiterada de esta Sala (...) la que declara que se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o “*aliud pro alio*” cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los arts. 1101 y 1124 del Código civil; tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obten-

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

er de ella la utilidad que motivó su adquisición, sin que sea suficiente para instar la resolución una insatisfacción puramente subjetiva del comprador”.

Asimismo, la STS 31 julio del 2002, ha declarado que:

“Ya la doctrina de esta Sala tiene declarado que el cumplimiento “grave-mente defectuoso” apareja incumplimiento - sentencias de 26 de octubre de 1981, 5 de junio y 29 de noviembre de 1985, 17 de septiembre de 1987, 1 y 22 de julio de 1995, 8 de febrero y 1 de abril de 1996 -. Así se repite por la sentencia de 17 de febrero de 1994 cuando se da inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, se produce incumplimiento pleno, mientras los demás defectos encajan en la calificación más benigna. La de 23 de enero de 1998 repite que cuando se entrega cosa distinta a la pactada, es imposible el cumplimiento por inhabilidad del objeto, porque no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, pues basta frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte - sentencias de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985 -. Determina la resolución la entrega de cosa inservible, con independencia de que la compraventa sea civil o mercantil - sentencias de 29 de febrero de 1988, 24 de mayo y 30 de septiembre de 1989, 29 de abril y 10 de noviembre de 1994 y 1 de diciembre de 1997 -. La evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada desencadena la resolución, como adoc-trina la sentencia de 28 de febrero de 1986 y repiten las de 8 de febrero y 29 de mayo de 1996. En definitiva, la inhabilidad del objeto, como recoge la sen-tencia de 26 de febrero de 1996. En todo caso, el problema del cumplimiento o incumplimiento es de orden fáctico - sentencias de 12 de junio de 1986, 8 de noviembre de 1997 y 19 de enero de 1998 -. Finalmente, la inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ello la utilidad que motivó su adquisición, sin que sea suficiente una insatisfacción puramente subjetiva del comprador, como señalaron las recientes sentencias de 16 de noviembre de 2000 y 20 de abril de 2001-”.

En definitiva, que la entrega de cosa distinta en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, nos hallamos en presencia de un supuesto de “*aliud pro alio*” significado por resultado inútil para su destino, equiparable a la falta de entrega y que le alcanza el plazo de prescripción de quince años, propio de las obligaciones personales, como han recogido las Sentencias

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

de 12 diciembre de 1993, 20 febrero de 1984, 6 marzo de 1985 y 8 marzo de 1998. Y como recuerda la STS 6 noviembre del 2006:

Resulta necesario (...), distinguir entre vicios ocultos y prestación distinta, o “*aliud pro alio*”, según la doctrina establecida por la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993, recogida entre otras en la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2005. La expresada resolución afirma que tal distinción puede determinarse “partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la pretensión diversa como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto o por insatisfacción del comprador. El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo supuesto se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado o que, el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato o insatisfacción objetiva del comprador, que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento”.

Algunos autores señalan desde hace años cómo el Tribunal Supremo ha desarrollado la doctrina de entrega de “*aliud pro alio*” (una cosa por otra) para otorgar al comprador una protección adicional posiblemente de dudosa deducción de la regulación del contrato de compraventa en el Código civil. Tiene base en el párrafo primero del artículo 1166 del Código civil conforme al cual “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”. Varios trabajos dan cuenta de su elaboración jurisprudencial y muestran su evolución.⁵⁹ De los datos que ofrecen y del estudio de la jurisprudencia, se deduce que el *aliud pro alio*

⁵⁹PRATS, “La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)”. En: *Revista General de Derecho*, nº 573, 1992, pp. 5081 a 5106; ORTI VALLEJO, “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el “*aliud pro alio*”: jurisprudencia más reciente”. En: *Aranzadi Civil*, vol. I, 1996, pp. 41 y siguientes; VERDA, J. “Entrega de “*aliud pro alio*” (Comentario a la STS 23 enero 1998). En: *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, páginas 173 a 184.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante incumplimiento contractual; así, se aplica el artículo 1124 y el comprador puede exigir resolución del contrato y responsabilidad contractual conforme al artículo 1101 del Código civil.

Se trata, casi siempre, de compradores que han perdido la posibilidad de ejercitar las acciones redhibitorias por vicios ocultos de los artículos 1484 y siguientes del Código civil. Es fácil en la práctica; los plazos de ejercicio son de caducidad y empiezan a computarse inexorablemente desde el momento de la entrega del bien (artículo 1490) y no cabe considerar pospuesto el *dies a quo* a la fecha, por ejemplo, del conocimiento de la falta de cualidades del objeto de compraventa por el comprador. No sucede lo mismo en otras acciones de naturaleza similar como, por ejemplo, la del último párrafo del artículo 1483 que ampara la reclamación de indemnización del comprador durante el año siguiente a contar desde el día en que descubra la carga o servidumbre sobre la finca que adquirió.

Como señaló Bercovitz,⁶⁰ los plazos cortos previstos en las acciones edilicias, tienen como finalidad servir a la seguridad del tráfico jurídico; así, por ejemplo, otorgar al comprador una opción entre acciones edilicias y acción de impugnación por error es contrario al fin principal de aquéllas.

En esta materia se produce un concurso de normas aplicables y de acciones a ejercitar que, como ha indicado Carrasco Perera,⁶¹ responde a la misma lógica en la que se sustenta la doctrina relativa a la concurrencia entre responsabilidad contractual y extracontractual y que se encuentra de forma similar en otros ámbitos del contrato de compraventa. Así, por ejemplo, entre normas de consumo para exigir responsabilidad y garantías singulares al vendedor y acciones del Código como la de anulabilidad por error o dolo.

Estudios más recientes vienen denunciando la escasa consistencia de la distinción que hace el Tribunal Supremo entre cosa viciosa y *aliud pro alio*: “al delimitar el *aliud pro alio*, utiliza unas pautas semejantes a las que usa el artículo 1484 del Código civil al

⁶⁰BERCOVITZ, R. “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”. En: *Anuario de Derecho Civil*, 1969, p. 787.

⁶¹CARRASCO, A. “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual”. En: *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 1885 y ss.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

establecer el requisito de la gravedad de los vicios ocultos, cuando exige que el defecto haga la cosa impropia para el uso a que se la destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.”⁶²

Es interesante cómo ha resuelto la jurisdicción civil la entrega de un cuadro falso en una compraventa de obras de arte, con una evolución jurisprudencial, aunque no del Tribunal Supremo: “En un primer momento, no se entendió en la compra de un cuadro falso, la entrega de cosa diversa o *“aliud pro alio”* por parte del vendedor, pues el cuadro comprado era el que se hallaba expuesto en el local de la vendedora y éste es el que le fue entregado y lo mantuvo en su poder muchos años “disfrutando” de él. En esencia, la doctrina jurisprudencial” consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no solo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido; sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin que se destina, por carecer las cualidades previstas en el contrato o presupuestas por las partes al tiempo de su celebración.”⁶³

La Sala 1ª STS 2 septiembre de 1998 afirmó:

“se está en presencia de la entrega de una cosa diversa o *“aliud pro alio”*, cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 del Código civil; tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición, sin que sea suficiente para instar la resolución una insatisfacción puramente subjetiva del comprador. La finalidad para la que se vendió el cuadro y para la que fue adquirido, *no fue otra que la de satisfacer el gusto estético del comprador o su afán coleccionista, finalidades que no quedaron frustradas.* como lo evidencian los largos años en que el comprador mantuvo el cuadro en su poder antes de intentar su venta y llegar a conocer que no se trataba de un cuadro original del pintor cuyos apellidos figuraban en él; la falsedad del

⁶²VERDA, (Ob. cit).

⁶³Así lo expresa VERDA, J. *Saneamiento por vicios ocultos*. Pamplona: Aranzadi, 2009, pág. 313.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

cuadro al resultar probada su falta de autoría por aquel cuya firma figuraba en él, podría dar lugar a otro tipo de acciones, pero no a la de cumplimiento del contrato o subsidiaria resolución, no siendo aplicable al caso la invocada doctrina relativa al “*aliud pro alio*”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido siempre que si la cosa vendida no coincide con las características de la ofrecida, se está en presencia de entrega de cosa diversa o “*aliud pro alio*” cuando la inhabilidad del objeto suministrado por el vendedor al comprador hace imposible su aprovechamiento, siendo en estos casos aplicables los arts. 1101 y 1124 del Código civil por constituir dicha inhabilidad o ineptitud del objeto incumplimiento de contrato y no vicio redhibitorio (Sentencias de 7 enero 1988, que cita otras varias, 8 marzo y 30 octubre 1989).

Más recientemente, la jurisprudencia, en Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) Sentencia núm. 608/2012 de 26 noviembre, admite la entrega de cosa diversa “*aliud pro alio*”:

“Pues no cabe duda de que quien colecciona obras de arte o gusta de su compra, como aquí el señor Julián, su insatisfacción es total cuando lo adquirido es falso (término que según el DRAE, indica: 1. adj. Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad. 2. adj. Incierto y contrario a la verdad), por muy estético (bello y elegante) que sea.

(...) basada en el “*aliud pro alio*”, esto es cuando se entrega cosa distinta, por no cumplir las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, lo que es equiparable a la falta de *entrega*, y en cuanto al plazo de prescripción, señala el TS, Sala 1ª, en su Sentencia de 8-3-1989 (RJ 1989, 2026) (EDJ 1989/2596), que corresponde no el de las acciones por causa de vicio en la cosa, sino de falta de entrega, a la que alcanza el plazo de prescripción de quince años, establecido en el artículo 1964 del Código civil, para las acciones personales, plazo que aquí no ha transcurrido”.

Ciertamente, desde el punto de vista temporal, la demanda basada en el error se presenta más ventajosa para el adjudicatario que las acciones previstas para la denuncia de los defectos ocultos. Ahora bien, no es menos cierto, que siendo posible el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124, el demandante puede obtener con ellas mayor provecho que el derivado de la nulidad del contrato por el referido vicio del consentimiento.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Y es que el vendedor vencido en el juicio que trae causa de la interposición de las acciones edilicias del Código civil o de las reguladas en la LGVBC, habrá de abonar, no sólo el precio pagado por el adjudicatario, sino los gastos en que éste hubiere incurrido por razón de la venta. El artículo 1486.1 del Código civil establece que *el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.*

Por su parte, el párrafo segundo de la disp. adic. de la LGVBC dispone que en todo caso, *el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.* Sin embargo, anulado el contrato por error en el consentimiento de una de las partes, éstas procederán a la restitución de sus correspondientes prestaciones, siendo de cuenta de cada una de ellas los gastos que respectivamente hubieran realizado.

Recientemente, SAP Barcelona de 25 junio 2013, la AP declara al demandante responsable solidario con el vendedor. Procede la resolución contractual por incumplimiento ya que no se indica en la oferta del catálogo que las cualidades del cuadro fueran simplemente supuestas, causando en el adquirente la convicción de que el cuadro era obra, sin sombra de duda, del pintor anunciado. Además hay negligencia y responsabilidad en la demandada pues no se ha probado que hiciera nada para comprobar, mínimamente, la autoría, ni para clarificar las dudas y darlas a conocer a los posibles postores. Para una obra de precio de puja elevado era exigible llevar a cabo algún tipo de comprobación:

“Aunque no es preciso acudir a la doctrina sobre el error por vicio en el consentimiento, procede la declaración de resolución contractual por haber incumplido la demandada su obligación de comprobar la veracidad de las certificaciones emitidas, sea quien sea el que la facilite.

La demandada no puede ampararse en unas condiciones generales insertas en el catálogo de los bienes a subastar, los cuales además de no ser facilitados personalmente a los licitadores futuros compradores, precisamente vienen a confirmar que la obligación de la demandada es ofrecer los lotes previo “exhaustivo” estudio por parte del equipo (supuestamente expertos en arte) de la demandada.

Pero es que, además, es preciso acudir a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Ordenación del Comercio Minorista (no modificada, a nuestros efectos, ni por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, ni por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad) que regula en su art. 58 la oferta de venta en subasta y dice en su punto 1 que “la oferta de venta en subasta deberá contener una descripción veraz de los objetos que salen a la misma, con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente, supuestas o adveradas por determinado experto”.

Añade el apartado 2 que “en especial, cuando, en salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas”.

Prosigue el texto diciendo que “cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias” y concluye la Ley en el art. 61.2 diciendo que “la empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente Ley”.

La SAP, Civil Sección 16 del 22 de febrero del 2007 (ROJ: SAP B 2033/2007) afronta un caso de dudas de autoría que no fueron comunicadas al público.

La STS, Civil Sección 1 del 9 de octubre del 1981 (ROJ: STS 4980/1981) acudía, conforme previene el art. 59 del Código de Comercio a los “usos de comercio”, para considerar que existe un uso de comercio generalmente admitido y observando, según el cual, los comerciantes y vendedores de obras pictóricas, en relación con la autenticidad y carácter genuino de la pintura vendida en su establecimiento, de autores fallecidos o no contemporáneos, se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance”,

lo que exige explicitar los elementos de juicio conseguidos y el juicio de valor llevado a cabo.

Un nuevo estudio de las actuaciones hace ver que la valoración de la sentencia apelada es correcta.

En el catálogo de la demandada se ofrecía el cuadro litigioso, a toda página, es decir como obra destacada (p. 355), con el título “1816. Giorgio Morandi (Bologna, 1890-1964). Naturaleza muerta. Certificado por la galería Milanesa Milione. Medidas 18 x 23 cm. Salida 27.000 euros”. A cualquier postor medio esta información le adveraba que, a juicio técnico del subastador, el cuadro era auténtico. No se indica en la oferta del catálogo que las cualidades del cuadro sean simplemente supuestas, causando en el adquirente la convicción de que el cuadro es obra, sin sombra de duda, del pintor anunciado. El cuadro ha resultado “no auténtico”, de lo que no hay duda a la vista de la documental del “Comitato” italiano que adviera la obra de Morandi (f.27 y 28) y de la pericial del Sr. Nazario (f. 30 y declaración en juicio), que confirma la falsedad y la “nula cotización” del cuadro.

Hay negligencia y responsabilidad en la demandada pues tenía obligación de hacer juicio técnico sobre la veracidad o la duda y no acredita que lo hiciera, lo que era de su cargo (art. 217 LEC EDL 2000/77463). Se dice pero no se prueba que se llevaron a cabo diligencias de comprobación por los expertos de la galería: no se ha probado que la demandada hiciera nada para comprobar, mínimamente, la autoría, ni para clarificar las dudas y dar a conocerlas a los posibles postores.

En este sentido, se dice que el vendedor era “Ruperto”, galerista, en la contestación a la demanda, pero no se ha acreditado y la factura se libró reiterando la autoría (f.18).

El único elemento de supuesta adveración es el “certificado”, expedido a mano, de la “Galleria di Millione” (f.29) de 21 de febrero de 2005, documento cuyo tenor literal es: “L’aquarella que sul retro riprodotto é ópera Autèntica dil Maestro. E appartenuta alla mia raecolta personale Avuto direttamente dalle sorelle Morandi”. El solo examen de este “certificado” debió generar dudas, al no presentar firma alguna legible y solo un sello de una galería italiana. No se sabe quién certifica, si su credibilidad para dar fe de la cadena de custodia entre los herederos del pintor y el galerista, y entre este y el supuesto Sr. Ruperto. No se acompaña siquiera el documento de cesión para

subasta. Tampoco se dudó de la cualificación técnica de un certificante de nombre ignoto. Para una obra de precio de puja elevado (27.000 euros) era exigible llevar a cabo algún tipo de comprobación. Este “certificado” resulta insuficiente, además de incorrecto, si no falsificado.

Así pues, como ya se ha expuesto, no puede escudarse la demandada en la condición 4 c) del folleto de propaganda, cláusula general de exención de responsabilidad que no fue aceptada por la actora.

En definitiva, no contrastó la veracidad, ni advirtió de ella o de la falsedad, con lo que incumplió con la previsión legal de hacerlo constar. Se limitó a dar por bueno lo que le decía el vendedor y no ha probado haber llevado a cabo actuación alguna para cerciorarse de la autenticidad o para ponerla en duda. Ha incumplido el deber de información y es responsable solidariamente con el vendedor, conforme a las previsiones del art. 61 de la Ley de Comercio Minorista”.

Una vez realizado un análisis sucinto de las acciones civiles ejercitables, volvemos al delito de estafa.

3.3.2. Los sujetos intervinientes

Por cuanto hace a las circunstancias personales del adquirente de obras de arte, una de las que se invoca con más frecuencia por la jurisprudencia es la relativa a su formación profesional o los conocimientos que pudiera tener sobre la referida clase de bienes. Ello, por lo demás, es lógico si se tiene en cuenta que la persona especializada dispone de un nivel de información que justifica que la omisión del deber de evitar el error se haga menos disculpable en él, que en el caso de ser imputable la negligencia a un profano. En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia de 28 febrero 1974 (RJ 1974, 742), citada ya con anterioridad, sobre la venta del lienzo fechado por vía de aproximación en el siglo XVIII, probándose después que realmente se había realizado en el siglo XX. El Tribunal Supremo, una vez examinado el requisito de la esencialidad del error, en relación con la nota de la excusabilidad afirma lo siguiente:

“(…) no es racional presumir en unos anticuarios, es decir, en personas que hacen profesión del conocimiento de las cosas antiguas, como lo son la compradora y sus hijos que materializaron el contrato, la inexperiencia en asuntos de su profesión que el supuesto error en la época del cuadro implica”.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

En esencia, las consideraciones del pronunciamiento precedente han sido acogidas en la Sentencia de 9 octubre 1981 (RJ 1981, 3595) en la que se desestima la pretensión de nulidad de la venta de un cuadro del que se afirma por el vendedor haber sido realizado por Sorolla, descubriéndose con posterioridad a la enajenación la falsa autoría del lienzo. Refiriéndose al error del consentimiento aducido por el comprador demandante, el Tribunal Supremo manifiesta:

“(...) mas no dejando de tener en cuenta la doctrina sobre su sentido de alegada excepcionalidad —se está haciendo referencia al error vicio invalidante del contrato—, consecuencia de los principios de responsabilidad y de protección de la buena fe, como el de seguridad del tráfico jurídico, que impide su invocación cuando éste pudo ser evitado con tan sólo la más normal diligencia, más exigible en supuestos como el presente en el que se trata de personas peritas, conocedoras del negocio... llega el juzgador de instancia a la procedente desestimación de la existencia de tal vicio y con ello a la ya anunciada, igual conclusión que la anterior, sobre la validez del contrato celebrado entre las partes objeto de litis. Ahora bien, admitida la relevancia de la condición del adquirente a efectos de negar la excusabilidad del error, ello no debe conducir a afirmar respecto de quienes no son profesionales en el mercado de las obras de arte, que la equivocación sobre las cualidades de éstas es siempre excusable. Y es que, cuando el vicio es inducido por el destinatario de la declaración viciada —en este sentido cabe sostener que la tasación que realiza la empresa de subastas por cuenta del vendedor provoca el error del adjudicatario— en virtud de una conducta lícita —es decir, no concurriendo dolo ni culpa—, la excusabilidad del error padecido por el adjudicatario vendrá determinada por la diligencia de éste en orden a su evitación”⁶⁴.

⁶⁴Recuérdese que en los casos de inducción dolosa y culposa el error se considera excusable en todo caso, aun cuando no hubiere empleado el adjudicatario la diligencia debida en orden a evitarlo. En este sentido, cabría apreciar dolo por parte de la empresa de subastas en orden a la provocación del error, en el caso de afirmaciones falsas incluidas en el catálogo a sabiendas de su falsedad con el fin de captar engañosamente la voluntad de los licitadores. Por su parte, sería culposa la inducción del error, cuando la empresa de subastas no hubiere empleado los medios más apropiados en orden a la constatación de las cualidades afirmadas del objeto adjudicado.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Avala la afirmación precedente la SAP de Valencia 23 junio de 1997, relativa a la venta de un cuadro representando a San Juan Bautista niño como obra de Bartolomé Esteban Murillo. El lienzo es adquirido en 1987 por el demandante en la creencia de la autoría mencionada, pues así lo afirmaba la vendedora, una galería de arte de Barcelona. En el año 1994, el comprador pretende pagar a una empresa inmobiliaria parte del precio por la adquisición de una vivienda unifamiliar, mediante la dación en pago del referido cuadro. La entidad vendedora del inmueble condiciona la aceptación definitiva de dicha forma de pago a lo que la empresa multinacional de subastas de obras de arte Sotheby's certificara sobre la autenticidad y valor de la obra litigiosa. En el dictamen emitido por dicha empresa se estima que el cuadro no es de Murillo, sino de un contemporáneo próximo, pudiendo haber sido pintado en el taller del citado artista. Con base en estos hechos, se pide la nulidad de pleno derecho de la venta (acaso porque la acción de error en el consentimiento había prescrito), alegando la ausencia de un elemento esencial del contrato; a saber: su objeto. En primera instancia se da la razón al demandante. Interpuesto recurso de apelación por el vendedor, la Audiencia revoca la sentencia de instancia al entender que en la compraventa del presunto Murillo hubo objeto, consentimiento y causa; y se aclara que, en todo caso, podía haberse intentado la anulación por error en el consentimiento. En relación con esta última posibilidad, en el pronunciamiento de referencia se hacen las siguientes consideraciones:

“(...) A la vista de los documentos presentados con la demanda, se puede decir que el contrato puede tener un vicio del consentimiento por error en aquella condición esencial del mismo, como es la autoría de Murillo; pero para que este error esencial sea invalidante del consentimiento ha de ser además excusable..., requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de auto-responsabilidad y de buena fe, este último consagrado hoy en el artículo 11 del Código civil (sic). Es cierto también que el propio Alto Tribunal establece que la diligencia exigible es mayor cuando se trata de un profesional o de un experto, pero es el propio actor el que nos dice en su demanda que la persona a quien pretendía venderlo, una inmobiliaria, por tanto también ajena al comercio de obras pictóricas, extremó la precaución hasta exigir un certificado de Sotheby's, por lo que esta misma diligencia podía haberse tomado por el actor para el caso de que entendamos que esta opinión de Sotheby's no admite contradicción, cosa de

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

la que no estamos seguros”.⁶⁵

En suma, respecto del adjudicatario que tiene una formación o conocimientos especiales sobre obras de arte, excusabilidad del error padecido; y respecto del adjudicatario profano en dicho sector del mercado, excusabilidad del error si la inducción de éste por parte de la empresa de subastas trae causa de una conducta dolosa o culposa.

El artículo 248 no exige característica alguna en el sujeto activo, por lo que habrá que concluir que no se trata de un delito especial, sino común, pues *ab initio* del art. 248: “Cometen estafa, los que . . .”. Es decir, este delito puede ser cometido por particulares, en una compraventa entre ellos, como por un particular a través de un comerciante o establecimiento comercial (galerías, casas de subastas, anticuarios), como ser cometida por los mismos comerciantes. Ya hemos tratado de los operadores del mercado del arte al principio de nuestra exposición en el Capítulo 1.2 *El mercado de las obras de arte y sus elementos*.

Hay que recordar que el art. 31 bis dispone los requisitos generales para que una persona jurídica pueda ser imputada y declarada responsable penalmente. A la vista de lo legalmente dispuesto, se puede decir que se establece un sistema de doble vía en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De una parte, la responsabilidad por representación (administrador, gerente, etc.) y, de otra, la *culpa*

⁶⁵Contra la decisión de la Audiencia, transcrita en el texto, se interpuso recurso de casación. En la sentencia de 28 de mayo de 2003 (RJ 2003, 7157), el Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento de la Audiencia, dando la razón a la demandada -primera vendedora-, fundamentando el fallo en los motivos siguientes: “... Para decidir sobre el motivo casacional acabado de exponer es necesario tener en cuenta que el actor, hoy recurrente, no consta ni que fuera experto en obras de arte pictóricas, ni que se relacionase de algún modo profesionalmente con su tráfico. Se trata simplemente de una persona que adquiere un cuadro cuya autoría la familia vendedora atribuye a Murillo, por la expertización que en 1952 dice que realizó un ilustre y autorizado profesor. Así reza en nota mecanografiada al dorso de la fotografía del cuadro, firmada por el codemandado don Juan Enrique al tiempo de la venta (21 de abril de 1987). En suma, ambas partes consideraron de Murillo el cuadro, confiadas en la referida expertización. Años después de la venta, otras opiniones de expertos no atribuyen la paternidad a Murillo, y sobre la base de esta expertización se insta la nulidad absoluta por falta de objeto y causa del contrato, lo que no puede ser admitida ya que estamos simplemente ante unas opiniones encontradas, no ante el descubrimiento de la verdad objetiva. Si el comprador del cuadro adquiere el mismo porque confía en el dictamen de un experto reputado, nada puede reclamar salvo que pruebe que la expertización no se produjo o que incidió en errores objetivos para la época en que se hizo a juicio de otros expertos, y nada de esto ha sucedido aquí, pues las quejas del recurrente residen en que el cuadro no es de Murillo a juicio subjetivo de otros expertos”.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

in vigilando, o responsabilidad por defecto de organización sobre sus empleados. Este último supuesto ha hecho que se anuncie repetidamente la conveniencia de aplicar a las empresas los sistemas de *corporate compliance*, como se hace en los países anglosajones, para evitar en lo que cabe las responsabilidades por actuaciones de sus empleados que no respetan las normas del código de conducta implementadas por la persona jurídica donde prestan sus servicios.

A todo ello debe añadirse que la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo puede declararse en los supuestos específicamente tipificados en la parte especial del Código penal, bajo el principio de tipicidad previsto en los arts. 1 y 4 CP. Tras la modificación del Código penal en por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, se incorpora el art. 251 bis respecto a las estafas:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

1. Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
2. Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Por lo que las personas jurídicas que operan en el mercado del arte pueden cometer este delito.

Para que concurra la estafa, se tendrá que haber producido el engaño de manera dolosa, nunca por imprudencia y quebrado la presunción de inocencia por parte de la acusación con pruebas que demuestren hechos concluyentes.

Como enseña la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 136/99 y 155/02), la inferencia de que un hecho ha ocurrido no es apreciable si los indicios sólo conducen al hecho de un modo que no resulta concluyente, por excesivamente abierto, débil o indeterminado (189/98 y 220/98). De esta manera, los indicios se pueden clasificar en necesarios y contingentes. Son indicios necesarios, aquellos que revelan de un modo cierto una causa dada y contingentes aquellos que la revelan de un modo más o menos probable.

Los **particulares** pueden ser sujetos activos del delito. Veíamos como Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16^a) en Sentencia núm. 139/2008 de 24 septiembre ab-

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

solvió a un particular que llevaba un cuadro falso a una casa de subastas por no quedar demostrado que concurría el engaño típico en la conducta del acusado:

“(...) ha de concluirse necesariamente que para considerar a Bartolomé autor de un delito de estafa ha de probarse indubitadamente que sabía que el cuadro pintado al óleo sobre lienzo de 70 x 68 centímetros titulado “Jardines de Aranjuez” en el que aparece una firma que reza Luis Francisco, y que el día 13 de mayo de 1999 llevó para su subasta a las dependencias de la entidad CASTELLANA SUBASTAS de Madrid, era falso, y que ocultó este dato para obtener un enriquecimiento patrimonial injusto”.

Otro tema, es que no exista un protocolo por parte de aquellos operadores que reciben obras falsas y que las rechazan y estas obras siguen circulando. Como ya comentábamos anteriormente, a no ser que se localice un “stock” importante de cuadros falsificados que denote la intención de comerciar con ellos, estos no se pueden decomisar. Por eso, si un establecimiento del sector (como una galería o una casa de subastas) rechaza una obra porque se da cuenta o sospecha de que es falsa y la devuelve al propietario, deberían estar obligados a anotarlas en sus libros registro en el que se inscribirían los nombres de las personas que quieran traficar con obras de arte falsas.

Actualmente, la existencia de estas obras falsas se hallan en disposición de entrar en el mercado en cualquier momento. No se pueden equiparar todas las falsificaciones. Hay algunas en las que la atribución genera controversia, y es fruto de la valoración, pero hay otras en las que se observa un claro ánimo defraudatorio y de especialización que no puede ignorarse. Actualmente, no se puede hacer nada por parte de la policía, y sin embargo, en el mercado representan un peligro grave para los intereses sociales o individuales. Habría que fijar un protocolo de intervención de la policía especializada.

Por otro lado, también pueden ser sujetos activo del delito los **comerciantes**. Es comerciante la persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedica a él habitualmente -artículo 1 del Código de Comercio-; de lo que se extrae que la nota característica, del sujeto activo de este delito, es la profesionalidad en la comercialización. Del mismo modo tiene que concurrir el engaño típico en su conducta que tienen que ser lo suficientemente concluyentes para tener como probado que tenían conocimiento de la falsedad de los cuadros que ofertaban en venta. Ante una duda razonable, que lleva a la absolución.

En SAP Madrid de 21 septiembre 2004, se afirma que la inferencia sobre el conocimiento de los acusados sobre la falsedad de los cuadros, se relativiza si se considera que las

salas de subastas que regentaban no son especializadas en obras pictóricas, sino de carácter generalista, lo que dificultaba la consideración de sus dueños como necesariamente expertos y concretamente conocedores de la obra de un pintor de relevancia regional, pues:

“la identificación de las copias falsas requiere indudablemente no sólo conocimientos de pintura, sino específicos sobre la obra del autor. De hecho, la galería Sotheby’s sometió algunas de las obras falsificadas al peritaje de su experto en arte contemporáneo sin que detectara anomalía alguna, y consta además que cuando le fue solicitado un dictamen al director del Museo de Bellas Artes de Oviedo contestó indicando la conveniencia de que fuera realizado por persona experta en dicho pintor, señalando precisamente a la directora del Museo, y disculpándose por no ser él mismo experto en dicha obra.

Desde otro punto de vista, la totalidad de los objetos ofertados en subasta se hace constar en el correspondiente catálogo, que se difunde ampliamente, e incluso se remite a la Brigada de Patrimonio Histórico; de hecho, por la entidad denunciante vino en conocimiento de la oferta de venta de los cuadros por la vía del catálogo de la subasta. Esta circunstancia, unida a la escasa relevancia económica de la comisión que se podría obtener por tales operaciones, al tratarse de obras menores, son datos que refuerzan las dudas que se han expresado”.

3.4. Negocios jurídicos criminalizados

El engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (STS 2 septiembre de 2003), porque en caso contrario, quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares, en la historia criminal), o el traspaso de aquellos resortes que se fundamentan en el principio de confianza en el tráfico mercantil (generalmente, los llamados negocios criminalizados).

La estafa puede realizarse a través de manifestaciones que no se corresponden en absoluto con la realidad (engaño explícito o semántico) creando todo un artificio falso con apariencia de realidad. Pero junto a esta, también se considera estafa, aquellos negocios que se realizan pero en los que no hay voluntad de cumplir sus prestaciones

futuras.⁶⁶

Son negocios en los que el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar pero, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a esta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, instrumentalizando aquellas prestaciones ajenas al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas; por tanto se está en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado cuando todo aparece como normal pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple, lo que se descubre después, cuando ya se ha realizado el acto dispositivo por el engañado.

El erróneamente denominado por la mayoría de los operadores jurídicos como “contrato criminalizado”, puesto que no se criminaliza un negocio jurídico, sino un delito. Independientemente del “*nomen iuris*”, la STS de 20 de diciembre de 2006 señala que, la “criminalización” de los negocios civiles se produce cuando el propósito defraudatorio del agente surge antes o en el momento de celebrar el contrato y es capaz de mover por ello la voluntad de la otra parte, mientras que el dolo en el cumplimiento de las obligaciones, o dolo subsequens, difícilmente podrá ser vehículo de criminalización (STS de 14 de octubre EDJ 1988/8033, 526 EDJ 1993/2468, 740 EDJ 1993/3243 y 939/93 EDJ 1993/3704), es decir en el ilícito penal de la estafa, todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple, descubriéndose este delito cuando posteriormente el estafador no realiza ninguna de las prestaciones a que se obligó o sólo lo hace en una pequeña parte, en aquélla que le es necesaria para poder seguir lucrándose. En la estafa de obras de arte, se dará un negocio jurídico criminalizado cuando el sujeto activo entregue un bien artístico de valor muy inferior al que parece, concurriendo el último supuesto, pues cumple en una pequeña parte, “en la necesaria para poder seguir lucrándose”.

En el tema que es objeto de nuestro estudio, es especialmente interesante la búsqueda de la distinción entre el incumplimiento de contrato civil y la comisión de un ilícito penal. Muchas veces los cauces comisivos van a ser comunes, por lo que habrá que acudir a un estudio y prueba de la intencionalidad del sujeto activo. No es un tema

⁶⁶MAGRO SERVET, “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de las diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?”. En: *La Ley*, 2001.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

claramente diferenciable *a priori*, y ha sido objeto de estudio ya desde el Derecho Romano, en que aparecen los problemas más significativos que plantea la delimitación civil del tratamiento jurídico-penal del delito de estafa.

El parentesco con las falsedades por un lado, y la convivencia con una acción en vía privada (*actio doli*) son el origen de dichas dificultades. Así existía una duplicidad de lo que representaba el dolo: por un lado intencionalidad de actos criminales (penal) y por otro el dolo se caracterizaba por la astucia o el engaño. Mientras que la acción por vicio del consentimiento del artículo 1269 del Código civil, el crimen *stellionatus* es el antecedente romano del delito de estafa, actualmente regulado en los artículos 248 y ss del Código penal. La superposición normativa que nuestro Ordenamiento jurídico nos muestra la represión civil y penal del fraude, en concreto la STS 6 febrero de 1989 lo expone con claridad:

“Antes y después de la vigencia de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 (RCL 1983/1325, 1588 y ApNDL 1975-85, 2364), el elemento fundamental, eje o espina dorsal del delito de estafa, lo es el engaño, cuyo engaño tendrá que ser, necesariamente, antecedente, causante y bastante; antecedente, porque habrá de preceder y determinar el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas e idóneas, para generar u originar delito de estafa, las hipótesis del denominado dolo “subsequens”; causante pues, el engaño, debe hallarse ligado, por un nexo causal o relación de causalidad, con el perjuicio patrimonial, de tal modo que, éste, haya sido generado por aquél; y bastante, toda vez que, en el estado actual de la evolución doctrinal, no se sigue una teoría objetiva, de conformidad con la cual, la mendacidad o la insidia en que radica el engaño, deben ser capaces de inducir a error a una persona medianamente diligente, avisada o perspicaz, sino que se ha adoptado una teoría subjetiva, la cual propugna la idoneidad del engaño, en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del destinatario de la falacia, treta o argucia en que consista el mentado engaño.⁶⁷

⁶⁷El TS en sentencia de 27 de abril de 2004 consideró que el hecho de aparentar solvencia entregando una cantidad a cuenta al llegar al hotel configuraba engaño, en concreto dice: “*El engaño consistió con la entrega de una cantidad a cuenta al llegar al hotel y la conducta de aparentar solvencia, comportamiento (como estimaron las sentencias de 17 de marzo de 1999 y 1 de marzo y 2 de noviembre de 2000) tradicionalmente calificado como estafa ya que de ordinario implica, en las relaciones normales de la vida social, una apariencia de solvencia determinante de los correspondientes servicios por parte de la empresa hotelera, lo que constituye un contrato*

En el campo civil, especialmente en lo que concierne a las obligaciones, a los contratos y a los negocios jurídicos de naturaleza patrimonial, se conocen dos especies del denominado dolo civil, es decir, el dolo vicio de la voluntad o del consentimiento, al que se refieren los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código civil, el cual es fácilmente criminalizable con tal que concurren los demás elementos estructurables del delito de estafa, y el dolo en el incumplimiento de las obligaciones, dolo sobrevenido o dolo “*subsequens*” o “*a posteriori*” regulado en los artículos 1101 y 1102 del mencionado Código, el cual es difícilmente criminalizable dado que, el perjuicio patrimonial, de ordinario, será anterior al mismo y no determinado por él, si bien, en ocasiones, los datos o circunstancias en que se manifiesta y cristaliza dicha especie de dolo civil, servirán para adquirir la convicción de que, ese deseo de incumplimiento, aunque se manifestara “*a posteriori*” había ya germinado en el intelecto del agente en el momento de la celebración del contrato, pacto o convenio, exteriorizando, en ese momento, el dicho sujeto activo, una intención de normal cumplimiento de aquello a lo que se obligó, siendo así que, su verdadera y oculta voluntad, era la de incumplir lo convenido, recibiendo la prestación o prestaciones ajenas y sin que, por su parte, proyectara efectuar la correspondiente contraprestación, la cual, falazmente, y desde “*ab initio*”, no pensaba cumplir, ni entregar, sucediendo así que, en estos casos, aunque, el engaño, pareciera, a primera vista, no hallarse dotado de la nota de antecedente pues sólo “*a posteriori*” se manifestó, sin embargo, en realidad, coexistió con la celebración del negocio y, determinado la entrega de una prestación por parte de aquel cuyo consentimiento se vició mediante la apariencia o ficción de seriedad en el trato y propósito inquebrantable de cumplimiento”.

En el Código civil, el dolo se caracteriza por “palabras o maquinaciones insidiosas” que se diferencia de la estafa penal, modalidad fraudulenta por antonomasia.

En el Código civil, la mayor parte de la doctrina sostiene la coexistencia de dos diferentes configuraciones de dolo, el del art. 1101 CC como causa de incumplimiento de las obligaciones (dolo obligacional que fundamenta la responsabilidad por daños y perjuicios en el incumplimiento); y otro, expresamente definido en el art. 1269, como

mercantil criminalizado”.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

vicio de la voluntad en la formación de los contratos (dolo-vicio que será causa de acción de anulabilidad del contrato como vicios en el consentimiento).

En la cuestión del dolo como vicio del consentimiento, la entidad del engaño ha dividido a los tratadistas. Según un primer punto de vista, el engaño se deberá medir con cálculos objetivamente cuantitativos, esto es, antes de considerar si el autor indujo o no el error. En tal sentido, se sostiene que no basta para la configuración del engaño que se realicen “simples afirmaciones que no pueden tener en sí valor coactivo alguno sobre las facultades de la víctima”. Se trata por tanto, desde la teoría de la idoneidad, de un comportamiento objetivo que, por su carácter insidioso, provoca una desviación en la voluntad de la otra parte contratante. Exige una conducta (activa u omisiva) engañosa que, además, provocando un error en la contraparte, conlleve al perfeccionamiento de un contrato no deseado.

De este modo, el dolo como vicio del consentimiento se aparta del dolo obligacional. Aunque en ambos haya una común intencionalidad, en el dolo como vicio del consentimiento (o dolo-vicio) ésta solo es un elemento de las que lo conforman, existiendo un comportamiento objetivo concreto: el engaño o en terminología del Código civil “*palabras o maquinaciones insidiosas*, siendo por tanto, de naturaleza *objetivo-subjetiva*. La simple mentira no sería delito porque no se debe creer sólo en la palabra de otro”.⁶⁸ Lo que la ley proscribía es una maquinación, la combinación de hechos, el arreglo de estrategias, es decir, una *mise en scène* que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros.

El problema que plantean, de manera inmediata, los preceptos 1265, 1266 y 1270 del Código civil es el de trazar la línea divisoria entre el fraude, constitutivo de estafa, y el simple ilícito civil. En ambos existe el “engaño”, en el 1269 CC no en dichos términos pero semejantes “(...) es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no lo hubiere hecho”. Es más, el texto del artículo 1269 del Código civil parece, a primera vista, más restrictivo que el del artículo 248 CP, pues el primero exige “*palabras o maquinaciones insidiosas*”, mientras que el segundo se contenta con cualquier “*engaño bastante*”.

En la doctrina y jurisprudencia francesas se lleva a cabo la distinción atendiendo, fundamentalmente, a la calidad del engaño. El Código penal francés en su artículo 323-1 requiere para que pueda estimarse cometido el delito de estafa (*escroquerie*) el uso

⁶⁸ANTÓN ONECA: “Las estafas y otros engaños...” (Ob. cit.)p. 5.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

de nombre o cualidades falsas o el empleo de maniobras fraudulentas. Tales maniobras han de concretarse exteriormente en una “*mise en scène*” (Garçon) que dé al fraude un carácter tangible. “Por consiguiente -dice Goyet- la simple mentira es insuficiente para constituir la maniobra fraudulenta. Poco importa que se haya producido o reiterado por escrito. Aislada de todo hecho material o de toda maquinación, es inoperante. Así, no emplea maquinaciones fraudulentas (...) el que se atribuye falsamente la propiedad de inmuebles importantes; ni el que aparenta influencia con altos funcionarios; ni el que presenta una factura exagerada. En todos estos casos no hay sino dolo civil”.⁶⁹

La exigencia de una “*mise en scène*” ha sido defendida, en nuestro derecho, por Bajo Fernández; pero este autor emplea la expresión en un sentido impropio, identificándola con los “actos concluyentes” del derecho penal alemán. Ni del texto del Código penal español de 1973, ni de sus concreciones doctrinales (incluidas las de propio Bajo) y jurisprudenciales cabe extraer ningún criterio cualitativo que permita diferenciar el engaño fraudulento del dolo contractual.

En la doctrina civil el “*dolo in contrahendo*” determinante de la nulidad del contrato (dolo grave o causante) se configura en términos prácticamente idénticos al engaño constitutivo de estafa (Díez Picazo), incluso en cuanto a la eficacia causal para producir error y provocar el acto dispositivo (pese a lo que afirma Bajo Fernández).

Además de la teoría de la idoneidad, múltiples han sido las teorías doctrinales para dar entidad penal al engaño: para algunos es suficiente cualquier engaño si produjo error en la víctima. Es decir, el engaño se mide en relación a su eficacia operativa individual con relación al caso concreto.⁷⁰ Dicha postura nos parece contradictoria porque si el engaño debe ser adecuado para producir normalmente, no se puede tener en cuenta todas las circunstancias del caso (sujeto). Para otros el problema se reduce a una cuestión de causalidad, siendo la de la causalidad adecuada, una de las opiniones dominantes de la teoría y jurisprudencia. Lo que esta teoría propone es precisamente determinar la causalidad eliminando no sólo toda referencia al resultado realmente producido, sino también al objeto sobre el que se produce el resultado.

En consecuencia, la línea divisoria entre la estafa y el ilícito civil, determinante de la nulidad del contrato, radicará en la existencia o inexistencia de perjuicio logrado o

⁶⁹Citado por VIVES, T. *Derecho penal. Parte Especial* (Ob. cit.).

⁷⁰QUINTANO RIPOLLÉS. *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal* (Ob. cit.).

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

intentado,⁷¹ que afirma que el dolo “*in contrahendo*” es fácilmente criminalizable con tal de que concurren los demás elementos estructurales del delito de estafa”.

En este sentido, se debe acudir para comprobar cuál fue la voluntad real del sujeto activo, por tanto acudir a todos aquellos actos realizados antes, durante y después de la actividad contractual, es decir, al “*iter criminis*”, y esa prueba puede ser acreditada mediante la prueba de indicios.⁷² En esta línea, el Tribunal Supremo,⁷³ precisa que ha de existir una maniobra o una serie de maniobras falsarias, realizadas por el sujeto activo del delito, que han de ser suficientes para originar error en otro que sea causa de un acto de disposición con perjuicio propio o ajeno.

Y ciertamente, el engaño, o utilización de medios engañosos, es el elemento básico y nuclear de la estafa. Ha de ser suficiente y eficaz para provocar el desplazamiento patrimonial consecuencia del error sufrido por el perjudicado, pero a su vez, tal desplazamiento debe entenderse con virtualidad para hacer propio el sujeto activo o un tercero con él concertado el objeto delictivo. Ha de ser antecedente al error producido al sujeto pasivo y estar preordenado a este fin de equivocar a la víctima.

En los contratos criminalizados, el sujeto activo excluye de antemano el cumplimiento de los deberes asumidos contando con que así lo hará la otra parte contratante, enriqueciéndose con la prestación realizada por la contraparte, de manera que el contrato es sólo una apariencia puesta al servicio del fraude. (CfrSSTS 12-5-98, 1-3-99, 23-2-2001, 21-11-2001, 12-4-2002; STS 1242/2006, de 20 de diciembre”).

Las relaciones comerciales y en general, los negocios jurídicos, se rigen por el principio general de confianza, no el contrario (principio de desconfianza), de manera que no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Ordinariamente, en el delito de estafa, el engaño es antecedente a la celebración del contrato, y el sujeto activo del delito conoce de antemano que no podrá cumplir con su prestación, y simulando lo contrario, origina un error en la contraparte, que cumple con su prestación, lo que produce el desplazamiento patrimonial que consuma

⁷¹STS de 6 febrero de 1989.

⁷²MAGRO SERVET. “Los contratos civiles criminalizados”. (Ob. cit.) p. 4.

⁷³STS 11 de noviembre de 1999.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

el delito. La modalidad fraudulenta atribuida es la de los denominados “negocios jurídicos criminalizados”, en los que el señuelo o superchería que utiliza el defraudador es el propio contrato, con apariencia de regularidad, a través del cual y previamente el estafador piensa aprovecharse económicamente del cumplimiento del otro y de su propio incumplimiento (STS 684/2004, de 25 de mayo). La jurisprudencia ha denominado “negocio jurídico criminalizado” a la figura de estafa caracterizada por el engaño, de quien, bajo la cobertura de una legítima operación mercantil, oculta a los que con él contratan (y en consecuencia, realizan a su favor un acto de disposición) que no va a realizar (bien porque no puede o no quiere) la prestación que ofrece por su parte. Los compradores fueron inducidos a error sobre el objeto que adquirirían, pagaron y precio que no hubieran aceptado de haber conocido la realidad subyacente, y en consecuencia, sufrieron un perjuicio patrimonial que no pudieron prever a causa de la maquinación urdida por el sentenciado, concurriendo entonces los elementos de la estafa.

Hay estafa, por tanto, en quien manifiesta obligarse a transmitir la propiedad de determinada obra artística, con determinadas condiciones, sabiendo en el momento en que se compromete que no ha de cumplir dicha obligación convenida, y de este modo logra la entrega del precio de la venta de parte de la víctima. Esta persona afirma un hecho aunque se refiera a una acción futura y, por consiguiente, está engañando, en tanto su declaración de voluntad se refiere a su disposición actual de cumplir la obligación asumida. Es decir, que al obligarse, sabiendo de antemano que no se cumpliría, se está afirmando un hecho, y por lo tanto hay engaño. Por lo tanto en los casos de negocios jurídicos en los que se promete una prestación futura, el objeto del engaño radica en la voluntad de no cumplir.

El contrato civil o mercantil es perfecto, pero desde su constitución, una de las partes no tiene intención de cumplirlo, sino solo quiere aprovecharse de la apariencia de seriedad que este otorga, por lo que el sujeto activo de la acción instrumentaliza el negocio civil. El sujeto instrumentaliza el negocio civil, en el que el mismo contrato es el instrumento.

La STS 26 de mayo de 1982 lo expresa de modo contundente:

“En los llamados contratos civiles criminalizados, es el contrato mismo el instrumento del engaño y no precisa de ningún otro artificio satélite o coadyuvante al contrato mismo; el criminal se vale, precisamente, de la confianza y buena fe que rigen el cumplimiento de la inmensa mayoría de los contratos, sin las que el tráfico jurídico sería imposible; confía en que la persona con quien contrata, si aparentemente puede tener solvencia para cumplir

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

su obligación, lo hará. Cuando esto no ocurre puede ser porque el deudor, por causas a él no imputables, ha devenido insolvente, aunque su intención fue siempre cumplir (incumplimiento civil); pero, otras veces existe un dolo antecedente, inicial o “*in contrahendo*” para conseguir el desplazamiento patrimonial a su favor, pero con la idea preconcebida de que no cumplirá la contraprestación obligada, por quererlo así o por saber que no podrá (incumplimiento criminal)”.

También la STS 16 octubre de 1982:

“Que si bien es cierto, que no se debe correr el riesgo de incriminar incumplimientos contractuales al amparo de la amplísima fórmula empleada en el art. 529 del CP, no lo es menos, que como unánimemente tienen declarado, conjuntamente, la doctrina científica y la Jurisprudencia de esta Sala, es *perfectamente posible que, como enseña la observación del modo de acontecer las cosas en la realidad social, que negocios contractuales, aparentemente lícitos, sean el medio constitutivo del engaño utilizado para cometer el delito de estafa*, por lo que, en cada caso concreto objeto de enjuiciamiento han de tomarse en consideración, para ser debidamente ponderadas; todas las circunstancias concurrentes para deducir, o llegar a la conclusión, de si debe apreciar o no la concurrencia del dolo antecedente tipificador de la estafa, es decir, para llegar a la convicción de si el incumplimiento de la prestación a la que se obligó una de las partes se debe a algo sobrevenido con posterioridad al momento de celebración del contrato, momento en el que el incumplidor tenía la real o presuntiva voluntad de cumplir aquello a lo que se obligó, o, si por el contrario, ya en dicho momento *sabía que no quería o podría cumplir aquello a lo que se obligaba*”.

El Tribunal Supremo los denomina “contratos criminalizados” admitiendo la tipicidad del engaño implícito en multitud de resoluciones. Así, la STS 25 noviembre de 1982 dice:

“Para que determinados negocios civiles o mercantiles puedan constituir el medio para encubrir el engaño o ardid utilizado por quien tiene el propósito de estafar a otro, logrando alcanzar su fin de obtener la perseguida transmisión patrimonial con el correlativo enriquecimiento y empobrecimiento de una y otra parte, para que ello pueda apreciarse así, es menester, que de las circunstancias fácticas concurrentes en el concreto caso objeto de enjuici-

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

ciamiento aparezca la existencia de “*dolo in contrahendo*”; en el sentido, de que la parte o persona que se propone cometer el delito ya sabía, inicialmente, o al tiempo de celebrar el contrato y recibir la prestación de aquel con quien contrataba, que él no iba a poder realizar la contraprestación prometida o a la que se obligaba, y en consecuencia, que iba a producirse el correspondiente binomio beneficio-perjuicio, pero que en cambio, no puede calificarse como punible, so pena de dar una extensión desmesurada a la fórmula genérica del engaño aludidas en los arts. 529 y 531 del C. P. a cualquier incumplimiento contractual, cuando resulte que la causa de incumplimiento ha sido debida a circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la celebración del contrato imprevistas o desconocidas que hiciesen imposible el cumplimiento de aquello a que se hubiese obligado y mucho menos, cuando hubiese cumplido la prestación, aun cuando lo fuere en forma más o menos defectuosa, o hubiere surgido conflicto entre las partes en orden a si fue realizada o no de conformidad con lo estipulado, ya que en tales supuestos, la ilicitud debe ser calificada como meramente civil y sometida la cuestión a la jurisdicción competente.”

Por tanto, en materia de engaño, acto de disposición y estafa, existen zonas confusas entre el ilícito penal y el ilícito civil. El Tribunal Supremo, recientemente, afirma que, para evitar la criminalización indebida de negocios jurídicos que desarrollan la esfera de relaciones contractuales en el ámbito de la legislación civil, se hace necesaria una delicada tarea de análisis de las circunstancias concurrentes para establecer, sin ningún género de dudas, si el conflicto sobrevenido, obedece a un simple incumplimiento que carecería de relevancia penal o nos encontramos ante una conducta intencional y claramente encaminada a consumir el despojo de los bienes recibidos, para incorporarlos ilegítimamente al patrimonio propio.

La STS 20 enero de 2004 afirma:

“En el caso de la variedad de estafa denominada “negocio jurídico criminalizado”, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte, ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SS TS. de 12 de mayo de 1998, 2 de marzo y 2 de noviembre de 2.000 y ésta, entre otras).

De suerte que, como decíamos en nuestra sentencia de 26 de febrero de 2.001, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado -entre otras, Pts. de 13 y 26 de febrero de 1990- (STS de 2 de junio de 1999)".

La doctrina para determinar cuando se trata de un asunto penal o civil en los supuestos en los que una parte utiliza engaño, es necesario profundizar en la intención del sujeto.⁷⁴ Si el sujeto realiza el contrato, obteniendo lo pactado, con la intención de no hacer efectiva la contraprestación que le corresponde, o en otras palabras, ha pensado de antemano no cumplir el contrato, será un delito de estafa.

Pero si la voluntad de incumplir es posterior a la celebración del mismo, debe resolverse en vía civil. Siendo esta cuestión, clave para diferenciar el ilícito civil del penal, el momento de surgimiento del engaño, y esta razón elimina la posibilidad de enjuiciar por estafa, supuestos en los que ha surgido con posterioridad al negocio jurídico la idea de no cumplir con lo pactado. El Tribunal Supremo entiende:

“Que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en la estafa el dolo sobrevenido a la celebración del negocio de que se trate (por todas SSTs. 1649/01 y las citadas en la misma). En relación con esto último, la figura del

⁷⁴SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial* (Ob. cit.) pp. 397 y ss.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

contrato criminalizado estará presente siempre que antes o en el momento del otorgamiento la voluntad del sujeto pasivo se obtenga mediante la puesta en escena del engaño “bastante”, produciéndose un error en el mismo, que determine su voluntad en el sentido apetecido por el sujeto activo, que de otra forma no habría tenido lugar, obteniendo aquél la prestación correspondiente al contrato mediante el desplazamiento patrimonial referido más arriba (síntesis reflejada en la SSTS. 348 y 642/03”).

La doctrina opina que la estafa existe únicamente en los casos en los que el autor simula un *propósito serio* de contratar, cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento.⁷⁵

Sin embargo, este propósito no es fácil de demostrar y se obtiene normalmente por la *vía de la inferencia o de la deducción*. Hay que alejarse de la mera sospecha, y partir de una prueba indiciaria basada en hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, siguiendo el contenido del art. 1253 del Código civil, permitir la prueba plena del hecho subsumible en el delito. Dicho artículo dice:

“Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 182/2005 de 15 febrero:

“En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir, suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectivo y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora

⁷⁵MAGRO SERVET, “Los contratos civiles criminalizados. (Ob. cit.), p. 6.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio”.

STS 25 febrero de 1980, relativa a una estafa en obras de arte que ya veíamos al estudiar el raspado de firmas en el epígrafe 2.2.1 referido al Engaño bastante:

“ya que lo que se tutela bajo sanción penal no es la apariencia más o menos formalista del acto o acuerdo que se plasma, sino el engaño subyacente, determinante de la defraudación conseguida que con tal revestimiento se encubre, al ser aquél una ficción por la que el inculpado persigue para si o para otro un lucro ilícito, con correlativo perjuicio del engañado, *al no poder o no querer de antemano cumplir lo que ofrece y le incumbe, induciendo a error a éste para consentir sobre lo propuesto confiado en una contraprestación inexistente o notoriamente deficiente en el objeto o cosa convenida, intencionadamente prometida como medio de obtener la ilícita utilidad ideada, lesionando conjuntamente la credulidad, buena fe y patrimonio de la víctima*, que es propiamente lo acontecido en el supuesto enjuiciado, al afirmarse sustancialmente en los hechos probados de la Sentencia impugnada, vinculantes e intangibles en este trámite por el cauce casacional utilizado, que el día 8 marzo 1973, en Madrid, el procesado vendió a Manuel R. C. un cuadro representando a una mujer sentada y tocada con sombrero, de 85 por 42 cms., en el que originariamente figuraba la firma del pintor Carlos Vazquez, que el recurrente hizo previamente desaparecer, dibujando en el ángulo inferior derecho de aquél la firma del afamado pintor Ramón Casas, con lo que consiguió que el comprador le abonase como precio la cantidad de 250.000 ptas., cuando su valor real era el de 15.000 ptas.”

Sin embargo, esto no se puede confundir con el mero incumplimiento contractual, aun cuando sea injustificado, pues no es bastante para integrar el elemento típico de engaño requerido por la estafa. Esto sin perjuicio de que en el ámbito civil conlleve las consecuencias jurídicas procedentes, incluido el abono de los daños y perjuicios ocasionados.⁷⁶

⁷⁶STS 31 mayo de 2000.

3.5. La víctima de la estafa

El delito como objeto material de la Criminología ha sido tradicionalmente analizado desde la perspectiva del autor. Sin embargo, actualmente el desarrollo de diversas teorías victimodogmáticas puestas en relación con determinados tipos de la parte especial, han puesto de relevancia el papel de la víctima del delito. Como afirma Peris:⁷⁷

“Está claro que en la actualidad, se insiste en el estudio de la víctima por el fracaso del estudio del criminal, y no debe extrañar el que, a la Victimología en general, se le atribuya como objeto principal aquel de ofrecer una mejor comprensión del fenómeno criminal”

A la Victimología le compete pues el estudio científico de las víctimas del delito, esto es, el análisis del comportamiento victimal de quien ha sufrido el menoscabo de un bien jurídico, tutelado por la norma penal, como consecuencia de la acción del victimario. Esto es especialmente relevante en el delito de estafa, pues no podemos desconocer el papel que el sujeto pasivo desempeña como coagente de la conducta engañosa. Es muy difícil alcanzar una comprensión más humana e integral del delito sin tener presente a las víctimas; por ello la necesidad de estructurar un concepto que se nutra de las ideas formuladas desde la victimología y el derecho internacional, en busca de una mayor coherencia con los postulados propios del modelo de Estado Social y democrático de Derecho que contribuya al desarrollo efectivo de los derechos humanos, de los victimarios y preferentemente de las víctimas, en el proceso penal.⁷⁸ El conocimiento cada vez más amplio de los estudios y teorías victimológicas propicia la modificación de las políticas socioeconómicas dirigidas a reducir la victimización y capacita a los agentes de cambio social de nuestras comunidades para educar a la población y lograr la potenciación de la capacidad de Prevención Victimal en nuestra sociedad.⁷⁹ Puede tener una gran

⁷⁷PERIS, J. “Aproximación a la Victimología. Su justificación frente a la Criminología”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 34, 1988, p. 98.

⁷⁸PERIS, J. “Aproximación. . .” (Ob. cit), p. 101.

⁷⁹En los comienzos de los estudios victímales se visualizaba el lugar y papel de la víctima a partir de la dinámica interactuante que se producía en la “pareja criminal”, es decir, el concepto partía de la correlativa interacción entre el delincuente y su víctima concreta. Por ello, la víctima solo era concebida como una persona natural. En PERIS, J. “Aproximación. . .” (Ob. cit), pp. 105-108, distingue:

1. Víctimas Participantes: 1.1 - Víctimas por imprudencia; 1.2 - Víctimas provocadoras; 1.3 - Víctimas voluntarias.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

2. Falsas víctimas: 2.1- Víctima simuladora; 2.2- Víctima imaginaria.
3. Víctimas ocultas.

Conceptualizando someramente cada una de las tipologías anteriores podemos caracterizarlos de la siguiente manera:

- Víctima Participante: Es la persona que activamente interviene en la dinámica criminal, aparece cuando se produce un determinado nivel de actividad victimal en la materialización del delito.
- Víctima por Imprudencia: Es la persona cuya negligencia e irreflexión conductual aporta las condiciones facilitadoras de la ejecución delictiva, ejemplo: el incorrecto cuidado de la propiedad, irresponsabilidad en el control de actividades económicas empresariales, etc
- Víctima Provocadora: Aporta el factor causal anterior inmediato al acto delictivo, implica una actitud agresora precedente del sujeto pasivo del delito. La conducta provocadora posee múltiples variantes de manifestación, por ejemplo: actitudes ofensivas personales, injurias verbales, abierto enfrentamiento y animadversión al futuro criminal, etc.
- Víctima Voluntaria: Aparece cuando la propia persona convertida en víctima condiciona el proceso de su victimización a un requisito predeterminado. En ejemplificación de este caso, clásicamente se cita el supuesto de la eutanasia o “muerte por piedad”, en la que la persona acepta o consiente en su propia muerte en caso de hallarse en una situación de enfermedad irreversible y dolorosa.
- Falsas Víctimas: Las personas que aducen, faltando a la verdad, haber sido víctimas de conductas criminales; en esta categoría se presentan sustanciales diferencias entre víctima simuladora y víctima imaginaria.
- Víctima Simuladora: Surge cuando la persona que se aduce víctima, proclama su supuesta condición para dañar malévolamente al presunto delincuente. En esencia, este comportamiento simulador es en sí mismo un delito de Acusación Falsa, reconocido en la mayoría de los ordenamientos penales modernos.
- Víctima Imaginaria: Presunta victimización en la que la persona actúa de buena fe, en la creencia errónea de que ha sido objeto de una agresión delictuosa. El error puede motivarse por percepciones alteradas producto de inestabilidad psíquica o viciadas apreciaciones de la realidad.
- Víctimas Ocultas: Son las que poseen como característica común el de permanecer ocultas, lo que no excluye que en su “anonimato” puedan pertenecer a cualquiera de las categorías o clasificaciones antes desarrolladas.

Este tipo de víctima no denuncia su daño por diversas razones, que pueden ser por ejemplo:

- Vergüenza ante la publicidad de su ofensa. (Delitos sexuales).
- Prohibición del “Código de Honor” de determinados grupos poblacionales con marcadas subculturas marginales.
- Subvaloración personal de los derechos de género. (Victimización femenina).
- Temor a la prolongación de su proceso victimógeno, por represalia del ofensor ante la denuncia primaria.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

eficacia la prevención criminológica. No solamente hay que evitar que algunos sujetos sean criminales, también puede evitarse que muchas personas lleguen a ser víctimas. Hay que enseñar a no ser víctima.⁸⁰ En los comienzos de los estudios victímales se visualizaba el lugar y papel de la víctima a partir de la dinámica interactuante que se producía en la “pareja criminal”, es decir, el concepto partía de la correlativa interacción entre el delincuente y su víctima concreta. Por ello, la víctima solo era concebida como una persona natural.

Con carácter previo, tenemos que afirmar que la víctima de la estafa es frecuentemente una víctima muda.⁸¹ En la clasificación de Peris, es el caso de la víctimas ocultas: pues permanecen ocultas, lo que no excluye que en su “anonimato” puedan pertenecer a cualquiera de las categorías o clasificaciones por él propuestas y no denuncia su daño por diversas razones, pero principalmente por vergüenza ante la publicidad de su ofensa.

Debe presentarse ante la colectividad como un ingenuo y ello produce vergüenza, lo que determina que frecuentemente no se denuncien los hechos ante la autoridad. Por ejemplo, en la SAP Asturias de 27 enero 2006 se absuelve a la acusada del delito de estafa, delito continuado de apropiación indebida y delito continuado contra la propiedad intelectual que se le imputaba, en la conducta de la acusada de poner a la venta dos cuadros falsamente atribuidos a los dos acusadores, porque no se ha acreditado la comisión de una estafa ya que los compradores de los cuadros no formularon denuncia, ni se sintieron engañados. Por otro lado, la víctima no es consciente de la estafa porque esta se detecta cuando muere el comprador y el heredero intenta venderla; es en el momento de su tasación es cuando se descubre que es falsa. O al intentar venderla años después, al haber transcurrido varios años desde la estafa, el delito puede haber prescrito.

Por tanto, al daño patrimonial sufrido por la defraudación, se suma un daño moral motivado por la sensación de vergüenza que conduce al estafador se mueva en una *zona protegida*.

-
- Desdibujamiento de la victimización individual y la aparición de la victimización colectiva en ilícitos tales como: los delitos informáticos, las malversaciones contra la propiedad estatal o de grandes empresas, etc.

⁸⁰PERIS, J. “Aproximación...” (Ob. cit), p. 93 y ss.

⁸¹CHOCLÁN, J.A. *El delito de estafa* (Ob. cit.) p. 40.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Una primera cuestión que hay que plantearse es la *negligencia de la víctima en la averiguación de información relevante disponible del sujeto activo*. No hay que olvidar que el engaño en la estafa puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano “y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece”, y puede consistir en toda una operación de “puesta en escena” fingida que no responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS de 17 de enero y 2 de marzo de 2000).

Ya se ha afirmado que de acuerdo con la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia, la cláusula legal de idoneidad del engaño debe ser valorada según un doble parámetro objetivo-subjetivo de manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Es preciso, por lo tanto, valorar la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla en el caso concreto con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. Es muy ilustrativa la STS Sala 2ª de 20 diciembre 2006 en un supuesto específico de estafas con obras de arte falsificadas: “En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa”.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues “bastante” no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Tomando como parámetro de referencia una teoría objetivo-subjetiva, la jurisprudencia ha ido evolucionando cada vez más hacia una posición abiertamente subjetiva, hasta el punto de exigir desde esta perspectiva, y como una obligación de la víctima, que esta actúe con un mínimo de diligencia frente a la mendacidad del agente.

En la estafa no es irrelevante que la conducta victimal haya facilitado imprudentemente el éxito del engaño, pues puede llegarse a la ausencia de tipicidad en la medida en que la conducta del autor no encierre, en sí misma, un riesgo típicamente relevante de producción del resultado, toda vez que la ley requiere que el engaño, como medio idóneo para la inducción, sea un engaño bastante. El error del sujeto pasivo debe ser un error invencible, o aunque vencible, no ser exigible al sujeto su evitación. Este requisito ha sido sostenido siempre por la doctrina civilista y la jurisprudencia al definir el error como vicio del consentimiento, exigiendo su excusabilidad; por ello, se ha considerado inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, declarando expresamente que cuando el error es imputable al contratante que lo invoca, él tiene que soportar sus consecuencias, excluyendo la apreciación del error cuando quien lo invoca no ha puesto la diligencia debida en evitarlo (así, STS 1ª 7 de julio de 1981); aunque es cierto que, para el Derecho civil, se tolera esa negligencia cuando la otra parte ha actuado dolsamente (STS 1ª 26 de octubre de 1981), pero esta dispensa, como hemos visto, no es extrapolable al Derecho penal en cuanto el tipo requiere que el engaño sea bastante, no siendo suficiente con que sea doloso.⁸²

La tendencia, cada vez más consolidada en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, orientada a considerar que la perspectiva subjetivista es la que al fin y a la postre verdaderamente importa, se aprecia nítidamente en la Sentencia de 30 de mayo de 2001, en la que textualmente se declara que el tipo penal de la estafa opera subsidiariamente respecto de la autoprotección patrimonial, afirmándose también más adelante, en dicha resolución, que:

“(...) en la configuración de los elementos del delito de estafa se debe, tener en cuenta el comportamiento de la víctima. El Derecho penal, en este sentido, no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos”.

Este criterio victimodogmático de la autoprotección patrimonial al que se refiere frecuentemente la jurisprudencia, en relación a la exigencia de que para que sea penalmente

⁸²CHOCLAN, J.A. El delito de estafa. (Ob. cit.)pp. 177 y ss.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

relevante el engaño debe tener suficiente entidad para vencer la voluntad de la víctima, que además debe actuar diligentemente, coincide plenamente con el denominado principio de autorresponsabilidad, al que también se refiere una reciente jurisprudencia, “en virtud del cual —como se dice en la STS de 14 de mayo de 2002 no puede acogerse a la protección penal que invoca, quien en las relaciones de tráfico jurídico-económico no guarda la diligencia de un ciudadano medio, siempre en las concretas coordenadas de cada caso”. Pues, como también se dice en esta última sentencia “(...) una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credibilidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse como efecto de un censurable abandono, como una falta de debida diligencia (...)”.

Más recientemente, lo reitera la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16^a) en Sentencia núm. 139/2008 de 24 septiembre:

“Debe serlo también subjetivamente, es decir, debe ser idóneo para vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima concreta de que se trate en las condiciones y circunstancias en que se halle. Dicha exigencia conduce a excluir de la tutela penal las lesiones patrimoniales que la víctima hubiera podido evitar mediante la adopción de los mecanismos de autoprotección que le eran exigibles, puesto que el ámbito de protección de la norma sólo previene ataques inevitables por la víctima o que no le era exigible evitar (principio de autorresponsabilidad)”.

La diligencia es exigible cuando es la propia del ámbito en que se desarrollan los hechos según los usos habituales en el mismo, de forma que la omisión de aquélla pudiera considerarse una conducta excepcional por su negligencia evidente. Las circunstancias del caso concreto pueden conducir a considerar adecuada al uso social la debilitación de ese deber de autoprotección, precisamente porque los mecanismos utilizados por el autor del hecho inciden directamente sobre ella. Así en los casos en los que la víctima sea un comerciante, se examinará *según los usos mercantiles* y permitirá excluir el engaño de la estafa en aquellos negocios en los que la entidad perjudicada no actuó con la mínima diligencia que resulta exigible según dichos *usos comerciales*.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, *de acuerdo con las pautas sociales* en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal (en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones) respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa. La pretensión de la recurrente de exigir a los compradores esos deberes adicionales de comprobación, como consultar a los propios autores o a expertos o instituciones oficiales, resulta exagerada para unos compradores de buena fe que adquieren los cuadros de una persona que actuaba de marchante, que conocía personalmente a los pintores y que con anterioridad había vendido obras auténticas de ellos y organizado exposiciones de los mismos.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Es evidente que la cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Habría engaño en los supuestos ser un comprador de buena fe, de una obra de un autor *asequible*, que compra a vendedor con local estable o localizable, conocido del sector, que mantiene relaciones comerciales con objetos artísticos y que el precio de la obra sea *ad hoc* con el precio mercado.

Consideramos que no habría error, y por lo tanto no concurriría un delito de estafa⁸³ en aquellas compraventas en las que el vendedor fuera de dudosa procedencia, es decir no reconocido en el mercado serio;⁸⁴ la obra no fuera *asequible* entendiendo como esta aquella que es una obra de un autor consagrado en la historia del arte y valorado positivamente por la crítica contemporánea. Son obras, objeto del deseo de museos e instituciones públicas, tanto del pasado como del presente, pero con una cotización consolidada,⁸⁵ y cuyo precio fuera *vil*, es decir, muy por debajo del mercado.

En las obras históricas y en artistas consagrados, dado el carácter semicerrado del mercado, estas ya han alcanzado unos precios tan elevados que dificultan una ulterior revalorización⁸⁶ y es prácticamente imposible comprarlas sin realizar una fuerte inversión solo al alcance de unos pocos. La compra con un precio vil, según la terminología jurisprudencial, solo nos pueden indicar que estas obras no pueden ser auténticas, y por lo tanto no habrá error.

Este es el caso, como por ejemplo en la SAP Zaragoza de 29 noviembre 2006:

“En el mismo sentido el Peritaje de Marisol, directora del Fundación Miró en el plenario, la cual indica: .^{E1} valor de ser autentico en el año 2000 sería de 70 millones su valor. En el año 2000 el precio por el que se vendió era bajo”. Es decir, como indica acertadamente la perito, vender un Miró por

⁸³Se deriva la imposibilidad de que el Derecho Penal se constituya en instrumento de protección patrimonial de aquellas personas que no se han protegido previamente a sí mismas.

⁸⁴El comprador puede encontrarse con la profesionalidad técnico-artística del oferente (generalmente el marchante), con la profesionalidad meramente comercial o con pseudo-profesionales que buscan una ganancia especulativa.

⁸⁵No se puede considerar estafado el que compra un Goya o un Sorolla a un precio ínfimo.

⁸⁶En otras palabras, el precio de las obras históricas crece a tasas pequeñas o moderadas, mientras que el precio de las obras no consagradas, (y por tanto, con expectativas inciertas) crece a tasas de promedio superior.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

10 millones de pesetas cuando el valor del mismo en el año 2000 era de 70 millones solo puede calificarse no de bajo sino de precio vil, *siendo en ambos casos un importante indicio para llegar a la conclusión que la falsedad era conocida por ambos acusados.*”

Si el titular tiene la posibilidad de un modo normal de evitación de la temida lesión, por ejemplo con asesoramiento técnico artístico a través de una peritación, no cabe poner en marcha las previsiones de orden punitivo y procesal arbitradas legalmente en razón a la prevalencia de los principio de subsidiariedad e intervención mínima. Ha de tratarse de omisión tildable de dolosa o temeraria, pues en el fondo no concurriría el error al aceptar el comprador la posibilidad de lo que compra no fuera cierto, y sin embargo acepta este riesgo.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido de forma muy restrictiva este deber de diligencia⁸⁷ y solo lo ha apreciado en muy pocas ocasiones por lo que ha concurrido el engaño y por tanto la estafa.

En las cláusulas de las casas de subastas a veces consta “Los posibles adquirentes deberán, para mayor seguridad, inspeccionar cada lote y/o, si fuera necesario, consultar con un experto antes de su compra”. Solo algunas salas responderán en caso de falsificaciones.

Una segunda cuestión sería *la actuación ilícita de la víctima*, es decir los casos del “estafador estafado”. Es muy habitual que en la compra de objetos artísticos que el comprador vea lo que los demás no han visto, por ejemplo *una firma en un lateral*, una

⁸⁷Como ejemplos, se pueden destacar los siguientes: La sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril de 2005, en la que se dice: “En el hecho objeto de enjuiciamiento nos encontramos con un sujeto pasivo, una entidad bancaria, y un patrimonio en peligro, pues se trataba de una operación mercantil en la que ya se habían producido anteriores impagos. En estas circunstancias, el sujeto pasivo, como era su obligación al actuar, y tratarse de su actividad comercial, debió extremar su diligencia en la contratación. La actuación de los acusados no debió sorprender en la buena fe a los perjudicados”. O la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de marzo de 2005, en la que se dice: “La contratación, según informó la compañía telefónica y así se acepta como probado en la sentencia recurrida, se efectuó por vía telefónica, es decir, proporcionando oralmente los datos sin justificación documental alguna. En tales circunstancias, no puede hablarse de engaño bastante, pues si realmente la prestación del servicio se hizo en la creencia de que quien contrataba era la propietaria de la vivienda, la compañía pudo y debió cerciorarse fácilmente de la identidad de la persona con quien contrataba requiriéndole la presentación de documentos que acreditaran su identidad o la propiedad. Si se omitieron tales elementales garantías, no puede estimarse que nos hallemos ante un engaño suficiente como para dar lugar al delito de estafa”

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

inicial de la firma de un artista; u otros casos como el comprarle a una *abuelita*, a un *vendedor ambulante iletrado*. . . un cuadro de un gran autor que ha aparecido en un desván y que lo vende barato etc. Sería una modalidad del “timo de la estampita”. Es el supuesto en que la víctima es quien realiza el desplazamiento patrimonial ilícito, y que en resumen sería “el estafador que resulta estafado.” Choclán⁸⁸ lo define como una acción de estafa por quien finge estar en posesión de una importante cantidad de dinero que quiere transmitir a la víctima. Pero también es claro que hay una acción de estafa por parte del propio engañado, pues pretende obtener un lucro injusto a costa de las debilidades de quien después resulta ser su estafador; lo que ocurre es que se trata de un caso de tentativa inidónea de estafa, pues no era posible la consumación del delito habida cuenta de la ausencia de sujeto pasivo real.

La STS 20 febrero 1993 afirma:

“Respecto al comportamiento de la víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular y si lo hace esa asunción de riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva del tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título (dolo o culpa) esa asunción de riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva... Y la inmisión inconsciente en la esfera de peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la imputación objetiva, pues de otro modo quedarían impunes todo el grupo de los delitos llamados de relación (Beziehungsdelikte), en los que la víctima coopera o acepta su producción (estafa, estupro, delitos de contagio, etc.)”.

El delito de estafa pone de manifiesto una especial relación entre victimario y víctima en la que ésta se comporta como verdadero delincuente y, desconociendo ser objeto de un engaño, trata a su vez de aprovecharse de la “aparente” inocencia del estafador, con lo que se llega a la situación del “estafador estafado”. La crónica judicial es pródiga en este tipo de picaresca en los que se da esta singular inversión de roles: distintos timos conocidos, descritos en la experiencia policial, con los que se ha conseguido realmente engañar a otras personas como la propuesta de aportar billetes de curso legal para que actúen a modo de catalizadores de una reacción química que devuelve sus cualidades originarias a billetes entintados, y que no se sitúa a un nivel de irrealidad mayor que

⁸⁸CHOCLÁN, J.A. (Ob. cit.) p. 172.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

otros igualmente conocidos, como los clásicos de la “estampita”, o de la “lotería” o el denominado “tocomocho”, que históricamente han sido exitosos u otros más modernos, como el envío de cartas de correo electrónico en que se pide ayuda para blanquear ingentes sumas de dinero robadas por supuestos dirigentes de países africanos, y que se basan siempre en el mismo esquema: cuentan con la aptitud de la avaricia para nublar el raciocinio y conseguir con ello que se crea en la posibilidad de algo que, presentado de otro modo, resultaría increíble.

En estos casos en que la víctima culpable lo que quería era engañar al agente, pero, a su vez, ha sido engañada por éste, la cuestión a dilucidar es si, en este escenario, cabe protección penal de aquella, pues si no cabe esa protección, no puede existir merecimiento de pena, y por tanto la situación quedaría extramuros de la norma. Y en este sentido, la decisión de los Tribunales ha sido la de no condenar al estafador estafado como autor en tentativa del delito de estafa del que resultan finalmente víctimas, silenciando todo pronunciamiento en contra de éste y, más aún, le reconocen el derecho a percibir la indemnización correspondiente al perjuicio sufrido. Y ello es así porque se trataría, en realidad, de una exagerada anticipación de la tutela penal, lo que conlleva que no merezca la pena el estafador estafado, precisamente por su condición de víctima final conforme a la doctrina de la “pena material”. Cuando debemos preguntarnos la razón por la que no se impone una pena también al “estafador estafado”, al margen de aquellas posiciones que pueden soslayar el problema con el recurso a la impunidad de la tentativa inidónea en este caso, puede encontrarse alguna respuesta de acuerdo con la doctrina de la *poena naturales*.

En los casos de interferencia dolosa de la propia víctima, Perez Manzano considera que el perjuicio resultante queda fuera del ámbito de protección de la norma tipificadora del delito de estafa (el mismo derivaría de un acto de libertad no viciada de disposición patrimonial), debiendo ser calificados como tentativa de estafa al no darse la necesaria relación de riesgo.⁸⁹

La aplicación de la victimodogmática a la estafa podría estimarse como un paso adelante, pues introduciría la responsabilidad de la víctima en el estudio de la tipicidad, y con ello se favorecería el rechazo del sistema causalista que estimaba al delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo. Hay que efectuar un análisis de

⁸⁹PEREZ MANZANO. “Acerca de la imputación objetiva de la estafa”. En: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid. 1995. pp. 292 y ss.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

la cláusula legal de idoneidad del engaño según un doble parámetro objetivo-subjetivo de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. El principio de intervención mínima y la característica de “última ratio” del derecho penal, no permite que se criminalice cualquier conducta por el mero hecho de producir un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo.

La STS 16 febrero de 2007 establece:

“Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que “siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con animo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral”.

En efecto, la conducta desvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir -si fuera posible- la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

Esta doctrina mayoritaria se recoge en la jurisprudencia en resoluciones ya clásicas como la STS. 2.7.52 que condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera, la STS. 29.12.61 que calificó como estafa el caso de un médico que obtuvo dinero de una mujer que creyéndose embarazada dispuso de su patrimonio para que le practicara un aborto, resultado que, tras el oportuno examen tocológico, el médico comprobó que no existía tal embarazo, simulando, sin embargo, haberlo practicado, la STS. 28.2.86, en un caso de timo del pañuelo, STS. 16.7.92 caso de billete lotería premiado o “tocomocho”, STS. 7.7.94, abogado que promete libertad de un preso mediante la entrega de dinero. Sin olvidar que la modalidad de estafa que se recogía en el art. 529.4 CP. EDL 1995/16398 1973 solo podía realizarse sobre el presupuesto de ilicitud con matices criminales, dado que las supuestas remuneraciones a empleados públicos de ser

verdaderas, dejarían de constituir la estafa para integrarse en el cohecho”.

3.6. Consideraciones a propósito de un posible carácter pluriofensivo de los delitos de estafa con obras de arte falsas

Como ya afirmábamos con anterioridad, un sector de la teoría considera que la estafa es un delito pluriofensivo. Incluso se propone una revisión de su perspectiva individualista para su reemplazo por una concepción macrosocial de la estafa. Precisamente por la propia indeterminación de la categoría del bien colectivo en muchas de las figuras delictivas en las que se tutelan bienes individuales podemos encontrar una referencia a un bien más general. Ello sucede también con el delito de estafa. Al margen del concreto ilícito patrimonial, la generalización de conductas de estafa puede conducir a una desconfianza de la comunidad en la seguridad de las relaciones jurídicas patrimoniales; hay en consecuencia un interés público en el mantenimiento de esa confianza.

Coincidimos que dado el carácter personalista del Derecho penal, la protección de bienes supraindividuales debe tener siempre como referente al individuo; por ello, si de lo particular hacemos abstracción hacia lo general, en todo delito en el que se tutelan intereses individuales puede comprobarse una dimensión social. Ello vale tanto como si en el delito de homicidio vemos un delito macrosocial, porque la muerte de un miembro de la colectividad quebranta el sentimiento de seguridad y libertad de los ciudadanos.

La teoría ha discutido fundamentalmente si es posible considerar como bien jurídico protegido la *buena fe en el tráfico jurídico*. La incardinación del denominado delito de estafa entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico pone de manifiesto, al menos de forma indiciaria, el interés del legislador en proteger un bien jurídico constituido por el patrimonio y el tráfico económico. Sin embargo, se plantea la cuestión de si éste es el único bien jurídico al que aquí se otorga protección o si, por el contrario, cabe entender que con esta figura también se tutelan otros bienes jurídicos que se ven puestos en peligro o lesionados por las conductas típicas que contemplan.

La determinación del bien jurídico tiene más importancia práctica que la que pudiera pensarse tras un primer estudio teórico-abstracto. Por un lado sirve para distinguir la estafa de otros delitos en los supuestos de concurso. Como ha sido objeto de estudio en el Capítulo II, la estafa por la complejidad de su puesta en escena, concurre habitualmente con otras conductas delictivas, por lo que el bien jurídico protegido puede

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

ser una forma de diferenciarlas. Por otro lado, la protección del mismo bien jurídico protegido influye que a los mismos hechos se le cambie la sede de su regulación. Esto permite que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo,⁹⁰

“no se quiebra el principio acusatorio porque se condene al procesado por un delito de estafa de los arts. 528 (248 y 249 NCP) y 529.7º(250. 6º NCP) del Código penal, cuando había sido acusado por otro de estafa del art. 531.1 (251 NCP) en relación con los citados porque dichos tipos delictivos presentan el mismo bien jurídico protegido, no produciéndose alteración de los elementos fácticos que le sirven de base, delitos en resumen, evidentemente homogéneos con los de la única acusación y de igual o menor gravedad . En cuanto a la estafa, el delito acusado del art. 531.2 (251) en relación con los arts. 528 (248 Y 249) y 529.7 (250.6) aparece sancionado con las penas del art. 528 (248 y 249 NCP) y esta remisión penológica hace inexcusable que las sanciones son las mismas y que se aplique el art. 531 o el 528, en todo caso, hay que acudir para la determinación de la pena al juego de los arts. 528 y 529. La infracción es en todo caso constitutiva de estafa, no sólo por la sede materiae de dichos preceptos, sino por su conducta defraudatoria mediante engaño”.

La importancia de la determinación del bien jurídico es evidente. Una primera cuestión es si en esta infracción penal *existe uno o más bienes jurídicos protegidos*. El patrimonio como objeto jurídico de protección exclusivo en la estafa no es ni ha sido una cuestión pacífica. Algunos autores entienden que tanto por su encuadre sistemático, como de su concreta configuración legal, se desprende que estafa es un delito contra el patrimonio, seguida también por Zugaldía.⁹¹

Pero otra parte importante de la doctrina moderna ha admitido que con la comisión de este delito se ataca a algo más que al patrimonio, pero no ha llegado a reconocer a ese “algo” la condición de bien jurídico. Se ha afirmado que el carácter pluriofensivo de la “conducta típica” en la estafa, tras interconexionar realidad social y Derecho, es incuestionable, pero que no se llega a admitir la naturaleza pluriofensiva del delito. Aunque parezca que se lesiona con la estafa la buena fe en las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico, la descripción legal de la estafa ofrece como evidencia

⁹⁰STS 15 septiembre de 1992.

⁹¹ZUGALDÍA, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio* (Ob.cit.), p. 52.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

que la “buena fe colectiva” no recibe protección autónoma respecto del patrimonio por esta vía. No existe unanimidad en la doctrina al respecto, porque si consideran la pluriofensividad de la conducta de estafa, Mezger, como doctrina extranjera o Antón Oneca o Muñoz Conde en la nacional, entienden que, con la figura de estafa se pretende la tutela de dos bienes jurídicos: el patrimonio y el mantenimiento de la verdad, lealtad o la buena fe, en el tráfico jurídico.

El tráfico comercial masivo característico de la sociedad de consumo pone de relieve que, por encima de los aspectos patrimoniales individuales, los derechos de los consumidores tienen también un significado social de mayor trascendencia, incluso, que el puramente patrimonial individual. A este aspecto social alude el artículo 51 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y usuarios y a proteger la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Apartándonos de lo que es opinión generalizada, consideramos que existen en la estafa del art. 248 objeto de nuestro estudio, por ser mediante obras de arte falsas, pluralidad de bienes jurídicos protegidos, pues junto al ataque al patrimonio, hay “otros” bienes y su determinación puede verse desde distintas perspectivas.

Junto a la concepción (que defiende que el patrimonio es el bien jurídico protegido, conceptualización, que también es defendida por la jurisprudencia), recientemente se ha abierto una nueva dirección jurisprudencial muy interesante.⁹² Se trata de considerar el delito de estafa como un *delito contra la libertad* y, consecuentemente, partir de que mediante este delito se protege la autodeterminación del sujeto pasivo en el ámbito patrimonial. Así la STS 14 de septiembre de 2001 en el que se enlaza el elemento del engaño bastante con la libertad de decisión del sujeto pasivo. En efecto, en esta sentencia se indica que:

“También se ha considerado la buena fe en el tráfico, como bien jurídico protegido por el delito de estafa, pero ha sido criticado por la doctrina, pues según algún sector doctrinal, no es posible admitir la presencia de un segundo bien jurídico, consistente en la buena fe, “porque el quebranto de la confianza y seguridad en las relaciones jurídico patrimoniales, mientras no se derive o pueda derivarse un perjuicio, es irrelevante desde el punto de

⁹²LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, “Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal”. En: *Derecho Penal Económico, CGPJ Manuales de Formación Continuada*, Madrid, 2001, p.p. 429 a 491.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

vista jurídico-penal”.⁹³

Sin embargo, a esta teoría se le objeta, que a pesar del aprovechamiento de la *credulidad ajena* es a menudo determinante para que el delito se produzca, la “buena fe” no forma parte del contenido sustancial del delito según la posición mayoritaria. Además, entender la buena fe como bien jurídico protegido por la estafa no da resultados suficientemente satisfactorios, puesto que conduce a que la consumación se produzca con el engaño, que dejaría de ser una modalidad de conducta y pasaría a constituir el resultado típico.⁹⁴ Considera la doctrina que el único bien jurídico es el patrimonio, y opina que el engaño por sí solo no merece una represión especial. El motivo por el que la conducta engañosa se reprime penalmente estriba en que de ella se deriva, mediante el acto de disposición del engañado un daño patrimonial. Así pues, no puede invocarse el engaño para sostener que el bien jurídico protegido sea la *buena fe*.

Se entiende que la protección de la buena fe produce resultados insatisfactorios e implicaría otorgar al sujeto un derecho a la verdad y que el engaño por sí mismo no es nada jurídico penal,⁹⁵ que el engaño por sí sólo no merecería una reprobación especial. El motivo por el que la conducta engañosa se reprime penalmente estriba en que de ella se deriva, mediante el acto de disposición del engañado un perjuicio patrimonial. Así lo entiende la ley,⁹⁶ que no considera consumado el delito de estafa hasta que no se produzca un daño patrimonial. Así, pues, no puede invocarse el engaño para sostener que el bien jurídico protegido sea la buena fe. En los supuestos de adelantamiento de las formas imperfectas de ejecución, ya que habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de conducta. Además implicaría otorgar al sujeto un derecho a la verdad de tan discutida fundamentación. Por todo ello, Bajo se inclina a entender que la antijuridicidad material del delito de estafa como una lesión del patrimonio ajeno, excluyendo la lesión de la buena fe y reduciendo la relevancia del engaño en la estafa del papel de delimitar la acción penalmente relevante y diferenciar las distintas conductas atentatorias al patrimonio.

⁹³RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial* (Ob. cit.) p. 499.

⁹⁴BAJO/ PÉREZ MANZANO en BAJO/ PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial)*, II (Ob. cit.) p. 164.

⁹⁵RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1983, p. 477-478.

⁹⁶El autor se refiere a la ley anterior al Código penal de 23 de noviembre de 1995 en BAJO/ PÉREZ MANZANO en BAJO/ PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial)* (Ob. cit.).

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Otros autores consideran que al lado del patrimonio, “al mismo tiempo, se lesiona con la estafa la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico”,⁹⁷ considerando los defensores del patrimonio como el único bien jurídico protegido por la estafa, que más que un bien jurídico protegido es un objetivo político-criminal, en sentido técnico estricto.

A modo de conclusión, Umberto Eco⁹⁸ afirma: “Es la memoria del pasado la que nos dice qué somos lo que somos y nos confiere nuestra identidad”. Nosotros somos el mañana del pasado y el ayer del futuro. Esto significa el peligro de una incorporación masiva de falsos en nuestra cultura para las generaciones futuras. Ya hemos comentado en el Capítulo I los métodos de investigación de los investigadores. Los investigadores futuros analizarán *obras camufladas* en cuanto sinónimo de oculto, escondido y sacarán conclusiones mendaces, como las mismas obras. Esta estafa con obras de arte falsas puede ser entendida también como una lesión de un derecho a conocer la verdad. La falsificación de las obras de arte es protegida en nuestro ordenamiento, cuando esta no es una copia idéntica o plagio, exclusivamente en el delito de estafa. Sin embargo, aunque el único bien jurídico sea el patrimonio, hay que trascender el objeto sobre el que recae, no considerando las obras de arte solo como un bien tangible especulativo del mercado de una persona concreta. Hay que considerar el estudio de las obras artísticas (y de las escritas que se refieren a ellas) como fuentes de la Historia del Arte. Mediante su estudio se obtiene datos de conocimiento artístico de enorme interés al aceptar como válidas las informaciones obtenidas. Así que la falsificación de una fuente puede modificar la visión del mundo del pasado. La historiografía puede basarse en obras no auténticas y reescribir parte de nuestra concepción del pasado. Drewe pudo haber reescrito parte de la historia del Arte. En el juicio, Myatt se declaró culpable y se le impuso una pena de 6 meses de prisión y cumplió 4 meses. Drewe fue sentenciado a 6 años, y cumplió 3 años. En su actuación había un ánimo de lucro claro.

La víctima real de este tipo de estafas no es solo el sujeto pasivo que ha efectuado un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero, somos toda la sociedad los perjudicados.

La conservación del patrimonio histórico español alcanzó rango constitucional en el

⁹⁷MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial*, (Ob. cit.), p. 243.

⁹⁸ECO, U. “Preámbulo ¿Sólo puede construirse el futuro sobre la memoria del pasado?. En: BARRET-DUCROQ, F. (dir.) *¿Por qué recordar?*, Barcelona: Granica, 2002, pp. 183-186; p. 207.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

artículo 46 de la Norma Suprema que establece que “los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra ese patrimonio”. Es por tanto, desde la *Norma normarum* desde donde viene la garantía de conservación de nuestro patrimonio histórico para las generaciones futuras.

La mención de las generaciones futuras en las legislaciones de algunos Estados ha alcanzado, en algunos casos, un rango constitucional, no es el caso de la española, pero sin embargo basta mencionar que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural habla de la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

La defensa, conservación, promoción y enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural, ha sido y es una manifestación evidente de esta preocupación constitucional por asegurar el progreso cultural y social de los ciudadanos españoles. Esta preocupación del poder público por la defensa del rico patrimonio español, ha sido una preocupación constante en la historia reciente de nuestro país, especialmente desde principios del Siglo XX, debido a la imperiosa necesidad de conservarlo y, al mismo tiempo, de protegerlo de los frecuentes expolios que sufría.

La Constitución Española contiene numerosas referencias a la cultura, que empiezan en el Preámbulo de la Constitución, donde se dice que “La Nación española proclama su voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de sus culturas y tradiciones y de promover el progreso de la cultura”. Luego, la cultura vuelve a aparecer en diversos artículos de la Constitución, como el 9.2 (corresponde a los poderes públicos (...) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural), el 46 (los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio (...) cultural de los pueblos de España (...)), el 48 (los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo (...) cultural) y el 50 (los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de (...) cultura (...)).

Está claro que el concepto de cultura, ya de por sí enormemente amplio, discutido y proteico, no tiene el mismo valor ni el mismo ámbito en sus distintas apariciones en el texto constitucional.

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

Por otra parte, y en cuanto a cuales son los bienes que deben entenderse como incluidos en el Patrimonio Histórico, Cultural y Artístico, una aproximación a esta cuestión la proporciona la STC 17/1991 que afirma la existencia de “un estatuto peculiar de unos determinados bienes que, por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores de una especial consideración y protección, en cuanto dichos valores, y hasta los mismos bienes, son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal”. Sin embargo, su realización resulta muy difícil por las condiciones y características de nuestro actual sistema tutelar. Especialmente, porque en España disponemos de un sistema descentralizado de protección en el que el Estado tiene escasa capacidad de actuación en materia de Patrimonio Histórico, por lo que la información que podría recabar y ofrecer sería siempre muy limitada, tal y como corresponde a sus competencias, reducidas prácticamente a los bienes de titularidad estatal y a las cuestiones relacionadas con la exportación.

La ciencia jurídica puede además concebir que los derechos y obligaciones persistan a través del tiempo. Al igual que hay que conservar los especímenes más valiosos de animales y plantas, hay que eliminar las especies invasoras y que los componentes de las Fuerzas y cuerpos de seguridad tengan en cuenta la existencia de este fenómeno, ya que podrá darse el caso de intervenir una pieza que aparentemente pueda tratarse de un original y posteriormente, tras un análisis a cargo de especialistas, se vea que es una falsificación.

Así, la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad ley 42/2007 de 13 de diciembre, recogía la necesidad del Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras, en el que debían incluirse todas aquellas especies y subespecies exóticas invasoras que constituían, de hecho, o pudieran llegar a constituir una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas, la agronomía, o para los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural. Consideramos que la Ley de Patrimonio Histórico debe recoger cuales son las amenazas de los objetos invasores. En el Patrimonio Natural esto ya se ha conseguido con la publicación del Real Decreto 1628/2011 de 14 de noviembre en el que se aprueba y regula el Listado y Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras. En este proyecto se describen los marcos legislativos europeos, nacionales y autonómicos relativos a las especies vegetales invasoras de los sistemas dunares, los listados de especies, los sistemas de invasión, las medidas de control y mantenimiento de dichas especies, y por último se incluyen 25 fichas sintéticas de las especies invasoras

3. La protección contra los fraudes en el mercado del arte

más importantes en las que se recogen las características, identificación y sistemas de erradicación utilizados.

Los actos del pasado pueden ser ensalzados o reprochables. Tal es la lección que nos ofrece la historia. Ahora bien, podemos plantear exigencias a la conducta de nuestra generación, siempre y cuando se funden las instituciones que vigilen los intereses de las generaciones futuras. Edith Brown Weiss⁹⁹ propone principios básicos de justicia intergeneracional:

- Cada generación deberá conservar la diversidad de la base de sus recursos naturales y culturales, con el fin de no coartar indebidamente las opciones de las generaciones futuras para solucionar sus problemas y satisfacer sus propios valores. Igualmente tendrá derecho de gozar una diversidad comparable a la que disfrutó la generación previa.
- Cada generación deberá otorgar a sus miembros derechos equitativos para que puedan acceder al legado de la generación anterior y deberá conservar este acceso para las generaciones posteriores.

No tengamos miedo a acudir a los primeros fundamentos.

⁹⁹BROWN, E. *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*. Tokyo, United Nations University Press, 1992.

Capítulo 4

CONCLUSIONES

Al comienzo de nuestro trabajo partíamos de una constatación: estamos frente a una situación de modalidad delictiva que se está incrementado actualmente debido a los importantes beneficios económicos generados por esta actividad. Ingentes obras de arte falsas van introduciéndose paulatinamente en el mercado del arte de una forma sin precedentes en la historia. Pero, además, comprobábamos la insuficiencia de estudios científicos para definirla y la dificultad de abordarla como objeto de estudio desde una única perspectiva disciplinar. Es por ello por lo que recurrimos a un estudio interdisciplinar como recurso para acercarnos al estudio de la obra de arte falsa. Hemos intentado buscar un diálogo entre distintas disciplinas jurídicas, criminológicas e histórico-artísticas para evitar así la parcialidad con que cada disciplina ha pretendido acercarse exclusivamente a una parte del saber, olvidando todo el conjunto del que forma parte esencialmente. Con ello, desde la perspectiva de que la estafa es un ilícito penal, hemos evitado centrarnos exclusivamente en aspectos o elementos técnicos e inconexos que carecen de sentido al desvincularse del todo del que forman parte.

Cada una de estas aproximaciones de la tesis han tenido sus propios métodos de estudio, y también han sido diferentes las fuentes de información y los medios y recursos que hemos necesitado realizar esta investigación. Pero en su conjunto, todos estos componentes han sido imprescindibles para trazar la relación completa del elemento objeto de investigación y hacer una lectura arquitectónica integral. Nuestro propósito no ha sido tanto el análisis de la historia de falsificadores y falsificaciones famosas, como la posibilidad de aplicación teórica que enlace ambas disciplinas con una visión muy contemporánea y de prospección futura y que tenga una aplicación práctica entre los operadores del mercado del arte. No podemos olvidar que el Derecho es una importante herramienta de cambio social y debe proporcionar respuesta a las nuevas necesidades

que se plantean en la sociedad, de una forma adecuada, lógica y justa acorde con la propia naturaleza del hombre.

Consideramos que el estudio del fenómeno de las falsificaciones es imprescindible para completar nuestro conocimiento de la historia del arte, ya que nos indica los factores por los cuales una tendencia artística se impone sobre otras, los cambios en el gusto y en la mentalidad de cada momento, etc. Hasta hoy el mercado del arte y en concreto la circulación de obras de arte falsas como objeto de investigación por parte del historiador ha sido un tema casi tabú, siendo sin embargo un fenómeno que ha sucedido durante toda la historia del arte.

El eje central de esta investigación ha sido la obra falseada o mendaz como medio de engaño y su correlativo error para cometer una estafa sobre la que han pivotado diferentes aproximaciones. Esta diversificación no ha pretendido una especialización en datos irreductibles pero vacíos, como tampoco nos hemos limitado a buscar un armazón analítico aparente pero absolutamente atomizado, incapaz de unir las piezas del rompecabezas incapaz de sugerir nada más allá del marco conceptual. Hemos pretendido seguir las conexiones de estos campos, cambiando la lente una y otra vez, hasta percibir con nitidez el objeto penal en sus múltiples dimensiones histórico-artísticas y criminológicas, para llegar allí donde la respuesta no era demasiado convincente, o no encontraba justificación en el derecho positivo, o, simplemente, no existía.

Todo lo anterior conlleva algunas conclusiones a las que hay que hacer referencia, así:

PRIMERA

Las “falsificaciones de obras de arte” no están tipificadas ni como delitos ni como faltas en nuestro ordenamiento penal, es decir, copiar o imitar un cuadro o escultura no es un ilícito penal. Lo que es un delito es el comerciar con obras de arte falsas haciéndolas pasar por auténticas o genuinas, o mejor dicho originales, es decir, engañando. Con la estafa y mediante el engaño se pretende provocar un acto de disposición patrimonial al atribuir a las obras de arte unas cualidades de las que carecen, es decir, no son auténticas e inducen a confusión.

SEGUNDA

Hemos analizado el proceso de formación de la categoría tan relevante en la teoría del Arte como es la noción de “obra”. Desde la perspectiva de nuestro derecho penal, en el Código Penal no hay una definición de obra artística y solo hay una alusión ex-

plícita a este concepto en “una obra literaria, artística o científica” del artículo 270. Dicho precepto penal es un tipo en blanco debiendo llenar el sentido del elemento típico “obra artística” mediante la llamada Ley civil, en este caso, la Ley de Propiedad Intelectual. En esta ley tampoco existe una definición legal, aunque sí la mención de distintos supuestos como ejemplos de este tipo de obras, sin ánimo de determinar, en ningún momento, un listado cerrado.

TERCERA

Hemos propuesto nueva terminología entendiendo que una obra es falsa en tres supuestos. Así, la obra es falsa cuando se crea una obra inauténtica o falseada; cuando es mendaz; y cuando es inauténtica objetivamente (no la podríamos considerar obra de arte) y mendaz (pero no falseada).

CUARTA

Desde una perspectiva criminológica, hemos comprobado que los estafadores de obras de arte conocen las técnicas de datación y atribución de los especialistas en la materia y utilizan estos conocimientos para engañar. Tradicionalmente los historiadores del arte han contado con tres herramientas principales para determinar la originalidad de una obra de arte, con aparente capacidad para discernir la verdad: la documentación histórica, y ya recayendo sobre el objeto, los análisis científicos, para ver su composición material y la inspección visual por un ojo experto para analizar el estilo del autor.

QUINTA

Para dotar de verosimilitud una obra de arte falseada y/o mendaz, hemos visto en primer lugar con qué documentación suelen ir acompañadas y posteriormente hemos analizado la obra como soporte material. Incluyendo aquellos casos de arte desmaterializado, como las obras multimedia y audiovisuales, cuando se introducen en el mercado y se materializan.

SEXTA

Respecto de la documentación, se falsifican tanto las expertizaciones como la documentación que habla de la procedencia de la obra (la *provenance* inglesa). Los estafadores alteran mediante la documentación aportada el historial de la propiedad de la obra, los catálogos, los certificados de autenticidad etc. para introducirla en el cauce del mercado del arte, que es la parte más compleja de una estafa.

SÉPTIMA

Respecto a la obra de arte como objeto material, nos hemos ceñido al estudio de la pintura, la escultura, el grabado y el *New Media Art*, sin entrar a estudiar las artes decorativas, así como tampoco los objetos de colección. De la pintura, se ha visto distintos procedimientos tanto la creada artesanalmente, como por medios técnicos. Las firmas son un elemento fundamental, sobre todo en la tasación. Respecto al grabado, con las técnicas de reproducción se desvaloriza la singularidad del original, por eso se tiene en cuenta la firma y numeración del original. Muchas veces el artista no es el que realiza el grabado, sino lo encomienda. Se ha tratado la escultura, tanto la creada artesanalmente como por medios técnicos. El arte contemporáneo se caracteriza por la aparición constante de nuevas manifestaciones artísticas que incluyen medios tecnológicos como soporte desde video arte hasta *net-art*. En relación al soporte final que los artistas han establecido para la comercialización de sus obras podemos hablar de servidores, *software*, instalaciones o *hardware* e impresiones.

OCTAVA

En todos los objetos se he hecho referencia a los análisis científicos, para ver su composición material y la inspección visual por un ojo experto para analizar el estilo del autor.

NOVENA

La delincuencia relacionada con la estafa y el engaño en el mercado del arte carece de estudios empíricos desde la perspectiva del Derecho penal y la Criminología. Hemos seleccionado tres ejemplos: Ken Perenyi, que falsificaba solo el objeto material; Drewe y Myatt, que aunque falsificaban la pieza, lo convincente era la documentación que aportaban y Beltracchi, minucioso tanto en la documentación como con la obra falsa.

DÉCIMA

Hemos puesto en valor las buenas obras de arte no originales. El autor de una buena obra falsificada no realiza una mera mimesis de la obra original, sino que está sublimada, es una copia idealizada, embellecida, que resume todos los elementos estilísticos de ese autor o época. Es un autor activo, porque primero selecciona mediante una función selectiva y luego realiza una función expresiva. En esta segunda fase hay una afirmación de su subjetividad. Los directores de los museos no solo están exhibiendo sus falsos,

sino están adquiriendo deliberadamente obras no originales de la época de oro de las falsificaciones, aproximadamente desde 1880 hasta 1940.

UNDÉCIMA

No existe una regulación específica dentro del infranqueable marco que legal de la estafa, pero bajo la denominación “estafa de obras de arte” entendemos a la acción, ardid o argucia usada por el sujeto activo, para obtener una cuantía económica, al ocasionar un error respecto a las cualidades de una obra de arte, provocando con ello un conocimiento deformado o inexacto de la realidad, operante en el consentimiento del sujeto pasivo, que determina la compra de una obra de arte inauténtica o falseada, o en una auténtica pero mendaz por los datos falsos sobre su procedencia; que en caso de conocer la realidad no hubiera prestado.

DUODÉCIMA

El tipo básico de estafa propia (arts. 248.1/249; 623.4.) se nos presenta como una figura delictiva compleja y polimorfa, con multitud de facetas, formas de aparición y aspectos de gran interés: la estafa clásica tiene como peculiaridad el engaño bastante a otro. La utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto (autodefensa). El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción.

Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero.

La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro.

De ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

DÉCIMOTERCERA

El mecanismo de la responsabilidad civil *ex delicto* del Código penal español pre-

senta como ventaja la economía procesal que supone dirimir la responsabilidad penal y el resarcimiento de la víctima en un mismo proceso.

DÉCIMOCUARTA

No presenta importantes particularidades el estudio de las formas concursales en el delito de estafa. Dadas las particularidades propias del tipo, a nuestro juicio, es posible la concurrencia de un concurso ideal entre este delito y algunos otros como pueda ser una falsedad documental, daños en archivo y biblioteca, o un delito contra la propiedad intelectual. El plagio exige la copia total o parcial, del mismo modo que que atribuir a un artista lo no creado por el artista no es un delito contra la propiedad intelectual.

DECIMOQUINTA

En cuanto las agravantes, nos encontramos la que fija una cuantía 50.000 euros y otra la especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio. La jurisprudencia ya se había encargado de diferenciar desde el entendimiento de que se trata del anverso y el reverso de la misma realidad, esto es, uno alude al importe de lo defraudado y otro al quebranto económico que se le causa al perjudicado.

DECIMOSEXTA

El decomiso del art. 127 CP tiene una aplicación muy restrictiva como consecuencia accesoria a la comisión del hecho delictivo, estableciendo sólo una excepción en el punto 3º para el caso que no se imponga pena, pero por dos causas específicas: por haberse decretado la concurrencia de una causa de exención de responsabilidad penal y por haberse extinguido la misma (prescripción). De manera que a *sensu contrario* debe interpretarse la imposibilidad de decretar el comiso de efectos provenientes del delito si no ha recaído pena. Respecto a la Jurisdicción, consideramos que se tiene que adaptar a los nuevos tiempos de delincuencia organizada globalizada.

DECIMOSÉPTIMA

Respecto a la concepción del bien jurídico protegido, hay dos teorías extremas: la jurídica y la económica. En consecuencia se elaboran teorías “conciliadoras” que ensamblan elementos de las teorías “puras”, por lo que parece imponerse una concepción mixta o económico-jurídica que pretende superar las insuficiencias de las dos teorías anteriores.

DECIMOCTAVA

El concepto de engaño de la estafa ha sido objeto de una ardua elaboración doctrinal, siendo el producto final de un largo proceso de abstracción desarrollado sobre la base de las descripciones enumerativas o casuísticas de conductas y constituye el único referente conceptual válido de la acción típica contemplada en este delito. En cuanto al momento en que surge este engaño, ha de ser siempre *ab initio*, mediante toda una maniobra defraudatoria y un artificio para producir error en otro, no concurriendo la estafa cuando el engaño es sub sequens.

Existen tres posiciones: objetivo-subjetivo que entiende que para que se cometa la estafa y no un mero incumplimiento contractual, el engaño ha de ser bastante, suficiente, proporcional e idóneo en la convivencia social para actuar como estímulo suficiente del traspaso patrimonial; la teoría de la imputación objetiva, a diferencia de la doctrina, la mayoría de las sentencias tienen un tono marcadamente objetivo, y por último y de forma muy novedosa, el deber de veracidad.

DECIMONOVENA

Siguiendo una metodología integradora hemos analizado el incumplimiento contractual civil, haciendo especial hincapié a los catálogos y sus cláusulas de las casas de subastas.

Si se intenta vender una obra pero desconoce que es falsa, no concurrirá el delito de estafa porque falta el elemento subjetivo del injusto de la estafa, pero se derivarán acciones civiles: la acción redhibitoria o de saneamiento por vicios o defectos de la cosa; la acción de anulación por error *in substantia* o en las cualidades esenciales de la cosa y la acción resolutoria del contrato por incumplimiento por entrega de cosa distinta *aliud pro alio*, según cada caso.

VIGÉSIMA

El artículo 248 no exige característica alguna en el sujeto activo, por lo que habrá que concluir que no se trata de un delito especial, sino común.

VIGESIMOPRIMERA

Se entiende por negocio jurídico criminalizado aquella modalidad de estafa en la que una de las partes simula la voluntad de concertar un negocio valiéndose de la confianza o buena fe de la contraparte, con la pretensión de beneficiarse de las prestaciones que en su beneficio recibirá, sin que tenga intención alguna de cumplir sus propias obliga-

ciones. Es decir, aquí, el negocio jurídico se instrumentaliza o pervierte a los efectos de conseguir un resultado penalmente ilícito, como es recibir un patrimonio ajeno en beneficio propio y por medios insidiosos.

VIGESIMOSEGUNDA

Respecto de al víctima, el tipo penal de estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso de que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por lo tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia en estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

VIGESIMOTERCERA

En cuanto a la interferencia dolosa de la propia víctima, hay que efectuar un análisis de la cláusula legal de idoneidad del engaño según un doble parámetro objetivo-subjetivo de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. El principio de intervención mínima y la característica de “*última ratio*” del derecho penal, no permite que se criminalice cualquier conducta por el mero hecho de producir un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo.

VIGESIMOCUARTA

Consideramos que la estafa con obras de arte falsas es un delito pluriofensivo, incorporando los derechos de las generaciones futuras. La conservación del patrimonio histórico español alcanzó rango constitucional en el artículo 46, es por tanto, desde la

Norma normarum desde donde viene la garantía de conservación de nuestro patrimonio histórico para las generaciones futuras.

La mención de las generaciones futuras en las legislaciones de algunos Estados ha alcanzado, en algunos casos, un rango constitucional, no es el caso de la española, pero sin embargo basta mencionar que la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural habla de la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Consideramos que de la misma forma que conservamos el medio ambiente para las generaciones futuras con actividades de hay que conservar los especímenes más valiosos de las obras de arte, hay que eliminar las especies invasoras.

ANEXO I: ASHOK ROY,
Director of Scientific Research
en la *National Gallery* de
Londres (UK)

Como parte de la investigación estuvimos en contacto con los comisarios de dos importantes exposiciones sobre copias y falsificaciones en los museos: el Director del laboratorio científico de la *National Gallery*, Ashok Roy, que amablemente nos contestó un formulario sobre su exposición, así como Salvador Salort-Pons, director ejecutivo de *Collection Strategies and Information* en *Detroit Institute of Arts* y *Head of the European Art Department*, con el que mantuvimos una larga e interesante entrevista telefónica.

Reproducimos a continuación la respuesta escrita de Ashok Roy, recibida el 15 marzo 2013.

1. -What was the purpose of the exhibition of *The National Gallery Close Examination: Fakes, Mistakes & Discoveries*? when it was planned? Did anyone express concern that the National Gallery would going to lose any credibility?

The main purpose of the exhibition was to explain to the public what kinds of infor-

mation about old master paintings could be gained from scientific and technical study, including chemical analysis of paint samples and cross-sections, radiography, infrared-imaging and so on. We had tried to tell a 'story' about each exhibit according to new technical research, some of which related to changed dates or changed attributions. We stressed that scientific and technical information was best combined with advanced art-historical knowledge, in order to provide the best-informed opinion on any picture and its likely history and authorship. We only included three certain fakes - two belonging to the NG - and one loan from the Courtauld Institute. Far from lowering our credibility, I think we raised it by pointing out how much research goes into understanding the NG collection. We have always been very advanced in this subject, particularly by combining the work of scientists with curators and conservators. We were surprised by the very great interest in the show among foreign journalists, and we had around 130,000 visitors. The material remains on the NG Website.

2. -With this exhibition, what do you think The National Gallery has achieved most?

1. Being an example to other smaller museums and opening a new trend of revaluation of its funds. We always like to be an example of well-conducted research on old master paintings.
2. To exhibit the museum's science and research behind, figuring out whether art works are authentic with scientific techniques (many of them pioneered by the National Gallery and nowadays mainstays in the business of art curation). Yes, as noted above
3. Being an invitation to general public/visitors to study the works and being critic with museums' funds. This point as well. We are very keen to find new ways of the public 'engaging' with the Collection, however they come to it. We believe there is a scientifically-inclined audience who are most interested in the chemical and technical aspects of painting, and also the history of the materials involved. We have some evidence that younger people like this approach - and, particularly, the 'detective' work that takes place in the laboratory.

3.- What do you think of future forgeries? They are massive nowadays.

Has it been an evolution between historical fakes with nowadays ones with industrial methods? Would they be a problem in the future? I don't know very much about faking generally. There are probably many more 'fake' old master drawings than there are OM paintings, and I am sure a lot of works from the early 20th-century onwards which have been criminally created by other hands. There are some well known early painting fakes by the Italian 'forger' Icilio F. Joni, many of which were exhibited in a show in Siena some years ago. Some of these were very skilful in a way, and quite convincing. However, in my direct experience I have never seen an inauthentic painting under the microscope (that purported to come from before 1800) that wasn't obviously 'wrong'. I rather despise forgers, because however skilled they are, they simply detract from the great achievements of the creators of important and beautiful genuine works of art whose true skills they parasitise. Many older paintings have come to be seen as fakes, but which are in fact honest copies in homage to the originals. The subject is not well-understood by the public - most older paintings of not particularly high quality (usually in private hands) have a 'hopeful' attributions attached, whether it is to Titian, Raphael, Rembrandt, Caravaggio and so on. Don't forget there are many workshop paintings. Faking objects of art other than paintings has become very big business around the world as demand rises and supplies of originals are essentially static.

BIBLIOGRAFÍA

.1. Libros y revistas

- ANTÓN ONECA, J. "Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la jurisprudencia". En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1957.
- ARMAÑANZAS, E. *El color del dinero. El boom de las subastas de arte, acontecimiento cultural en prensa*. Bilbao: Rekargi, 1993.
- ARNAU, F. *El arte de falsificar el arte. 3000 años de fraudes en el comercio de antigüedades*. Barcelona: Noguer, 1961.
- ASUA BATARRITA, "El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin". En: *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1993, pp. 81- 165.
- BACIGALUPO, E. "La reforma de las falsedades documentales". En: *La Ley*, 1996-1, pp. 1668-1672.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. "Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago". En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1975.
- BAJO FERNÁNDEZ, M; PÉREZ MANZANO, M; SUÁREZ GONZÁLEZ, C, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, Delitos patrimoniales y económicos. Madrid, 1993.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 2004.
- BAMBERGER, A. *Buy Art Smart. Foolproof Strategies for Buying Any Kind of Art with Confidence*. Pennsylvania : Chilton Book Company, 1990.

- BATARRITA, A. A. “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin” . En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*. Tomo XI, 1993.
- BECKER, H. *Art world*. California: University of California Press, 1984.
- BENEYTEZ MERINO, L. *Las falsedades documentales*. Granada: Comares, 1994.
- BENHAMOU, F. y GINSBURGH, V. “Is there a market for copies?” En: *The Journal of Arts Management, Law and Society*, 32, 2002, pp.37–55.
- BENJAMIN, W. “La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica” . En: *Discursos interrumpidos I*. Buenos Aires: Taurus, 1989.
- BERCOVITZ, R. “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa” . En: *Anuario de Derecho Civil*, 1969.
- BERGER, J. (1974) *Modos de ver*. Barcelona: Gustavo Gili, 2006.
- BEUCHOT, M. *Historia de la filosofía del lenguaje*. Fondo de Cultura Económica, V. 549, 2005.
- BINDING, *Lehrbuch des Gemeinendutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I*, Neudruck der 2. Auf., Leipzig, 1902.
- BLASCO, A. y BALLESTERO, E. *Valoración y tasación de obras de arte*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 1997.
- BOCKELMANN, P. “Der Unrechtsgehalt des Betruges” , En: *Probleme der Strafrechtserneuerung-Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, 1944.
- BRANDI, C. *Teoría de la Restauración*. Madrid: Alianza, 1988.
- BROWN, E. *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992.
- BUSCH, E. A. *El Futuro de la Creación: Los Derechos Del Autor de Los Creadores Visuales*, Vol. 8. Madrid: Trama Editorial, 2003.
- CALLE RODRIGUEZ, M.V. *Falsedades documentales no punibles*. Madrid: Derecho Reunidas, 1998.
- CARMONA C. *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Montecorvo, 1998.
- CARRASCO, A. “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual” . En: *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 1885 y ss.

- CASABÓ, M.A. “La estafa en el mercado del arte: engaño y víctima”. En: *La Ley*, n. 8101, 2013.
- CASTÁN, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo II, Madrid: Reus, 1992.
- CHARNEY, N. *Art and Crime: Exploring the Dark Side of the Art World*. Westport: Praeger, 2009
- CHATELAIN, F.; PATTYN, C.; CHATELAIN, J. *Ouvres d’Art et objets de collection en droit français*. París: Berger- Levrault, 1997.
- CHILVERS, I. *The Oxford Dictionary of Art*. Oxford University Press online
- CHOCLÁN, J.A. *El delito de estafa*. Barcelona: Bosch, 2009
- CLARK, K. *¿Qué es una obra maestra?* Barcelona: Icaria, 1980.
- CLARKE, M. y CLARKE, D. *The Concise Oxford Dictionary of Art Terms*, 2013. Online version
- COBO DEL ROSAL, M. (dir.) *et alius, Comentarios al Código penal*. Tomo III. Arts. 24 a 94, Madrid: Edersa, 2000.
- COLE, W. *How to Avoid Buying Fake Prints on Ebay and Elsewhere: A Concise Guide (Focuses on Pablo Picasso, Salvador Dali, Joan Miro, Andy Warhol, Jasper Johns, David Hockney, Henri Matisse, Georges Braque, and Marc Chagall, Setdart)*. New York, 2007.
- CONKLIN, J. *Art Crime*. Westport, Connecticut: Praeger, 1994.
- CRADDOCK, P. *Scientific investigation of copies, fakes and forgeries*, Routledge, 2012.
- DANTO, A. ”The Artworld” (1969). En: MARGOLIS , J. (ed.), *Philosophy Looks at the Arts*, Temple University Press, 1978, p. 139- 141.
- DANTO, A. (et. al.) *¿Qué es una obra maestra?*. Barcelona: Crítica, 2002.
- DANTO, A. *The transfiguration of the commonplace: a philosophy of art*, Harvard University Press, 1981.
- DELGADO PORRAS, A. *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Civitas. 1988.
- DICKIE, G. “Defining art”. En: *American philosophical quarterly*, 1969.

- DIEZ PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*, Vol, 2o, Sexta, Madrid: Tecnos, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.
- DUBOFF, L. (et al.) *The Deskbook of Art Law*. Buffalo, N.Y.: W.S. Hein, 2004.
- DURET-ROBERT, F. “Bronze d’édition faux et contrefaçons”. En: *L’Objet d’Art l’Estampille* n° 365, 2002 , pp. 56-67.
- DUTTON, D. “Artistic crimes”. En: *The British Journal of Aesthetics* 19, 1979, pp. 302-314.
- DUTTON, D. *The forger’s art: Forgery and the philosophy of art*, Cambridge Univ Press, 1983.
- DUTTON, D. “Authenticity in art”. En: *The Oxford handbook of aesthetics*, 2003, pp. 258-274.
- DUTTON, D. *El instinto del arte*, Vol. 47, Barcelona: Paidós, 2010.
- ECO, U. *Los límites de la interpretación*. Barcelona: Lumen, 2000.
- ECO, U. “Preámbulo ¿Sólo puede construirse el futuro sobre la memoria del pasado?”. En: BARRET-DUCROQ, F. (dir.) *¿Por qué recordar?*, Barcelona: Granica, 2002, pp. 183-186.
- ELSÉN, A.E Y MERRYMAN J.H. *Law, ethics and the visual arts*. University of Pennsylvania Press, 1987.
- FALL, F. K. *Art objects: their care and preservation: a handbook for museums and collectors*, Vol. 20, L. McGilvery, 1973.
- FERNANDEZ ARENAS, J. *Introducción a la conservación del patrimonio y técnicas artísticas*. Barcelona: Ariel, 1996.
- FERNÁNDEZ GALLEGO, R. “Falsificaciones y robo de obras de arte”. En AA. VV. *La lucha contra el Tráfico ilícito de bienes culturales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2006.
- FERNÁNDEZ, M. B. *Los delitos de estafa en el Código penal*. Centro de Estudios Ramón Areces, 2004.
- FLEMING, S. J. y ASMUS, J. F. “Authenticity in Art: the scientific detection of forgery”. En: *Physics Today* 29, 57, 1976.

- FRANK, B. “Art Price research for fakes and imitations”. En: MOSSETTO, G. y VECCO, M. (ed.) *The Economics of Copying and Counterfeiting*. Milan: FrancoAngeli, 2004, pp. 119-131.
- FREELAND, C. *Art theory: a very short introduction*, Oxford: Oxford university press, 2003.
- FREIXA, M. et al. *Introducción a la Historia del Arte. Fundamentos teóricos y lenguajes artísticos*. Barcelona: Barcanova, 1991.
- FREY, B. “Art Fakes—What Fakes?” En: *An Economic View*, 1999.
- FRIEDLANDER, M. J. *El arte y sus secretos*. Barcelona: Juventud, 1969.
- FURIÓ, V. “La historia del arte: aspectos teóricos y metodológicos”, en AA.VV., *Introducción de la Historia del Arte*. Barcelona: Barcanova, 1990.
- FURIÓ, V. *Sociología del arte*. Madrid: Cátedra, 2000.
- FURIÓ, V. *Arte y reputación: estudios sobre el reconocimiento artístico* Barcelona: Edicions Universitat Barcelona, 2012.
- GALLEGO ANABITARTE, A. “La protección del Patrimonio Histórico”. En: *Seminario Urbanismo y Patrimonio Histórico*, Ávila, 1999.
- GARCIA CANTIZANO, M.C. *Falsedades documentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- GARCÍA LEAL, J. *Arte y conocimiento*. Granada: Universidad de Granada, 1995.
- GASPAR LERA, S. *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*. Navarra: Thomson. Aranzadi, 2005.
- GÓMEZ DE LIAÑO, G. “Delitos contra el patrimonio cultural: especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico”. En: *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 2006, pp. 3-22.
- GONZALEZ RUS, J.J., *Compendio de Derecho penal español*, Madrid, 2000
- GONZÁLEZ-VARAS, I., *Conservación de bienes culturales: teoría, historia, principios y normas*. Madrid: Cátedra, 2006.
- GONÇALVES, M. T. *Fakes in art. Repositorio de la Universidad de Lisboa*, 2013. En: <http://hdl.handle.net/10451/8861>.
- GASPAR LERA, S. *La venta en subasta de obras de arte y otros objetos de valor*. Navarra: Aranzadi, 2005.

- GÁLVEZ, R. M. D. C., *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica: consideración especial del derecho a la propia imagen y de otros activos inmateriales*, Vol. 8, Trama Editorial, 2005.
- GEIS, G. “El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico”. En: *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, 2006.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.”Función y contenido del error de tipo de estafa”. En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1985, pp. 333 y ss.
- GÓMEZ, A. S. & MAILLO, A. S., *Derecho penal: parte especial*, Dykinson, 2002.
- GÓMEZ, R. I. M., “El delito de publicidad engañosa”, *Diario La Ley*(7620), 1, 2011.
- GONZALEZ-VARAS, I. *Conservación de bienes culturales: teoría, historia, principios y normas*. Madrid: Cátedra, 2006.
- GUADALAJARA, N.; BLASCO, A. y GUIJARRO, F. “Valoración de las obras de artes pictóricas. El caso español de pintores contemporáneos en la década de los 90”. En: *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*. V. 10, n. 4, 2001.
- GUADALAJARA, N. y DE LA POZA, E. Una investigación en el conocimiento del comportamiento del valor de mercado de la pintura y la obra gráfica, En: “*Decisiones basadas en el conocimiento y en el papel social de la empresa: XX Congreso anual de AEDEM*”, 2007, pp. 60.
- HARTEBACHMANN, S., ‘*Truth in art and law: Allocating the risks associated with attribution in the art auction house*’, PhD thesis, Durham University, 2007.
- HAYWOOD, I., *Faking it: Art and the Politics of Forgery*, Harvester Brighton, 1987.
- HEBBORN , E. *The art forger’s handbook*. Overlook Press, 1997.
- HENCKMANN, W., LOTTER, K., *Diccionario de estética*. Barcelona, Crítica, 1998.
- HENTIG, H. v. *Estudios de Psicología criminal III, La estafa*, 3ª ed., Madrid: España-Calpe, 1980.
- HOVING, T. P. F. *The Game of Duplicity*. Nueva York :*The Metropolitan Museum of Art Bulletin*, 6 ,1968, pp. 241-246.

- HUERTA TOCILDO, S. “Protección penal del patrimonio inmobiliario”. En: *Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid: Civitas, 1980.
- JEWELL, P. & LOUISE, J., “It’s just a joke: Defining and defending (musical) parody”, *Australian Review of Public Affairs* 10(2), 1–12, 2012.
- JIMENEZ, J. *Teoría del arte*. Madrid : Tecnos, 2002.
- JOHNSON, K. C. , *'Fakes and forgeries'*, 1973.
- JONES, M. *Fake? The Art of Deception*. Londres: British Museum, 1990.
- JUAN, R.”Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil ex delicto”. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*(1), 2009, p. 603.
- KULTERMANN, V. *Historia de la historia del arte. El camino de una ciencia*. Madrid: Akal, 1996.
- KURZ, O. *Fakes: A Handbook for Collectors and Students*. Nueva York: Dover, 1967.
- LAFUENTE, E. *La fundamentación y los problemas de la historia del arte*. Madrid, Instituto de España, 1985.
- LENAIN, T. *Art Forgery: The History of a Modern Obsession*. Londres: Reaktion Books, 2011.
- LEVENSON, R. “Examen de las técnicas y materiales de pintura”. En: *El experto frente al objeto*. Fundación Gala- Salvador Dalí: Marcial Pons, 2011, pp. 143-157.
- JONES, M.: *Fakes? The art of deception. Exhibition catalogue. The Trustees of the British Museum*. London, 1990.
- LLUENT, JM. *Expolio y fraude en el arte*. Winterthur, 2002.
- LÓPEZ BAJA DE QUIROGA, “Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal”. En: *Derecho Penal Económico*, CGPJ Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2001, p.p. 429 a 491.
- LOPEZ, J. *The Man who Made Vermeers: unvarnishing the legend of master forger Han van Meegeren*, Houghton Mifflin Harcourt, 2009.
- LUCIE-SMITH, E. *Diccionario de términos artísticos*. Barcelona: Ediciones Destino, 1997.

-
- LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal*. Parte especial, Madrid: Dykinson, 2001.
 - MACIÁ, R. “El delito de publicidad engañosa”. En: *La Ley*, 2011.
 - MAGRO SERVET, V. “Los contratos civiles criminalizados. Análisis de diferencias existentes entre el delito de estafa y los meros incumplimientos contractuales del orden civil. ¿Dónde radica el elemento diferencial?”. En: *La Ley*, 2001, pp. 1265-1272.
 - MAGRO SERVET, V. “Guía práctica y casuística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. En: *La Ley*, 2002.
 - MARTÍN BAÑOS, P. “Los conceptos de imitación y originalidad antes del Romanticismo”. En: *Actas de las IV Jornadas de Humanidades Clásicas* / coord. por Carlos Manuel Cabanillas Nuñez, José Angel Calero Carretero, 2006, pp. 285-292.
 - MENA, M. “Problemas relacionados con las obras de arte falsamente atribuidas, con especial atención al caso de Goya”. En: *Actas de XVIII Cursos Monográficos sobre el Patrimonio Histórico*, Reinososa, 2008. pp. 345-360.
 - MENDAX, F. *Art fakes and forgeries*. New York: Philosophical Library, 1956
 - MERRYMAN, J.M.”Counterfeit Art”. En: *International Journal of Cultural Property*, V. 1, enero 1992 , pp 27-78.
 - MEZGER, E. *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte especial*. Trad. Conrado Finzi. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959.
 - MISSERI, S.C. (et al). *Economía y estética de la Obra de Arte. Centro de ingeniería económica*. Editorial Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2003.
 - MONTALVO, J. A. C “Engaño bastante y deberes de autoprotección: Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma’, *Revista de derecho y proceso penal* 1993, pp. 59- 64.
 - MOULD, P. *The Art Detective: Adventures of an Antiques Roadshow Appraiser*, Penguin, 2010.
 - MOYNA MENGUEZ, J. ”Las falsedades documentales”. En: *La Ley*, 1996-3, pp. 1320-1324.
 - MUSCARELLA, O. W. *The Lie Became Great: The Forgery of Ancient Eastern Cultures*, Vol. 1, 2000.

- MUÑOZ CONDE “Tráfico ilegal de obras de arte”. En: *Estudios penales y criminológicos*, 1993.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- NAYLOR, RT. “The underworld of Art”. En: *Crime Law and Social Change*, 50, n. 4, 2008, pp. 263-291.
- NEFF, A. “Rewriting History: Forgeries as Crimes against Our Cultural Heritage”. En: *Library & Archival Security* 23(1), 2010, pp. 19–25.
- NORTON, P. “The Lost Sleeping Cupid of Michelangelo”. En: *The Art Bulletin*, V. 39, N. 4 (Dec., 1957), pp. 251-257.
- O’CONNOR, F. “Autenticación de las atribuciones de obras de arte”. En: SPENCER, R. *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*. Fundación Gala-Salvador Dalí, 2011. pp. 31-57.
- OLSBURGH, C. *Authenticity in the art market: a comparative study of Swiss, French and English contract law*. Leicester: Institute of Art and Law, 2005.
- ORTIZ ÚRCULO, J. (et al.) *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Colex, 2001.
- PANOFSKY, E. *Estudios sobre iconología*. Madrid: Alianza Editorial, 1972.
- PASTOR MUÑOZ, N. *La determinación del engaño típico*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PERENYI, K. *Caveat Emptor: The Secret Life of an American Art Forger*. Londres, Nueva York: Pegasus books, 2012.
- PEREZ MANZANO. “Acerca de la imputación objetiva de la estafa”. En: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid. 1995. pp. 292 y ss.
- PERIS, J. “Aproximación a la Victimología. Su justificación frente a la Criminología”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, n. 34, 1988, pp. 93-128.
- PERIS, J. *Proyecciones penales de la Victimología: excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*. Secretaría General de la Conselleria d’Administració Pública, D.L. 1989.
- PEVSNER, N. *Las academias de Arte*. Madrid: Cátedra, 1982.
- PORRAS, A. D., *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, 1988.

-
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª, Barcelona 1992; 3ª, 1996.
 - QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, de Quintero Olivares y otros, Navarra, 2002.
 - QUIROGA, J. L. B., “*Problemas actuales de los delitos de estafa, fraude de subvenciones, apropiación indebida y administración desleal*”. En: *Manuales de formación continuada*(14), 430–495, 2001.
 - QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Tomo II, Madrid, 1977.
 - RADNÓTI, S. *The Fake: forgery and its place in art*, Rowman & Littlefield, 1999.
 - RODRÍGUEZ DEVESA, J. M/ SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, 1994.
 - RODRÍGUEZ MOURULLO, G. “El hurto”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 32, 1962.
 - ROIG, M. (2010), *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch.
 - ROLDÁN BARBERO, H. “Exposición y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las relaciones de la estafa con falsedad documental cometida por particular”. En: *La Ley*, 1999.
 - ROSENSTEIN, L., “The aesthetic of the antique”. En: *The Journal of Aesthetics and Art Criticism* 45(4), 393–402, 1987.
 - ROUGET, B. *et al. Le marché de l'art contemporain en France. Prix et strategies*. Paris: La Documentation Française, 1991.
 - ROUSSEAU, T. (1968), “*The stylistic detection of forgeries*”. En: *The Metropolitan Museum of Art Bulletin* 26(6), 247–252.
 - ROXIN, K. y CONDE, FM. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
 - SALISBURY, L. y SUJO, A. *Provenance: how a Con man and a Forger Rewrote the history of modern Art*, Penguin, 2009.
 - SCHLOSSER, J. *La literatura artística*. Madrid: Cátedra, 1993 (Viena, 1924).
 - SCOTT, D. A. “Modern Antiquities: The Looted and the Faked”. En: *International Journal of Cultural Property*, N. 20(01), 2013, pp. 49–75.

- SERRA, A. y MIQUEL JUAN, M. “La madera del retablo y sus maestros. Talla y soporte en los retablos medievales valencianos”. En: *Archivo de arte valenciano*, N. 99, 2010, pp. 13-38.
- SERRA, A. “Artes figurativas del gótico”. En: *La ciudad de Valencia: historia, geografía y arte de la ciudad de Valencia* / coord. por Jorge Hermsilla Pla, Vol. 2, 2009.
- SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2002.
- SIEGEL, P. “Identificación de la firma. Del trazo a la pincelada”. En SPENCER, D. *El experto frente al objeto*. Fundación Gala- Salvador Dalí: Marcial Pons, 2011, pp. 119-125.
- SILVA, J. M. ‘¿ex delicto?’: Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal’, Indret: *Revista para el Análisis del Derecho* (3), 200155.
- SOURIAU, E. *Diccionario de estética*. Madrid: Akal, 2010.
- SPENCER, R. (ed.) *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*. Colección Arte y Derecho. Fundación Gala-Salvador Dalí. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- STEBBINS, T. E.; COMEY, J. L. & QUINN, K. E. *The Life and Work of Martin Johnson Heade: A Critical Analysis and Catalogue Raisonné*, Yale University Press, 2000.
- STEBBINS, T. E. “Experto en arte, legislación y vida real” EN: SPENCER, R. *El experto frente al objeto. Dictaminar las falsificaciones y las atribuciones falsas en el arte visual*. Fundación Gala-Salvador Dalí, 2011. pp.167-175.
- STUART, W. “Authenticity of authorship and the auction market”. En: *Maine Law Review*, n. 71, 2002.
- TATARKIEWICZ, W. *Historia de la estética I y II*. Madrid: Akal, 1991.
- TATARKIEWICZ, W. *Historia de la estética III: La estética moderna, 1400-1700*, Vol. III, Madrid: Akal, 2004.
- TURNER, J. *The Grove Dictionary of Art*. - Robson Books Limited: Grove Art Online, 2009 (10/03/2013)
- UNZUETA ESTEBAN, S. “El mercado del arte”. En: Boletín ICE Economico Información Comercial Española, n. 2747. 2002. pp. 35-44.

- VALDÉS, AR. *Comercio y circulación de bienes culturales: guía jurídica para profesionales y coleccionistas de arte y antigüedades*. Madrid: Difusión Jurídica, 2011.
- VALLE MUÑIZ, JM. *El delito de estafa*, Barcelona, 1987.
- VERDA, J. *Saneamiento por vicios ocultos*. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- VILLA, R. de la. *Guía del usuario de arte actual*. Madrid: Tecnos, 1998.
- VILLALBA, A. *Mercado del Arte y Coleccionismo en España (1980-1995)*, Madrid: ICO, 1995.
- WEBER, M. “Liability for the Acquisition of Faked or Wrongly Attributed Works of Art in US Law”. En: ODENDAHL, K. , WEBER, P. *Kulturgüterschutz, Kunstrecht, Kulturrecht*, Baden-Baden, 2010, pp. 409-435, en: <http://www.lanter.biz/downloads/Marc-Weber-Liability.pdf> (10/08/2013)
- WEITZ, “The role of Theory in Aesthetics”. En: *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, 15 , 1956.
- WELZEL, H. *Derecho penal alemán. Parte general*. Trad. de la 11ª edición alemana por Bustos y Yañez. Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- WIESEMAN, M. *A closer look. Deceptions & discoveries*. National Gallery Company, Londres, 2010.
- WYNNE, F. *I was Vermeer: The Legend of the Forger who Swindled the Nazis*, Bloomsbury Publishing, 2006.
- WYNNE, F. *I Was Vermeer: The Rise and Fall of the Twentieth Century’s Greatest Forger*, Bloomsbury Publishing USA, 2011.
- YARZA, J et al. *Fuentes y documentos para la Hª del Arte (Medieval I: Alta Edad Media y Bizancio)*. Barcelona: Gustavo Gili, 1982.
- YARZA LUACES, J. et al. *Fuentes y documentos para la Hª del Arte (Medieval II: Románico y Gótico)*. Barcelona: Gustavo Gili., 1982.
- YARZA, J. *Fuentes de la Historia del Arte I*. Madrid: Historia 16, 1997.
- ZHUANG, J. *Pintura china tradicional: historia cantada en poemas sin voz*. En: China Intercontinental press, 2000.
- ZIFF, P. “The task of defining a work of art”. En: *Philosophical Review* 62 (1), 1953.

- ZUGALDÍA, J.M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1998.
- ZUGALDÍA, J.M. “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo código penal.(Consideraciones generales sobre el título XIII del nuevo código penal)”. En: *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, 1998, pp. 129–144.

.2. Hemerografía

Hemerografía

- ACHIAGA, P. “Plagios en la edición gráfica. Las falsificaciones de grabados alertan al mercado”. En: *El cultural del Mundo*, 3 de enero de 2001.
<http://www.elcultural.es/articulo-imp.aspx?id=3236> (23/03/2013).
- ALBERGE, D. “Master forger comes clean about tricks that fooled art world for four decades”. En: *The Observer*, 7 de julio de 2012, en
<http://www.theguardian.com/artanddesign/2012/jul/07/master-forger-ken-perenyi> (10/09/2013).
- BAILEY, M. “Spanish Forger” bought by V&A”. En: *The Art Newspaper*, n. 199, febrero de 2009. <http://www.theartnewspaper.com/articles/Spanish-Forger-bought-by-VA/16824> (15/09/2013).
- BAILEY, M. y GERLIS, M. “Guilty plea over antiquities”. En: *The Art Newspaper*, n. 249, septiembre de 2013 <http://www.theartnewspaper.com/articles/Guilty-plea-over-antiquities/30312>.(13/09/2013): “Suspect admits falsifying provenance of Egyptian items offered for auction in London”
- BELDA, F. “Falsificaciones: el cáncer del mercado del arte”. En: *Subastas siglo XXI*. N° 20. 2001, pp.79 y ss.
- BIANCHINI, A. “El mercado del arte francés, una baza muy competitiva (octubre de 2012). En: *France Diplomatie*. <http://www.diplomatie.gouv.fr/es/descubrir-francia-3160/actualidad-en-francia/2012/article/el-mercado-del-arte-frances-una> (10/10/2013)
- BURNS, C. “Knoedler forgery scandal grows”. En: *The Art Newspaper*. N° 231, enero 2013.

- <http://www.theartnewspaper.com/articles/Knoedler-forgery-scandal-grows/25427>
(21/09/2013)
- BOSCA, R. “La Fundación Dalí analiza la lucha contra las falsificaciones”. En: *El País*, 20 de junio de 2011.
<http://cultura.elpais.com/cultura/2011/06/20/actualidad/1308520818-850215.html>
(23/03/2013)
 - BURGUEÑO, M.J. “Sorolla bajo la lupa. Análisis del pintor más falsificado”. En: *Subastas siglo XXI*, N. 15, 2001, pp. 74-77.
 - CELIS, B. “El pintor que falsificaba gratis”. En: *El País*, 30 de enero de 2011,
<http://elpais.com/diario/2011/01/30/domingo/1296363154-850215.html> (16-9-2012)
 - COHEN, P. “A Picasso Online for Just \$450? Yes, It Is a Steal”. En: *New York Times*, 9 de septiembre de 2012.
<http://www.nytimes.com/2012/09/03/arts/design/growth-in-online-art-market-brings-more-fraud.html?pagewanted=all> (18/03/2013)
 - COMISIÓN EUROPEA - “Lucha contra las falsificaciones: la intensificación de las intervenciones aduaneras impulsa la protección de los derechos de propiedad intelectual”. *Comunicado de prensa de 14 de julio de 2011*. <http://europa.eu/rapid/press-release-IP-11-882-es.htm?locale=en> (15/02/2013).
 - DE ROOS, H. “The Guy Hain Case: fraud and forgery”. En: *What is an original Rodin?* <http://www.rodin-web.org/report-rom/1-11.htm> (16/04/2013)
 - DOMINGO, I. “Ramón Fernández Gallego Inspector jefe del Cuerpo Nacional de Policía. Jefe de la Brigada de Patrimonio Histórico “Lo mejor del Patrimonio español está protegido; todo no, es imposible””. En: *El diario montañés*, 22 de julio de 2007.
<http://www.eldiariomontanes.es/prensa/20070722/sociedad/ramon-fernandez-gallego-inspector-20070722.html> (23/03/2013)
 - EFE/ SEVILLA. “Cuatro detenidos por intentar vender un Picasso falso por un millón de euros”. En: *ABC*, 7 de julio de 2012.
<http://www.abc.es/20120707/espana/abci-detenidos-cuadro-picasso-201207071232.html> (18/03/2013)
 - FERNANDEZ, E. “Elogio de la réplica”. En: *El País*. Madrid, febrero de 2013.
<http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/31/madrid/1359654985-497302.html>

- (1/03/2013)
- GILBERT, L. “Dealer pleads guilty to selling Abstract Expressionist fakes”, En: *The Art Newspaper*, 16 septiembre de 2013, <http://www.theartnewspaper.com/articles/Dealer-pleads-guilty-to-selling-Abstract-Expressionist-fakes/30439>
 - (21/09/2013)
 - GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR. “La Policía desarticula una banda dedicada a la falsificación y venta de falsas obras de arte”, 18 de diciembre de 2000. <http://www.interior.gob.es/press/la-policia-desarticula-una-banda-dedicada-a-la-falsificacion-y-venta-de-falsas-obras-de-arte-88?locale=es>
 - (19/03/2013)
 - GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR. “La Policía Nacional interviene en Barcelona 47 falsificaciones de la serie Relojes Blandos” de Salvador Dalí”, 11 de octubre de 2012. <http://www.policia.es/prensa/20121011-1.html>
 - (20/03/2013)
 - GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR “La Guardia Civil detiene a 4 personas por falsificar y comercializar pinturas de autores de la Generación del 27”, 29 de noviembre de 2012. <http://www.interior.gob.es/press/la-guardia-civil-detiene-a-4-personas-por-falsificar-y-comercializar-pinturas-de-autores-de-la-generacion-del-27-13154?locale=es>
 - GRANT, D. “Sculpture knock-offs prove plague of art world”. En: *Reuters*, 31 de diciembre de 2012. <http://www.reuters.com/article/2012/12/31/us-art-sculpture-knockoffs-idUSBRE8BU0BS20121231> (20/03/2013)
 - HIDALGO, C. “La Policía constata un incremento de la falsificación de obras de arte”. En: *ABC*, 2 de marzo 2013. <http://www.abc.es/local-madrid/20130228/abc-policia-constata-incremento-falsificacion-201302272012.html>
 - INTERPOL “INTERPOL holds first conference addressing growing problem of counterfeit art”, 25 de octubre de 2012.
<http://www.interpol.int/News-and-media/News-media-releases/2012/N20121025> (18/03/2013)
 - MACINTYRE, B. “Case of faked Rodins leaves France with red-tinted face”. En: *The Times*, 18 enero 1997,
<http://search.proquest.com/newsstand/docview/317730340/140AAC841E1F676D1/2?accountid=14777> (17/05/2013)

- MÜLLER, E. “Escándalo en las galerías alemanas”. En: *Las Provincias*, 23 de diciembre de 2010. <http://www.lasprovincias.es/v/20101223/culturas/escandalo-galerias-alemanas-20101223.html> (20/05/2012)
- MUSEO NACIONAL DEL PRADO. “El Museo del Prado recibe como copistas un grupo de pintores de las mejores escuelas de Bellas Artes de China”, enero 2013, <http://www.museodelprado.es/sala-de-prensa/noticias/noticia/volver/72/actualidad/el-museo-del-prado-recibe-como-copistas-un-grupo-de-pintores-de-las-mejores-escuelas-de-bellas-artes/> (01/03/2013)
- NOCE, V. “Drouot, de mal en pis”. En: *Libération Culture*, 16 mayo de 2011. <http://www.liberation.fr/culture/2011/05/16/drouot-de-mal-en-pis-735941> (21/09/2013)
- PAUL, M. “Sala Retiro y Alcalá se unen para liderar el mercado de subastas”. En: *Cinco Días*, 3 de marzo de 2005. <http://cincodias.com/cincodias/2005/03/03/sentidos/1109820438-850215.html> (10/09/2013).
- RODRÍGUEZ, C. “El 'boom' del arte en 2012” 4 de febrero, 2013. En: *El Mundo.es*, <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/04/cultura/1359994312.html> (15/10/2013)
- SALISBURY, L. “The true story of the downfall of an amateur artist who pulled off the world’s most audacious art fraud”. En: *Daily Mail online*, 29 de enero de 2009. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1247154/John-Myatt-career-forging-famous-works-art-finally-caught.html#ixzz2hY48lYPE> (11/10/2013).
- TORQUEMADA, B. “El arte en falso”. En: *ABC*, 4 de enero de 2004

.3. Catálogo de sentencias

(Se muestran por orden de aparición)

PRÓLOGO Y CAPÍTULO 1

- STS 20 de marzo de 1985
- STS 26 noviembre de 2003
- SAP de Barcelona 10 marzo de 2000

- SAP Barcelona 25 septiembre de 2005
- SAP Baleares 25 enero de 2010
- SAP Madrid 18 noviembre de 2002, resuelta STS Sala 2ª de 8 marzo 2004

CAPÍTULO 2

ELEMENTOS DEL DELITO DE ESTAFA

- STS 28 enero de 2004
- STS 9 abril de 2003
- STS 26 abril de 2000
- STS 1 junio de 2012
- SSTS 20 marzo y 20 diciembre de 1985 y 10 febrero de 1987
- SSTS de 30 de octubre de 1981 y 8 de febrero de 1983
- STS 6 mayo de 1999
- STS 24 marzo de 1999 citando STS 23 de abril 1992 y 23 de enero de 1998
- STS de 20 febrero de 2006
- STS de 25 febrero 1980
- STS 12 abril de 2002
- STS 28 febrero 2013
- STS 4 abril de 1992
- STS 14 diciembre 1977
- SSTS 15 abril de 1996 y 1 marzo de 2000
- STS 15 febrero de 2005
- SAP Madrid Civil (Sección 11ª) Sentencia 26 noviembre 2012
- STS 14 mayo de 2001
- STS 25 febrero y 17 de marzo de 1999
- STS 16 mayo de 1973 y 16 mayo de 1977
- STS 2 noviembre de 1975
- STS 26 noviembre de 1993
- SSTS 21 mayo de 1997 y 30 de mayo de 1997

- STS 27 enero de 1998
- STS 30 enero de 2001
- STS 6 noviembre 2000
- STS 7 julio de 1981
- STS 12 de junio 1997
- SSTs 2 y 4 julio de 1988, 6 febrero de 1990 y 27 enero de 1998

RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

- STS 24 septiembre de 1996
- ATS 8 febrero 2007

ANIMO DE LUCRO

- STS 17 septiembre de 2001
- STS 8 octubre de 2003
- STS 31 de enero de 1996
- STS 31 de enero de 1996,
- STS de 1 de marzo de 2000 citando SSTs de 24 de marzo de 1992 y 12 de marzo y 18 de octubre de 1993, entre otras.
- STS de 18 de diciembre de 1981 y 21 de mayo de 1983
- STS de 1 de marzo de 2000 citando SSTs de 24 de marzo de 1992 y 12 de marzo y 18 de octubre de 1993, entre otras.
- SAP de Asturias 3 febrero de 2006

RELACIONES CONCURSALES

- STS 26 febrero 1998

ESTAFA Y FALSEDADES DOCUMENTALES

- SSTs 10 de junio de 1986, 6 de julio de 1988, 19 de junio de 1986, 16 de enero de 1990, 21 de abril de 1992
- STS 12 de enero de 2004

- SSTS 16 julio de 1984, 12 noviembre de 1986, 29 febrero de 1988, 25 abril de 1995
- STS 18 de noviembre de 1998
- STS 12 diciembre de 1988
- STS 7 octubre de 1974
- STS 10 de junio de 1986
- STS 22 de enero de 1986, 30 mayo de 1986 y 19 junio de 1986
- STS 19 abril 2002 y 20 junio 2001
- STS 24 mayo de 2002
- STS 17 marzo 2009
- STS 22 abril de 1989
- STS 22 noviembre de 2011

ESTAFA Y DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL (EL PLAGIO)

- STS 28 enero de 1995
- STS 27 abril de 1978
- AAP de Madrid 17 julio de 2009
- SAP de Asturias 3 febrero de 2006
- SAP de Madrid de 5 febrero de 2001

ESTAFA Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA

- STS 17 noviembre de 2009
- SSTS 4 junio de 2002, 8 mayo de 1997 y 24 julio de 2003
- SAP de Barcelona, Sec. 15ª, de 7 mayo de 2001
- SAP de Palma de Mallorca, Sección 3ª, de 31 de mayo de 2003

AGRAVACIONES DEL DELITO DE ESTAFA DE OBRAS DE ARTE

- SSTS de 8 febrero 2002, 5 diciembre 2002, 30 noviembre 2006

- SSTS de 18 febrero 2005, 28 febrero 2007
- STS 4 enero 2002
- STS 20 junio de 2001
- SSTS 28 mayo de 2002, 5 abril de 2002, 4 febrero de 2003, 5 noviembre de 2003, 14 de junio 2005, 16 febrero de 2007

CUESTIONES DUDOSAS

- SAP Barcelona 15 septiembre de 2006
- AAN núm. 21/2009 de 6 mayo
- ATS 29 junio 2012
- ATS 6 febrero 2013

CAPITULO 3

- SSTS de 23 octubre de 1981, de 26 abril de 1983, 18 noviembre de 1985 y 31 marzo de 1986

NATURALEZA JURÍDICA: EL ENGAÑO Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES

- STS 23 de marzo 1992
- STS 25 de enero 1993
- SSTS de 30 de octubre de 1981 y 8 de febrero de 1983
- STS de 24 de marzo de 1999
- STS de 23 de abril 1992 y 23 de enero de 1998
- STS 20 marzo de 1985
- SAP Madrid 24 septiembre de 2008
- STS 9 junio de 1999
- STS 6 mayo de 1999
- STS 18 mayo de 1995
- STS de 20 abril de 1993, recogiendo la doctrina de la STS 6 diciembre de 1974

- STS 26 febrero de 1999, siguiendo la de 7 febrero de 1997
- STS 29 julio de 2002
- STS 31 diciembre de 1996
- STS 20 abril de 1993
- STS 22 septiembre de 1993
- STS 29 julio de 2002
- STS 14 marzo de 2003
- STS 2 septiembre de 2003
- STS 30 septiembre de 1992
- STS 2 septiembre de 2003

INCLUMPLIMIENTO CIVIL

- SAP de Madrid 26 noviembre de 2012
- STS 28 febrero de 1974
- STS 26 julio de 2000
- SAP 30 abril de 2012
- STS 8 febrero de 2003
- STS 17 diciembre de 2002
- STS 16 noviembre de 2000
- STS 31 julio de 2002
- STS 6 de noviembre de 2006
- STS 12 diciembre de 1993, 20 febrero de 1984, 6 marzo de 1985 y 8 marzo de 1998.
- STS 6 noviembre del 2006
- STS 2 de septiembre de 1998
- STS 7 enero de 1988
- SAP Madrid 26 noviembre de 2012

- SAP Barcelona de 25 junio 2013

SUJETOS INTERVINIENTES

- STS 28 febrero de 1974
- STS 9 octubre de 1981
- SAP de Valencia 23 junio de 1997
- SAP de Madrid 24 septiembre de 2008
- SAP de Madrid 21 septiembre 2004

NEGOCIOS JURÍDICOS CRIMINALIZADOS

- STS 2 septiembre de 2003
- STS 20 de diciembre de 2006
- STS 6 febrero de 1989
- STS 27 de abril de 2004
- STS 6 febrero de 1989
- STS 11 noviembre de 1999
- STS 26 mayo de 1982
- STS 16 octubre de 1982
- STS 20 de enero de 2004
- STS 15 febrero de 2005
- STS 25 febrero de 1980

VÍCTIMA DE LA ESTAFA

- SAP Asturias de 27 enero 2006
- SSTs 17 enero y 2 marzo de 2000
- STS 20 diciembre de 2006
- STS 30 de mayo de 2001
- SAP Madrid 24 septiembre de 2008
- SAP Zaragoza 29 noviembre de 2006

- STS 20 febrero de 1993
- STS 16 febrero de 2007

**CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DE UN POSIBLE CARÁCTER
PLURIOFENSIVO**

- STS 15 septiembre de 1992
- STS 14 de septiembre de 2001