

27 de octubre de 2020

### ***BANKSY Y EL PERPETUO COMBATE***

*El título intenta describir el desafío constante al que las reglas del mercado del arte y del derecho se ven sometidas por Banksy. Pero ahora alguien desafía al artista.*



En 2005, en una pared en Jerusalén, Banksy —un prodigioso artista plástico cuya identidad es secreta— estampó “El tiraflores”, un estencil que pronto se hizo famoso en el mundo entero. Gracias a la capacidad de su autor para reflejar con humor o dramatismo y describir satíricamente el espíritu del mundo que nos rodea, el mural casi se ha convertido en un ícono.

En 2006, Banksy reprodujo “El tiraflores” en la tapa de su libro *Wall and Piece*<sup>1</sup> —cuyo título inmediatamente se asocia con *War and Peace* (el nombre en inglés de *Guerra y paz*, la novela de Leo Tolstoi)—. En ese texto, Banksy se despachó a gusto contra los aspectos legales del arte que considera deleznable (como el derecho de autor, por ejem-

plo). Allí incluyó su famosa frase “Copyright is for losers” (“Los derechos de autor son para los perdedores”)<sup>2</sup>, parte de su famoso credo en contra del capitalismo y sus reglas.

Banksy entiende que, al “regalar” su arte (fijándolo y exhibiéndolo gratuitamente en lugares públicos) ya tiene asegurada suficiente protección como para evitar copias, reproducciones no autorizadas y la comercialización de su obra por terceros en beneficio propio.

Pero las cosas funcionan de otro modo. Pretender todo aquello y, al mismo tiempo, mantener el anonimato está demostrando ser imposible. Como las leyes de marcas son ca-

<sup>1</sup> Banksy, *Wall and Piece*, Random House UK, 2006; Century, 2007,;192 págs. (ISBN 9781844137879).

<sup>2</sup> Véase “Copyright is for losers”, *Dos minutos de doctrina* XVI:793, 9 de abril de 2019.

si idénticas, esto que sucedió en Europa también podría pasar en la Argentina.

El 14 de septiembre pasado<sup>3</sup>, la Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO, en inglés) dio de baja el registro de “El tiraflores” *como marca*, con el argumento de que había sido obtenido *de mala fe*, porque Banksy nunca tuvo la intención de usar ese diseño como marca. (Tanto la ley europea como la argentina exigen que las marcas sean usadas. El registro por el registro mismo no está permitido).

Según la EUIPO, Banksy pretendió usar las leyes de marcas para impedir la copia y comercialización de sus obras de arte por terceros *porque su deseo de permanecer anónimo le impide inscribirlas como propiedad intelectual*.

Nos explicamos: una cosa es un derecho intelectual, que protege las creaciones del espíritu (novelas y poesías, sinfonías y cumbias villeras, dibujos y esculturas) para evitar su uso y reproducción no autorizadas. Otra cosa, muy distinta, es una marca (“un signo distintivo usado en la comercialización de un producto, en la prestación de un servicio o como parte de la designación de una actividad”). Una marca puede consistir en un dibujo, emblema, una o más palabras, combinaciones de colores, envases, etc.

El derecho de Astor Piazzolla sobre “Adiós Nonino” o el de José Hernández sobre “El regreso de Martín Fierro” son *derechos intelectuales*; el derecho de los fabricantes de una bebida gasificada a llamarla “Coca-Cola” o de calzado deportivo para identificarlo con tres tiras es un derecho *marcarío*.

---

<sup>3</sup> In re “Full Colour Black Limited v. Pest Control Office Limited”, Cancellation Division, European Union Intellectual Property Office, Cancellation No. 33 843 C, 14 septiembre 2020

Hay varias diferencias entre ambos tipos de derechos; para no entrar en sutilezas baste decir que los derechos intelectuales caducan en general a los setenta años de la muerte del respectivo creador, mientras que los derechos sobre una marca son permanentes, *en la medida que se la use*.

Banksy ha dicho que descrea de los derechos intelectuales (propios del capitalismo) porque quiere que los que corresponden a su obra puedan ser disfrutados universalmente. Pero al dejarlos sin protección, no puede evitar, como dijimos, que su obra sea copiada, comercializada o reproducida ilegalmente.

Para impedirlo, debería inscribir *a su nombre* los derechos intelectuales sobre su creación. Y ése es, precisamente, el punto: *no quiere que su nombre sea conocido*. La palabra “Banksy” es un seudónimo.

Hace ya unos años Banksy debió hacer una primera concesión al capitalismo, al crear una sociedad comercial (Pest Control Office Ltd) para vender reproducciones autorizadas de su obra. (De lo contrario, el negocio lo hacían otros). El nombre de la sociedad (“Control de Plagas”) lo dice todo.

Una segunda concesión (hasta cierto punto tramposa, como veremos) ocurrió en febrero de 2014, cuando pidió el registro de “El tiraflores” como marca para evitar el uso no autorizado del dibujo, luego de muchos años de ser reproducido al cansancio, masiva y libremente.

Pero en 2019, Full Colour Black LLC (“FCB”), una empresa inglesa fabricante de reproducciones de obras de arte callejero y tarjetas de salutación cuestionó el registro, *con el argumento de que ni Banksy ni Pest Control Office habían vendido jamás producto alguno con esa marca*.

Ante el cuestionamiento de FCB, en octubre de 2019 Banksy abrió un local comercial (llamado “Gross Domestic Product”, que podría traducirse tanto como “Producto Interno Bruto” —una noción cara a los economistas— como “Producto Casero y Ordinario”) para desmentir la falta de uso de la marca, pero la EUIPO opinó que los productos vendidos allí lo fueron al solo efecto de no perder el registro. En apoyo de su posición, la EUIPO citó al propio Banksy que, al inaugurar el local, anunció que éste no estaría abierto al público: los clientes podrían elegir los productos expuestos en sus vidrieras (o escaparates, como se dice en España) y luego hacer sus compras *on line*, una vez que se comprobara que la operación no estaba destinada a la reventa. (La inauguración del negocio fue también anunciada por Banksy como “la menos poética de las razones para abrir una galería de arte”).

En su decisión, la EUIPO hizo una referencia velada al desdén de Banksy por los derechos de propiedad intelectual, pero dejó en claro que, al pedir el registro de “El tiraflores” como marca, Banksy intentó proteger su obra ante la imposibilidad de registrar sus derechos intelectuales sobre ella dado su deseo de mantener el anonimato.

Dijo la EUIPO “Banksy ha elegido permanecer anónimo y dedicarse básicamente a pintar *graffiti* sobre bienes de terceros sin su permiso, en lugar de hacerlo sobre lienzos o bienes propios. También ha elegido ser muy claro acerca de su desdén por los derechos de propiedad intelectual, aunque, claramente, su aversión a éstos no anula ningún derecho válidamente adquirido sobre marcas u obras del intelecto. Otro factor digno de consideración es que no puede ser identificado como propietario incuestionable de esas obras porque su identidad permanece oculta. Tampoco puede establecerse, incuestionablemente, que un artista tenga derechos so-

bre un *graffiti*. La marca en cuestión fue registrada para que Banksy pudiera tener algún derecho sobre ese diseño ya que no podía tener derechos de autor sobre él, *pero ése no es el propósito de una marca*. El registro de una marca no puede ser usado para establecer derechos que quizás no existen o no existen en cabeza de quien dice ser su propietario”. Las intenciones de Banksy “fueron las de esquivar la ley y esas intenciones son incompatibles con la honestidad”.

La decisión plantea algunos interrogantes: la EUIPO dijo no estar segura de si la obra de Banksy, constituida por *graffiti* sobre paredes y muros sin permiso del propietario merece protección bajo los derechos de autor. Según varios precedentes estadounidenses (y, en nuestra opinión, bajo el derecho argentino también) los derechos intelectuales nacen aun a través de la comisión de un acto ilícito.

Otra pregunta se plantea acerca del resto de la obra de Banksy: FCB cuestionó seis otras marcas registradas por Pest Control. ¿Serán también anuladas? Y la última: los registros en la Unión Europea fueron la base para inscribir esas marcas en los Estados Unidos. ¿Caerán éstas también?

El otro desafío que enfrenta Banksy ha sido planteado por un *bot* que dibuja como él. (En otros términos, por un programa informático basado en la inteligencia artificial que efectúa tareas repetitivas —como la repetición de diseños o pinceladas o la producción de imágenes— sin intervención humana).

En efecto, en Inglaterra se ha anunciado la puesta a la venta de más de doscientos dibujos y diseños que *parecen* obras de Banksy, *pero no lo son*: han sido producidos por un software llamado GANsky, creado por un tal Matt Round y programado para crear obras (¿de arte?) que *se parecen* “a las de cierto artista urbano”, según dice la publicidad.

Dada la notable *similitud* (pero no absoluta *identidad*) entre las obras generadas por la inteligencia artificial y las del *verdadero* Banksy es claro a quién se trata de imitar (o del prestigio de quién se intenta sacar provecho).

Las imágenes fueron creadas por GANsky por medio de un programa que, sobre la base de algoritmos, “aprendió” a dibujar y generar imágenes similares a las de Banksy luego de analizar durante muchas horas la textura, temática y estructura de cientos de obras auténticas.

Obviamente, para evitar problemas legales (pero... ¿los tendría dada la falta de protección existente sobre las obras de Banksy?) Matt Round —o su programa de computación— no han *copiado* ninguna obra preexistente.

El autor del programa reconoce que la inteligencia artificial no llega a comprender el significado de los temas u objetos representados en las obras originales, pero ahora es capaz de aplicar las técnicas aprendidas (estas sí, tomadas de Banksy) sobre nuevos motivos creados por sí misma. ¿Podrá también la inteligencia artificial elegir, como lo hace Banksy, el lugar donde emplazar sus obras, algo que el artista ha hecho siempre con notable agudeza y sentido de la oportunidad?

Las más de doscientas obras creadas por GANsky están ahora a la venta. Pero no ima-

ginemos una tela que luego enmarcaremos de acuerdo con el estilo de nuestro *living room*. No: el vendedor entrega un archivo digital que luego permitirá descargar la obra elegida en el formato y sobre el soporte deseados.

Se trata de otra batalla del perpetuo combate de Banksy, siempre en conflicto contra los límites del arte. Sólo que esta vez no será él el protagonista sino la posible víctima. El artista, si así lo desea, deberá cuestionar esta nueva técnica. Las obras, por supuesto, no se hacen pasar por originales de Banksy. Tampoco son copias en el sentido estricto del término.

Aunque, en rigor, no hay nada nuevo bajo el sol: en efecto, muchos de los grandes maestros tuvieron alumnos y copistas que pintaban “a la manera de”. Sólo que en este caso, el lugar del alumno o copista ha sido ocupado por un programa de computación. Estará en el gusto de cada uno admirar o repudiar una obra cuyo grado de originalidad puede ser dudoso y detrás de la cual no hubo un ser humano sino una máquina.

Las “creaciones” de GANsky suman nuevos elementos al debate que la crítica y el derecho del arte mantienen abierto acerca de conceptos tales como autoría, originalidad y proceso creativo.

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**