

Fotografía y Derecho de autor

PAZ SOLER MASOTA

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

SUMARIO.—I. *Presentación del tema.*—II. *El concepto (legal) de fotografía:* 1. La noción de fotografía. 2. La noción de «procedimiento análogo».—III. *El sistema dual de protección de las fotografías:* 1. En general.—2. La obra fotográfica: requisitos para su protección: A. Preliminar. B. La fotografía debe constituir una creación. C. La fotografía debe ser original. D. La creación original debe expresarse en un soporte tangible o intangible. E. Proyección de las anteriores condiciones sobre la composición. 3. Las meras fotografías: requisitos para su protección.—IV. *Contenido de la protección:* 1. En general. 2. Los derechos de explotación comunes al autor de una obra fotográfica y al realizador de una mera fotografía. 3. El derecho del autor de una obra fotográfica de autorizar su transformación por terceros. 4. El derecho moral del autor de una obra fotográfica.—V. *Límites de la protección conferida a las fotografías.*—VI. *La duración de la protección concedida a las fotografías.*—VII. *Algunas consideraciones sobre la titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía.*—VIII. *Algunas consideraciones sobre la transmisión (inter vivos) de los derechos de explotación sobre la fotografía.*

Dedicado a mi padre, Francisco Soler Montalar.

De él me quedan las mejores imágenes.

Y también en homenaje a Gabriel Cualladó y Francisco Gómez.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Una fotografía puede constituir una captación artística de la realidad. En la actualidad ya nadie cuestiona que la fotografía sea una forma de arte autónoma, merecedora de una protección singular que se vincula a la técnica que posibilita su producción y a la materia en que halla su expresión artística.

Sin embargo, no fue así en los albores de la fotografía, cuando se creía que la imagen existía *natur legis* y que, por tanto, el fotógrafo no podía realizar una composición artificial y, por ende, creativa. A lo largo del tiempo, esta dialéctica ha impregnado (y empañado) la discusión científica en esta materia. Aún hoy, y como ha de verse, ciertas reminis-

cencias de esta tensión perviven en la delimitación de lo que debe entenderse por fotografía (en el plano jurídico-técnico), ante la imparable evolución de las técnicas de captación de imágenes.

No es menos cierto que los esfuerzos por procurar una adecuada protección jurídica a la fotografía se remontan a las primeras manifestaciones de esta técnica y se orientan, desde el principio, en función del mayor o menor contenido artístico de la imagen fotográfica¹. Desde esta perspectiva, la fórmula legal más evolucionada es aquella que distingue entre «obras fotográficas» con plena protección por Derecho de autor, y «meras fotografías» o imágenes a las que se garantiza un derecho afín. Este esquema dual, acogido en nuestra Ley de Propiedad intelectual² es, sin duda alguna, el más convincente desde un punto de vista dogmático³ y es, por lo demás, acorde con la realidad: mientras que en muchas fotografías se aprecian los trazos de una creación espiritual y personal de las protegibles por Derecho de autor⁴, se convendrá en que tal impronta falta

¹ Vid., en el ámbito español, BERCOVITZ, R., en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Tecnos) 1997, 2.ª ed., sub artículo 128, pp. 1710-1711; o COCA, M./MUNAR, P. A., en la primera edición de la citada obra, sub artículo 118, pp. 1594-1596. Entre la literatura no jurídica vid. DAVENPORT, A., *The History of Photography an overview*, Mass., Boston (Focal) 1991; ROSENBLUM, N., *A World history of photography*, New York (Abbeville) 1989; en lengua castellana vid. SOUGEZ, M. L., *Historia de la fotografía*, Madrid (Ediciones Cátedra), 5.ª ed., 1994, especialmente pp. 343 ss; LEMAGNY, J. C./ROUILLE, A., *Historia de la fotografía*, Barcelona (Martínez Roca) 1988; NEWHALL, B., *Historia de la fotografía desde sus orígenes a nuestros días*, con apéndice sobre la fotografía española a cargo de J. Fontcuberta, Barcelona (Gustavo Gili), 1983. En relación con la historia de la fotografía española, vid. ulteriormente LÓPEZ MONDÉJAR, P., *Historia de la fotografía en España*, Madrid (Lunwerg), 1997.

² RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE núm. 97, de 22 de abril (en adelante citada como LPI).

³ También se manifiesta en este sentido BONDÍA, F., en BONDÍA, F./RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Civitas), 1997, sub artículo 128, p. 479. Entre la doctrina alemana, cuyo ordenamiento parte asimismo de esta distinción básica, vid. GERSTENBERG, E., en SCHRICKER, G., *Urheberrecht. Kommentar*, München (Beck'sche), 1987, sub §72, n. m. 4, p. 856. En efecto, y como ha de verse, la diferencia entre ambas figuras conduce a una más rigurosa definición de la «originalidad» exigida para la protección de una fotografía como obra de carácter artístico. Esta es la razón que ha llevado en el presente trabajo a optar por exponer los caracteres de nuestro sistema jurídico recurriendo de modo selectivo al Derecho y literatura comparados; en concreto, será constante la referencia al ordenamiento alemán. Para el estudio de otros sistemas me permito remitir a los trabajos de GENDREAU, Y., *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994; HEITLAND, H., *Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika*, München (Beck'sche), 1995; o para el sistema italiano SAVINI, A., *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova (CEDAM), 1989, todos ellos con ulteriores referencias.

⁴ A la consideración del carácter artístico de la fotografía no ha sido ajena la celebración de certámenes y exposiciones, de carácter nacional e internacional; como tampoco lo es la cotización que alcanzan las obras fotográficas en el mercado del arte. Vid. GERSTENBERG, en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 3, p. 855. De hecho, el reconocimiento del arte fotográfico por ciertas instituciones ha sido determinante para que la fotografía como género (primero) y la obra singular de destacados fotógrafos (más tarde) accediese a los museos (recuérdese aquí el impacto –cuyo rastro es perseguible

en la gran masa de fotografías. Con todo, no puede negarse la evidente dificultad que la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía puede revestir en algunos casos. Misión del intérprete es, pues, facilitar la tarea mediante la provisión de criterios lo más precisos y objetivos posible.

El presente trabajo se divide, a tal fin, en varias secciones. En la primera de ellas se presenta la noción de «fotografía» que es relevante a efectos de aplicación del régimen legal (*infra* apartado II). En la segunda sección se aborda el núcleo de la cuestión, a saber, la convivencia en el seno del sistema legal previsto para la tutela de las fotografías de dos regímenes distintos en función de la existencia de una obra o de una prestación que carece de la altura creativa suficiente para calificarse como obra (*infra* apartado III). La tercera sección se ocupa de analizar algunas de las cuestiones más controvertidas acerca del alcance de la protección prevista para las fotografías (*infra* apartados IV-VI). Para terminar, se incluyen algunas consideraciones relativas a la titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía (*infra* apartado VII), así como sobre la transmisión (inter vivos) de los derechos de explotación (*infra* apartado VIII).

II. EL CONCEPTO (LEGAL) DE FOTOGRAFÍA

El artículo 10.1.h) LPI menciona, entre las creaciones protegibles, a «las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía». Por su parte, el artículo 128 LPI relativo a la protección de las meras fotografías maneja las nociones de «fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla». Pero ninguno de ambos preceptos contiene una definición de lo que deba entenderse por *fotografía* ni por *obra o reproducción expresadas u obtenidas por procedimiento análogo a la fotografía*.

1. LA NOCIÓN DE FOTOGRAFÍA

El silencio de nuestro legislador coincide con el mantenido en otros ordenamientos. Ante ello, la doctrina especializada está de acuerdo en sostener que la ley presupone bajo el concepto de *fotografía* el de «una fijación química (de una imagen) conformada por la proyección de rayos

entre nuestros mejores fotógrafos— de la exposición organizada por el Museum of Modern Art de Nueva York, «The Family of Man», en 1955; o, entre muchas otras, la repercusión de las diferentes ediciones —1951, 1954, 1959— de la exposición «Subjektive Fotografie» organizadas por Otto Steinert: no es de extrañar que en la década de los sesenta, importantes galerías de arte europeas y americanas se especializaran en el género fotográfico). Demostrativo de la apreciación del arte fotográfico es, en fin, el considerable aumento de publicaciones sobre la obra de fotógrafos reconocidos: *vid.* NORDEMANN, A., *Verwertung von Lichtbildern*, en BEIER, F. K./GÖTTING, H. P./LEHMANN, M./MOUFANG, R. (eds.), *Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag*, München (Beck'sche), 1995, pp. 477 y ss., p. 477.

de luz» o, si se prefiere, el de «una imagen creada por efecto de energía radiada»⁵. Es ésta una definición descriptiva de un fenómeno conocido pero también amplia, lo que permite su vigencia intemporal. Sobre lo anterior, la recepción legal de dicho fenómeno se realiza de modo diverso en función de la existencia (o falta) de una nota ulterior: el carácter de «obra». Así las cosas, si a aquella noción aséptica se superpone la cualidad de «obra» estaremos ante una *obra fotográfica*, definible como aquella imagen fotográfica, figurativa o abstracta, que implique una creación original de la mente humana⁶. De su parte, por *mera fotografía* cabrá entender aquella que no constituya una creación espiritual de la índole anterior, pero que implique algo más que una simple captación mecánica de una imagen preexistente en la realidad⁷.

2. LA NOCIÓN DE «PROCEDIMIENTO ANÁLOGO»

La doctrina comparada entiende por procedimiento análogo todo aquel que, a resultas de la utilización de energía en forma de rayos, permite la creación de una imagen⁸. A la luz de la noción amplia de fotografía que acogimos en líneas anteriores resulta imposible la diferenciación con el hacer fotográfico. En verdad, dado que las imágenes creadas por procedimiento análogo al fotográfico reciben el mismo tratamiento que las fotografías y que, de otro lado, tampoco hay limitación de medios de exteriorización (al menos para las obras), la cuestión no ha de resultar vidriosa en la práctica⁹. Ello no exime, empero, de encontrar un criterio diferenciador¹⁰.

Común a la fotografía y a la imagen creada por procedimiento análogo es ser resultado de un proceso que utiliza la energía radiada. En lo que se diferencian es en la singular forma de «impresión» o de «producción» de la imagen.

⁵ La doctrina comparada suele acoger definiciones muy amplias, ya sea inclinándose por la vertiente de fenómeno químico (reacción del material sensible por efecto de la luz o del calor), ya sea por la vertiente de carácter físico (reacción del material sensible por efecto de la radiación). Vid. RIEDEL, H., *Fotorecht für die Praxis*, München (Verlag Photo Technik International GmbH), 1988, 4.^a ed., pp. 18-19; o HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 20-21, ambos con ulterior referencia bibliográfica.

⁶ Cuestión distinta, como aún ha de verse, es la apreciación de la cualidad de obra, tan difícil de determinar debido a la naturaleza del fenómeno que es, en su esencia, una captación de la realidad.

⁷ Sigo en esencia a Gerstenberg en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 5, p. 856. Ambas nociones serán objeto de ulterior desarrollo en apartados posteriores de este trabajo (*infra sub III*).

⁸ Vid. GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 6, p. 857. Ésta concepción es fruto, a su vez, de la jurisprudencia constante de los tribunales alemanes.

⁹ En este sentido *vid.* asimismo RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 22.

¹⁰ No es acogible la posición de quienes califican este esfuerzo de inoportuno por conducir a una definición que, en un futuro no muy lejano, puede quedar obsoleta o confinada a unos márgenes muy estrechos. En el sentido criticado *vid.* LOEWENHEIM, U., en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §2, n. m. 114, p. 144; o NORDEMANN, A., *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*, Baden-Baden (Nomos) 1992, p. 63, quien por otra parte no distingue entre fotografía y obra obtenida por procedimiento análogo.

Bajo la noción de imagen fotográfica se comprenden la diapositiva, la imagen estereoscópica, la creada por radioscopía (radiografía), la creada por rayos infrarrojos, ultrarrojos y ultravioleta, y la microfotografía¹¹. Todas ellas responden a un proceso de reproducción similar que básicamente comprende el revelado del material sensible impresionado, su proyección sobre papel u otro tipo de material (lo que permite el positivado de la imagen), y el revelado ulterior de ese material.

De su parte, en los procedimientos análogos se aprecia una forma de producción del negativo similar a la fotográfica, pero una forma diversa de producción del positivado de la imagen. Se adscriben aquí, de un lado, gran número de procedimientos de reproducción fotomecánica (entre muchos otros, la decoloración, la oleobromia, la litografía, el huecograbado, el grabado sobre caucho, etc.)¹²; de otro lado y sobre todo, se inscribe aquí la filmación de imágenes mediante cámara, por cuanto los rayos de luz captados por el aparato se transforman –gracias a un dispositivo interno– en impulsos eléctricos que pueden ser enviados directamente (piénsese en una transmisión de TV en directo) o grabados en un soporte magnético (como ocurre cuando se filma una película)¹³. En particular, es protegible el fotograma o imagen aislada procedente de una secuencia filmada (también, por tanto, las imágenes televisivas singulares de una emisión en directo). No es, pues, relevante la fijación duradera de la obra en la materia para su protección por Derecho de autor. En efecto, el objeto de protección por Derecho de autor no es la obra (en su caso, la prestación) material, sino la obra (o prestación) inmaterial y espiritual¹⁴.

¹¹ Es debido recordar la contribución a la microfotografía de don Santiago Ramón y Cajal (son famosas sus microfotografías de cortes histológicos, así como sus cromofotografías). De su gran afición a la fotografía y a la investigación sobre la técnica fotográfica da buena prueba, entre muchos otros trabajos, su monografía *Fotografía de los colores. Bases científicas y reglas prácticas*, Madrid (Imprenta y Librería de Nicolás Moya), 1912, con apéndice bibliográfico sobre las aportaciones del autor en la materia. Cajal fue también precursor del microfilm (en el libro citado y como curiosidad, se recogen cuatro «autofotografías» microscópicas –de 1,5 mm– visibles al microscopio o con lupa de gran aumento, que Cajal efectuó ¡en 1879 ó 1880!, utilizando como placa un portaobjetos emulsionado al gelatino-bromuro argéntico).

¹² Vid. ampliamente RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., pp. 22-23. A la impresión gráfica original se ha asimilado la fotografía artesanal (con revelado manual) porque plantea el mismo problema de reproducibilidad en serie: BERCOVITZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid (Tecnos), 1997, pp. 40-41.

¹³ Vid. MAABEN, W., *Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bilverarbeitung*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), 1992, pp. 338 ss., con ulteriores referencias. En la práctica alemana se ha extendido la noción de *fotografía* para toda imagen cuyo soporte sea un medio óptico inmediatamente aprehensible por el ojo humano, mientras que la noción de *procedimiento análogo* se refiere a aquellas imágenes captadas por un procedimiento electrónico, cuya visión requiere un procesamiento previo. Vid. HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 23, n. 19. Como señala acertadamente el autor, tampoco esta noción acaba de ser precisa, por cuanto la «microfotografía» sólo puede ser aprehensible de utilizarse medios auxiliares, y la «electrofotografía» (o reproducción electrostática) produce de forma inmediata una imagen visible sólo si se aplica tóner.

¹⁴ En el ámbito de la fotografía vid. GERSTENBERG, en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 6, p. 857.

La creación de imágenes por ordenador no parece, en cambio, calificable como procedimiento análogo al fotográfico. No es correcta, en primer término, la afirmación proveniente de cierto sector de la doctrina alemana según la cual la protección ha de otorgarse a la imagen concreta visualizada en la pantalla, cual producto análogo a la imagen fotográfica¹⁵. Y ello, porque la concreta visualización es la reproducción incorporal de la imagen contenida en el programa¹⁶, esto es, la conformación derivada del *input* de órdenes expresadas mediante impulsos electromagnéticos que se representan gráficamente por medio de un código de unos y ceros. De ahí que tenga sentido distinguir entre el programa y el concreto *display* que sólo puede crearse en su conformación fáctica por la preexistencia de un programa. Lo anterior también es extensible a las variaciones de imágenes previamente digitalizadas. No es irrelevante, en segundo término, con qué procedimiento se crea la imagen¹⁷. La imagen en pantalla es creada discrecionalmente por virtud del programa subyacente, esto es, de aquello que fue grabado o introducido en el programa. La aportación humana (sea una auténtica creación o una simple prestación) tuvo lugar con la grabación, estadio en el cual la imagen es todavía inaprehensible por el ojo humano. La visualización de la imagen es, de su parte, tan sólo una prestación mecánica pre-programada. Las posibilidades de que el usuario pueda influir en la imagen se deben, a su vez, a si están pre-programadas¹⁸.

III. EL SISTEMA DUAL DE PROTECCIÓN DE LAS FOTOGRAFÍAS

1. EN GENERAL

La incorporación de la fotografía al ámbito de las creaciones protegibles por Derecho de autor se ha debido a las lógicas presiones de los fotógrafos profesionales. Alcanzado aquel objetivo primario, las demandas de este colectivo se orientan en la actualidad a obtener una mayor flexibilidad en la valoración del nivel creativo exigible para hablar de una obra fotográfica. De algún modo puede advertirse el éxito de esta estrategia en la Directiva 93/98 sobre armonización del período de protección del dere-

¹⁵ En el sentido criticado, cfr. fundamentalmente KOCH, F. A., *Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 1991, pp. 180 y ss., p. 184; quien habla incluso en estos casos de una imagen creada por energía radiada; o WIEBE, A., «*User Interfaces*» und *Immaterialgüterrecht*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.), 1990, pp. 21 y ss., p. 32. Entre nosotros se hace eco de esta posición BERCOVITZ, *Obra plástica*, ob. cit., p. 111.

¹⁶ MAABEN, *Urheberrechtliche*, cit., pp. 338-340.

¹⁷ En el sentido objetado *vid.* WIEBE, *últ. loc. cit.*

¹⁸ Como parece obvio, en los programas de diseño gráfico, la composición final (aislada) merecerá protección como dibujo.

cho de autor y de determinados derechos afines¹⁹: ya en el Preámbulo se anuncia que la armonización de los plazos de protección encierra una finalidad de orden económico, cual es (aquí) la de proteger aquellas fotografías que sean significativas en el mercado por su carácter artístico o profesional²⁰. Estimo, con todo, que la comprensión del sistema dual de protección que la Ley española ofrece a las fotografías no puede realizarse en clave estrictamente profesional. Siempre a mi juicio, la bondad del sistema dual responde a una ponderación de intereses más amplia que se resuelve en dar cobijo satisfactorio a las necesidades de los fotógrafos sin menoscabar las bases sobre las que se asienta el sistema de protección de los derechos de autor. Desde esta perspectiva, no ha de implicar graves problemas la definición rigurosa de las nociones de «obra fotográfica» y «mera fotografía», reservándose la primera noción para las fotografías que satisfagan un nivel similar (y, en definitiva, alto) al exigido en originalidad y creatividad al resto de las obras; e inscribiéndose bajo la segunda noción (mera fotografía) aquellas prestaciones fotográficas de carácter fundamentalmente técnico, esto es, imágenes cuya concepción y ejecución no implique un esfuerzo intelectual relevante (v. gr.: las tomas rutinarias de un reportero gráfico). Es más, la delimitación entre «obra fotográfica» y «mera fotografía» no ha de depender de la condición profesional del fotógrafo. En efecto, entiendo que la adscripción a una u otra categoría se ha de realizar en función del esfuerzo creativo que, en concreto, incorpora la imagen. Así, estaremos ante una obra fotográfica protegible cuando la imagen implique una *composición original*. A falta de lo anterior, la imagen será eventualmente protegible como mera fotografía cuando la configuración de la imagen captada implique una *variación mínima* respecto de lo común o cotidiano. Entendido en los términos anteriores, no toda imagen fotográfica ha de acceder, por el solo hecho de serlo, a la protección otorgada por el Derecho de autor.

¹⁹ Directiva 93/98 del Consejo de 29 de octubre de 1993, DOCE, serie L núm. 290, de 24 de noviembre de 1993, p. 9 (en adelante citada como *Directiva*).

²⁰ *Vid.* Considerando 17.º Directiva. Late bajo esta posición la idea de que la protección del Derecho de autor no se condiciona a la existencia de una prestación creativa elevada. Ahora bien, tampoco vale decir que la Directiva auspicia que toda fotografía sea protegible (*vid.* entre nosotros las observaciones realizadas por BERCOVITZ en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub art.* 10, pp. 191-192). Al cabo, la Directiva respeta la diferencia dogmática entre una obra y una prestación, pero no entra a regular esta segunda modalidad. En cuanto a la primera, se dice que las fotografías son protegibles cuando constituyan obras individuales en el sentido de ser el resultado de una creación espiritual propia de su autor (art. 6 Directiva). Por más que no quede clara la línea divisoria entre obra fotográfica y mera fotografía, lo cierto es que la Directiva no acogió las ideas patrocinadas en los trabajos preparatorios: *vid.* en especial artículo 3 de la Propuesta de 7 de enero de 1993, DOCE, serie C, núm. 27, de 30 de enero de 1993, en el que se proponía que toda fotografía (con independencia de si era una obra o una prestación) debía gozar de un plazo de protección (unitario) de 70 años. A esta intensificación en la protección de las fotografías no es ajena, como decíamos, la iniciativa de las asociaciones profesionales. A destacar la del grupo «Pirámide Europa», integrada por las diferentes Pirámides Nacionales, entre la que se encuentra la española.

De este modo, la frontera entre ambas figuras, obra fotográfica y mera fotografía, es sólo difusa en el sentido de no admitir afirmaciones válidas con carácter absoluto, como tampoco probablemente la construcción de grupos de casos plenamente fiables. Pero dicho esto, la cuestión siempre podrá resolverse en el supuesto concreto, pues toda fotografía admite un juicio sobre su originalidad. La verdadera dificultad estriba en la provisión de criterios que permitan, en la práctica, orientar certeramente el análisis relativo. Al efecto distinguiremos entre los requisitos de protección de una obra fotográfica y de una mera fotografía.

2. LA OBRA FOTGRÁFICA: REQUISITOS PARA SU PROTECCIÓN

A) PRELIMINAR

Para que la fotografía sea protegible como obra debe constituir una creación original del espíritu humano, en este caso de carácter artístico (cfr. art. 10.1 LPI). Como en otro tipo de obras, la originalidad ha de juzgarse en función de un elemento de carácter objetivo (la novedad o diferenciación respecto de lo conocido) y otro de carácter subjetivo (el contenido espiritual de la obra, la impronta personal del autor). Importa ahora determinar sobre qué ha de proyectarse el referido juicio de originalidad.

Es de todos conocida la afirmación según la cual una creación es original si constituye la expresión de un esfuerzo propio del autor en su concepción y/o ejecución. Pues bien, en el caso de la fotografía, la concepción de la obra es, fundamentalmente, elección (y, en su caso, disposición y preparación) del motivo, encuadre y determinación de la iluminación adecuada. Ejecución, de su parte, implica elección de los aspectos técnicos necesarios para plasmar aquella concepción; esto es, para fijar la imagen (existente en la mente del fotógrafo) y hacerla aprehensible al ojo humano; ejecución es, pues, captación de la imagen —o lo que es lo mismo, impresión del material sensible que resulta de pulsar el disparador de la cámara— así como el revelado del material sensible impresionado. Así las cosas, cabe que la imagen cuya originalidad se valore haya sido «vista» por el fotógrafo cuando la captó (así ocurrirá por lo general con imágenes que exijan gran preparación, pero también con fotografías artísticas cuya oportuna captación se deba al ojo entrenado del fotógrafo). En estos casos, el proceso de revelado o ejecución posee un carácter puramente instrumental respecto de la concepción originaria²¹. Cabe asimismo que, durante la fase de positivado de la imagen, el fotógrafo advierta una compo-

²¹ Aunque también entonces el fotógrafo se enfrenta al problema de positivizar aquella concepción. Así lo expresaba H. CARTIER-BRESSON, en *El mundo de Henri Cartier-Bresson*, Lumen (Barcelona), 1968: «Al hacer las ampliaciones, debemos respetar los valores de la fotografía original y, para reproducirla fielmente, debemos esforzarnos en recrear el ambiente de la escena real. Debemos reproducir aquel equilibrio que nuestra vista constantemente establece entre luces y sombras, y ésta es la razón por la que la última fase de la creación fotográfica ocurre en el laboratorio».

ción distinta de la primaria (esto es, que conciba una nueva imagen). No es infrecuente que el motivo se reencuadre²², o que se invierta el negativo para mejorar la lectura de una foto²³, o que se seleccione un motivo o detalle entre los presentes en la composición primigenia y se le dé nuevo formato al positivo. Además, la imagen puede someterse a ulteriores manipulaciones en el procedimiento del positivado²⁴. De modo que en el proceso que media desde que se concibe mentalmente una fotografía hasta que se produce una versión en positivo de la imagen pueden ocurrir muchas cosas: que resulten una o varias obras fotográficas; (más dudoso pero posible) que una mera fotografía sirva para desarrollar posteriormente una obra fotográfica; y también, como veremos al tratar de transformación, que una fotografía sea el primer paso para realizar una obra nueva de carácter fotográfico o de otro tipo.

De lo anterior se colige que el rasgo característico de una obra fotográfica sea la existencia de una composición original en la imagen cuestionada (que, a su vez, podrá coincidir con la que se concibió y dio lugar a la captación originaria, como ser el fruto de un ulterior esfuerzo creativo). Sobre la composición de la imagen que se visualice en concreto habrá de proyectarse, pues, el juicio de originalidad. Con el solo propósito de facilitar la exposición, se supone en lo sucesivo que la imagen originariamente concebida por el fotógrafo coincide con la ejecutada después en el laboratorio.

B) LA FOTOGRAFÍA DEBE CONSTITUIR UNA CREACIÓN

Para su protección plena por Derecho de autor, la fotografía ha de ser, en primer lugar, resultado de un acto creativo del hombre. El cumplimiento de esta condición no ofrece problema alguno, pues es evidente que la imagen fotográfica deriva de la aplicación de medios técnicos que son manipulados por el hombre. La intervención del hombre en este proceso es, además, voluntaria: el fotógrafo concibe mentalmente una imagen —es indiferente que ésta sea figurativa o abstracta— y trata de captarla. De modo que para hablar de creación es necesario que preexista una concepción del resultado previsible. No obsta a estos efectos que la captación de imágenes sea espontánea o casual, si bien la captación de la imagen no puede ser absolutamente casual, pues en tal caso no cabe hablar

²² V. gr.: descartando elementos de la composición primaria; o girando la imagen para conseguir un efecto dinámico; o corrigiendo —o creando— una distorsión, etc.

²³ Algunas imágenes son armónicas si se leen de izquierda a derecha, y están en cambio llenas de tensión si se leen a la inversa.

²⁴ Entre otras, las manipulaciones pueden consistir en el desenfoque selectivo de algunas zonas o elementos; la creación de sombras; la creación de reservas (aclarando u oscureciendo zonas para crear perspectivas o cambios atmosféricos, o relieves o halos) o difusiones (para eliminar manchas o arrugas o cicatrices del motivo fotografiado); las manipulaciones del tiempo de exposición (sobreexposición y subexposición) y revelado (sobrerrevelado o subrevelado) para conseguir un determinado contraste; la realización de virajes, baños o blanqueados; la ejecución de montajes; la realización de retoques (como el raspado, o la cobertura con pigmentos), etc.

de un acto creativo; ni siquiera, muy posiblemente, de la existencia de una mera fotografía²⁵.

El factor decisivo es, pues, que el fotógrafo haya planeado y fijado el resultado. El que se sirva al efecto de un instrumento de ayuda no merma la cualidad creativa de su aportación. La cámara es como un cuaderno en el que se apunta la realidad en las dimensiones de espacio y tiempo, pero sin intuición ni sensibilidad, los esbozos se convierten en fútiles. Por ello, el hecho de que la cámara sea muy avanzada no necesariamente limita la creatividad del fotógrafo, pues su talento o fantasía no depende de las reglas de la óptica, física o química. Antes al contrario, éstas son ciencias que amplían el campo de acción del fotógrafo e incluso ayudan a mejorar su expresión. Es más, el aporte técnico puede contribuir a una más justa apreciación del proceso de creación²⁶, en la medida en que el fotógrafo se sirva de sus conocimientos o de las propiedades de la cámara para obtener ciertos efectos en la captación de la imagen. En todo caso, la cámara será siempre un mero instrumento en las manos del fotógrafo, en tanto que sea él quien cause una prestación creativa mediante el motivo elegido, su encuadre e iluminación, tiempo de exposición, apertura del objetivo, velocidad, etc. Vale decir, pues, que el elemento principal es la selección del motivo (o detalle) y perspectiva desde la que se capta, por cuanto en las modernas máquinas automáticas, el resto de funciones puede confiarse a la técnica. Con la elección del motivo y su encuadre, el hombre ya realiza su acto creativo. Y ello por cuanto la intervención de la cámara no es aquí, como ocurriría en el caso de una computadora, ni aleatoria ni autónoma: la imagen a captar preexiste. Su selección previa por el ojo humano satisface –siquiera mínimamente– el concepto de creación. En todo el proceso, la cámara no es más que la prolongación de la vista del fotógrafo. Lo que cuenta, en definitiva, son las imágenes resultantes²⁷.

C) LA FOTOGRAFÍA DEBE SER ORIGINAL

Para que una fotografía pueda reputarse original ha de ser nueva en un sentido tanto subjetivo como objetivo; esto es, se requiere que la fotografía constituya una concepción individual de su autor, perfectamente diferenciable de la masa de lo cotidiano y rutinario²⁸. A mi entender, ambas facetas son necesarias para ponderar la creatividad y originalidad

²⁵ Sobre la cuestión *vide infra* sub III. 3.

²⁶ *Vid.* GENDREAU, Y., *La protection des photographies*, ob. cit., pp. 22-23.

²⁷ Así lo expresaba R. DOISNEAU: «Si tu fais des images, ne parle pas, n'écris pas, ne t'analyse pas, ne réponds à aucune question» (cita tomada de *Robert Doisneau. Entretien de Robert Doisneau avec Sylvain Roumette*, Paris, Centre National de la Photographie, 1983).

²⁸ Nuestra mejor doctrina suele abordar la cuestión decantándose por una u otra vertiente: así por la subjetiva, Bondía en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, pp. 480-481; o por la objetiva Bercovitz, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, pp. 191-192. Cfr. asimismo RUIZ-RICO, J., en ALBALADEJO, M./DÍAZ, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid (Edersa), 1995, tomo V, vol. 4.º B, sub artículo 118, pp. 528-530, quien se inclina por exigir una novedad objetiva, pero maneja al tiempo criterios propios de una novedad subjetiva.

residenciadas en una fotografía. Una tal valoración no sólo es pertinente a efectos de que la imagen que se considere en concreto acceda (o no) a la categoría de obras protegidas. En efecto, la recta interpretación del requisito de la originalidad resulta imprescindible para comprender el sistema dual afincado en la Ley para la protección de las fotografías; en definitiva, para diferenciar qué fotografías son protegibles como obra de carácter artístico y cuáles, a falta de lo anterior, podrían protegerse mediante un derecho afín. Obsérvese que, llevada al límite, una comprensión de la originalidad desde la (exclusiva) novedad de la fotografía llevaría, en buena lógica, a propugnar la eliminación de la categoría «mera fotografía» por amparar prestaciones indignas de protección. Mientras que, de otra parte y también llevada al extremo, una comprensión exclusivamente subjetiva de la originalidad podría llevar a alojar bajo el mismo techo (el de un derecho de autor) a prestaciones de alto nivel junto a simples imitaciones, en la medida en que pudiera constatarse un (mínimo) esfuerzo individual de su autor²⁹.

Pues bien, bajo el aspecto subjetivo se requiere que en la fotografía pueda apreciarse la impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor. En puridad, toda obra fotográfica es el precipitado de dos elementos: el uno artístico y el otro documental. En efecto, toda fotografía, por el hecho de ser una captación de la realidad, la documenta en mayor (fotografía figurativa, o conceptual) o menor grado (fotografía abstracta, o surrealista, o fantástica). Lo decisivo aquí es que el autor sea capaz de plasmar en la imagen su propia concepción o comprensión respecto del motivo. Ello no siempre será reconocible de modo inmediato: cualquier imagen puede despertar en quien la contempla una idea, un pensamiento, una asociación o un sentimiento, pero queda por saber si esta impresión se corresponde con lo que el autor quiso expresar. Aceptado que el componente espiritual de una obra fotográfica no es aprehensible con certeza, su novedad (subjetiva) se habrá de buscar en la composición de la imagen. En ésta reside, en fin, la planificación espiritual de la obra: mediante una cuidadosa organización plástica, el fotógrafo nos revela la relación que ha entablado con el motivo. El fotógrafo se vale, pues, de la forma, para hacernos partícipes de sus reflexiones o emociones ante la realidad³⁰.

²⁹ Vid. en este último sentido las reflexiones (a propósito del art. 6 de la Directiva) de DIETZ, A., *Das Urhebervertragsrecht in seiner politischen Bedeutung*, en BEIER/GÖTTING/LEHMANN/MOUFANG, *Urhebervertragsrecht*, ob. cit., pp. 1 y ss., pp. 15 y ss.

³⁰ Es famosa la frase de Duane Michals: «cuando miras una fotografía estás mirando, en realidad, mis pensamientos». Se ha dicho, en el plano filosófico, que la fotografía no es sólo imagen, sino también sus circunstancias, de modo que es una «imagen-acto» que no se limita a la producción propiamente dicha de la imagen (el gesto de la captación), sino que incluye también el acto de su recepción y de su contemplación. La fotografía se explica así, ontológicamente, como una experiencia de imagen; o bien: el medio mecánico, óptico-químico (supuestamente objetivo) implica ontológicamente la cuestión del sujeto y, más concretamente, del sujeto en acción. Vid. en extenso DUBOIS, Ph., *El acto fotográfico. De la representación a la recepción*, Barcelona-Buenos Aires-México (Paidós), 1994, 2.ª ed., pp. 53 y ss.

De su parte, bajo el aspecto objetivo se requiere que la imagen no implique una representación común o banal del motivo fotografiado. A su vez, la separación respecto de la masa de lo conocido sólo puede delimitarse mediante criterios objetivos: no será así relevante la opinión del fotógrafo ni su intención. Por tanto, sólo es cuestionable la «especialidad» de la imagen. A partir del contenido y de las finalidades de la toma concreta, puede distinguirse, básicamente, entre captaciones realizadas por fotógrafos profesionales (o de alto nivel) y por simples aficionados (o usuarios ocasionales); bien entendido que se trata de una división puramente convencional. Hecha esta precisión y a partir de ahí, pueden establecerse grupos de imágenes por temas (paisajes, animales, ciudades, etcétera) respecto de las que aún debe investigarse si el fotógrafo ha conseguido o no distanciarse de la masa, de las instantáneas fáciles. Sólo cuando una fotografía desprenda algo especial puede hablarse de una creación protegible como obra. Hasta la fotografía menos creativa requiere algo más que centrar una imagen en el visor y disparar.

La mera captación de imágenes del mundo exterior no es, pues, monopolizable; esto es, la decisión de fotografiar un determinado motivo no es todavía tutelable. Tampoco es monopolizable el empleo de medios técnicos (una determinada lente, un tipo de filtro, etc.) o, en general, la aplicación de conocimientos teóricos. Hace falta que el fotógrafo influya en la configuración final de la imagen. La fotografía debe ser, por tanto, el fruto de una decisión del fotógrafo enfrentado a varias posibilidades. Desde esta perspectiva, son relevantes un gran número de factores: desde la misma elección del motivo y contexto, su iluminación, la oportunidad de captar el motivo en un momento determinado, etc.³¹. Lo que importa es que el fotógrafo se sirva de estos elementos para expresar una idea, su concepción sobre el motivo fotografiado, sobre cómo debe representarse. De ahí que no sea exigible una «novedad» de carácter absoluto. Basta con que pueda hablarse de una representación (artística) de la realidad según el fotógrafo. Que este resultado sea más o menos estético, figurativo o abstracto, en color o en blanco y negro, es del todo irrelevante a estos efectos. Lo que importa es que a través de la imagen captada por el fotógrafo, el motivo adquiera expresión y significado.

Para facilitar la tarea de examinar la originalidad de las fotografías, la doctrina comparada suele recurrir a la construcción de grupos de casos³². Traerlos aquí resulta interesante; pero debe aceptarse que su valor es relativo y que tan sólo suponen una aproximación al género de fotografías de que se trate³³, de modo que el análisis del caso concreto se plantea inevitable.

³¹ Vid. NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 34-39; HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 39.

³² Cfr. ampliamente HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 41-46.

³³ No parece asumible, con carácter general y sin ulterior matiz, la afirmación de NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 40-41, por virtud de la cual han de tutelarse como obra todas las fotografías publicitarias, de teatro, de paisajes y periodísticas.

Hecha esta advertencia, puede hablarse en primer lugar de las imágenes de la *esfera privada*: aquellas que documentan vivencias particulares del fotógrafo (con familia, amigos). Algunos autores niegan a este tipo de fotografías el carácter de obra³⁴. Tomada en términos absolutos, esta conclusión resulta algo arriesgada. En efecto, cabe afirmar, de entrada, que las tomas de la esfera privada son nuevas en el sentido de que nadie más las ha hecho iguales. Incluso aunque varios fotógrafos hubiesen captado un mismo motivo (piénsese, por ejemplo, en el frecuente caso de una excursión realizada por varios fotógrafos aficionados con el fin de captar imágenes sobre un mismo tema; v. gr.: de una fiesta popular), siempre puede subyacer una cierta novedad, pues en todo caso las instantáneas podrán resaltar diferentes detalles. En este sentido, la repetición en el ámbito de la fotografía sólo puede existir a partir de una imagen en su configuración visible, como también y excepcionalmente, cuando la presentación del motivo sea idéntica. Es más, la mera decisión concurrente en varios fotógrafos de disparar simultáneamente en el mismo lugar y sobre el mismo tema no implica (por sí sola) una imitación. En este caso, la novedad simplemente se refiere al mismo objeto fotografiado, pero todavía no podemos pronunciarnos sobre lo decisivo, a saber, sobre la configuración final de la imagen. Así las cosas, la originalidad de las fotografías de la esfera privada deberá analizarse en el caso concreto.

Por el contrario, cuando de imágenes del *mundo público* se trate (monumentos, edificios, un determinado paisaje, la típica foto al lado del soldadito inglés que no pestaña...), esto es, de imágenes que pueden ser captadas por millones de personas, será mucho más difícil, en principio, hablar de una imagen novedosa (en sentido objetivo)³⁵. Piénsese en cualquier tema que haya sido fotografiado hasta la saciedad, desde todos los puntos de vista y escenificaciones posibles (v. gr.: la estatua de la Libertad, o la torre Eiffel). La cuestión a dilucidar entonces es, sobre todo, si cabe una imagen nueva desde una perspectiva subjetiva. Pero dicho esto, aún cabe pensar que, pese a la innumerable cantidad de fotos existentes, difícilmente podrá hablarse de una absoluta identidad entre ellas y que existirán, por mínimas que sean, diferencias de matiz. Frente a ello se alegraría que estas imágenes se encuentran ya objetivamente «anticipadas» con el fin de negarles protección como obra. Pero ¿anticipadas respecto de qué? En rigor, lo anticipado es sólo el motivo «desde todos los ángulos», pero en ese sentido nos movemos en un plano de lo absoluto (una especie de novedad universal como la exigible a las patentes), cuando muchas de las imágenes son inéditas en su ámbito. Por tanto, y muy excepcionalmente, podremos también en este caso encontrarnos ante una creación original. En efecto, si existe una composición novedosa se tratará de una obra protegible; si, por el contrario, la captación tan sólo logra

³⁴ V. gr.: NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 34 y ss., niega el carácter de obra a las fotografías de aficionado o de recuerdo.

³⁵ Para BERCOVITZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190, las fotografías de carácter «turístico» son, en principio, calificables como meras fotografías.

plasmar la imagen fiel y exacta de lo fotografiado, nos encontraremos ante una mera fotografía.

En las fotografías de *carácter científico* es fácil detectar la novedad, por cuanto el fotógrafo busca captar imágenes que sean reflejo de sus descubrimientos, de su esfuerzo investigador. Son imágenes generalmente tomadas para mostrar o ilustrar las propias reflexiones, tesis y resultados obtenidos. Con todo, y en general, podrá dudarse sobre la individualidad en la forma de representar el motivo: dado que estas fotos sirven a causas científicas, implican una toma del motivo lo más veraz, exacta y objetiva posible³⁶. No obstante lo anterior, también en una fotografía de esta naturaleza puede existir una reflexión que merezca protección por derecho de autor. Se trata entonces de aquellas imágenes que logren un *plus* sobre su mero carácter documental³⁷ o finalista³⁸; aportación personal del autor que en algunos casos se hallará en la reconocibilidad de la opinión del científico a través de la presentación de la información (en cuyo caso, la originalidad se habrá de medir por la existencia de una opción relevante del fotógrafo entre las distintas posibilidades de comunicar la información); mientras que en otros supuestos se hallará en la existencia de una composición estética (como es el caso, v. gr.: de las fotografías que aparecen en las publicaciones de la sociedad «National Geographic»).

En algunos *ámbitos especiales* suele afirmarse la novedad con frecuencia a partir del carácter artístico de las imágenes. Ello es especialmente claro en la *fotografía publicitaria* (realización de catálogos, fotografía de moda, etc.) por cuanto el motivo se enmarca en un contexto extravagante, o porque de un modo u otro se pretende lograr una asociación con determinado estilo de vida... o bien, simplemente, porque la representación del objeto es particularmente estética. El que la fotografía responda a unas pautas predeterminadas (precedentes, generalmente, de quien la encarga) es irrelevante a estos efectos.

En cuanto a la *fotografía periodística*, esto es, la captación de acontecimientos, personas, etc., es obvio que satisface esencialmente una finalidad de información. Se trata, en efecto, de imágenes con un marcado carácter documental. Ahora bien, lo cierto es que en su ejecución resta al fotógrafo un amplio margen de juego: distancia, ángulo, expresión del modelo, momento, etc., hasta el punto de que en gran parte de estas foto-

³⁶ Cfr. en este sentido, también, BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190.

³⁷ En la doctrina alemana *vid.* entre otros KATZENBERGER, *Neue Urheberrechtsprobleme*, cit., p. 119; en la literatura francesa *vid.* BEREMBOOM, A., *Le Nouveau Droit d'Auteur*, Bruxelles (Maison Larcier), 1995, n. m. 31, en p. 51.

³⁸ Debe advertirse que tras una fotografía de carácter científico puede haber mucho trabajo e incluso complejas reflexiones intelectuales encaminadas a conseguir la imagen más sensata u objetivamente más adecuada del motivo a fin de mostrar fielmente el aspecto que se desea ilustrar; esto es, la fotografía se encuentra condicionada por su finalidad, lo que sin duda limita el margen de creatividad del fotógrafo. En este sentido *vid.* HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 43.

grafías se aprecia un auténtico sello de autor (humor, ironía, oportunidad política, etc.). En este ámbito se impone, pues, el análisis de la concreta fotografía³⁹. Como apunte, valga decir que por lo general se trata de imágenes creativas no obstante su vinculación con el tema o contexto, de modo que habrán de merecer, también por lo general, la consideración de obra protegible, a menos que sólo quepa atribuirles un mero carácter documental, porque el fotógrafo no pudo influir ni un ápice en la configuración del resultado.

Como penúltimo grupo suelen tratarse las fotografías que implican una *reproducción de un modelo de carácter bidimensional*. En esta categoría se da albergue a fotografías de muy diverso tipo. Como principio general, se indica que la reproducción exacta de un modelo bidimensional no ha de estimarse protegible como obra por carecer de altura creativa. En estos casos, el margen de maniobra del fotógrafo se reduce a la búsqueda del contraste y color exactos, lo que impide superar la barrera de lo común o convencional⁴⁰. Excepcionalmente, sin embargo, será protegible como obra la fotografía de un modelo bidimensional en la que se aprecie una composición creativa consistente en la representación novedosa del objeto (v. gr.: por captarlo desde un determinado ángulo o perspectiva, por captar un detalle concreto, etc.). Dicho esto, la doctrina desciende al tratamiento de supuestos particulares de singular trascendencia práctica. De un lado, se niega el carácter de obra a las fotocopias⁴¹. De otro lado, se excluye de protección por derecho de autor a las fotografías que se limiten a reproducir textos escritos⁴².

Menores dudas ofrece, en fin, la fotografía de un *modelo tridimensional*. Parece que puede hablarse de una obra fotográfica allí donde la captación del motivo implique una «interpretación bidimensional» de volúmenes, formas, luces y sombras; y de mera fotografía cuando la imagen se limite a documentar con fidelidad la existencia del motivo.

D) LA CREACIÓN ORIGINAL DEBE EXPRESARSE EN UN SOPORTE TANGIBLE O INTANGIBLE

En rigor, la fotografía existe desde que la imagen queda grabada en el material sensible, de modo que la propiedad intelectual sobre la obra fotográfica se liga ya a esta expresión concreta del pensamiento creador

³⁹ No ignoro que, en ocasiones, el verdadero valor de una fotografía reside en formar parte de una secuencia temática. En un reportaje, el fotógrafo se sirve de todas las imágenes para comunicar su comprensión de esa realidad desde diversos enfoques. Pero ello no obsta el análisis del nivel artístico de cada una de las fotografías que componen el referido reportaje.

⁴⁰ Vid. en este sentido NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., p. 41.

⁴¹ Sobre la protección de las fotocopias, extraordinariamente marginal, vid. *infra*.

⁴² Vid. entre nosotros BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190. Cabría admitir, con HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 46, n. 95, ciertas excepciones a esta regla general en función de la singularidad del motivo fotografiado (v. gr.: cuando se trate de fotografías de epitafios).

del autor (como, en el caso de una mera fotografía, a esa expresión de la prestación del realizador). En efecto, de la demarcación temporal de dos fases constitutivas en la realización de la idea del autor (fijación de la composición en el material sensible, positivado de la imagen) no debe seguirse que el nacimiento del derecho de autor necesite, a su vez, de ambas fases ⁴³.

Por lo demás, durante el proceso de positivado de la imagen pueden también ejecutarse una serie de técnicas encaminadas a producir un resultado particular (retoques, coloreados, virajes, fotocomposición, etc.). Incluso puede ocurrir que la versión primera de una fotografía no posea un nivel de originalidad suficiente para hablar de obra, pero alcanzarlo tras experimentar posteriores manipulaciones. Pues bien, las técnicas para alterar la imagen contenida en el negativo no poseen por sí mismas carácter fotográfico. En todo caso, el resultado de su aplicación podrá protegerse de cumplirse los requisitos generales (incluso puede ocurrir que el resultado final alcance la categoría de obra de distinta clase); y siempre, bien entendido, que sin perjuicio de los derechos que en su caso correspondan al autor o realizador de la(s) fotografía(s) que permitieron la nueva creación. Así, entre otros ejemplos, valga decir que, en un montaje, la imagen formada por fotocomposición deberá arrojar una originalidad propia para recibir la consideración de obra fotográfica ⁴⁴; mientras que, en el coloreado de una fotografía, deberá apreciarse la originalidad del resultado como obra plástica, etc. ⁴⁵.

Ahora bien y como quedó dicho, la fijación de la imagen no es exigible para la protección de la fotografía, siendo así que también son tutelables las imágenes (singulares) de una emisión en directo. Cuestión distinta es la comprobación (en el seno de un proceso judicial) del nacimiento de la obra (o, si se prefiere, de la existencia de la exteriorización no fijada). Mas dicho esto, la explotación ulterior de la obra fotográfica requiere, como es lógico, su materialización ⁴⁶.

E) PROYECCIÓN DE LAS CONDICIONES ANTERIORES SOBRE LA COMPOSICIÓN

Entre las orientaciones ofrecidas por la doctrina especializada para enjuiciar la originalidad de una imagen fotográfica, estimo que la aproxi-

⁴³ Ello es reconocido por la doctrina especializada, ya sea de modo explícito como implícito. Entre los primeros, cfr. DUCHEMIN, W., *Suggestions en vue d'une amélioration de la protection des photographies dans la Communauté Européenne*, 105 *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (RIDA) 1980, pp. 3 y ss., p. 7; y recientemente GENDREAU, Y., *La protection*, ob. cit., p. 24. Entre los segundos, KARNELL, M. G., *La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur*, 101 *Le Droit d'Auteur* (DA) 1988, pp. 140 y ss., pp. 151-152.

⁴⁴ En efecto, el *collage* o fotomontaje también resultan en una imagen producida por energía radiada. Vid. HEITLAND, H., *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 22; NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 66, 208.

⁴⁵ Piénsese aquí, entre otros ejemplos, en las serigrafías de A. Warhol, en las «rayografías» de M. Ray, en los «frottages» de M. Ernst, o en las sobreimpresiones de Magritte.

⁴⁶ Vid. BERCOVITZ, *Obra plástica*, ob. cit., pp. 94, 100.

mación correcta (por objetiva y fiable) es aquella que atiende al núcleo esencial de toda fotografía, esto es, a la propia composición, en lugar de a elementos aislados de la misma. Así las cosas, más que intentar aprehender la espiritualidad de la obra, el análisis debe atender a los elementos compositivos y a la (al menos inconsciente) voluntad de servirse de ellos; esto es, debe atenderse a la existencia de una clara (y armónica) disposición de los elementos que permita deducir una intención expresiva. En efecto, la mera existencia de elementos concretos en una fotografía no prueba por sí misma la expresión de una idea. Es preciso atender al contenido (fundamentalmente estético) que impresiona al ojo y que es resultado de un esfuerzo intelectual. Muy frecuentemente, el fotógrafo concibe una composición como un todo unitario que aúna elementos de distinto tipo. La creación individual existe cuando el fotógrafo reúne esos elementos que él considera que formarán una «buena instantánea», aunque inconscientemente sólo haya reflexionado sobre el encuadre⁴⁷ o sólo haya calibrado la «oportunidad» de la imagen⁴⁸. En fin, un análisis por los elementos singulares que causan una imagen concreta puede llevar a una conclusión errónea, desde el momento en que muchos de ellos pueden venir dados en función de las circunstancias (el fondo, la posición del sol, el color de las ropas de los personajes, etc.) e impresionar falsamente al observador⁴⁹.

⁴⁷ Como lo expresaba el gran Cartier-Bresson con ocasión del libro antológico antes referido: «Es preciso que el fotógrafo y su cámara se sitúen en una relación correcta con respecto a su tema. Y, en el momento de encuadrar el tema en los límites del visor, es cuando empiezan los problemas de composición. La percepción, en la vida real, de un ritmo de superficies, líneas y valores, constituye, a mi parecer, la esencia de la fotografía. La composición debe ser constante preocupación del fotógrafo, ya que aquélla radica en realizar una amalgama simultánea, en una coordinación orgánica de elementos visuales. La composición no se da espontáneamente. Hay que buscar la expresión, y no cabe la posibilidad de aislar el contenido de la forma».

⁴⁸ Se ha dicho que la composición (academicista) no era una pretensión prioritaria en la obra de autores como Robert Frank (y sus famosos «momentos intersticiales» o *in between*, en los que nada ocurre, arrancados de una realidad «desprevenida» en la que, precisamente, el sentido es la falta de sentido), o William Klein (quien hace aparente dejación de los aspectos «formales» de la imagen) o Lee Friedlander o Garry Winogrand [vid. CÁNOVAS, C., *La intensa búsqueda de la identidad*, en «De la rebel·lió a la utopía. Fotografía dels anys 60-70», Barcelona (Fundació «la Caixa»), 1995]. En efecto, la fotografía de estos autores responde a una estética rompedora respecto de moldes más tradicionales del hacer fotográfico. Pero sigue habiendo en todas las imágenes una estética meticulosamente calculada (el encuadre elegido, el «desenfoco intencionado», la captación de un tema aparentemente irrelevante...) que permiten hablar de una aportación visual y conceptual clara. También, pues, para estas fotografías es válida la afirmación hecha en texto sobre la necesidad de atender a la impresión global de la imagen, al fin de delimitar la existencia (o no) de una obra fotográfica.

⁴⁹ El análisis en función de los elementos ha sido, con mayor o menor desarrollo, el enfoque tradicional de la doctrina alemana para valorar el aporte creativo de una imagen fotográfica: vid. en especial la construcción de NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 105-106, 121, 122 y ss., 184 y ss. El autor parte de unas categorías básicas (a saber, fotografías con expresión estético-formal; fotografías con contenido informativo; fotografías con impronta emocional notable; e imágenes con un contenido intrínseco), y recoge hasta 70 elementos relevantes para la configuración de una imagen (entre estos elementos, v. gr.: el encuadre, la perspectiva, la línea directriz de la composición, la iluminación del motivo,

Así las cosas, es de la composición contenida en la fotografía desde donde mejor puede abordarse su individualidad y originalidad. Ahora bien, no cabe asimilar una fotografía a un cuadro a estos efectos. La fotografía merece un tratamiento diferenciado por ser, en definitiva, una captación de la realidad: por su propia naturaleza (y su contexto), el motivo fotografiado predetermina la disposición de las formas y del ritmo contenidos en la imagen captada. Desde esta perspectiva, cabe realizar dos advertencias: de un lado, para hablar de obra fotográfica no puede tratarse de una imagen calificable de cotidiana o vulgar. De otro lado, una obra fotográfica es una manifestación artística, por lo que no siempre podrá apreciarse una finalidad racional en su concepción.

A modo, pues, orientativo, vale decir que la originalidad de una fotografía es evidente en el caso de composiciones en las que pueda advertirse una disposición artificial de los elementos, o bien una toma especial en función del efecto de una iluminación determinada. Cuestión distinta es que la composición no sea original por preexistir otra exactamente igual.

Más compleja es la valoración de imágenes que sean (esencialmente) la reproducción de un motivo que el observador pueda identificar inmediatamente. Nada impide, en estos casos, que una fotografía supere las barreras de lo obvio: cuando se trate de una imagen ambivalente; cuando, además de plasmar un estado, la imagen sea particularmente bella (y en la captación estética del motivo resida precisamente el esfuerzo creativo⁵⁰); cuando la imagen transmita una comprensión singular del fotógrafo sobre lo fotografiado (generalmente ello ocurre cuando en el retrato de un personaje conocido se acentúa un rasgo de su carácter). Como quedó dicho, el que la fotografía se realice con un fin particular o por encargo tampoco ha de constituir un obstáculo para calificar la imagen de creativa.

Así las cosas, en el caso de reproducir un objeto aislado, la composición deberá servir a algo más que a su reproducción fiel, exacta, correcta y convencionalmente esperable. En el caso de los retratos de las personas, de su parte, debe tenerse en cuenta que no vale cualquier escenificación como fondo, sino que éste deberá ser previamente elegido. El fotógrafo habrá debido reflejar si el fondo era correcto o acorde con el personaje, o bien deberá haber ordenado los elementos, o habrá debido iluminar de un modo determinado, o incluso decidido prescindir absolutamente del fondo, etc. La protección del retrato como obra no será posible cuando la imagen cuestionada sea una imitación de otra

formato, contraste, superficie y formas, etc.). A partir de ahí, el autor propone una adscripción provisional de la fotografía a uno de aquellos cuatro grupos y, a partir de ahí, una valoración de la imagen en función de los elementos compositivos empleados. Para un análisis detallado y crítico de esta postura *vid.* HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 63 y ss.

⁵⁰ Permítaseme que, en este punto, remita al lector escéptico a la contemplación de la obra de Francisco Gómez, en el libro antológico coeditado en 1995 por la Fundación «la Caixa» y Lunwerg, con el título *Francisco Gómez. La emoción construida*.

anterior, lo que ocurre cuando la semejanza con la toma preexistente sea muy grande⁵¹.

3. LAS MERAS FOTOGRAFÍAS: REQUISITOS PARA SU PROTECCIÓN

Ya quedó dicho que una fotografía debe constituir una creación original para ser protegida como obra y que la característica fundamental de una mera fotografía es, precisamente, no constituir una creación original. Así las cosas y como punto de partida, una mera fotografía será aquella que no presente novedosamente el motivo elegido⁵². Procede ahora cuestionarse si la tutela prevista para las meras fotografías exige, de su parte, constatar una prestación mínima o si, por el contrario, es protegible toda

⁵¹ Cuestión conexas con el retrato y en la que aquí no entraremos es el derecho a la imagen de la persona fotografiada. Como es sabido y reconocido por nuestra jurisprudencia, el fotógrafo deberá contar con el consentimiento del retratado para la explotación de su creación, por la prevalencia de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. El problema, por lo general, se vincula a la recta interpretación de lo pactado por las partes en el marco de un encargo; o a determinar la legitimidad de la invasión de la intimidad del retratado con el pretexto de servir a fines informativos. Más ampliamente sobre la cuestión, *vid.* CASAS, R./SOL, M., *Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo. (Nota a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona)*, Poder Judicial, núm. 30, pp. 127 y ss., en la que se califica la reproducción de una fotografía de una modelo (realizada por encargo de la misma para confeccionar su «book») en la portada de un libro, sin su autorización. El Tribunal Supremo ha emitido ya sentencia sobre el referido asunto, *vid.* STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996/2371), con comentario de R. Bercovitz en el núm. 41 de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Hay abundante jurisprudencia sobre la cuestión, entre los pronunciamientos más recientes de nuestro Alto Tribunal *cfr.* las SSTs de 22 de abril de 1992 (RJ 1992/3317), de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8079), de 17 de julio de 1993 (RJ 1993/6458), de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9477), de 27 de junio de 1996 (RJ 1996/4792), de 3 de octubre de 1996 (RJ 1996/7012), de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7058), de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996/8577), de 24 de octubre de 1996 (RJ 1996/8579). Muy relevantes son, asimismo, las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el equilibrio entre, de un lado, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, de otro lado, el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión: *cfr.* RRTC de 11 de septiembre de 1995 (RTC 1995/132) y de 11 de diciembre de 1995 (RTC 1995/183). En relación con la fotografía artística hay, con todo, un supuesto no bien resuelto, a saber: el caso de un personaje (público o anónimo) que consiente posar para un fotógrafo sin expresar ningún tipo de reserva. Todo indica, a mi juicio, que el fotógrafo podrá explotar la imagen fotográfica realizada mientras ello no incida negativamente en el prestigio, honor o dignidad del sujeto retratado (v. gr.: podrá presentar la fotografía a un concurso fotográfico, exponerla, publicarla en un libro antológico, etc.). Sobre la autorización implícita *vid.* BERCOVITZ, *Obra plástica*, ob. cit., pp. 91-93.

⁵² *Vid.* en este sentido RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, p. 530, para quien la diferencia fundamental respecto de la obra fotográfica reside en que la mera fotografía sólo contiene una reproducción pura y simple del mundo exterior, captando la imagen «tal y como se encuentra, sin aportar ni transformar nada de ella». Nuestra mejor doctrina suele definir la categoría «mera fotografía» en función de esta característica: así BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ-TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 481, estima que son meras fotografías aquellas que «se limiten a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta, su «imagen banal»»; o antes Bercovitz, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190.

captación que quepa adscribir, desde un punto de vista puramente técnico, al género «fotografía» o «imagen realizada por procedimiento análogo»⁵³.

A mi entender, no toda fotografía es protegible⁵⁴, sino que debe comprobarse la existencia de una –siquiera mínima– aportación del fotógrafo que, en esta categoría, vale definir como una *variación entre las posibilidades previamente existentes*; esto es, el fotógrafo debe haber podido optar en el momento de captar el motivo⁵⁵. El ejemplo paradigmático es el de las fotografías de «fotomatón»: son protegibles (como mera fotografía) porque el sujeto puede variar su posición y pose y, por tanto, puede influir en la composición (en estos casos, el realizador de la mera fotografía es el propio sujeto fotografiado)⁵⁶.

Sobre lo anterior, la variación habrá de ser *cualitativamente apreciable* respecto de la imagen fotografiada: habrá de aportar «algo», ser fruto de un esfuerzo relevante; de modo que deberán excluirse del ámbito de lo protegido como mera fotografía aquellas imágenes que constituyan una mera copia de una fotografía preexistente⁵⁷ o una simple variación de color o tamaño de una composición previa⁵⁸.

El que la mera fotografía sea el resultado de la casualidad no obsta necesariamente la constatación de una prestación protegible. Ciertamente no sería tutelable la imagen que fuese el resultado de un proceso puro y absolutamente casual (la cámara que se dispara al caer al suelo⁵⁹), pues en tal

⁵³ Esta última parece ser la opinión de BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ-TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 481, cuando afirma que las meras fotografías son aquellas en «las que predomina el aspecto puramente mecánico o técnico, en las que la captación de imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara. En definitiva, las que carecen de cualquier aspecto creativo o intelectual».

⁵⁴ Es marginal la posición de quienes estiman protegible, en general, toda fotografía: cfr. entre otros HANSER-STRECKER, P., *Zur Frage des urheberrechtlichen Schutzes des Notenbildes*, Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA), vol. 93 (1982), pp. 13 y ss., p. 18.

⁵⁵ Para RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, especialmente claro en p. 530, la razón de que se protejan las meras fotografías con un derecho de propiedad intelectual parece justificarse en la existencia de una «aportación personal» del fotógrafo que se resolvería, entre otros extremos, como tampoco la de ciertas impresiones editoriales donde se haya utilizado un procedimiento fotográfico o análogo (fotocomposición, fotolitos, etc.).

⁵⁶ El ejemplo es de Gerstenberg en SCHRICKER, *Urheberrecht. Kommentar*, ob. cit., sub §72, n. m. 5, en p. 857.

⁵⁷ En su caso, será la imagen subyacente o matriz la merecedora de protección. Su simple copia no merece una protección superpuesta, tampoco cuando haya sido realizada «artesanalmente». Pero dicho esto, nada ha de impedir la protección como mera fotografía de una fotocopia que aporte algo sobre la imagen preexistente, como tampoco la de ciertas impresiones editoriales donde se haya utilizado un procedimiento fotográfico o análogo (fotocomposición, fotolitos, etc.). Sobre ambas cuestiones *vid.* HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 73-74 y 78.

⁵⁸ Como se vio en su momento, la doctrina especializada excluye la reproducción de textos, cuya composición quedó fijada mediante la edición.

⁵⁹ Sí sería protegible, en cambio, la imagen que, imperceptible al ojo humano, es captada gracias a un disparo múltiple (piénsese, por ejemplo, en las cámaras que permiten realizar, con un solo disparo, varias tomas en fracciones de segundo, captando varias posiciones de un motivo que se desplaza a gran velocidad). Estas imágenes serían protegibles porque el fotógrafo ha elegido el motivo y de algún modo acepta un resultado imprevisible. Cuestión distinta es que nos encontremos ante una obra fotográfica o una mera foto-

caso faltaría el esfuerzo o prestación, faltaría en suma la existencia de una opción mínima. Pero no lo es menos que esta situación será excepcional⁶⁰. Al fin y al cabo, la casualidad sólo es un elemento más que complementa o modaliza la imagen que se ha captado intencionadamente⁶¹, de modo que la práctica totalidad de las fotografías que son tomadas a través de las técnicas conocidas serán susceptibles de protección como mera fotografía.

Más complejo resulta estimar la protección de ciertas imágenes captadas de modo automático (es el caso de las fotografías aéreas⁶², las «ortofotos»⁶³, o las imágenes captadas por satélite⁶⁴). En realidad, la prestación aquí protegible no se anuda a la imagen en sí, sino a una aportación de carácter personal consistente en la programación de la cámara en función de las coordenadas de vuelo (o puesta en órbita) del aparato donde ésta se aloja, para la toma de ciertas imágenes. Hablamos, pues, de un «realizador-programador», y no de un fotógrafo convencional⁶⁵, en su

grafía, lo que habrá que juzgar en el caso concreto en función de la constatación (o falta) de una composición original de carácter artístico.

⁶⁰ Vid. HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 79. Sin embargo, hay autores que también niegan esta excepción, por estimar que no puede existir una toma absolutamente casual (así, GERSTENBERG, en HERBST, ed., *Fototechnik und Urheberrecht*, FS für Rainer Klaka, Múnich, SGRUM, vol. 16, 1987, pp. 120 y ss., p. 124) o para evitar crear lagunas en la construcción (así RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 28).

⁶¹ Piénsese, por ejemplo, en la famosa imagen del miliciano cayendo en combate captada por Robert Capa durante la guerra civil española; o en la no menos famosa (y escalofriante) fotografía de Nick Ut sobre un bombardeo de napalm en la guerra de Vietnam.

⁶² Las tomas suelen realizarse mediante una cámara que se fija al avión, que se nutre con material fotográfico suficiente, que se programa de modo concreto. El avión, por su parte, sigue una ruta, mantiene una altitud y desarrolla un tiempo de vuelo predeterminados, de tal modo que la captación de imágenes es puramente automática: vid. KATZENBERGER, P., *Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie*, GRUR Int. 1989, pp. 116 y ss., p. 118, con ulteriores referencias.

⁶³ Aquellas que, mediante un procedimiento informático, crean imágenes fieles al relieve terrestre, a partir de imágenes captadas de la realidad. El mínimo protegible reside, en este caso, en la concreta adaptación del programa de ordenador para que las imágenes de la naturaleza se fijen, a su vez, por procedimiento fotográfico, en el ordenador; bien entendido que debe constatarse un cierto grado de determinación de la imagen resultante, esto es, el «realizador-programador» debe hacer adoptado una decisión sobre la composición. De no existir ésta, sólo existiría una captación automática o no influenciada de la naturaleza, en cuyo caso sólo podría hablarse de una mera copia del objeto o motivo preexistente. Vid. HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 80, n. 318. Distinto podría ser el caso de las «topografías». De hecho, esta técnica fotográfica sirvió de vehículo de expresión, en los años setenta, a una nueva forma de arte (fotográfico) conceptual. Sobre la exposición «New Topographics: Photographs of a Man Altered Landscape», celebrada en el Museo Internacional de Fotografía de Rochester, y los «nuevos topógrafos», vid. las referencias de C. CÁNOVAS, *La intensa búsqueda*, cit. *supra*.

⁶⁴ El modo de captación de la imagen no es aquí relevante. En efecto, no importa si las imágenes son transmitidas a la tierra inmediatamente o almacenadas previamente; tampoco si la imagen es captada automáticamente o mediante un proceso de activación a distancia. Vid. KATZENBERGER, *Neue Urheberrechtsprobleme*, cit., p. 118. Como apunta el autor, las imágenes así captadas, pese a su extraordinario interés científico o cultural, como también pese a su eventual belleza, serán en su mayoría «meras fotografías», pues, como es fácilmente advertible, se trata de imágenes que buscan la mayor exactitud, esto es, la mayor fidelidad respecto del fenómeno natural que captan.

⁶⁵ Más extremo todavía cfr. BEREMBOOM, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, ob. cit., n. m. 44, p. 71, quien señala que la originalidad en estos casos ha de hallarse, en su caso, en el programa informático que ordena las tomas.

caso de la combinación de las prestaciones de un fotógrafo y un programador, por tanto, de varios realizadores⁶⁶. Mas dicho esto, las imágenes captadas merecerán la consideración de meras fotografías porque, de un lado, las imágenes resultan de la utilización de un procedimiento fotográfico o análogo y, de otro lado, porque la programación de la secuencia de las captaciones concretas se hace en función de un motivo, de una perspectiva concreta (y que es causa de la ruta que sigue el avión, o de la órbita que describe el satélite), de una iluminación determinada (la hora del día en que se captan las imágenes, las condiciones atmosféricas eventualmente elegidas, etc.). Ahora bien, entiendo que no cabrá hablar de una obra fotográfica en ningún caso (por muy bella que sea la fotografía) porque lo decisivo aquí es la planificación técnica en la toma de imágenes; esto es, la singular plasticidad de la imagen es obra de la propia naturaleza.

En fin, entiendo que ya no serían protegibles como meras fotografías las instantáneas obtenidas como resultado de un proceso puramente automático (v. gr.: por activación de un radar para la medición de la velocidad de los automóviles en una autopista). Y ello, se dice, porque no existe en estos casos un sujeto a quien imputar la realización de la fotografía⁶⁷. Es más, ni siquiera existe una actividad de selección del motivo, porque éste no preexiste en la realidad.

IV. CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN

1. EN GENERAL

El autor de una obra fotográfica goza de los mismos derechos que la Ley concede al resto de los autores, con las limitaciones de todos conocidas.

De su parte, al realizador de una mera fotografía se atribuye un derecho de exclusiva que comprende la reproducción, distribución y comunicación pública (cfr. art. 128 LPI). Sólo con este alcance, el derecho aún se configura a imagen del derecho del autor de una obra fotográfica, si bien con los ajustes que necesariamente implica la presencia de una prestación (y no una creación). A diferencia del autor de una obra fotográfica, el realizador no disfruta de la facultad de autorizar la transformación de su fotografía por terceros ni de otras facultades de explotación (cfr. art. 17 LPI), como tampoco de otros derechos patrimoniales; en especial,

⁶⁶ Así lo apunta KATZENBERGER, *Neue Urheberrechtsprobleme*, cit., p. 118, en relación con las imágenes captadas por satélite. Para el autor, vale decir que será realizador la persona o personas que colaboren en la preparación concreta de la toma. Cfr., sin embargo, la autorizada opinión de BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 1713, para quien las fotografías realizadas por aviones, satélites o naves especiales son atribuibles a los titulares de las empresas responsables de esas instalaciones o de esos artefactos voladores.

⁶⁷ Vid. BONDÍA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 482.

no se atribuye al realizador de una mera fotografía un derecho de remuneración por copia privada (cfr. art. 25 LPI). Sobre lo anterior, el realizador no ostenta derecho moral alguno sobre la mera fotografía.

El régimen legal vigente para las meras fotografías sólo es plenamente satisfactorio si éstas constituyesen una categoría puramente residual respecto de las obras fotográficas. Pero no es ésta, como hemos visto, la comprensión correcta del esquema dual afincado en la Ley. En esta línea de consideraciones debe admitirse una cierta desprotección de los intereses de los realizadores de meras fotografías. Desde esta perspectiva resulta oportuno matizar tanto la privación del realizador de un derecho moral como la de ciertas facultades relativas a la explotación exclusiva de la imagen (la transformación) o la de ciertos derechos de carácter económico (la remuneración por copia privada)⁶⁸. Ante la impertinencia de una interpretación correctora, sirvan al menos las siguientes reflexiones para que la práctica pueda suplir las referidas carencias del régimen legal.

2. LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN COMUNES AL AUTOR DE UNA OBRA FOTOGRÁFICA Y AL REALIZADOR DE UNA MERA FOTOGRAFÍA

El fotógrafo es el titular originario para la explotación exclusiva de su fotografía, expresada de forma tangible o intangible. Este principio general encuentra una excepción en relación con las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de una grabación audiovisual (concepto que abarca tanto un fotograma aislado como las fotos de rodaje o plató) en cuyo caso los derechos de explotación relativos corresponden a su productor (*ex art.* 124 LPI), sin perjuicio, cabe entender, de la posición del autor de la obra fotográfica en cuestión, quien podrá, de un lado, reivindicar su paternidad respecto de la misma, así como, de otro lado, ejercer otros derechos que no menoscaben la explotación de la grabación audiovisual⁶⁹.

En cuanto a las *formas de fijación material o tangible* de la fotografía, y en primer lugar, el fotógrafo goza del derecho de **reproducción**, que abarca toda fijación material de la imagen originaria (generalmente total, pero también de una parte de la misma). A estos efectos resulta indiferente que la reproducción se consiga mediante un procedimiento manual o mecanizado, como también lo es la naturaleza del soporte utilizado. Lo que importa es que el medio de reproducción empleado permita su comu-

⁶⁸ Este último aspecto ya ha sido puesto de manifiesto suficientemente en nuestra doctrina por BONDÍA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 128, pp. 483-484.

⁶⁹ *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 124, pp. 468-469. Muy ilustrativo de los conflictos que surgen en este ámbito es el prólogo de Alain Bergala a la obra *MAGNUM Cinema. Històries de cinema pels fotògrafs de magnum*, Barcelona (Cahiers du Cinéma-Fundació Caixa de Catalunya), 1994, pp. 7 y ss., especialmente pp. 13 y ss.

nicación (cfr. art. 18 LPI) de forma directa o mediante el empleo de equipos técnicos adecuados (como ocurre en el caso de reproducciones en soporte digital). Ello obliga a postular una comprensión amplia de la expresión «medio de reproducción» que abarque también los modernos métodos de grabación (escáner) y almacenamiento de imágenes por ordenador⁷⁰.

En segundo lugar, el fotógrafo goza del derecho de **distribución** por cualquiera de las modalidades expresamente reguladas (venta, alquiler, préstamo) o de cualquier otra forma (donación, permuta, leasing financiero, depósito, etc.)⁷¹ que, a su vez, se refieren a la fotografía original como a las reproducciones o copias de ésta. Cuando la distribución se realice mediante venta de la fotografía (o su reproducción) en el ámbito de la Unión Europea, el derecho se agota respecto de las ventas sucesivas que se realicen en el territorio comunitario; efecto éste que no admite limitaciones por vía contractual, pues la Ley no acoge, como es sabido, un «derecho de destinación»⁷².

En tercer lugar, el fotógrafo goza en exclusiva del derecho de **comunicación pública**. Este derecho implica la presentación al público de un ejemplar material de la fotografía (del negativo, de la primera reproducción o de ulteriores copias). Baste señalar aquí dos aspectos de interés. El primero de ellos se refiere a usos de la fotografía que no han de implicar una vulneración del referido derecho: es irrelevante desde esta perspectiva, en especial, la mera conexión de medios técnicos (programas de televisión emitidos en directo, proyección de diapositivas, etc.) o la exposición de una fotografía en el marco de una locución (v. gr.: de una lección magistral). El segundo de los aspectos se refiere a las facultades del titular legítimo del primer ejemplar o de una copia de una obra fotográfica. A menos que quien le enajenara la fotografía (por tanto, el fotógrafo o un tercero) haya puesto como condición que el uso de ésta fuese privado, el titular legítimo de la fotografía puede hacerla accesible al público (*ex art. 56 LPI*; que se aplica sólo a obras fotográficas, no vale para derechos afines⁷³).

Por lo que hace a las *formas de fijación inmaterial* de la fotografía, resulta de interés apuntar que el fotógrafo ha de gozar de un derecho de **proyección** que le permita valerse de medios técnicos para publicar su fotografía. Bajo esta noción cabe tanto la proyección de una diapositiva, como la reproducción de un positivado con un episcopio; variaciones de dimensión producidas por aplicación previa de técnicas específicas (lec-

⁷⁰ Vid. MAABEN, *Urheberrechtliche*, cit., p. 344, con ulteriores referencias.

⁷¹ Vid. en extenso RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 19, pp. 102-103.

⁷² Vid. en extenso RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 19, pp. 104-107.

⁷³ Sólo en relación con las meras fotografías es válida, pues, la afirmación de RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 118, p. 539. Para la autora, el titular de un ejemplar de la fotografía sólo puede acometer facultades de uso normales o comunes, de modo que la comunicación pública de la fotografía exigirá pacto expreso.

tura de un microfilm, estereoscopio, etc.); y, en fin, toda forma de reproducción en versión filmada.

3. EL DERECHO DEL AUTOR DE UNA OBRA FOTOGRÁFICA DE AUTORIZAR SU TRANSFORMACIÓN POR TERCEROS

Como quedó advertido, sólo al autor de una obra fotográfica se atribuye el derecho de consentir su transformación por terceros (cfr. art. 128 LPI). La noción de transformación debe entenderse en un sentido amplio, esto es, abarcando toda adaptación, variación o modificación de la fotografía. Sobre lo anterior, la prestación del tercero debe resultar en la realización de una obra nueva. De no ser así, estaremos, en su caso, ante una reproducción de la obra no consentida⁷⁴. En efecto, la transformación de una obra limita, de un lado, con el (amplio) ámbito de la reproducción de la obra (en cualquier soporte) y, de otro lado, con la utilización libre de la misma para la producción de obras de distinto tipo. Ubicada entre ambas regiones y por lo que aquí interesa, la transformación implica la producción, a partir de una obra fotográfica preexistente, de una obra nueva (de carácter también fotográfico –un fotomontaje– o de carácter plástico –un cuadro, una escultura, etc.–). En rigor, para que haya transformación de una fotografía se han de satisfacer, a mi entender, dos condiciones. En primer lugar, tiene que existir una previa manipulación de los elementos que conforman la composición (original) de la obra inicial; esto es, la fotografía debe experimentar una alteración en su integridad. Desde esta perspectiva, no existe transformación sino tan sólo reproducción cuando la obra se incorpora, tal cual y preservando su autonomía, a otra de carácter distinto (v. gr.: cuando las fotografías ilustran o acompañan un texto escrito). En segundo lugar, la fotografía cuyos elementos se toman (total o parcialmente) debe pervivir reconocible en la recreación cuestionada. La nueva creación, a su vez, debe valorarse en su totalidad; esto es, el enjuiciamiento de la nueva configuración debe proyectarse sobre la originalidad o no de la conjunción de sus elementos, los «tomados» y los «nuevos». En fin, si la obra nueva no evocase la fotografía, no cabría hablar ya de transformación sino, en todo caso, de una simple inspiración en una obra previa.

Entendida en los términos anteriores, la transformación de una obra fotográfica requerirá el consentimiento de su autor (cfr. art. 17.1 en relación con el 21, ambos de la LPI)⁷⁵. Quien transforma o adapta ostentará, en su caso, la propiedad intelectual sobre el resultado, bien entendido que se trata de un derecho de autor con perfiles propios, entre ellos y sobre

⁷⁴ Vid. más ampliamente RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 21, pp. 120-122.

⁷⁵ Como parece lógico, la mayor parte de las adaptaciones o transformaciones autorizadas conllevan, a su vez, una reproducción asimismo consentida de la obra o prestación original. Bajo este aspecto vid. las observaciones de RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 19, p. 100.

todo, su carácter dependiente (cfr. art. 21.2 LPI). Y no será necesario recabar el consentimiento del autor de la obra fotográfica cuando la obra nueva cuestionada ya no evoque aquélla, como tampoco lo será cuando la nueva obra sólo se sirva de los elementos comunes (por preexistentes) o carentes de altura intelectual presentes en la fotografía. En todos estos casos, en efecto, cabe hablar de una libre utilización de la fotografía.

El tránsito de una reproducción a una transformación no siempre será fácil de establecer. Al cabo, será la originalidad de la obra fotográfica cuyos elementos se toman la que determinará el ámbito de su protección frente a terceros. El mismo criterio general servirá para enjuiciar, de su parte, el distanciamiento respecto de la obra fotográfica y, con ello, el salto hacia la creación de obras independientes. Con carácter, pues, orientativo, sirvan los siguientes ejemplos para ilustrar la anterior comprensión:

En el supuesto de que la obra fotográfica se fotografíe, no hay en principio más que una fiel y exacta reproducción, de modo que el (segundo) fotógrafo no realiza ninguna prestación protegible por el Derecho de autor. Otra cosa ocurre cuando la nueva fotografía dote de un nuevo contexto o fondo a la primitiva, o bien cuando aúne varias fotografías previas en una misma imagen. En estos casos resulta innegable la existencia (como mínimo) de una reproducción protegible como mera fotografía, que en su caso necesitará el consentimiento del o los fotógrafos de las fotografías que sirvieron de base al nuevo trabajo. Para poder hablar de una creación protegible como obra dependiente, la visión de la nueva imagen deberá generar, a su vez, una impresión nueva y autónoma al observador. Ésta parece existir generalmente en el caso de un *collage*⁷⁶, en el que ya cabe hablar de una transformación de la obra original para cuya confección, y a menos que las imágenes primitivas no sean ya reconocibles, será preciso recabar el consentimiento de los fotógrafos de las imágenes primitivas.

Cuando lo fotografiado sea sólo una parte de una fotografía (v. gr.: un motivo seleccionado, un personaje, un elemento, etc.) se cuestiona si a ésta se extiende la protección como obra de que goza el todo o si, por el contrario, debe estimarse de modo autónomo su individualidad. Creo que el problema se contesta también a la luz de los criterios anteriores: lo relevante es la reconocibilidad de la obra primitiva en la nueva, cualquiera que sea el modo en que ésta se utilice. Como es lógico, la protección otorgada a la fotografía originaria no alcanza la utilización de una parte pequeña y relativamente poco importante, incapaz por sí misma de evocar la obra en su conjunto y siempre, en el bien entendido, que esta parte no encierre, a su vez, una composición.

⁷⁶ Tanto si éste se sirve sólo de fotografías, como si se utilizan conjuntamente fotografías y otras artes o técnicas o materiales (tejidos, cabellos, recortes de papel, piezas de metal, etc).

Cuando se realiza un dibujo a partir de una fotografía buscando la máxima fidelidad a lo fotografiado ⁷⁷, sólo podrá hablarse de una mera reproducción. Lo mismo vale para el caso de dibujos realizados mediante un proceso puramente manual (v. gr.: un retrato de un artista callejero a partir de una fotografía), siempre que el pintor se atenga a los elementos del modelo copiado. Si no los respeta más que en líneas esenciales (v. gr.: porque acentúa unos rasgos sobre otros, o bien porque añade un fondo) y realiza una cierta interpretación propia del motivo, podrá hablarse de una transformación de la fotografía e incluso, eventualmente, de una obra con valor artístico autónomo. Para que esto último ocurra, el distanciamiento respecto de la fotografía de base debe ser muy evidente. Cuando lo que se realiza a partir de la fotografía ya no es un mero dibujo, sino un cuadro, aumentan las posibilidades de estimar su creatividad de modo aislado.

En la realización de una escultura u otro tipo de composición tridimensional o espacial (v. gr.: de una «instalación») a partir de una fotografía existen generalmente tan grandes diferencias que no puede ya hablarse de una simple reproducción ⁷⁸. En efecto, la escultura implica una representación integral del motivo o personaje que aparece en la fotografía, pues no sólo se le dota de un relieve, sino de una parte opuesta que la imagen fotográfica, lógicamente, nos oculta. De lo anterior resulta que no quepa hablar en estos casos de una obra derivada a partir de una fotografía, sino de una obra independiente; como excepción, sería transformación la realización de un bajorrelieve (artístico) a partir de una fotografía ⁷⁹.

Mayor complejidad puede revestir la «escenificación» de una fotografía (v. gr.: mediante un «happening», o una representación de arte corporal o una parodia). Como quiera que la disposición de los elementos no evocará, más que en un momento (el inicial o el final, por lo general) el de la composición de la fotografía, entiendo que tampoco en estos casos cabe hablar ni de una reproducción ni de una transformación de la fotografía, sin perjuicio, claro está, del respeto que la referida escenificación debe al derecho moral del autor de la obra fotográfica (cfr. para la parodia lo dispuesto en el art. 39 LPI).

En fin y como es lógico, ya no es ni siquiera transformación la transposición de la fotografía a obras de carácter distinto del plástico (v. gr.: una composición musical inspirada en una fotografía, o una narración descriptiva de una fotografía ⁸⁰). En efecto, hasta tal punto se aleja la con-

⁷⁷ Irrelevantes serán las variaciones de forma o colorido (v. gr.: sombreado) que no desvirtúan el modelo reproducido.

⁷⁸ Como caso especial en el que se estima la existencia de una reproducción se señala el de la realización de un simple relieve (a propósito de la acuñación de monedas). Vid. KNOTH, K. H., *Schadenersatzansprüche nach Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes bei widerrechtlicher Benutzung eines Lichtbildes*, ZUM 1990, pp. 114 y ss.

⁷⁹ Con la excepción hecha en la nota precedente.

⁸⁰ V. gr.: como la propuesta conceptual de Joseph Kosuth («Una y tres sillas», 1965), en la que el autor se aproximó a la realidad «silla» a partir del objeto silla, la descripción verbal de la silla y la descripción fotográfica de la silla (tomo la información de C. CÁNOVAS, en *La intensa búsqueda*, cit. *supra*).

formación de la nueva obra de la fotografía que su originalidad no se explica ya en función de ésta.

Ya en otro orden de consideraciones, es evidente que la adaptación o transformación de una mera fotografía plantea menores interrogantes que en el caso de una obra fotográfica debido a la menor «altura creativa» que a aquélla subyace⁸¹. Mas de lo anterior no se sigue que no pueda existir un interés digno de protección en la transformación de una mera fotografía. Ocurre, sin embargo, que este interés no encuentra acogida en nuestro esquema legal; lo que no impide, como es obvio, que pueda ser objeto de consideración en el marco de un contrato para la explotación de una mera fotografía (cuestión que es de especial interés en el caso de los reporteros gráficos).

Siempre, pues, desde esta perspectiva, son trasladables aquí las consideraciones realizadas en relación con las obras fotográficas, sólo que con ciertas salvedades o limitaciones que entroncan, a su vez, con la menor protección que se ha de otorgar a la prestación contenida en una mera fotografía. Se convendrá en que la protección de la mera fotografía no se extiende solamente a la concreta conformación material de la misma, pues en tal caso, toda variación, por pequeña que fuera, sería libre y no tendría sentido alguno hablar ni de reproducción no consentida (ni tanto menos, de transformación) de una mera fotografía. El problema está, pues, en determinar los contornos de esta posible reproducción y ulterior transformación⁸². Pues bien, la transformación de una mera fotografía existe en tanto que la impresión global que ésta produce al observador haya sido tomada en la fotografía cuya novedad se cuestiona. Al efecto, el análisis deberá prescindir de los elementos que pertenezcan al dominio público y concentrarse en la singularidad de la imagen. La singularidad de la imagen controvertida no se enjuicia con los mismos parámetros a que se ha recurrido en el caso de las obras fotográficas; sino que basta, como quedó dicho, la constatación de una variación mínima respecto de una imagen anterior. Se trata, pues, de valorar, a través de elementos formales, si la nueva creación cuya individualidad (mínima) se discute se diferencia y distingue de una mera fotografía previa. Aún debe advertirse que, pese al reconocimiento de una cierta individualidad en la mera fotografía, nada ha de impedir la realización de una nueva fotografía sobre el mismo motivo. En efecto, el realizador de la mera fotografía no puede monopolizar ni la idea de la disposición, ni la forma de realización de la fotografía, como tampoco la elección del motivo. La prestación protegible en la primera imagen reside inmediatamente en la realización de la instantánea concreta; de modo que la ejecución de una nueva captación implicará otra prestación protegible. La cuestión de la transformación

⁸¹ En este sentido, asimismo, HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 95.

⁸² Al menos de ella habla, implícitamente, RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 97, cuando sostiene que toda fotografía es susceptible de transformación, si bien a menor grado de individualidad, menores serán los condicionamientos que deben superarse.

(sometida a autorización) de una mera fotografía es, en definitiva, más teórica que práctica. Sirva sólo por tanto como solución aproximativa la siguiente: cuanto menos estético sea el contenido de la imagen primaria o de base, más amplio será el ámbito de lo libremente disponible por otro fotógrafo u otro artista plástico, hasta que llegue un momento en que la imagen primigenia pueda ser recreada por cualquiera, de modo que la protección que ésta recibe se circunscribe a la concretísima toma y es tan pequeña, que cualquier variación, incluso la más insignificante, ha de implicar una visión plenamente novedosa del motivo. Generalmente se trata de imágenes que prescinden de un contexto o fondo, en conexión con las cuales cobra pleno sentido hablar de tomas «idénticas»⁸³, todas ellas libres y protegibles, al menos, como mera fotografía.

A la luz de las anteriores consideraciones, para que pueda hablarse de obtención de *copias* de una mera fotografía sujetas a la autorización de su realizador, la imagen controvertida deberá reproducir de modo idéntico o sustancialmente similar todos o parte de los elementos que conformaban la imagen primigenia y, por tanto, que constituyen la prestación en ésta protegida. Si es cierto que el riesgo de reproducir una prestación primitiva se concita con la aportación de variaciones mínimas, no lo es menos que habrá que tener a éstas por irrelevantes cuando no consigan desvirtuar la impresión global que transmitía la imagen primitiva. De su parte, la existencia de una *transformación* de la mera fotografía deberá analizarse según los criterios generales expuestos en relación con la obra fotográfica, pero teniendo en cuenta que en la mera fotografía se da una vinculación mayor con la configuración del motivo, pues el número de elementos que caracterizan y diferencian a una mera fotografía es comparativamente inferior que los predicables en relación con una obra fotográfica, de modo que es mayor el ámbito de lo libremente disponible por terceros. En suma, y a diferencia de lo que es predicable en relación con las obras fotográficas, es más fácil en el ámbito de las meras fotografías el salto de una reproducción a una transformación, pues basta con una divergencia; como también lo es el salto de una transformación a una libre utilización: así ocurrirá, v. gr.: cuando la mera fotografía se utiliza como un simple elemento de fondo de la nueva imagen.

4. EL DERECHO MORAL DEL AUTOR DE UNA OBRA FOTOGRAFICA

Sólo al autor de una obra fotográfica se atribuye un derecho moral sobre su creación, cuya previsión se ordena, como es sabido, a la salvaguarda de los intereses (ideales) del fotógrafo en conexión con su obra. Ello también puede justificarse en el caso del realizador de una mera fotografía, esto es, de una prestación que no se califica como obra. No es menos cierto que este

⁸³ HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 104-105; también RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 96.

interés espiritual o personal no existe cuando se trate de prestaciones poco relevantes como tampoco cuando los terceros ignoren el contexto en que se realiza la prestación. Y ello porque no parece que, en tales casos, el fotógrafo pueda sufrir un menoscabo en su prestigio profesional o personal.

De las anteriores consideraciones, que nuestra doctrina patrocine, si bien aún tímidamente, la oportunidad de reconocer un derecho moral al realizador de una mera fotografía⁸⁴. Desde esta perspectiva *de lege ferenda* valga señalar, por comparación con lo previsto para los autores de una obra fotográfica, las facetas del derecho moral que, a mi juicio, serían razonablemente reivindicables por el realizador de una mera fotografía.

Al autor de una obra fotográfica corresponde, en principio, un derecho de **primera publicación**, lo que implica su libertad de decidir si la fotografía se publica o no y, para el caso de que se publique, el modo y condiciones que esta manifestación al público ha de revestir. Como es sabido, la primera publicación se produce cuando la fotografía se haya hecho aprehensible a un número (cualitativamente) relevante de personas, y siempre, bien entendido, que medie consentimiento del o los titulares legítimos. La fotografía pierde entonces su carácter inédito en lo absoluto, esto es, lo pierde para todo medio que, en potencia, hubiese (también) permitido su publicación; esto es, hay una sola publicación y no varias, en función de qué forma se utilice para explotar la imagen⁸⁵. Lo anterior es igualmente predicable para el caso de que la fotografía se edite⁸⁶; como también cuando se grabe (v. gr.: mediante escáner) en un banco de datos público y accesible⁸⁷. Mas dicho esto, es evidente que el derecho de primera publicación

⁸⁴ Así, BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 483, se hace eco de la oportunidad de que el realizador pueda reivindicar la paternidad de sus fotografías. De su parte, RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub 118, p. 535, precisa que el realizador no goza del derecho de paternidad, aunque nada impide que se pacte, lo que permitiría al realizador negarse a autorizar la explotación de su fotografía si el tercero no aceptase indicar su identidad o, en su caso, alegar un incumplimiento contractual. Mas dicho esto, la autora reconoce que la expresión del nombre del fotógrafo parece indispensable para que el tercero que quiera utilizar la (mera) fotografía sepa a quién ha de reclamar el consentimiento. También en este sentido *vid.* BERCOVITZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 1716. En la doctrina alemana, de su parte, el derecho de paternidad del realizador se reconoce abiertamente: *Vid.* GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 11, p. 859; o HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 107.

⁸⁵ *Vid.* en este sentido HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 87 y 88.

⁸⁶ En efecto, toda edición conlleva publicación: *vid.* KATZENBERGER, P., en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §6, nn. mm. 14 y 30, pp. 195, 199.

⁸⁷ Sobre la cuestión *vid.* MAABEN, *Urheberrechtliche*, cit., pp. 342 y 343. Sobre la calificación de los actos que determinan la inserción y posterior consulta por terceros de un dato (documento, texto, fotografía, etc.) en un banco público y accesible *vid.* MOUFANG, R., *Datenbankverträge* en BEIER/GÖTTING/LEHMANN/MOUFANG, *Urhebervertragsrecht*, ob. cit., pp. 571 y ss.; o en el mismo trabajo colectivo, la colaboración de DREIER, Th., *Aufeinander bezogene Urheberrechtsverträge-Zur Weiterentwicklung des Urhebervertragsrechts im Zeitalter elektronischer Werkverwertung*, en pp. 193 y ss. Entre nosotros, se ocupan de la cuestión (en relación con la digitalización y acceso a un fondo bibliográfico) MASSAGUER, J./SALELLES, J. R., *El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas*, Revista General de Derecho (RGD) núm. 636, septiembre de 1997, pp. 10927 y ss.

decae en el caso de la fotografía realizada por encargo, por cuanto el juicio de oportunidad y condiciones de aparición pública corresponde a quien ostenta contractualmente los derechos de explotación (es el caso paradigmático de gran parte de las fotografías publicitarias o periodísticas). Entendido en los términos anteriores, el realizador de una mera fotografía posee un interés análogo al del autor de una obra fotográfica.

El autor de una obra fotográfica posee, además, un **derecho de paternidad**, lo que le permite reivindicar su autoría respecto de su fotografía (art. 14.3 LPI). El referido derecho se ejerce normalmente exigiendo la vocación de su nombre en conexión con el original o sus copias. Su realización admite varias modalidades: plasmación de la propia firma en la fotografía (en general, en fotografías artísticas, realizadas en un estudio, etc.); adición de una línea indicativa junto a la imagen (usual en fotografías aparecidas en medios de difusión gráficos); fundido del nombre o mención oral del fotógrafo (en el caso de una difusión de la fotografía en soporte intangible). En la práctica, la forma en que el reconocimiento del fotógrafo se verifique dependerá de los términos del eventual acuerdo existente entre el fotógrafo y el sujeto que ostente los derechos de explotación sobre la fotografía. Dicho esto, debe advertirse que el derecho de paternidad es susceptible de renuncia siempre que ésta se realice en concreto y por tiempo determinado. Así ocurre además, con relativa frecuencia, en el caso de los «reporteros gráficos» y de los «publicistas», a la luz de sus contratos de trabajo o de arrendamiento de obra o de servicios⁸⁸. En ausencia de pacto (o en el supuesto de que éste sea oscuro), habrá que estar a las circunstancias del caso, a los usos del sector o al tipo de reproducción empleado⁸⁹. Como regla general, valga decir que en la impresión de una fotografía en un medio editorial, el nombre del fotógrafo suele aparecer junto a la imagen, ya sea debajo de ésta (en sentido horizontal) o al costado (en sentido vertical)⁹⁰, o mediante una leyenda que no pase desapercibida al lector y que permita una ordenada identificación de las imágenes⁹¹. En el caso de que la fotografía se utilice en el curso de la filmación de una obra cinematográfica (y pienso aquí en la utilización de la fotografía como elemento de «atrezzo»⁹², por lo demás relevante por tratarse de un motivo recurrente en la

⁸⁸ Así también lo entiende MARTÍNEZ ESPÍN, P., en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 14, pp. 227-228.

⁸⁹ Así también para MARTÍNEZ ESPÍN, P., en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 14, p. 227, es posible la renuncia al nombre por exigencias de la naturaleza de la explotación de la obra.

⁹⁰ Como excepción se apuntan las fotografías de campañas electorales, en las que el nombre del fotógrafo no suele reseñarse: *vid.* GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 11, p. 859; entre otros motivos, para evitar una asociación del fotógrafo con un determinado partido político. Cabría añadir la de aquellas fotografías realizadas en el ámbito publicitario, en las que tampoco suele aparecer el nombre del fotógrafo.

⁹¹ Frecuente cuando una publicación contiene muchas ilustraciones: *vid.* GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 11, p. 859.

⁹² Para NORDEMANN, en FROMM, F. K./NORDEMANN, W., *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart-Berlin-

película), rara vez se empleará el fundido o aparecerá el nombre del fotógrafo bajo la imagen. En estos casos, sólo cabe la posibilidad de que, antes o después de ser proyectada la imagen, se mencione a su autor o realizador⁹³. Lo mismo es predicable, como se apuntó, en relación con las fotografías realizadas en el proceso de producción de una obra audiovisual. En fin, y junto al derecho a que su nombre se mencione en asociación con la imagen, el fotógrafo podrá exigir judicialmente el reconocimiento de su autoría⁹⁴. Entendida en los términos anteriores, nada habría de impedir tampoco que el realizador de una mera fotografía gozase de un derecho de paternidad sobre su prestación.

El autor de una obra fotográfica puede, sobre lo anterior, exigir el **respeto a la integridad** de su obra (art. 14.4 LPI). El autor queda así protegido frente a cualquier agresión o lesión infligida a su creación. Y ello, tanto si ésta se produce directa como indirectamente. Entre las vulneraciones de orden directo cabe hablar de recortes, retoques, cambio del color al blanco y negro⁹⁵ (y viceversa), o descomposición en varias imágenes (v. gr.: cuando la fotografía, como un todo, transmite un concepto en su integridad o una información, la selección de motivos aislados puede deformar este derecho personal del creador). Entre las vulneraciones de orden indirecto puede señalarse el acompañamiento de una leyenda denigrante o la inserción de la imagen en un contexto ofensivo o improcedente. En uno y otro caso, parece que la vulneración a la integridad de la obra exige una divulgación o explotación específi-

Köln (Kohlhammer), 1994, 8.ª ed., *sub* §57, n. m. 2, pp. 411-412, e incluso tratándose de un mero recurso decorativo (v. gr.: colgando de una pared), la aparición de una fotografía en una película necesita el consentimiento de su autor. Para HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 109-110, y n. 12, la solución debe atender en estos casos a otras circunstancias: tiempo de visualización de la fotografía en la pantalla, tamaño de la fotografía, si existe o no un reconocimiento pleno de la fotografía.

⁹³ Pero, como señala HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 88, n. 27, conforme crece la lista de quienes participan en la elaboración de una película, decrece la posibilidad de que el fotógrafo encuentre un reconocimiento adecuado por el público.

⁹⁴ Tráigase a este contexto (con los oportunos ajustes) la doctrina contenida en la STS de 19 de julio de 1989 (RJ 1989/5725). En el caso, el autor del monumento a la Batalla de las Navas de Tolosa en La Carolina (Jaén), reclamó el reconocimiento a la paternidad de la obra ante la publicación de una fotografía en la Gran Enciclopedia de Andalucía junto a la cual se atribuía erróneamente la referida escultura a otra persona. El Tribunal Supremo estimó este motivo pero desestimó la reclamación del mismo autor de una indemnización de quince millones de pesetas, por inexistencia de daño económico, sobre la base de que el daño, que habría de comprenderse en el concepto de lucro cesante, no se constata «... puesto que es difícil concebir que un artista de renombre pueda perder encargos a consecuencia de error en una publicación».

⁹⁵ Ésta fue la lesión alegada por el autor de unas fotografías que se reprodujeron en la edición de un libro antológico sobre la obra de Eduardo Chillida. El fotógrafo demandante sostuvo, sin embargo, la existencia de un incumplimiento contractual. De ahí que el Tribunal Supremo, en su momento, resolviera que el autor de la fotografía de un libro no puede reclamar nada de quien realiza la edición si no ha verificado contrato alguno con la editora, por lo que no queda suficientemente probado que la edición de las fotografías debía ser en color y no en blanco y negro. *Vid.* STS de 10 de febrero de 1995. Un extracto de la misma puede consultarse en RGD, núm. 636, septiembre de 1997, p. 11063.

ca de la obra⁹⁶. También parece evidente el interés del realizador de una mera fotografía a exigir el respeto a la integridad de su prestación, en la medida en que ésta haya podido ser lesionada o desvirtuada, arrastrando, con ello, el desprestigio del fotógrafo (sobre todo, del profesional de la información).

La vertiente personal de la propiedad intelectual cobra especial relevancia cuando el manipulador de la fotografía sea el titular legítimo (v. gr.: por compraventa) pero se trate del único ejemplar de la fotografía, ya irreplicable (v. gr.: porque el negativo se haya perdido o destruido o dañado). En estos casos, la defensa del derecho moral del creador prevalece en tanto que se le permite acceder al único ejemplar de la obra, bien entendido que sin perjuicio de la posición jurídica del actual titular de la fotografía a quien, por lo demás, tampoco deberá incomodarse por el exigido acceso (cfr. art. 14.7.º LPI). Mas dicho esto, la existencia de un único ejemplar de la fotografía imprime ciertos límites a la posición del titular actual, en función de la necesaria preservación de la creación original contenida en la obra fotográfica. En otros términos: el fotógrafo posee un derecho en estos casos a reconocerse en su obra y a que el público pueda seguir en el futuro reconociéndole en su obra. De lo anterior se sigue que el derecho no decaiga cuando medie renuncia del fotógrafo⁹⁷. De su parte, esta faceta del derecho moral es difícilmente predicable respecto de los realizadores de meras fotografías, por cuanto en éstas no cabe reconocer una creación personal, sino tan sólo un esfuerzo, una prestación. En efecto, la protección de la «personalidad» del fotógrafo es menos notable, porque también es prácticamente imperceptible el nivel de individualidad existente en la imagen, lo que otorgaría prioridad a la protección de los intereses del titular actual sobre los del realizador.

Pero donde mayor distancia podría apreciarse entre la configuración de la vertiente moral de la propiedad intelectual del autor de una obra fotográfica y aquella del realizador de una mera fotografía es en tema de retirada del original y copias del comercio por cambio de convicciones intelectuales o morales. Como es sabido, la cuestión se resuelve en sentido positivo para el autor de una obra fotográfica mediante la previa indemnización de los daños y perjuicios que se irrogasen a los titulares de los derechos de explotación (cfr. art. 14.6.º LPI). No creo, sin embargo, que esta solución sea trasladable al ámbito de las meras fotografías. En efecto, la prestación contenida en una mera fotografía no posee una entidad suficiente que justifique su prevalencia sobre los derechos de explotación de su legítimo titular. Y ello, porque el esfuerzo relativo, valga recordar, se ha definido en términos estrictamente objetivos, como «variación mínima entre varias opciones posibles». Al no acotarse el concepto de prestación protegible en términos

⁹⁶ Así lo ha entendido la AP de Sevilla en Sentencia de 1 de junio de 1996 (AC 1996/2529).

⁹⁷ Cfr. no obstante GERSTENBERG, en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §25, n. m. 12, p. 379, quien admite (si bien con cautela) la renuncia del autor en este sentido.

subjetivos, difícilmente puede constatarse un arrepentimiento respecto de la prestación en sentido estricto. Cuestión distinta es que, por las razones que sea pero que aquí no vienen al caso, el fotógrafo «se arrepienta» de haber realizado la fotografía.

V. LÍMITES DE LA PROTECCIÓN CONFERIDA A LAS FOTOGRAFÍAS

Los derechos de explotación antes referidos experimentan ciertas restricciones que el fotógrafo debe tolerar en atención a la salvaguarda de intereses generales (cfr. arts. 31 y ss. LPI). Por virtud de la remisión operada por el artículo 128 LPI, los límites del derecho de autor son también aplicables respecto de la mera fotografía. Y ello, en definitiva, porque los referidos límites no se estructuran en función de la individualidad de la obra, sino que inciden en la ordenación patrimonial del estado o nivel de protección que ésta, en absoluto, pueda merecer.

De entre las limitaciones que implican una reproducción libre de la fotografía ya divulgada merece destacar, por lo que aquí interesa, ciertos aspectos.

En primer lugar, y respecto de las reproducciones que lo sean para uso privado del copista (cfr. art. 31.2.º LPI), parece que también habrá de tenerse por libre la confección de un archivo temático por parte del copista, siempre que lo fuera también para uso privado.

Habrán también que admitir, de su parte, que las reproducciones de la fotografía para uso privado de invidentes (cfr. art. 31.3.º LPI), implican, a su vez, la previa y libre adaptación de la fotografía (mediante un bajorrelieve).

En cuanto a la utilización de una fotografía a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con indicación de la fuente y nombre del fotógrafo y con fines docentes o de investigación (cfr. art. 32 LPI), debe realizarse respetando ciertos requisitos. En primer lugar, y como la propia Ley exige, debe tratarse de una utilización de «obras aisladas»; esto es, por esta vía no puede lograrse, de forma torticera, una distribución no consentida de toda (o gran parte) de la obra del autor. En otros términos, la cita debe proyectarse, para ser libre, sobre una (a lo sumo, unas pocas) fotografías del mismo autor. A su vez y no por obvio irrelevante, la autonomía de la fotografía citada debe quedar preservada. En segundo lugar, y sobre lo anterior, la utilización ha de estar justificada por la finalidad de la incorporación a la obra propia; esto es, debe existir una vinculación temática entre la fotografía y el contexto que enmarca su presentación en una nueva obra. La fotografía, por tanto, no puede utilizarse como mero recurso decorativo⁹⁸.

⁹⁸ Vid. SCHRICKER, G., EN SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §51, n. m. 34, p. 681.

Ningún problema plantea, de su parte, el límite por virtud del cual las obras situadas permanentemente en vías públicas pueden ser libremente reproducidas por medio de fotografías (cfr. art. 35 LPI)⁹⁹.

Mayor comentario exige el límite consistente en la difusión de la fotografía ya publicada en un medio de comunicación social en otro medio similar y con finalidad de información sobre un tema de actualidad. Para que la referida difusión sea libre, habrá de citarse la fuente y el autor (si el trabajo apareció con firma) y no existir reserva de derechos (cfr. art. 33 apartado 1, inciso 2.º LPI, cuya dicción permite sostener que una fotografía podría constituir un «trabajo de actualidad»). Sobre lo anterior, cualquier fotografía –incluso la no previamente difundida– susceptible de ser vista con ocasión de informaciones sobre la actualidad podrá ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa (cfr. art. 34 LPI). Dado el alcance de este límite, parece oportuno detenernos en la configuración de sus contornos. Vaya por delante que no debe sospecharse siempre una vulneración de los derechos del fotógrafo; es más, de hecho, la aparición de ciertas fotografías impactantes en un medio de comunicación puede hasta resultarle, a la larga, beneficiosa para su propio prestigio¹⁰⁰. Dicho esto, entiendo que el libre empleo de la fotografía con ocasión de una información de actualidad requiere el cumplimiento de ciertos requisitos. En primer lugar, que exista una efectiva, directa y objetiva vinculación temática entre el contenido de la imagen y la información que se transmite. La función de la fotografía en la comunicación de la información ha de ser, por tanto, instrumental por documentar gráficamente un suceso. A su vez, la propia fotografía (como tal) puede ser precisamente el objeto de la información (v. gr.: porque se inaugura una exposición que la incluye). En segundo lugar, la información debe ser «de actualidad», cualidad que debe estimarse en función de la velocidad usual con la que las noticias suelen aparecer en los medios de comunicación (también en función de la periodicidad con la que aparece el medio)¹⁰¹. Dicho esto, no ha de estimarse libre la reaparición de la imagen en el medio de comunicación, lo que suele ocurrir con trabajos de resumen de los sucesos que han tenido lugar, por ejemplo, durante el año en curso¹⁰²; y bien entendido

⁹⁹ Cfr. recientemente la Sentencia de la AP de Tenerife, de 9 de septiembre de 1995. Un extracto de la misma puede consultarse en RGD, núm. 636, septiembre de 1997, p. 11090.

¹⁰⁰ La aparición de la imagen fotográfica en un medio de comunicación no suele ser siempre fiel al original, por lo que no siempre es posible la plena apreciación de la obra fotográfica. Sin embargo, no ha de estimarse una lesión a la integridad de la fotografía, pues no cabe temer en el observador de la misma una impresión permanente (ya sea por la fugacidad de su aparición en un programa televisivo; o por la rapidez con que la prensa diaria se desecha tras la consulta). Apunta esta cuestión HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 111-112.

¹⁰¹ Vid. GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §50, n. m. 4, pp. 662-663. Ello supone que en el seno de un programa informativo en la televisión o en la radio, o la prensa diaria, debería difundirse la noticia en unos pocos días; en un programa o publicación semanal, en una semana; en una publicación mensual, en el siguiente número.

¹⁰² En este sentido, vid. GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §50, n. m. 4, p. 663.

que sin perjuicio de que la cesión concreta de los derechos de explotación sobre la fotografía pueda cubrir estos casos.

VI. LA DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN CONCEDIDA A LAS FOTOGRAFÍAS

El plazo de duración de la protección concedida a la obra fotográfica se extiende, como en relación con el resto de las obras y con las especialidades de todos conocidas, durante la vida del autor y 70 años p. m. a. (cfr. arts. 26 y ss. LPI)¹⁰³.

El derecho atribuido al realizador de una mera fotografía tendrá, de su parte, una duración de veinticinco años que se computarán a partir del día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o su reproducción. La claridad del precepto legal vigente ha sido ya suficientemente ponderada por nuestra mejor doctrina. Baste con señalar aquí que por realización relevante a estos efectos habrá que entender, como no puede ser de otro modo, la primera fijación de la imagen en el negativo¹⁰⁴; como, en el supuesto de que la fotografía no se hubiese fijado en un soporte material, la primera exteriorización al público de la imagen.

VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TITULARIDAD DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LA FOTOGRAFÍA

Una de las cuestiones controvertidas en la práctica es la determinación de quién es el titular legítimo de la propiedad intelectual sobre la fotografía en cuyo proceso de ejecución hubiesen intervenido varias personas.

Pues bien, el autor de una obra fotográfica es aquella persona física que hubiese procurado *todos* los elementos creativos en la realización de la fotografía. Sólo podrá hablarse de coautoría cuando varias personas hubiesen realmente colaborado al efecto, esto es, cuando hubiesen realizado una aportación individual efectiva. La aportación individual implica una concepción intelectual propia sobre la orientación del proceso de creación de la fotografía¹⁰⁵, por más que éste es único como única ha de ser la obra resultante, de modo que las referidas aportaciones individuales no admiten una valoración (de suyo) independiente. Sobre lo anterior, la aportación debe ser efectiva, esto es, debe poseer cierta entidad o influen-

¹⁰³ Sobre la cuestión *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., pp. 149 y ss.

¹⁰⁴ *Vid.* ulteriormente BERCOVITZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 128, pp. 1717-1718; y BONDÍA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 128, p. 484.

¹⁰⁵ En este sentido, *vid.* RIEDEL, *Fotorecht*, pp. 62-63, quien asume que la coautoría implica una cierta contradicción en la comprensión de la obra por parte de quienes participan en ella.

cia en el resultado final: no basta con una iniciativa, un consejo, una simple orientación o sugerencia. En fin, la aportación individual puede referirse a la obra en su conjunto o a una de sus partes ¹⁰⁶.

La situación es bien distinta cuando las personas que trabajan junto al fotógrafo siguen estrictamente sus instrucciones. En tal caso, y como parece evidente, éste será el único autor de la fotografía ¹⁰⁷.

Las anteriores consideraciones son plenamente trasladables al ámbito de la mera fotografía, cuando su realización implique reflexionar y decidir sobre la opción que el realizador hace, entre las posibilidades preexistentes, para captar la imagen.

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TRANSMISIÓN (INTER VIVOS) DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN SOBRE LA FOTOGRAFÍA ¹⁰⁸

La transmisión (inter vivos) de la fotografía plantea algunos problemas que afectan, en especial, a los fotógrafos profesionales o a aficionados de alto nivel; incidencias éstas, por tanto, que se vinculan a la explotación de obras fotográficas de cierto nivel artístico. Indicativo de lo anterior es que el legislador no haya tenido por oportuna la aplicación del régimen legal de la cesión contenido en los artículos 42 y ss. LPI a las meras fotografías (cfr. art. 132 LPI) ¹⁰⁹. Las consideraciones que siguen se refieren, por tanto, a la transmisión inter vivos de obras fotográficas. Ello no obstante, las indicaciones y recomendaciones que aquí se realizan son también predicables en relación con la explotación de las meras fotografías.

Las fotografías que, de un modo u otro, son objeto habitual del comercio que ahora nos interesa (fotorreportajes, exposiciones, fotografía publicitaria, etc. ¹¹⁰) provienen, principalmente, de tres grandes fuentes, a saber: fotógrafos autónomos (gran parte de los fotógrafos publicistas y de moda); reporteros gráficos (que trabajan por su cuenta o por cuenta ajena, esto es, para un medio de comunicación); y «maestros fotógrafos», que cuentan por lo general con un equipo de ayudantes y que realizan una actividad de corte puramente artístico ¹¹¹. A su vez, el tráfico comercial

¹⁰⁶ Cfr., en este sentido, RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., pp. 62-63; asimismo HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 122.

¹⁰⁷ También en este sentido vid. RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, p. 532.

¹⁰⁸ La transmisión (mortis causa) de la propiedad intelectual sobre las obras fotográficas o sobre las meras fotografías no presenta perfiles singulares. Vid. en general BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentario*, sub artículo 42, pp. 203 y ss.

¹⁰⁹ Vid. sobre la cuestión las observaciones de BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 484; o antes las de RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, pp. 538 y ss.

¹¹⁰ Pero también, valga insistir, meras fotografías: fotografías para ilustrar ediciones, muchas de las fotografías periodísticas, fotografías para su reproducción en postales en calendarios, etc.

¹¹¹ Esta ordenación genérica proviene de NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 477.

relativo a esta producción fotográfica se articula mediante negocios jurídicos adscribibles, a grandes rasgos, a una de las dos categorías siguientes: de un lado, a los contratos *de explotación*, esto es, contratos celebrados con terceros para la explotación de los derechos relativos a la fotografía; y, de otro lado, a los contratos *de gestión*, esto es, los que conforman la clásica relación entre un fotógrafo y una entidad de gestión colectiva de derechos de autor. A caballo entre una y otra categoría se situarían los contratos celebrados entre el fotógrafo y una agencia gráfica, de trascendental importancia en la práctica ¹¹².

Bajo la primera categoría (contratos de explotación) se inscriben los contratos celebrados entre el fotógrafo y un tercero que a él se dirige con el fin de utilizar fotografías de su archivo; entre el fotógrafo y un tercero que le encarga la realización de una fotografía o un reportaje con una finalidad más o menos definida; entre el fotógrafo y el empresario para quien presta servicios o trabaja (un periódico, una editorial); o entre una agencia y un tercero que a ésta se dirige porque busca fotografías (de un concreto autor o de un tema) que desea explotar con una finalidad concreta. Cada una de las mencionadas situaciones acusa, a su vez, problemas específicos.

Un fotógrafo puede, en primer lugar, acordar con un tercero la cesión de los derechos de explotación sobre una (o varias) de las fotografías de su archivo. Como es sabido, la cesión puede serlo con carácter exclusivo o simple. Es aconsejable la mayor claridad y detalle en las condiciones pactadas (modalidad de explotación, ámbito territorial, ámbito temporal, etcétera). Ante un conflicto o a falta de pacto expreso, la doctrina especializada mantiene que deben entenderse cedidas las modalidades de explotación imprescindibles para el adecuado cumplimiento de la finalidad del contrato pactado (ante la duda, además, la situación deberá resolverse *pro* autor, esto es, prefiriendo una licencia simple a una exclusiva) ¹¹³. Dicho esto, si el tercero quisiera, además, incluir las fotografías en su propio archivo, a la referida cesión se superpondría una compraventa de los concretos ejemplares ¹¹⁴. En relación con la venta de fotografías debe, en fin, distinguirse entre la venta de la fotografía (original o copias) y la del negativo. La venta del original o una copia de la fotografía sólo supone la transmisión de la propiedad sobre el ejemplar concreto y no implica, por sí sola, la cesión de derechos de explotación de ningún tipo, salvo el de exposición (*ex art.* 56.2 LPI). En cambio, parece oportuno presumir que la venta del negativo implica la transmisión de los derechos de explotación relativos a la fotografía ¹¹⁵. Entiendo, en efecto, que la venta del negativo (soporte material en que se incorpora originalmente la

¹¹² Sigo básicamente a NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 478, y éste, a su vez, a E. Ulmer.

¹¹³ Sobre el alcance de la cesión *vid. amplius* RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ-TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 43, pp. 208-209.

¹¹⁴ Cfr. NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 484.

¹¹⁵ Acoge esta diferencia, entre nosotros, RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 118, p. 539.

obra) supone la desvinculación voluntaria del autor de la fotografía respecto de todas las vicisitudes que la misma experimente en el tráfico económico; menos de aquellas, claro está, que lesionen la integridad de la obra causando, con ello, un daño al fotógrafo de índole personal. En términos más rigurosos: la venta del negativo supone la renuncia implícita del autor de la fotografía a su facultad de autorizar la ulterior explotación de su obra por cualquier tercero; renuncia que, no obstante lo anterior, no alcanza al derecho del fotógrafo de autorizar la transformación de la obra por cuanto ésta implica, de suyo, una alteración de su integridad.

Ciertos problemas presenta, de su parte, la relación entre un fotógrafo y el empresario para quien presta sus servicios como asalariado. De todos conocido es el conflicto de intereses que se plantea, en general, entre un empresario y un trabajador que desarrolle, en el marco de una relación laboral, una creación original de las protegidas por Derecho de autor. En efecto, mientras que el empresario halla respaldo en la legislación laboral para reclamar la propiedad de los resultados de quienes para él trabajan –y nada menos que en la rotunda declaración que inaugura el Estatuto de los Trabajadores!–; el trabajador asalariado reclama la propiedad intelectual de su obra. Para ser exactos, el conflicto no surge acerca de la autoría sobre la obra producida, que reside en el autor-trabajador de modo incuestionable, sino en torno a quién ostenta la titularidad de los derechos de explotación. La cuestión ha sido perfectamente advertida y adecuadamente resuelta desde la legislación sobre derechos de autor (más precisamente, en el título dedicado a la transmisión de los derechos). Allí se establece el principio general por virtud del cual, y a falta de pacto escrito (cfr. art. 51.1 LPI), se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva al empresario, si bien con el alcance que resulte necesario para el ejercicio de la actividad habitual de éste ¹¹⁶ en el momento en que el trabajador le entregue la obra (art. 51.2 LPI); declaración que se refuerza ulteriormente mediante la prohibición expresa al empresario de una utilización (o disposición) de la obra que traspase los fines que se derivan de lo expresamente pactado en el contrato de trabajo o, en su defecto, de aquello que se corresponda con el giro o tráfico económico usual del sector de actividad o profesional en que se inscribe el empresario (cfr. art. 51.3 LPI). Habrá que estar, pues, en primer lugar, al régimen de la cesión que se haya pactado por escrito en el contrato de trabajo ¹¹⁷. Puede ocurrir, con todo, que empresario y

¹¹⁶ Por actividad habitual cabrá entender, asimismo, la que se prevea desarrollar en un futuro inmediato. Como es sabido, la aproximación es parcialmente distinta en las legislaciones anglosajonas (los derechos pertenecen con carácter originario al autor pero se consideran cedidos *ope legis* al empleador, salvo que las partes dispongan lo contrario en el contrato de trabajo). Sobre la cuestión *vid.* ya BONDÍA, F., *Los autores asalariados*, 19 Revista Española de Derecho del Trabajo, julio-septiembre de 1984, pp. 419 y ss.; de la evolución en esta materia en el ámbito anglosajón da cuenta recientemente GENDREAU, Y., *Copyright Ownership of Photographs in Anglo-American Law*, 6 EIPR 1993, pp. 207 y ss.

¹¹⁷ *Vid.* el régimen contractual examinado por el TS (Sala 6.ª) en Sentencia de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3577): el trabajo realizado por el actor a la empresa titular de un periódico diario consistía en la realización de fotos y reportajes; el reportero aportaba la cámara y el automóvil que utilizaba para desplazarse. La empresa le suministraba el resto

fotógrafo no hayan previsto este extremo. En tales casos, la relación laboral debe modalizarse por el reconocimiento incuestionable de la autoría (o realización) de las fotografías y consiguiente atribución originaria al fotógrafo de los derechos de explotación sobre la misma. El empresario, de su parte, podrá gozar libremente de los frutos que el fotógrafo obtenga en el desempeño de las funciones para las que fue contratado; en concreto, el empresario goza en exclusiva (derivativamente y legitimado *ex art.* 51.2 LPI) del derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía con un alcance material (tipo de soporte, número de copias, etc.), geográfico (ámbito de difusión) y temporal limitados por la finalidad del contrato de trabajo¹¹⁸; circunstancias todas que habrán de corresponderse, a su vez, con la retribución recibida por el trabajador (la cual podrá consistir en la percepción de una cantidad periódica fija, como también en una cifra por ejemplar reproducido, etc.). El dato que, en caso de duda, ha de arrojar luz definitiva sobre el ámbito de la cesión será la proporcionalidad de la retribución recibida por el fotógrafo asalariado¹¹⁹. Así las cosas, datos como quién ordena la realización de las fotografías, o como quién soporta los gastos de ejecución de la fotografía (esto es, quién aporta la cámara y el material sensible, quién soporta los gastos de desplazamiento al lugar de la captación, quién cubre los gastos de revelado, etc.) son muy importantes, pero bien entendido que a los solos efectos de determinar si existe (o no) una relación laboral (*rectius*, ajeneidad o cesión anticipada del resultado del trabajo); y no, por tanto, a fin de establecer a quién corresponden los derechos de explotación sobre la fotografía, tanto menos la propiedad intelectual sobre la misma. Visto lo anterior, dos son, a grandes rasgos, las consecuencias derivadas de esta concepción. De un lado, los negativos permanecerán en poder del fotógrafo¹²⁰, porque sólo así podrá gestionar la explotación de los derechos relativos a la fotografía, y que obviamente no se agotan en la utilización que de ella haga el empresario (así, entre otros, podrá cederla para otros ámbitos –v. gr.: una exposición, un libro antológico, etc.–), siempre que la

del material fotográfico y le proporcionaba una zona de trabajo. La empresa podía seleccionar para su reproducción las fotografías y las pagaba por pieza, pero en las publicadas constaba la firma del fotógrafo. El fotógrafo se reservaba la propiedad de los negativos.

¹¹⁸ En la STS de 31 de marzo de 1997, cit., Fundamento de Derecho 4.º, se afirma: «Una (...) puntualización que interesa hacer sobre la modalización de la ajeneidad cuando el resultado del trabajo es una obra de autor es que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de las mismas en atención a su actualidad».

¹¹⁹ La atención a la remuneración se acentúa en NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 490-494.

¹²⁰ *Vid.* STS de 31 de marzo de 1997, cit., Fundamento de Derecho 3.º: «La publicación de la foto con firma del colaborador o reportero, y la reserva de la propiedad de los negativos son (...) manifestaciones del derecho de propiedad intelectual del reportero o colaborador compatibles con la cesión a la empresa de la titularidad de los derechos de explotación periodística de las fotografías o reportajes adquiridos y pagados a la pieza». Sobre la cuestión, entre nosotros, RUIZ RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, pp. 539 y 549. En la literatura comparada *vid.* NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 490-494.

ulterior explotación de la fotografía no entre en conflicto con el legítimo disfrute de la misma por el empresario. De otro lado, el empresario deberá recabar el consentimiento del fotógrafo para la explotación de la fotografía más allá de lo que resulte de la relación laboral cuestionada; entiendo, además, que el empresario no podrá reutilizar la fotografía libremente, como tampoco manipularla (ni, tanto menos, transformarla) sin recabar previamente el consentimiento del fotógrafo.

La relación del fotógrafo con el tercero puede derivar, en segundo lugar, de un encargo para la realización de una fotografía (v. gr.: de un retrato) o de una serie de fotografías (v. gr.: un fotorreportaje). Esta situación es la más frecuente en el caso de reporteros gráficos o de publicistas. En uno y otro supuesto, y pese al seguimiento de las instrucciones impartidas por el comitente, el fotógrafo suele disfrutar de cierto margen de libertad para la configuración de la imagen. Ello no impide la calificación del contrato como un contrato de obra en cuyo seno, a su vez y por la especial naturaleza del resultado, el fotógrafo contratista se obliga, en favor del comitente, a la cesión (total o parcial, según corresponda) de los derechos de explotación relativos a la fotografía. En efecto, el encargo de una obra fotográfica es encargo de un resultado material (en los supuestos referidos, además, de carácter artístico ¹²¹) al que se anuda necesariamente el disfrute por quien adquiere la propiedad de este resultado (el comitente); disfrute que, en el peculiar caso que nos ocupa, puede entrar en colisión con los intereses del legítimo titular originario de los derechos de explotación sobre la obra en cuanto que creación original del espíritu humano (el fotógrafo contratista), ámbito que podrá o no corresponderse con la utilización de la obra que haga el comitente. De modo que «obra por encargo» (en el sentido del art. 1588 CC) no es inmediatamente interpretable como «obra protegida por derecho de autor» (*ex art. 10 LPI*), sino tan sólo resultado material al que se anudan los derechos de explotación que permitan su disfrute por el comitente a la luz de lo pactado expresa o implícitamente por las partes. De lo anterior y, siempre a mi juicio, se sigue que la noción de obra que se maneja en el régimen legal relativo al contrato (civil) de obra (arts. 1588 y ss. CC) se satisface plenamente con la entrega a quien encargó la fotografía de un número de ejemplares suficiente para cubrir las legítimas expectativas derivadas de lo pactado o bien, como suele ser frecuente en la práctica, con la cesión del negativo al comitente durante un plazo de tiempo determinado transcurrido el cual deberá retornarlo al fotógrafo, y en el bien entendido que sólo se faculta al comitente a utilizar el negativo para reproducir la fotografía en cumplimiento de la finalidad pactada ¹²². Así las cosas, los

¹²¹ Pero también, conviene de nuevo insistir, de una fotografía que carezca del referido carácter (mera fotografía): es el caso del encargo de fotografías para ilustrar textos de finalidad didáctica (v. gr.: en una enciclopedia) o puramente documental (v. gr.: de un catálogo); o de fotografías para confeccionar postales, o calendarios, etc.

¹²² La medida satisface, en principio, a ambas partes. Al comitente, la posesión del negativo le asegura que el fotógrafo no explotará su obra en colisión con sus intereses (si

negativos son propiedad del fotógrafo ¹²³ y deben además permanecer en su poder para que éste pueda eventualmente ejercer los derechos de explotación que no hubiese cedido al comitente ¹²⁴. Por lo general, en la práctica, esta relación suele articularse según el clausulado de un contrato tipo, cuya redacción proviene de asociaciones profesionales ¹²⁵. Esta iniciativa debe ponderarse muy positivamente, pues ayuda a la distinción entre dos ámbitos que, como quedó dicho, no son necesariamente coincidentes, a saber: de un lado, el ámbito relativo a la cesión de derechos respecto de la obra encargada y, de otro lado, el ámbito relativo a los derechos que al fotógrafo corresponden en cuanto que obra intelectual ¹²⁶. En fin, también aquí y a falta de pacto expreso, la doctrina especializada viene entendiendo que deben tenerse por cedidas las modalidades de explotación imprescindibles para el adecuado cumplimiento de la finalidad del contrato pactado (que en un contrato de obra se configura, como es sabido, en función del interés del comitente ¹²⁷). De lo anterior se infiere que para determinar el alcance de la cesión deba atenderse, fundamentalmente, al riesgo asumido por quien encarga (y que se plasma en los costes que corren de su cuenta: material, personal ayudante del fotógrafo, estilistas, modelos, peluqueros, gastos de localización, dietas, desplazamiento de equipos, obtención de permisos, alquiler de estudio y locales, decorados, efectos especiales, etc.); mas junto a ello deberá atenderse a la proporcionalidad de la remuneración obtenida por el fotógrafo ¹²⁸. Ante la duda, el eventual conflicto deberá resolverse *pro* autor, esto es, prefirien-

bien no totalmente, pues es posible la reproducción de la fotografía a partir de una copia que el fotógrafo podría haberse quedado para sí). Al fotógrafo, la recuperación de los negativos le permite, en lo sucesivo, seguir explotando su obra. En fin, el fotógrafo suele reservarse en la práctica la facultad de autorizar cualquier acto de explotación de su obra que trascienda lo pactado.

¹²³ Como quiera que la autoría sobre la fotografía nace por el solo hecho de su creación o realización *ex* artículo 1 LPI, y a ello no obsta el hecho de que la misma se produzca a iniciativa de un tercero, quien encarga una fotografía no puede exigir que también se le entregue el negativo. En la misma línea se manifiesta HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., op. 125.

¹²⁴ La entrega del negativo sin expresar reserva de ningún tipo (en el marco de un contrato de obra) genera para el comitente una posición equivalente a la del comprador de un negativo. Por más que predomine la realización de la obra sobre la entrega del material que permite su reproducción (lo que permite seguir hablando de contrato de obra), no es menos cierto que la entrega del material en que se incorpora originalmente la obra genera, como ya se apuntó, la desvinculación del autor respecto de la suerte comercial de su obra en el futuro.

¹²⁵ Particularmente interesante es el contenido del contrato propuesto por la «Associació de Fotògrafs Professionals de Publicitat i Moda de Catalunya», al que he tenido acceso gracias a la amabilidad de su directora, Montserrat Carbonell. Cfr. ulteriormente, los contratos tipo ofrecidos por RIEDEL, *Fotorecht*, pp. 210-213.

¹²⁶ *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA EN BONDIA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., pp. 203 y ss.

¹²⁷ Valga recordar que el contrato de obra tiene como objeto central la obtención de un resultado material (en favor del comitente) a cambio de un precio, de tal modo que el resultado al que se obliga el fotógrafo contratista dependerá en su conformación del interés del comitente. Escasos serán, por lo demás, los supuestos en los que la ejecución del contratista sea completamente libre.

¹²⁸ En esta línea, también NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 485-486.

do la existencia de una licencia simple a la de una exclusiva, etc., y siempre en el bien entendido que el fotógrafo no podrá hacer una explotación de los derechos retenidos que entre en colisión con la que realice legítimamente el comitente. En fin, parece que habrá que presumir que quien encargó una fotografía no posee un derecho a transmitirla libremente a terceros, como tampoco a incluirla en su propio catálogo con el fin de reutilizarla en futuras ocasiones.

Las agencias gráficas representan, en la práctica, el mejor vínculo entre el fotógrafo y el mercado de derechos de autor, pues permiten al fotógrafo la más amplia difusión de su producción. Las hay de diversos tipos y ámbito de acción, aunque cada vez más tienden a la especialización por ramas o motivos. Cada agencia dispone de una cartera compuesta a partir de fotógrafos con quienes pactan la cesión en exclusiva de los derechos de explotación relativos a su obra; ocasionalmente, también cuentan en su haber con fotógrafos con quienes pactan licencias simples (sobre algunas obras o sobre toda la producción del fotógrafo)¹²⁹. La relación con el tercero se produce a iniciativa de éste: el tercero se dirige a la agencia, solicitando material para un uso concreto. La agencia, por su parte, y siempre en función de la finalidad indicada por el tercero, le remite varias fotografías para que el tercero seleccione, devuelva en su caso y en un plazo breve las que no vaya a utilizar, y conserve aquéllas que reproducirá siempre de acuerdo con la finalidad inicialmente expresada¹³⁰. La agencia velará, además, por la adecuada explotación de la fotografía por el tercero, así como por la devolución de los ejemplares utilizados según lo pactado. En principio, la relación entre la agencia y el tercero se articula en base a un clausulado tipo. El problema fundamental que se plantea en estos casos es el ámbito de la cesión concedida al tercero. Se dice al efecto que la reproducción de la fotografía por el tercero debe corresponderse con la finalidad alegada por éste en el momento de requerir el material a la agencia¹³¹. Así las cosas, la solución dependerá del caso concreto, lo que no siempre será fácil, pues no es infrecuente que, debido a la urgencia con que el tercero recurre a la agencia, no exista contrato escrito (sino que la petición se verifique por teléfono). De lo anterior resulta que deba tenerse en cuenta, de un lado y sobre todo, la finalidad expresada por el tercero, a cuya satisfacción se orienta la oferta realizada por la agencia y, de otro lado, al pago pactado por la utilización de las fotografías¹³². En fin, en

¹²⁹ Sobre el alcance de la cesión, *vid.* en general las observaciones realizadas por NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 494-495.

¹³⁰ Se trata de un contrato *sui generis* que la mejor doctrina alemana ha calificado como un contrato de préstamo con una opción a la celebración de un contrato de explotación de derechos de autor, que se perfecciona cuando el tercero ejercita la opción ofertada por la agencia. Así NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 479. Cfr. no obstante la opinión de HABEL, O./MEINDL, M., *Das Urheberrecht an Fotografien bei Störungen ihrer professionellen Verwertung*, ZUM 1993, pp. 270 y ss., p. 272, quienes prefieren hablar de dos contratos sucesivos.

¹³¹ *Vid.* NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 480.

¹³² Esta segunda circunstancia deberá, a su vez, analizarse con cautela, en especial cuando el negocio se celebre según las condiciones de un contrato tipo.

estos casos suele plantearse con frecuencia la utilización anónima de las fotografías: en principio corresponde a la agencia obligar al tercero a indicar la paternidad de las fotografías utilizadas; en todo caso, el fotógrafo podrá siempre reclamarla directamente ¹³³.

La segunda de las grandes categorías apuntadas se refería a los contratos de gestión celebrados entre un fotógrafo y una entidad gestora de derechos de autor (en este caso, la «Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, VEGAP»). A diferencia de las agencias sectoriales (que normalmente sólo pueden gestionar la reproducción ulterior de las fotografías cedidas a tal efecto ¹³⁴), las entidades aquí referidas gestionan colectivamente, por lo general, todos los derechos de explotación relativos a una obra fotográfica (salvo el de autorizar la transformación por terceros ¹³⁵), así como también algunos derechos de orden patrimonial; en especial, les corresponde velar por los derechos de participación y de remuneración por copia privada, en beneficio del autor de la obra fotográfica. En todo caso, también aquí es de predicar la aplicación de la doctrina por virtud de la cual deben entenderse cedidas (*rectius*, cedidas para que se gestione su explotación) aquellas modalidades de explotación que resulten imprescindibles para el recto cumplimiento de lo pactado entre el fotógrafo y la entidad gestora. En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación entablada entre el fotógrafo y la entidad gestora, se ha apuntado con acierto la existencia de un contrato *sui generis* para la promoción de intereses ajenos (los del fotógrafo), modalizado por la presencia de ciertas notas societarias ¹³⁶. De ahí que, en la práctica, muchos fotógrafos recurran a combinar los beneficios que les reporta la gestión colectiva ofrecida por una entidad de gestión (de carácter más integral, pues abarca la defensa de sus intereses patrimoniales y personales ¹³⁷) con los procedentes de su adscripción a una o varias agencias sectoriales (para la explotación individualizada de sus fotografías) ¹³⁸.

¹³³ Vid. sobre la cuestión, más ampliamente, NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 496.

¹³⁴ La otra gran diferencia entre una agencia y una entidad de gestión es que estas últimas gestionan derechos pero no poseen las fotografías de sus asociados en archivo.

¹³⁵ Entiendo, en efecto, que siempre ha de quedar a salvo el derecho de autorizar la transformación de la obra por terceros que, debido a su conexión con el derecho (moral) de preservar la integridad de la obra, habrá de residir en el autor de la obra fotográfica, y sólo será renunciabile por éste en concreto.

¹³⁶ Vid. en extenso NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 499-501. Especialmente ilustrativo de ello es que en cumplimiento del derecho de remuneración por copia privada (audiovisual y reprográfica), el usuario paga unos porcentajes, no autor por autor, sino a las entidades de gestión que reparten entre sus miembros lo obtenido, en general, por este concepto: vid. «Vegap. Derechos de autor», tertulia con Cristina Moreno, directora de VEGAP, publicada en el Boletín de la Asociación de Fotógrafos Profesionales, núm. 26, julio-agosto-septiembre 1995, cuya consulta me ha sido facilitada por su Directora, doña Montserrat Carbonell. También quiero agradecer, de su parte, la atención que se me dispensó en el seno de la VEGAP, gratitud que personalizo en las figuras de su Directora, doña Cristina Moreno, así como en doña Cristina Busch.

¹³⁷ Y también porque, como parece obvio, es difícil que el fotógrafo pueda, por sí mismo, ocuparse de la gestión de ciertos derechos (v. gr.: de los de comunicación pública, o de la incorporación de la obra a una base de datos, o del alquiler y préstamo de la fotografía).

¹³⁸ Vid. la entrevista a Alfonso Gutiérrez (Gerente de A. G. E. Fotostock) aparecida en el Boletín de la Asociación de Fotógrafos Profesionales, núm. 25, abril-mayo-junio de 1995.