

LOS DERECHOS SOBRE LAS FOTOGRAFÍAS Y SUS LIMITACIONES

Fernando Bondía Román
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

Publicado en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tomo, LIX, Fascículo III, julio-septiembre, 2006, pp. 1065 a 1114.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La obra fotográfica y la mera fotografía 3.- Los titulares de derechos 4.- Los derechos sobre la fotografía 4.1 Los derechos del autor de la obra fotográfica 4.1.1. Los derechos morales 4.1.2. Los derechos de explotación 4.1.3. El derecho de participación 4.1.4 El derecho de remuneración por copia privada 4.2 Los derechos del realizador de la mera fotografía 4.3. La duración de los derechos. 5.- Límites o excepciones 5.1. Naturaleza y finalidad 5.2 Distintos supuestos. 5.2.1 La copia privada (remisión) 5.2.2 El llamado derecho de cita. 5.2.2.1 En la LPI. 5.2.2.2 En la DDASI y en el Proyecto de Ley de modificación LPI 5.2.3. Los trabajos sobre temas de actualidad 5.2.4 La utilización de la fotografía con ocasión de informaciones de actualidad y para reproducir obras situadas en vías públicas. 5.2.5 La parodia.

1.- INTRODUCCIÓN

La fotografía, cuando tiene originalidad, es decir, cuando es creativa o reviste carácter artístico, constituye una creación intelectual que es objeto de protección por el derecho de autor. Sin embargo, la fotografía que no reúne las anteriores cualidades, a la que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996 (LPI) denomina "mera fotografía" (uno de los objetos, entre otros, de los llamados doctrinalmente "derechos afines" y legalmente "otros derechos de propiedad intelectual"), es también susceptible de protección, aunque no tan amplia, duradera y completa como la que ofrece el derecho de autor. Una y otra se encuentran protegidas en la LPI y los derechos que recaen sobre ambas son derechos de exclusiva o monopolio, derechos de propiedad intelectual. Se impone, pues, distinguir entre la dualidad¹ de regímenes jurídicos que tienen las fotografías y ofrecer el elenco o catálogo

¹ No es infrecuente en el ámbito del Derecho comparado encontrar esta diferencia de trato jurídico en la fotografías. Parecido sistema al español se encuentra en la Ley italiana de 22 de abril 1941 (arts. 2.7 y 87 a 92) y en la alemana de 19 de septiembre de 1965 (arts. 2. 1) 5 y 72), que originariamente subdividía las meras fotografías en "fotografías simples" y "fotografías simples de valor documental", distinción que ha desaparecido con las últimas reformas. Sin embargo, lo más habitual es, o bien integrar las fotografías pura y simplemente entre las obras artísticas protegidas por el derecho de autor, sin especiales requisitos o exigencias (como sucede, en general, en los países de tradición jurídica anglosajona), o bien considerar inadmisibles la asimilación de las fotografías a las obras protegidas por el derecho de autor, otorgándoles

de derechos exclusivos de que dispone el fotógrafo en uno u otro caso. Posteriormente nos centraremos en los límites materiales o excepciones que más pueden afectar a las fotografías².

Pero antes de entrar en la exposición de las normas que formulan tales derechos, así como en el análisis e interpretación de aquéllas que recogen los límites a los mismos (que permiten la libre utilización de las fotografías en determinados supuestos), es preciso situarlas en el conjunto del sistema y aludir a algunos puntos importantes de su régimen jurídico.

Conviene recordar y sentar como punto de partida la siguiente afirmación: la fotografía, ya sea obra artística o mera fotografía, es un bien susceptible de apropiación, de tráfico económico y, por tanto, objeto de propiedad, aunque de una propiedad especial llamada "propiedad intelectual", pero propiedad al fin y al cabo. En consecuencia, la esfera de poder dominical del propietario (es decir, del fotógrafo) debe ser respetada. La invasión de dicha esfera genera responsabilidad. Civil siempre, salvo que se esté amparado por alguno de los límites legales (de ahí la importancia de su consideración). Penal, cuando se den los elementos del tipo³. De la misma manera que

una protección específica o *ad hoc* semejante a las de los derechos afines (como sucede en los países escandinavos). Particulares caracteres presenta la fotografía en el Derecho francés, donde el tema origina grandes debates doctrinales y divergencias jurisprudenciales; según la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 las fotografías deberían revestir un "carácter artístico o documental", exigencia que desapareció con la reforma operada por Ley de 3 de julio de 1985 (actual art. L.112-2 del Código de la Propiedad Intelectual de 1 de julio de 1992, donde se menciona como obra protegida la "obra fotográfica", sin ulteriores especificaciones). Un amplio y completo estudio de la protección de las fotografías en el Derecho francés y en otros ordenamientos puede verse en GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, LGDJ, Paris, 1994. Como se pone de relieve en el citado trabajo (p. 4), la diversidad de regímenes jurídicos sobre las fotografías en las leyes nacionales relativas a los derechos de autor se debe a la debilidad de las Convenciones internacionales a la hora de proteger a la fotografía. En efecto, el Convenio de Berna no incluye a las fotografías entre las obras protegidas hasta la revisión de Bruselas de 1948, y la duración de la protección en dicho Convenio (y en otros a los que más adelante nos referiremos) es sensiblemente inferior a la del resto de las obras. El título (y contenido) de un trabajo de KARNELL publicado en la revista de la OMPI *Le Droit d'auteur* (año 1988, nº101), es suficientemente expresivo: "La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur".

² Pese a que cada vez es más creciente la litigiosidad sobre fotografías, siendo relativamente abundante la jurisprudencia sobre las mismas, especialmente en los últimos años, no existen, sin embargo, suficientes trabajos doctrinales dedicados al estudio de la fotografía en la LPI. Y los existentes no desarrollan especialmente el tema de los límites a los derechos exclusivos directamente aplicables a la fotografía. Aunque sí lo trata algo el excelente trabajo de SOLER MASOTA publicado en esta Revista en el año 1999 ("Fotografía y Derecho de autor", ADC, 1999, pp. 134 a 136, publicado también en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, nº 184, abril, 2000) y, posteriormente, con mayor extensión, la documentada monografía de VALERO MARTÍN (*Obras fotográficas y meras fotografías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 326 a 334). ROGEL VIDE ("La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita", en su libro *Estudios sobre Propiedad Intelectual*. Bosch, Barcelona, 1995, pp.189-208; también en su más reciente *Estudios completos de Propiedad Intelectual*. Reus/Aisge, Madrid, 2003, pp. 287 y ss), trata indirectamente el límite de la cita en las fotografías en cuanto la obra plástica que se incluye en la literaria normalmente precisa ser fotografiada.

³ Arts. 270 a 272 del Código Penal.

nadie puede utilizar la propiedad ajena sin permiso de su propietario, tampoco se puede utilizar una fotografía en una actividad dirigida a terceros sin permiso del fotógrafo o de su causahabiente.

Ahora bien, la fotografía constituye un bien de naturaleza especial, por eso es también especial su propiedad. Se trata de una de las categorías de bienes inmateriales, cuya protección consiste básicamente en el reconocimiento de un monopolio económico (además de moral en el caso de obra fotográfica) o exclusiva de explotación. Bienes que, por otra parte, tienen un valor o consideración peculiar por su vinculación al progreso cultural y científico, al menos los que se integran dentro de las creaciones intelectuales y demás objetos de propiedad intelectual, entre los cuales se encuentran, como acabamos de apuntar, las fotografías.

La propiedad intelectual, como cualquier otro derecho de propiedad o, en general, derecho subjetivo, está sujeta a límites. Pero por las consideraciones anteriores, los límites que recaen sobre la misma se muestran particularmente amplios e intensos, tanto desde la dimensión temporal (pues tienen una duración limitada), como desde la perspectiva material o de restricción al ámbito de poder que comportan en determinados supuestos.

En consecuencia, los derechos que recaen sobre las fotografías, sean o no originales, están sujetos a ciertos límites o excepciones en virtud de los cuales se pueden utilizar libremente, sin necesidad, por tanto, de contar con el consentimiento o autorización del titular de los derechos, ya sea el autor-realizador de la fotografía o un tercero cesionario. Tales límites suelen responder, aunque no siempre, a razones de política cultural, educativa o informativa. Entre ellos hay algunos, como veremos, que inciden de manera especial en la fotografía. Límites cuyo número, alcance y formulación podrían haber cambiado sustancialmente a la vista de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en lo sucesivo DDASI)⁴. Sin embargo, el Proyecto de Ley por el que se modifica la LPI para, entre otras cosas, incorporar dicha Directiva al ordenamiento español, además de introducir el límite

⁴ Diario Oficial nº L 167 de 22 de junio de 2001. Según el art. 13.1 de la Directiva, el plazo de transposición de la misma a los ordenamientos de los Estados miembros venció el 22 de diciembre de 2002. Considerable, pues, el retraso, que ha dado lugar a la STJCE (Sala Tercera) de 28 de abril de 2005, en la que se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de

obligatorio relativo a ciertas reproducciones provisionales de carácter técnico que se desarrollan en la transmisiones por Internet (nuevo art. 31.1 del Proyecto), solamente incluye dos nuevos límites de carácter muy restringido, reformula el régimen de la copia privada y amplía la libre reproducción a favor de los poderes del Estado y discapacitados⁵.

La LPI menciona dentro las creaciones intelectuales objeto de protección por el derecho de autor (al que dedica el Libro I) "las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía" [art. 10.1.h)]. Por su parte, el Libro II de la citada Ley, dedicado a "Los otros derechos de propiedad intelectual..." o derechos afines (que son los derechos de propiedad intelectual que no son derechos de autor, que no están basados en la creatividad), recoge en su art. 128 las llamadas "meras fotografías"⁶

Tratándose de fotografías amparadas por el derecho de autor, los derechos exclusivos comprenden tanto el ámbito económico o de explotación, como la faceta personal o moral del autor. Aspecto este último que tiene una gran importancia e incidencia en la explotación de la fotografía. La mera fotografía, por el contrario, carece de derechos morales⁷. Los derechos exclusivos de naturaleza patrimonial tienen el mismo alcance en ambos tipos de fotografías, aunque el derecho de transformación no

la Directiva 2001/29, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva.

⁵ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el 26 de agosto de 2005 (Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 44-1). Utilizo, sin embargo, el texto del Proyecto existente en el momento en que esto se escribe, que es el que resulta del anejo al Informe de la Ponencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el 2 de marzo de 2006 (Serie A: Proyectos de Ley. Núm. 44-13), que contiene importantes modificaciones respecto del anterior. No es improbable que al terminar el *iter* parlamentario la ley finalmente aprobada difiera del texto que consideramos, pues la importancia y trascendencia de los intereses involucrados y de los sectores afectados por la reforma (aunque se trata de un tema que, más allá de sectores concretos, afecta a toda la sociedad en su conjunto) generan una cierta, y hasta cierto punto lógica, versatilidad en el criterio del legislador. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, son dos los nuevos límites que recoge el Proyecto de Ley, aunque la DDASI establece, con carácter facultativo para los Estados miembros, una larga lista de ellos. Se refieren a la ilustración con fines educativos (se introduce un nuevo apartado 2 en el art. 32 LPI, que veremos más adelante) y a la consulta en línea a través de terminales especializados en bibliotecas y otros establecimientos (se introduce un nuevo apartado 3 en el art. 37 LPI). En el nuevo art. 31 bis se amplía el ámbito y alcance de la excepción en beneficio de los discapacitados y como consecuencia de, podríamos decir, "actividades oficiales". El nuevo art. 31.2, se refiere a la reforma de la copia privada (completada por un nuevo art. 161-dedicado a las relaciones entre los límites y las medidas tecnológicas- y por una disposición transitoria única -dedicada a fijar provisionalmente el importe de la remuneración por copia privada sobre soportes y equipos digitales), que lleva aparejada una nueva redacción del art. 25.

⁶ Artículo 128. *De las meras fotografías* "Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción."

⁷ La LPI es clara y rotunda a la hora de no atribuir derechos morales al realizador de la mera fotografía. Algo que es incuestionable para prácticamente la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia.

se atribuye al realizador de la mera fotografía. Los derechos de explotación sobre las obras fotográficas corresponden al autor de la fotografía a título originario, pero normalmente suelen ser objeto de cesión. En algunos casos, como en los supuestos de fotógrafos asalariados, la Ley presume que, salvo pacto y dentro de algunas restricciones, los derechos de explotación pertenecen al empresario (art. 51 LPI). En otros, será necesario formalizar el correspondiente contrato de transmisión de derechos de autor sobre la fotografía, bien mediante un negocio específico de cesión o bien dentro de otro contrato⁸, pero en ambos casos sometidos a las reglas imperativas que sobre transmisión de derechos de explotación se contienen en los arts. 43 a 57 LPI.

2.- LA OBRA FOTOGRÁFICA Y LA MERA FOTOGRAFÍA

La protección que el art. 128 otorga a las meras fotografías, que como acabamos de indicar es más reducida que la reconocida a las obras fotográficas, se produce cuando "la fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla" no constituya una creación original artística. A la vista, pues, del texto del art. 128, la originalidad es el único dato que ofrece la LPI (art. 10) para calificar la fotografía como "obra protegida en el Libro I". Como en las demás obras intelectuales, el único requisito que han de reunir las mismas para ser acreedoras de la protección que otorga el derecho de autor, además del de su exteriorización, es el de que se trate de *creaciones originales*. Se critica por la doctrina⁹ el hecho de que la distinción entre ambos tipos de fotografía recaiga en el criterio de la originalidad, lo cual conduce a un círculo vicioso del que sólo podrá salir el juzgador en cada caso concreto. Ciertamente, la originalidad es un concepto vago, abstracto e impreciso, carente de formulación legal, en el que concurren todas las ventajas e inconvenientes de los conceptos jurídicos indeterminados. Sin embargo, las dificultades que presenta en relación con las fotografías son predicables también de cualquier otra de las obras protegidas por el derecho de autor. De la misma manera que a veces no resulta fácil considerar si hay originalidad en un folleto, discurso, pantomima, dibujo, diseño, programa de ordenador, etc., siendo el recurso al dictamen pericial en cada caso específico

⁸ Especial interés puede ofrecer, por su frecuencia en el campo fotográfico, el contrato de encargo de obra, sobre todo en el ámbito publicitario. Vid. C. BUSCH, "El contrato de encargo de obra fotográfica para su utilización en publicidad", en AA.VV.: *Quién paga no es el autor. Los creadores de imágenes y sus contratos*, Trama editorial - Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2003, , pp.29-53. Vid. *infra* nota número 22, donde se amplía el tema de las fotografías por encargo.

⁹ Vid. COCA Y MUNAR: "Comentario al artículo 128", en R. Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, 1ª edición, p. 1601.

la salida ineludible en muchas ocasiones, igualmente deberá resolverse la cuestión en tema de fotografías y, por tanto, su sometimiento al art. 10 o al art. 128 según haya o no originalidad, respectivamente.

Se producen, pues, en el campo de las fotografías, parecidos problemas sobre la originalidad a los que se presentan en el resto de las otras obras protegidas por el derecho de autor. No obstante, en tema de fotografías los textos normativos comunitarios ofrecen datos que facilitan determinar la originalidad de las mismas o, al menos, que pretenden definir el grado de su originalidad¹⁰. En efecto, como consecuencia de lo dispuesto en algunas Directivas comunitarias sobre propiedad intelectual, parece que se va imponiendo la originalidad en sentido subjetivo¹¹. Tal sucede en relación con los programas de ordenador (art. 96.2 LPI), a raíz de la Directiva 91/250/CEE, y en la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos¹². Por su parte, la Directiva 93/98 sobre armonización del período de protección, dispone en su art. 6 que son fotografías originales las que sean creaciones intelectuales propias de su autor¹³. La Ley 27/1995 de incorporación al Derecho español de la citada Directiva plasmó tímidamente esta concepción subjetivista en su art. 6, sin que se haya recogido expresamente en la actual LPI a propósito de las fotografías¹⁴. Y es que parece que no puede ser de otra manera en el campo de las fotografías. Por muy parecidas que sean, ninguna será igual a otra. Un mismo objeto, paisaje, motivo o escena puede ser captado a través de las técnicas fotográficas por personas distintas, mereciendo la fotografía diferente calificación según la capacidad intelectual, sensibilidad, creatividad artística, intuición e, incluso, dominio de la técnica de

¹⁰ Vid. infra nota 13

¹¹ A la hora de apreciar la originalidad de las creaciones intelectuales, la doctrina bascula entre concepciones subjetivas y objetivas. Según las primeras, basta con que no se trate de una copia de algo ya existente, con que exista un esfuerzo creador intelectual (que revele la personalidad del autor cuando el tipo o categoría de obra lo permita), resultando intrascendente que el resultado obtenido sea novedoso o no. Según la concepción objetiva de la originalidad, la obra ha de ser nueva, ha de ser algo distinto a lo ya existente, algo singular, novedoso o "inédito". Vid., para un desarrollo más amplio de estas concepciones, VALBUENA GUTIÉRREZ, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Granada, 2000, pp.279-304; BERCOVITZ, R. *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 2ª edición, pp.54-61, y ERDOZAIN LÓPEZ, "El concepto de originalidad en el derecho de autor", en *pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, 3 (1999), pp. 55-94.

¹² Ya el art. 12 de la LPI de 1987 seguía el criterio subjetivo de la originalidad en las bases de datos, criterio corroborado por el art. 3 de la citada Directiva.

¹³ El considerando 17 de la Directiva 93/98 precisa que "para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquellas que, debido a su carácter artístico o profesional, sean importantes en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad" (el subrayado es mío).

¹⁴ Pese a ello, debería entenderse en virtud de los principios de primacía y de aplicación directa del Derecho comunitario, que la originalidad del art. 10 para determinar si hay obra fotográfica o mera fotografía tiene que valorarse necesariamente en sentido subjetivo.

quien la haya realizado¹⁵. Aunque este último aspecto no tiene por qué ser determinante para apreciar la originalidad.

Ello supone que toda fotografía que implique un trabajo de planeamiento y concepción, en el que intervenga el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del fotógrafo, deberá considerarse original. La mirada personal del fotógrafo en la concepción de la fotografía, así como su reflejo y traducción en la ejecución de la misma¹⁶, su profesionalidad (el antes transcrito considerando 17 de la Directiva parece que alude especialmente como obra fotográfica a las de carácter profesional), su consciencia de que está creando algo que no es copia de lo que ya existe, que va más allá de la reproducción de la realidad fotografiada, deben ser suficientes para apreciar la originalidad. Ésta, como señala RUIZ-RICO, se encuentra en la particular visión o interpretación del objeto, imagen o tema elegido por el fotógrafo y su transformación en un resultado artístico -según los usos profesionales- de la realidad exterior captada. La originalidad deriva de una actividad creativa que puede proyectarse tanto sobre el objeto elegido, componiéndolo o adaptándolo, como sobre el procedimiento técnico empleado. Da igual la realidad fotografiada, su destino, mérito, valor comercial o finalidad (como recalca el considerando de la Directiva antes citado), su coste económico o su carácter científico, periodístico, documental o turístico¹⁷. Basta con que lleve el sello de la personalidad de su autor, que sea una creación intelectual propia, que constituya una manera personal de ver el mundo a través de la luz, que es el lenguaje de la fotografía¹⁸.

¹⁵ En contra, con argumentos basados en la misma idea, Rodrigo BERCOVITZ, "Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 2002", en CCJC, nº 61, enero/abril 2003, pp. 399-410. También en "Comentario al artículo 10.1", en R. Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, 2ª ed., p. 191, con apoyo en la tramitación de la Directiva 93/98 para pronunciarse por el sentido objetivo de la originalidad en la obra fotográfica.

¹⁶ El "concibe y realiza" para las obras literarias o el "crea y ejecuta" para las obras artísticas, que utiliza el art. 2 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 (vigente, salvo su inciso último, por lo establecido en la Disposición Derogatoria Única, 2. b), de la actual LPI), adquiere plena vigencia en las obras plásticas en general, y en las fotográficas en especial. La originalidad puede residir tanto en la concepción o creación (representación mental abstracta), como en la ejecución.

¹⁷ "Comentario al artículo 128 de la Ley de Propiedad Intelectual", en Albaladejo y Díaz Alabart (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.V, Vol. 4-B, EDERSA, Madrid, 1995, p.529. GENDREAU (op. cit. pp. 47-82) realiza un exhaustivo y documentado análisis, con abundante jurisprudencia, sobre la originalidad y el carácter intelectual y artístico de las fotografías en los países objeto de estudio.

¹⁸ Quizás ningunas otras palabras como las pronunciadas por la protagonista de una novela de Isabel Allende ("Retrato en Sepia") puedan describir mejor el carácter artístico u original de la fotografía: "La cámara es un aparato simple, hasta el más inepto puede usarla, el desafío consiste en crear con ella esa combinación de verdad y belleza que se llama arte. Esa búsqueda es sobre todo espiritual. Busco verdad y belleza en la transparencia de una hoja en otoño, en la forma perfecta de un caracol en la playa, en la curva de una espalda femenina, en la textura de un antiguo tronco de árbol, pero también en otras formas escurridizas de la realidad. Algunas veces, al trabajar con una imagen en mi cuarto oscuro, aparece el alma de una

Por el contrario, no serán obras fotográficas, sino meras fotografías objeto del derecho afín contemplado en el art.128, las que se limiten a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta: su "imagen banal". Aquellas fotografías en las que predomina el aspecto meramente mecánico o técnico, en las que la captación de la imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara¹⁹. En definitiva, las que carecen de cualquier aspecto creativo o intelectual. La STS de 29 de marzo de 1996, en línea con lo anterior, considera, a propósito de la fotografía de una modelo profesional, que la fotografía tiene carácter artístico cuando "el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite que produzca la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer meramente reproductor del fotógrafo que fija por medios químicos la imagen captada en el fondo de una cámara oscura". No obstante, el razonamiento posterior de esta sentencia no es admisible pues llega a sostener que, en términos generales, la fotografía de la imagen de una persona carece de valor artístico. Lo cual resulta a todas luces duramente criticable y contrario a la realidad del mundo artístico en este ámbito, pues ello equivaldría a privar a tales fotografías del carácter de obras fotográficas y negar a los fotógrafos que se dedican a retratar a personas o personajes el carácter de artistas.

3.- LOS TITULARES DE DERECHOS

Se trate de obras fotográficas o de meras fotografías, el titular originario de los derechos sobre las mismas es quien las haya hecho. De "autor" habla la LPI, en el primer caso (art. 5), y de "realizador", en el segundo (art. 128). Por tanto, la mera fotografía, aunque no implique actividad intelectual creadora, también ha de ser imputada a un sujeto realizador a quien se le atribuyen los derechos²⁰.

De las tres fases de que normalmente consta el proceso de creación o realización de una fotografía (preparatoria, fijación y revelado o retoque), parece ser que la más decisiva

persona, la emoción de un evento o la esencia vital de un objeto, entonces la gratitud me estalla en el pecho y suelto el llanto, no puedo evitarlo. A esa revelación apunta mi oficio".

¹⁹ Vid. RUIZ-RICO, op. cit., p. 530 y COCA y MUNAR, op. cit., p. 1602.

²⁰ Ello implica, como apuntan COCA Y MUNAR (op. cit.p. 1601) que no serán meras fotografías y, por tanto, no gozarán de protección las fotografías obtenidas en cabinas por procedimientos automáticos o aquellas otras en las que no se pueda hablar de un sujeto realizador. En contra R. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 128", en R. Bercovitz (coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, 2ª ed., p.1713, que extiende también la protección a las fotografías obtenidas por cámaras de seguridad o satélites.

o importante suele ser la primera. No obstante, desde hace ya tiempo es posible prescindir de la última de las fases²¹. Pero, con independencia de que quepa considerar más relevante una u otra, no creo que, tratándose de obra fotográfica, se pueda prescindir de ninguna de ellas, ni que la fase preparatoria pierda su especial protagonismo. En consecuencia, interviniendo distintos sujetos en cada una de ellas la doctrina se inclina por considerar, con carácter general y dejando al margen supuestos especiales en los que se pueda sostener lo contrario, que el autor de la misma es la persona o personas que intervengan en la fase preparatoria. En este sentido ya se pronunciaba la Real Orden de 28 de agosto de 1924, que realiza interesantes consideraciones sobre el proceso de elaboración de una fotografía a propósito de un caso de encargo de obra fotográfica (mal resuelto a nuestro entender)²².

Al margen de lo anterior, ya se considere más relevante una u otra de las fases o las tres conjuntamente, cuando la fotografía no es el resultado de un trabajo individual debemos considerar los supuestos de obra en colaboración y de obra colectiva. En el caso

²¹ Ahora de manera generalizada con la fotografía digital que, desde luego, puede constituir una obra fotográfica (art. 10.1.h LPI: “Son objeto de propiedad intelectual...las obra fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”) o una mera fotografía (art. 128 LPI:”...u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo...” El subrayado es mío. Si bien antes del fenómeno digital ya existían máquinas fotográficas de copia instantánea sin cliché, sobre todo desde que la marca Polaroid las popularizó en los años setenta.

²² La citada Real Orden resuelve un expediente promovido por un particular que solicitaba se inscribieran en el Registro de la Propiedad Intelectual (bajo la antigua LPI de 1879 la inscripción era constitutiva u obligatoria si se quería obtener protección) los derechos sobre una obra relativa a la zoología, pretendiendo figurar no sólo como autor del texto, sino también de las numerosas fotografías que lo ilustraban, siendo así que las mismas fueron realizadas por encargo. Entre otras cosas, se dice lo siguiente: “el autor de una obra de zoología quiere ilustrar sus explicaciones respecto a ésta o a la particularidad de una especie animal con una demostración gráfica, y al efecto encarga a otra persona que se traslade a un parque zoológico y obtenga las fotografías convenientes a la finalidad perseguida; este mandatario fotográfico consigue los clisés deseados y los entrega a su comitente, mediante el cumplimiento de las condiciones, gratuitas o no, que libre y privadamente estipularan, y cuando esas fotografías se presentan al registro de la Propiedad Intelectual ilustrando un texto impreso, ¿quién es su autor en el concepto jurídico y legal? Considerando que en el caso expuesto el diseño espiritual, la intervención intelectual, que es lo que la Ley protege, radica en quien concibió y encargó las fotografías, no cabe duda de que éste es el autor”. No me ofrece ninguna duda que con la vigente LPI (ni tampoco al amparo de la LPI vigente al tiempo de la fecha de la Real Orden) la solución ofrecida resulta claramente errónea e infundada. El autor del libro de zoología que encarga las fotografías no interviene para nada en la realización de las mismas, limitándose únicamente, según se desprende del texto de la Real Orden, a indicar al fotógrafo los temas u objetos a fotografiar. Ello no parece que suponga intervención alguna en la fase preparatoria. Por otra parte, el encargo de obra atribuye al comitente los derechos de explotación que expresamente se hayan cedido en el contrato, sin que en ningún caso puedan adquirirse más de los expresamente pactados (arts. 43 y 56.1) o de aquellos que necesariamente se deriven de la naturaleza del contrato celebrado, como serían en el supuesto analizado, los derechos de reproducción y distribución de las fotografías en el libro para el que fueron encargadas. En ningún caso el derecho moral de paternidad intelectual, que como todos los derechos morales son intransmisibles (art. 14). El tema difiere si en vez de estar ante una obra fotográfica nos encontrásemos ante una mera fotografía, pues aquí no creo que fuera de aplicación el régimen específico de transmisión de derechos que establece la LPI para los derechos de autor. Parece que la plena propiedad de la misma correspondería, salvo que otra cosa se hubiera pactado, a quien la hubiera encargado, sin que su realizador tuviera ningún tipo de derecho moral, pues no se los reconoce la LPI, ni, en principio, patrimonial. Sería aquí aplicable, con los necesarios ajustes, lo dispuesto en el Código civil (arts. 1588-1600) sobre el contrato de arrendamiento de obra.

de obra fotográfica en colaboración (art. 7), que es aquella que constituye el resultado unitario de la colaboración de varios autores, los derechos sobre la misma corresponden a todos ellos en régimen de comunidad. Una obra fotográfica puede constituir ella misma una obra colectiva o puede ser una de las aportaciones que forman o integran la obra colectiva, con independencia de cualquiera que sea la naturaleza de ésta²³(ya sea preponderantemente visual, literaria, musical, audiovisual o mixta, tal como ocurre con la obra multimedia)²⁴. En este último sentido, una obra fotográfica puede perfectamente formar parte de una obra colectiva, como una aportación más de la misma, aunque ya existiera previamente a la concepción de la obra colectiva y aunque la fusión no provoque necesariamente la indistinguibilidad de las diferentes aportaciones, como parece obvio en la aportación que consista en una obra fotográfica²⁵. Otra cosa es que, no dándose todos los supuestos estructurales marcados en el art. 8, correctamente interpretados, nos encontremos muy probablemente ante una obra en colaboración o ante una obra compuesta u obras independientes publicadas conjuntamente (art. 9).

Si bien lo anterior es válido para la obra fotográfica, pensamos que tratándose de meras fotografías no se puede resolver la concurrencia de varias personas en el proceso de su realización en los mismos términos. Será necesario analizar cada caso en concreto pues, no habiendo proceso creativo en la mera fotografía, la intervención de varias personas en sus distintas fases deberá dar lugar a una situación de cotitularidad en sus supuestos más normales, a la que se aplicarán las reglas generales de la comunidad de bienes del Código civil, sin que sea posible la aplicación de las normas especiales que contienen los arts. 7 y 8 de la LPI, las cuales contemplan supuestos de intervención plurisubjetiva en la creación de una obra²⁶.

Finalmente, pueden aparecer titulares derivativos o terceros cesionarios de derechos sobre las fotografías mediante, como ya se ha apuntado, los mecanismos de

²³ Así, la SAP de Navarra (Sección 1ª) de 24-III-03 entiende que una obra que representa la incorporación a una fotografía de un conjunto de fotogramas o de otras fotografías en pequeño formato, con una referencia alfanumérica, constituye una obra colectiva que encuentra amparo directo como propiedad intelectual protegible, de conformidad con lo establecido en el art. 8 LPI. Por si hubiera alguna duda, en la STS de 31-XII-2002, aparece claramente la fotografía, en este caso mera fotografía, como una de las aportaciones que integran una obra colectiva, un periódico.

²⁴ Parece que se manifiesta en contra ROIG SERRANO, "Las obras", en AA.VV. *El futuro de la creación. Los derechos de autor de los creadores visuales*, Trama Editorial - Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2003, pp.60-64.

²⁵ Vid. SAP de Madrid (Sección 10ª) de 13 de diciembre de 2004, y, entre otros, BATALLER I RUIZ, *La obra colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 51-61.

²⁶ Aunque lo más normal será, como apunta R. BERCOVITZ (op. últ. cit. p. 1713), que los derechos recaigan en quien "ejecuta la fotografía, esto es, el que aprieta el disparador o pone en marcha el mecanismo de captación de la imagen".

cesión negocial previstos en la LPI para los derechos de autor (arts. 42 a 57, en general), sin olvidar los supuestos de presunción de cesión de derechos recogidos en la LPI, figurando quizás como el más sobresaliente en tema de fotografías el del autor asalariado (art. 51)²⁷. Si se trata de meras fotografías, no parece que se puedan aplicar las normas anteriores, incluida la cesión legal recogida en el art. 56.2, sino el régimen general o común de transmisión de derechos, pues la remisión del art. 132 LPI no alcanza a tales normas²⁸. Así como nadie distinto del autor tendrá una plena propiedad o titularidad dominical sobre las obras fotográficas, sin que sea posible la venta de la obra fotográfica, no necesariamente tiene que suceder lo mismo con las meras fotografías, caso en el que es posible hablar de un propietario de las mismas que no coincida con el autor²⁹.

4.- LOS DERECHOS SOBRE LA FOTOGRAFÍA

En primer lugar, consideraremos los derechos que corresponden al autor de una obra fotográfica. De todos ellos, sólo algunos son reconocidos al realizador de la mera fotografía, en concreto los tres enumerados en el art. 128, es decir, el de reproducción, distribución y comunicación pública. Luego, en principio, una vez considerados los derechos relativos a las obras fotográficas bastaría con aplicar los tres derechos antes mencionados ("en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas", como dice el citado art. 128) a las meras fotografías. No obstante, como veremos al final de este apartado, cabe la posibilidad de plantearse el reconocimiento de algún otro derecho más al realizador.

4.1 Los derechos del autor de la obra fotográfica

²⁷ Sobre este tema vid. el artículo de SOLER MASOTA, "Fotógrafos asalariados. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de marzo de 1997. <<D. Juan Carlos R. M. c. Editorial del Pueblo Vasco, S.A.>>", en Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor, 1998, pp. 307-347.

²⁸ Tal como expusimos anteriormente. Vid. infra final de nota 22. Sin embargo, no es infrecuente encontrar en la jurisprudencia supuestos en los que los tribunales aplican a los derechos afines las normas establecidas en la LPI para los derechos de autor. Así, en lo que se refiere específicamente a las meras fotografías, la antes citada STS de 31-XII-2002 aplica preceptos sobre transmisión de derechos de autor a las meras fotografías.

²⁹ Si ya en las obras plásticas y en las obras fotográficas es difícil distinguir a efectos prácticos entre la obra (*corpus mysticum*) y su soporte (*corpus mechanicum*), desde luego en las meras fotografías no creo que sea posible hablar del soporte de la misma como algo distinto de la fotografía, ni que, en consecuencia, sea susceptible de aplicación la norma del art. 56 LPI. Parece, pues, que quien compra el original de la mera fotografía no se ve constreñido por los derechos de explotación que correspondan a su sujeto realizador, pues los mismos deben entenderse transmitidos a su comprador, que adquiere todas las

Son los mismos que los reconocidos al autor de cualquier otra obra intelectual. La LPI los recoge en el Capítulo III ("Contenido"), del Título II ("Sujeto, objeto y contenido"), del Libro I ("De los derechos de autor"), distinguiendo dentro de dicho Capítulo tres secciones, dedicadas al derecho moral (arts. 14 a 16), a los derechos de explotación (arts. 17 a 23) y a otros derechos patrimoniales de autor (arts. 24 y 25). No vamos a examinar exhaustivamente cada uno de estos derechos³⁰ pero sí a dar una pincelada de los mismos, al menos de aquellos que más importancia tienen para la explotación de la fotografía y la salvaguarda moral de su autor, así como considerar la posibilidad de aplicación del "derecho de participación" (art. 24) y del "derecho de remuneración por copia privada" (art.25) a las obras fotográficas, pues aparente y formalmente parece que ello no es posible.

4.1.1 Los derechos morales

De entre los derechos morales que recoge el art. 14 conviene llamar la atención sobre el derecho de divulgación o de inédito (nadie sin permiso del fotógrafo puede dar a conocer por primera vez al público la fotografía), el derecho de exigir el reconocimiento de su condición de autor (proclamar su paternidad o maternidad intelectual) y el derecho de exigir el respeto a la integridad de la fotografía (impedir su coloreado o su alteración en cualquier forma o, incluso sin producirse una deformación o modificación material de la misma, su desnaturalización intelectual). Estos derechos morales y los demás que menciona el art. 14, son intransmisibles, es decir, no puede cederse, no pueden estar en manos de otra persona que no sea el autor de la fotografía³¹. Aunque se cedan los derechos de explotación, siempre quedan reservados al autor los derechos morales, que además son imprescriptibles, es decir, su ejercicio no está condicionado a un plazo de tiempo³². Son, por tanto, derechos inalienables y personalísimos, estando afectos al autor durante toda su vida. Una vez fallecido el autor, algunos de los derechos morales, en concreto los tres que hemos mencionado, pueden ser ejercitados, mediante una suerte de habilitación legal o

posibilidades de actuación y aprovechamiento sobre la cosa -mera fotografía- cuya propiedad ha adquirido.

³⁰ Una amplia información y detalle de cada uno de los derechos y de sus límites, junto con abundante bibliografía específica para cada uno de ellos, se encuentra en los distintos comentarios a la LPI publicados por las editoriales Cívitas (autores: Rodríguez Tapia y Bondía Román, 1997), Tecnos (coord. R. Bercovitz, 1989 y, 2ª edición, 1997) y EDERSA (dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, 1994-95).

³¹ De ahí que, además de por otros motivos, no quepa en nuestro ordenamiento la venta de la obra o fotografía objeto de derecho de autor.

legitimación especial *mortis causa*, por determinadas personas o instituciones durante 70 años después de muerto el autor, por lo que respecta al derecho de divulgación, y de manera perpetua o indefinida, en relación con la paternidad e integridad de la fotografía (arts. 15, 16 y 41). El único límite al derecho moral de divulgación, una vez muerto el autor, pues durante su vida este derecho no está sujeto a ningún límite (salvo quizás el consignado en el art. 7.2³³), consiste en que antes de que transcurran 70 años de su muerte, si los legitimados *mortis causa* ejercen su derecho de inédito sobre la fotografía de manera abusiva o perjudicial para el interés público por la promoción cultural, un juez podrá resolver que se divulgue a instancias de cualquiera de las Administraciones públicas o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo a criterio del juez (art. 40)³⁴.

4.1.2 Los derechos de explotación

En relación con los derechos de explotación, la LPI atribuye al autor un monopolio económico o exclusiva sobre la obra (fotografía), reservándole cualquier forma de explotación sobre la misma, de tal manera que nadie sin su consentimiento puede lícitamente explotar la fotografía, exponiéndose en caso contrario a las correspondientes responsabilidades. Por explotación de la obra debe entenderse, con carácter general y sin perjuicio de todos los matices o especificaciones que se quieran hacer, cualquier actividad sobre el soporte tangible o intangible de la misma que, rebasando el ámbito doméstico o privado, permita su utilización, consumo, goce o disfrute por terceros. O, si se quiere, para

³² Otra cosa es que la acción indemnizatoria por lesión de derechos morales esté sometida a un plazo de prescripción de 5 años (art. 140, párrafo tercero, LPI).

³³ Deberíamos añadir también el límite consignado en el art. 91 LPI, pero en la medida en que sólo es aplicable a los autores de la obra audiovisual y teniendo en cuenta que no tiene la consideración de tal el autor de las fotografías de la “película”, no sería, pues, aplicable a las obras fotográficas que fueren realizadas en el proceso de producción audiovisual. Y ello, con independencia de la cesión legal de los derechos de explotación que el art. 124 LPI otorga al productor sobre tales fotografías, ya se trate de obras o de meras fotografías. Con lo cual, si admitimos que el art. 91 no se aplica a las aportaciones creativas de quienes no son coautores de la obra audiovisual (no es coautor el primer operador o director de fotografía), se produce la paradoja de que el derecho moral de los distintos autores que intervienen en ella corre diferente suerte según el grado de protagonismo que legalmente -no artística y realmente- les corresponde. Mientras más alto sea éste, es decir, si se trata de director, guionista o músico (art. 87), más baja será la protección de su derecho de divulgación. Tal diferencia de trato no se da en el derecho moral a exigir el respeto a la integridad de la obra, pues las limitaciones que sufre el mismo en la obra audiovisual parece que alcanzan a cualquier elemento de la misma, ya sea debido a uno de sus coautores o al autor de cualquier otra aportación creativa (art. 92. 2. I).

³⁴ Son relativamente abundantes las sentencias sobre el derecho moral del autor de la obra fotográfica, siendo varias en las que, precisamente, se argumenta sobre el carácter de la fotografía como creación intelectual o no para conceder o rechazar la indemnización por lesión al derecho moral. Pueden verse, entre otras muchas, las sentencias de la AP de Oviedo de 28-I-1993, de la AP de Zaragoza de 25-VI-1996, de la AP de Asturias de 20 de marzo de 1999, de la AP de La Rioja de 23-I-2001 y de 30-IV-2002, de la AP de Navarra de 24-III-2003 o de la AP de Badajoz de 28-X-2003. Entre las más recientes sentencias, conviene citar la del Juzgado de lo

ser más precisos, cualquier actividad económica relativa a una producción de bienes o a una prestación de servicios que incorporen obras literarias, científicas o artísticas. No obstante, el art. 17 menciona cuatro formas típicas³⁵ (la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación) que posteriormente son descritas y desarrolladas en los arts. 18, 19, 20 y 21 respectivamente, pues al legislador le preocupa precisar de la manera más detallada posible lo que ha de entenderse por cada una de las actividades o formas de explotación. Por tanto, el autor de la obra fotográfica tiene un *ius prohibendi*, un derecho de autorizar o prohibir. Únicamente cede o decae este derecho en los casos previstos en la propia LPI, en concreto en los supuestos contemplados en los arts. 31 a 40 bis, que recogen límites o excepciones a los derechos de autor en los términos que más adelante veremos. En definitiva, como dice el art. 2 LPI o, en general, el Código civil para el derecho de propiedad (arts. 348 y 428, éste último específicamente para la propiedad intelectual), el autor o “propietario” de la fotografía tiene la plena disposición y goce (o explotación) sobre su obra, "sin más limitaciones que las establecidas por la Ley".

Tradicionalmente, el modo o forma más habitual de explotar las fotografías consistía en su reproducción y distribución. Sin embargo, la tecnología digital e internet ofrecen grandes posibilidades para el juego del derecho de comunicación pública en el campo de las fotografías (además de la tradicional modalidad de exposición pública), al igual que también para el derecho de transformación.

La reproducción viene a identificarse fundamentalmente con la obtención de copias y comprende tanto la reproducción total como la parcial o de parte de la fotografía. Sin embargo, la noción legal de reproducción no permite identificar ésta con la obtención de copias, pues técnicamente se puede producir un acto de reproducción antes de obtener copias, bastando la fijación de la obra en un medio que permita obtenerlas o comunicarlas³⁶. De llevarse a cabo una reproducción parcial sin permiso del autor de la

mercantil núm. 5 de Madrid, de 27-IX-2005, sobre distinción entre obra fotográfica y mera fotografía a efectos de satisfacer indemnización por infracción de derechos morales.

³⁵ *Típicas* en un doble sentido: por estar contempladas y reguladas en la LPI y por ser los medios habituales y prácticamente únicos de explotar las obras, al menos en el entorno analógico, si se considera que el “derecho de puesta a disposición interactiva” recogido en el art. 3.1 DDASI no se integra dentro del derecho de comunicación pública (el Proyecto de Ley de reforma de la LPI considera el derecho de puesta a disposición como una modalidad del derecho de comunicación pública: nuevo art. 20.2. letra i). El art. 17 (*Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades*) dispone lo siguiente: "Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley."

³⁶ Se dice por parte de algún sector doctrinal que como la mera fotografía es, por definición, una fijación o reproducción de imagen, la reproducción se circunscribe exclusivamente a la obtención de copias (COCA y MUNAR, op. cit. p. 1603 y R. BERCOVITZ, op. cit. p.1714). Si así fuera, lo mismo debería

fotografía, además de suponer una infracción al derecho de reproducción, se cometería también un atentado al derecho moral relativo a la integridad de la obra (art. 14.4º). La distribución puede afectar tanto al original como a las copias de la fotografía, siendo quizás la forma más usual de distribución su venta (original o copias), aunque no hay que descartar el préstamo o alquiler, no tanto de la fotografía en sí como del libro, publicación periódica u otro tipo de obra (como, por ejemplo, la multimedia) en la que se inserte. No habría reproducción de la obra fotográfica, sino más bien transformación de la misma, si se "reproduce" en otro medio distinto. Así, el dibujo, pintura o escultura de la fotografía (de la imagen o realidad captada por la fotografía), o si se manipula digitalmente en un ordenador, siempre que el resultado de la transformación dé lugar a una obra derivada (art. 11). Tampoco creemos que habría reproducción sino, en su caso, comunicación pública de la fotografía, si se incluye en una obra audiovisual³⁷ o se utiliza como decorado de una representación escénica. Se califiquen de una u otra forma las anteriores actividades, todas ellas suponen explotación de la fotografía y deben contar con la pertinente autorización de su autor o cesionario de los derechos de explotación afectados.

De entre los actos de comunicación pública que recoge la LPI, el que resulta más directamente aplicable a las fotografías, al menos en el ámbito tradicional o analógico, es el de "exposición pública de las obras de arte o sus reproducciones" [art. 20.2 h)] o exposición de fotografías. En los otros actos de comunicación pública, la fotografía no suele ser el objeto directo de la comunicación, sino la obra en la que está incorporada la fotografía (película u obra cinematográfica, por ejemplo), lo cual, como apunté anteriormente, supone también un acto de explotación que está sujeto a la exclusiva de su autor. El derecho de exposición pública, como todos los derechos de explotación, corresponde a título originario al autor de la obra fotográfica, sin que el adquirente de la propiedad del soporte, ya sea del original constitutivo de la creación fotográfica (negativo

predicarse de las obras fotográficas, que también son, por definición y, entre otras cosas, una fijación o reproducción de algo. No creo que haya razones para restringir el concepto legal de reproducción a las meras fotografías y, de haberlas, las mismas serían igualmente predicables de las obras fotográficas. Una cosa es la materialización inicial de la creación, que da lugar a la obra como objeto de derecho de autor (art. 10), y otra su transposición o fijación material a un soporte distinto del original que permita hacerla accesible a una pluralidad de personas. Lo mismo puede decirse de la mera fotografía.

³⁷ Parece que aquí, de acuerdo con lo dicho en la nota anterior, además de comunicación de la fotografía se produce también, con independencia de la comunicación, una reproducción de la misma, pues al incorporarse a una película se está fijando en un medio distinto del que originariamente sirvió para su creación. Vid, en este sentido, GENDREAU, op. cit., p.226. Supuesto no necesariamente coincidente con el anterior es el de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de grabación audiovisual, al que alude el art. 124 LPI. Tales fotografías pueden ser tanto obras fotográficas como meras fotografías. Como ya apuntamos anteriormente, los derechos de explotación sobre las mismas (todos los derechos de explotación,

o cliché)³⁸ o de cualquier reproducción del mismo, tenga ningún derecho de explotación sobre aquélla (art. 56.1).

Sin embargo, y como excepción a la anterior regla, el apartado segundo del artículo antes citado atribuye al propietario del original de una obra de arte plástica o de una obra fotográfica el derecho de exposición pública sobre la misma "salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original." Por tanto, en ausencia de disposición contractual en contrario, el propietario del negativo de la obra fotográfica³⁹ (que, entiendo, es el propietario del original de una obra fotográfica,⁴⁰) sin ser el autor y sin haber adquirido expresamente el derecho de exposición, deviene titular del mismo⁴¹. Pero únicamente de ese derecho, no de ningún otro derecho de explotación que expresamente no le haya transmitido el autor con arreglo a las normas de transmisión de derechos que contempla la LPI⁴². En consecuencia, el propietario del original de la obra fotográfica no podría reproducirlo en los folletos publicitarios que anunciaran la exposición de la fotografía sin la previa autorización del autor. En la DDASI se admite la posibilidad de que los Estados miembros establezcan nuevas excepciones a los derechos

no sólo los vinculados a la explotación cinematográfica), se atribuyen directamente por el citado precepto al productor de la grabación audiovisual, lo que no deja de ser discutible.

³⁸ Entiende RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (op. cit. p. 536) que en las fotografías el original no deja de ser una copia, aunque sea la primera, pues el proceso fotográfico termina con el revelado.

³⁹ No parece que en la fotografía digital tenga sentido hablar de original, pues original y copia se confunden o vienen a ser lo mismo.

⁴⁰ O, cabría añadir, el propietario de la única copia o ejemplar único de una obra fotográfica, tanto con negativo como sin negativo (porque, por ejemplo, se haya destruido, perdido o deteriorado), pues no parece existan razones para excluir este supuesto del art. 56.2. Lo que no parece posible es pretender la aplicación del art. 56.2 a las reproducciones del original o múltiples (grabados, litografías, copias de un negativo...), pues el texto del precepto es lo suficientemente claro al aludir al "propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica". Además, normalmente la exposición pública de tales reproducciones no tendría el mismo sentido o interés que si se tratara de los originales. Cuestión distinta puede ser la aplicación del "derecho de seguimiento" (que veremos a continuación) a los múltiples o reproducciones del original.

⁴¹ No obstante, SOLER MASOTA entiende que "la venta del negativo (soporte material en que se incorpora originalmente la obra) supone la desvinculación voluntaria del autor de la fotografía respecto de todas las vicisitudes que la misma experimente en el tráfico económico (...) 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" (op. cit. pp. 138 y 139). En el mismo sentido se pronuncia RUIZ-RICO RUIZ MORÓN ("Comentario al art. 118", en *Comentarios EDERSA...*, cit. p. 539) en relación con la mera fotografía. Ya a mediados del siglo pasado GOURIOU (*La photographie et le droit d'auteur*, LGDJ, París, 1959, p. 152) observaba que el único interés de aquel que ha adquirido del autor de la obra fotográfica su negativo, placa o cliché, no es otro que el de obtener del mismo tantas reproducciones como quiera. Pese a opiniones tan autorizadas, creo que, al igual que en la obra plástica, cuya unicidad es equiparable a la del negativo, el art. 56.2 obedece precisamente a evitar la eficacia de voluntades presuntas o implícitas en la venta del original plástico o fotográfico.

⁴² Sobre la tensión latente entre los derechos del propietario del soporte del original plástico o fotográfico y los derechos del artista, me remito a mi trabajo "La compraventa de una obra de arte" en *Estudios de Derecho de obligaciones en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006.

de autor, entre las cuales se encuentra la de permitir la citada reproducción⁴³. Sin embargo, el Proyecto de Ley de reforma de la LPI no la incluye⁴⁴.

4.1.3 El derecho de participación

El art. 24 LPI trata del llamado derecho de participación o seguimiento ("droit de suite", por ser su reconocimiento de origen francés), en virtud del cual "los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas".

Se trata de un derecho de no muy amplio reconocimiento en el ámbito del Derecho comparado, pese a que el Convenio de Berna ya lo reconoció desde la revisión de Bruselas de 1948, aunque con ciertas limitaciones⁴⁵. Y allí donde se reconoce no presenta las mismas características, ni se suele admitir de manera expresa para las obras fotográficas⁴⁶. A la vista del texto de nuestro art. 24, sólo se aplica a las obras plásticas, y aunque pudiera dudarse de la adscripción de las fotografías al género de las obras plásticas, para la LPI no son obras plásticas⁴⁷. El art. 10.1, que trata del objeto del derecho de autor u obras protegibles, menciona las obras fotográficas separadamente de las obras plásticas y, como ya vimos, el art. 56.2 considera las obras fotográficas como obras distintas de las plásticas. En consecuencia, desde un punto de vista formal no parece

⁴³ Art. 5.3 j) DDASI: "Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos...cuando el uso tenga la finalidad de anunciar la exposición pública o la venta de obras de arte, en la medida en que resulte necesaria para promocionar el acto, con exclusión de cualquier otro uso comercial".

⁴⁴ Aunque sí lo incluía el borrador del anteproyecto de reforma hecho público por el Ministerio de Cultura en noviembre de 2002. Pero en éste como en otros límites, el citado anteproyecto ha sufrido recortes muy considerables.

⁴⁵ En el art. 14 ter del citado Convenio (que no menciona expresamente las fotografías, pero sí los manuscritos originales de escritores y compositores) se establece una fuerte restricción en su aplicación, pues en contra de lo dispuesto en el art. 5.1 del mismo Convenio, permite que su protección no sea "exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada".

⁴⁶ Así, por ejemplo, siguiendo a GENDREAU (op. cit. pp. 233 y 234), las leyes de derecho de autor de Gran Bretaña, Canadá y los Estados Unidos no hacen ninguna alusión al derecho de seguimiento, aunque una discutida Ley del Estado de California (la California Resale Royalties Act), sí regula tal derecho, pero excluye a las fotografías del mismo. En Francia, el derecho se aplica a "las obras gráficas y plásticas" (art. L 122-8 del Código de la Propiedad Intelectual de 1992), aunque la generalidad de la doctrina incluye las obras fotográficas dentro de las obras gráficas y, en consecuencia, se benefician del derecho de seguimiento. Dentro de la Unión Europea sólo en Finlandia se excluyen expresamente las obras fotográficas del derecho de participación (art. 26i de la Ley de Derecho de autor de 8 de julio de 1961, modificada en 1995).

posible aplicar a las obras fotográficas el derecho de participación, pese a que no haya razones especiales que justifiquen esta exclusión. Sin embargo, el art. 2 de la Directiva de 27 de septiembre de 2001⁴⁸, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, menciona expresamente las fotografías entre las obras de arte a que se refiere el derecho de participación, por lo que será obligada su aplicación, despejándose cualquier duda al respecto. Lo mismo sucede en relación con la discutida cuestión sobre la aplicación del derecho de seguimiento a las reproducciones del original o a las copias de la fotografía, pues el art. 2.2 de la Directiva considera obras de arte originales (a efectos de aplicación del derecho) los ejemplares limitados de obras de arte objeto del derecho, normalmente numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el fotógrafo "que hayan sido hechos por el propio artista o bajo su autoridad"⁴⁹. Tema importante a precisar será el número o cantidad de ejemplares limitados a los que se aplicará el derecho.

⁴⁷ En contra CASAS VALLÉS, "La protección de los artistas plásticos en el Derecho español", en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Tomo I, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 261.

⁴⁸ Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001. Diario Oficial L 272 de 13 de octubre de 2001. El plazo de transposición de esta Directiva venció el 1 de enero de 2006. El Proyecto de Ley de reforma de la LPI no incluye la reforma del art. 24 LPI, que es obligada como consecuencia de la citada Directiva. En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice que la razón de la reforma de la LPI responde a la necesidad de incorporar al Derecho español la Directiva 2001/29/CE, pero igual necesidad cabe predicar de la Directiva 2001/84/CE. El reconocimiento nacional de este derecho no es suficiente para que se muestre plenamente eficaz. Es necesario que tenga también su reconocimiento en los ordenamientos de otros Estados, al menos en aquellos que pertenecen a un mismo ámbito geográfico, cultural y comercial. Dentro de la UE el derecho de participación no está reconocido en algunos países, siendo el más significativo el caso del Reino Unido. Ello produce evidentes distorsiones en el mercado de obras de arte porque los artistas (o sus herederos) de aquellos Estados miembros en que este derecho no existe podrán, sin embargo, solicitar su aplicación cuando sus obras se vendan en un Estado miembro en que sí exista (de conformidad con el art. 6 del Tratado que prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad). A la inversa: los artistas de Estados miembros en los que se aplica no tienen derecho al mismo cuando sus obras se venden en un Estado miembro en el que no se aplica (el art. 14 ter del Convenio de Berna reconoce el derecho de participación, pero permite, como acabamos de ver, que no sea exigible en aquellos países miembros del Convenio cuya legislación nacional no lo admita). De ahí la existencia de esta Directiva, que ampliará el derecho de participación a los Estados miembros de la UE en que actualmente no existe y eliminará las diferencias entre las leyes nacionales que sí lo reconocen, las cuales presentan características diferentes en lo que se refiere a las obras que devengan el pago del derecho (en lo que aquí interesa las fotografías), a la tarifa aplicada, a las ventas sujetas y a la base de evaluación.

⁴⁹ Ambas cuestiones, es decir, la aplicación del derecho de participación a las obras fotográficas y a los ejemplares limitados de las mismas, podrían ya ser efectivas en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Habría, a este respecto, que considerar la jurisprudencia del TJCE según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen un asunto comprendido en el ámbito de aplicación de una Directiva están obligados, desde el momento en que ésta es adoptada, a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la correspondiente Directiva (vid., entre otras, STJCE de 13-XI-1991, asunto C-106/8 (Marleasing). Esto para el supuesto de que no se hubiera cumplido todavía el plazo de incorporación o transposición establecido en la propia Directiva. Para el caso del incumplimiento del plazo, que es en el que nos encontramos, habrá de estarse a la jurisprudencia relativa al llamado "efecto directo vertical" de las Directivas, en virtud del cual se puede exigir al Estado una responsabilidad patrimonial cuando se den ciertos requisitos. Fundamentalmente y en líneas generales, que se trate de una disposición contenida en la Directiva no sujeta a condiciones, suficientemente precisa y atributiva de

4.1.4 El derecho de remuneración por copia privada

Aparece recogido en el art. 25 y su causa o fundamento se encuentra, como el propio texto de su apartado primero indica⁵⁰, en la copia privada, que constituye uno de los límites al monopolio del autor. Precisamente por ello, la propia LPI lo denomina en el rótulo del precepto que lo disciplina "derecho de remuneración por copia privada", aunque el Proyecto de reforma de la LPI lo rebautiza con el nuevo nombre "compensación equitativa por copia privada". El art. 31 de la citada Ley declara legal y lícita la copia para uso privado del copista, siempre que la copia así obtenida no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25, 34 y 99.a), que hacen referencia, respectivamente, al derecho de remuneración que estamos considerando, a las bases de datos electrónicas y a los programas de ordenador. Respecto a estos dos últimos tipos de obras no se admite copia privada. Luego, en principio, todas las demás obras divulgadas, incluyendo las fotografías, pueden ser lícitamente copiadas para uso privado del copista.

Por tanto, la copia para uso privado es lícita sin necesidad de tener que contar con el consentimiento del autor. Pero esa licitud de la copia para uso privado no quiere decir que sea gratuita. La LPI en su artículo 25 establece una remuneración para los autores, editores y otros titulares de determinados derechos afines [acreedores, *ex art.* 25. 4.b)], dirigida a "compensar los perjuicios" que sufren éstos como consecuencia de declarar lícita la copia privada, en la medida en que por ella suelen disminuir, aunque no necesariamente, los ingresos por la explotación de su obra⁵¹. La remuneración

derechos subjetivos no recogidos en el ordenamiento nacional (SSTJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich; y de 5 de abril de 1996, asunto Brasserie, entre las primeras). Cuestión interesante a determinar es si los anteriores requisitos se cumplen en el caso de las fotografías.

⁵⁰ Artículo 25. *Derecho de remuneración por copia privada.*

1. "La reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del artículo 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente artículo, dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejen de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes."

⁵¹ En la doctrina y jurisprudencia, al igual que en este trabajo, se suele hablar indistintamente de "canon compensatorio" y de "derecho de remuneración por copia privada". Sin embargo, aunque la cuestión no tenga mayor importancia, resulta preferible utilizar la nomenclatura legal para alejar toda idea de concesión administrativa, tributo o censo, afecta a la palabra "canon", o de resarcimiento o pretensión indemnizatoria, aneja a la palabra "compensatoria". No se compensa ningún daño. Los límites a los derechos subjetivos no ocasionan un daño a su titular. Suponen simplemente un recorte a la esfera de poder que comportan, por el que se viene a configurar legalmente el propio derecho. Lo que se compensa es, como se deduce del art. 25.1, la eventual u ocasional merma en la explotación de la obra, como

compensatoria constituye, pues, una obligación legal, una obligación establecida por la LPI, de la cual son deudores los fabricantes e importadores de máquinas, instrumentos o materiales aptos para hacer reproducciones para uso privado, respondiendo solidariamente⁵² del pago de esta obligación los distribuidores, mayoristas y minoristas [art. 25.4.a)].

Así pues, como se desprende claramente del texto del art. 25.1, el derecho remuneratorio está en íntima y estrecha relación con el límite al derecho de reproducción establecido en el art. 31.2º (para uso privado del copista). No tendría ningún sentido ni justificación su existencia sin la limitación de copia privada. Tal es así que los mecanismos actuales de protección tecnológica que impiden la copia privada cuestionan la pervivencia de la remuneración por copia privada en el entorno digital, por lo menos en el entorno llamado “en línea”, pues pudiéndose controlar las reproducciones privadas que se hacen de las obras no tiene ningún sentido pagar un canon que no remunera ni compensa nada, además de resultar claramente injusto⁵³.

El derecho de reproducción que se reconoce al autor de la obra fotográfica es exactamente el mismo que el que corresponde al autor de cualquier otra obra intelectual, es decir, el plasmado en el art. 18. Este derecho tiene unos límites⁵⁴ recogidos en los arts. 31 a 37, que se aplican indistintamente a todo tipo de obras⁵⁵. Por tanto, aunque el texto del art. 25 y su desarrollo reglamentario no parezca pensado para las obras plásticas o artísticas en general, no existen razones para dejar de reconocer también el derecho de remuneración por copia privada a los autores de obras fotográficas, ya estén divulgadas formando parte de libros o publicaciones asimiladas a los mismos⁵⁶, ya constituyan ellas mismas la

consecuencia de una actividad lícita que mitiga o reduce el monopolio del autor en atención a unos intereses superiores. Por ello creo que la denominación más ajustada al derecho que tratamos es la actualmente vigente y no la de “compensación equitativa” que utiliza el Proyecto de reforma. Para un desarrollo más amplio y completo de esta cuestión me remito a mi trabajo “La ley como fuente de las obligaciones y el derecho de remuneración por copia privada”, en *Estudios Jurídicos al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 3619-3642.

⁵² En realidad, estos sucesivos adquirentes no son responsables o deudores solidarios, pues no concurren en ellos las notas características de la solidaridad. Se trata más bien de un supuesto de responsabilidad subsidiaria legalmente establecido.

⁵³ Esta cuestión y su consideración en el Proyecto de reforma de la LPI es analizada de manera detallada por I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual*, Comares, Granada, 2005, especialmente pp. 169-212, quien estima que aún así existen razones suficientes para mantener el canon o remuneración compensatoria.

⁵⁴ Que, como ya hemos dicho, son de aplicación en lo pertinente a todos los derechos afines (incluido el relativo a las meras fotografías) regulados en el Libro II, por disponerlo así el art. 132.

⁵⁵ Aunque alguno de ellos, por el supuesto de hecho que contemplan, sólo sea aplicable a algún tipo de obras en particular, tratándose del límite basado en la copia privada, parece que debe aplicarse indiscriminadamente a toda obra susceptible de ser reproducida, o sea, a todas las creaciones tuteladas por el derecho de autor.

⁵⁶ En cuyo caso nos podríamos encontrar ante una obra compuesta (art. 9.1), que será el supuesto más frecuente, pero también ante una obra independiente que esté publicada conjuntamente con otras (art. 9.2)

completa edición del libro o, incluso, ya se trate de cualquier soporte visual que incorpore o constituya por sí mismo una obra fotográfica, pues el art. 25.1 menciona expresamente, además de los libros, fonogramas y videogramas, “otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales”. Especial importancia cobra aquí la obra fotográfica digital o la digitalización de una fotografía originariamente no digital⁵⁷ la cual, en principio y a la espera de lo que decida el legislador español sobre la excepción facultativa relativa a la copia privada digital⁵⁸, consignada en el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE (DDASI)⁵⁹, es afectada por el límite de la copia privada, aunque los discos duros de ordenador, que son uno de los instrumentos no tipográficos o aparatos que de manera más generalizada permiten la citada copia, no generen por ahora el pago de ningún tipo de remuneración por dicho concepto. Ni tampoco parece que lo vayan a generar en el futuro si atendemos a lo dispuesto en el Proyecto de Reforma de la LPI, que expresamente exceptúa del pago de la compensación a los discos duros⁶⁰. Lo que sí recoge expresamente el Proyecto es la contemplación de otros equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digital, estableciéndose provisionalmente en la Disposición Transitoria Única del Proyecto de Ley el detalle del importe a satisfacer por cada uno de los instrumentos digitales, del cual deberían ser acreedores también los autores de las obras fotográficas en la medida en que

o ante una obra derivada (art.11). Sobre publicaciones asimiladas a los libros, el Real Decreto 1.434/1992, de 27 de noviembre, desarrolla el art. 25, entre otros preceptos de la LPI, determinando qué publicaciones se entienden asimiladas a los libros a los efectos de percepción de la remuneración por las copias sobre los mismos. Como veremos más adelante, las obras de pintura y escultura suelen ser reproducidas mediante fotografías, pudiendo dar lugar a obras (aquí la obra fotográfica constituiría normalmente una obra derivada) o a meras fotografías (en este supuesto habría una reproducción, aunque no exacta, de la pintura o escultura), que posteriormente se publican en libros.

⁵⁷ Particularmente la que sirve como medio para captar la imagen de una obra plástica, pues está no se puede digitalizar directamente. En este caso obviamente se está realizando, como ya apunté, un acto de reproducción sobre la misma.

⁵⁸ La DDASI distingue entre copia reprográfica y copia en cualquier soporte, incluido tanto el soporte papel o similar como el soporte no digital, sometiéndolas a distintos requisitos. Sin embargo, el Proyecto de Ley de reforma incluye ambos tipos de copia en el mismo régimen y únicamente distingue entre copia digital y no digital a efectos del derecho de remuneración por copia privada.

⁵⁹ Excepción o limitación al derecho de reproducción cuya virtualidad aparece, dentro de la propia Directiva, prácticamente anulada si se acepta lo dispuesto en el art. 6.4 a propósito de la protección jurídica de las medidas tecnológicas de protección de las obras, ya se haya accedido o no a la fotografía (obra o prestación protegida) por medio de un contrato o licencia en línea u “on line”. Aunque, en principio, el régimen jurídico de la copia privada digital según exista o no licencia es distinto dentro de la propia DDASI, parece que los resultados prácticos son análogos: privar de eficacia a la excepción de la copia privada digital. Un completo y detallado estudio de la DDASI y de su eventual aplicación en el Derecho español puede encontrarse en el libro de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet. Los tratados OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Granada, Comares, 2ª edición, 2003, así como más recientemente en *La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual* cit. pp 47-57 y 169-212.

⁶⁰ El Proyecto da una nueva redacción al art. 25 LPI y en el nuevo apartado 7 quedan excluidos expresamente los discos duros de ordenador, si bien en los términos que se definan reglamentariamente.

son aptos o idóneos para realizar copias privadas de las mismas⁶¹. Especialmente el escáner, la impresora a color y los equipos multifunción que son particularmente aptos para realizar copias privadas de obras fotográficas⁶².

4.2 Los derechos del realizador de la mera fotografía

Son los de reproducción, distribución y comunicación pública, tal como aparecen descritos en el Libro I de la LPI (arts. 18, 19 y 20) que, como ya hemos dicho, trata de los derechos de autor, frente al libro II que disciplina los derechos afines u otros derechos de propiedad intelectual, entre los cuales está el relativo a las meras fotografías. Eso es lo que quiere decir la expresión del art. 128 "en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas"⁶³. No se le atribuye, pues, ni los derechos morales ni el otro típico derecho exclusivo (el de transformación: art. 21, tan ligado al derecho moral), ni cualquier otra forma de explotación (art. 17) distinta de las tres mencionadas, aunque sí la nueva forma de explotación o, mejor, la nueva modalidad de comunicación pública recogida en la letra i) del art. 20.2 del Proyecto de reforma de la LPI sobre puesta a disposición interactiva. Tampoco los otros derechos patrimoniales contemplados en los arts. 24 y 25 que antes hemos considerado para las obras fotográficas. El derecho de

⁶¹ La Disposición transitoria única del Proyecto, que lleva por rúbrica "Compensación equitativa por copia privada", determina la cuantía de la compensación aplicable hasta que se apruebe la orden ministerial a que se refiere la regla 3.ª del nuevo apartado 6 del artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Entre los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales visual o audiovisual y de libros sujetos a dicha compensación se mencionan distintos instrumentos que, creo, son plenamente aplicables a las fotografías: escáneres o equipos monofunción que permitan la digitalización de documentos; equipos multifuncionales capaces de realizar al menos dos de las siguientes funciones: copia, impresión, fax o escáner; discos versátiles para vídeo, sean o no regrabables; discos compactos y versátiles para reproducción mixta, sonora y visual o audiovisual, sean o no regrabables, etc.

⁶² Vid. GARROTE (*La reforma de la copia privada...*, cit. p. 159), quien indica que en Francia los autores de las fotografías son acreedores de la remuneración por copia privada. Aunque no parezca procedente ni justo el mantenimiento del canon compensatorio junto con las medidas tecnológicas, ello no quiere decir que decidido por el legislador su mantenimiento se redoble el desafuero excluyendo del canon a los autores fotográficos. Es decir, si se opta por el canon en los soportes digitales, que se aplique con todas sus consecuencias y a favor de todos los sujetos "presuntamente perjudicados". De la misma manera que el canon encuentra una aplicación indiscriminada sobre los soportes o materiales gravados, con independencia del hecho de que con ellos se hagan o no copias de obras y prestaciones protegidas, debería favorecer indiscriminadamente a los autores de todo tipo de obras.

⁶³ Aunque con dudas, creo que también podría reconocerse al realizador el llamado derecho de colección (art. 22), pues se trata de un derecho de naturaleza patrimonial cuyo ejercicio presupone la previa cesión en exclusiva de los derechos de explotación (no necesariamente de todos, basta con alguno o algunos de los que corresponden al realizador) y una alteración sustancial del régimen de disfrute de dichos derechos por sus titulares o una modificación del negocio de cesión que afecta esencialmente a uno de sus elementos principales, cual es el carácter exclusivo de la cesión. Pese a su ubicación sistemática, más que de un derecho de exclusiva se podría hablar de un derecho potestativo o de una facultad de configuración jurídica (DE CASTRO, DÍEZ-PICAZO), que se atribuye al adquirente a título originario del derecho subjetivo de

participación no ofrece ninguna duda al respecto, pues se aplica exclusivamente a los autores de obras de artes plásticas, y la mera fotografía, por definición, no es ni obra plástica ni obra de ninguna otra naturaleza. Sí ofrece algunas dudas, por el contrario, el derecho de remuneración por copia privada⁶⁴.

Si el derecho de reproducción que se reconoce al realizador de la mera fotografía es el mismo ("en los mismos términos") que el que corresponde al autor de una obra fotográfica, también estará sometido a los mismos límites, que son de aplicación en lo pertinente a todos los derechos afines regulados en el Libro II por disponerlo así el art. 132. Parece entonces obligado reconocerle también el derecho de remuneración por copia privada. Ahora bien, a la vista de la configuración del citado derecho en los distintos apartados del art. 25, especialmente del apartado 4.b) (donde se determinan legalmente los acreedores de la obligación, cuyo texto sigue idéntico en el proyecto de reforma)⁶⁵, así como de su desarrollo reglamentario, no parece factible su efectividad para los realizadores de meras fotografías. Pero teóricamente no se aprecian razones para no reconocérselo. Y, desde un punto de vista práctico, no faltan ocasiones en las fotocopias de libros que incluyen meras fotografías. En este supuesto se produciría la paradoja de que el editor de un libro que contuviera todo él o gran parte de su contenido meras fotografías sería acreedor de la remuneración por copia privada, mientras que el realizador de las fotografías no tendría derecho a ninguna remuneración, lo que sería un contrasentido insostenible. Asimismo hay que recordar que, con independencia del derecho de remuneración por copia privada, la reproducción permitida por el art. 31.2º sólo comprende al copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa. En consecuencia, cuando la copia de una mera fotografía se utiliza colectivamente no estaremos ante la excepción del art. 31.2º y será necesario obtener la autorización del titular del derecho de reproducción.

propiedad intelectual, es decir, al autor. Y no hay razones para negárselo al adquirente a título originario del derecho subjetivo afín sobre la mera fotografía (realizador).

⁶⁴ Para VALERO MARTÍN (*Obras fotográficas y meras fotografías*, cit. p. 314) y los autores que allí cita, está claro que a los autores de las meras fotografías no se les reconoce el derecho del art. 25.

⁶⁵ Se menciona como acreedores a "los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el apartado 1, juntamente en sus respectivos casos y modalidades, con los editores, los productores de fonogramas y videogramas y...". El apartado 1, anteriormente transcrito, habla de reproducción de obras, pero también de fonogramas y videogramas, que pueden fijar tanto obras o creaciones protegibles por los derechos de autor, como otros sonidos o imágenes que no sean obras, cuyos productores serían también, podría sostenerse, acreedores de la remuneración. Si se acepta que dichos productores también tienen derecho a la remuneración por las reproducciones para uso privado de sus fonogramas y videogramas, aunque no contuvieran obras, podría sostenerse igualmente que no hay ninguna razón para excluir a otros titulares de derechos afines (los realizadores de las meras fotografías),

Como ya apuntamos anteriormente⁶⁶, la cesión de los derechos que corresponden al realizador de la mera fotografía no está sometida a las normas contenidas en el título V del Libro I, por lo que lo dispuesto en el antes visto art. 56.2 respecto a la exposición pública de una obra fotográfica no tiene por qué ser de obligada aplicación a las meras fotografías, ni tampoco el art. 51 relativo a los autores asalariados⁶⁷.

Finalmente, deberíamos preguntarnos si el realizador tiene derecho a que figure su nombre en la mera fotografía. En principio no, pues, a diferencia del autor de una obra fotográfica (art. 14.3º), el realizador carece del derecho moral⁶⁸. No obstante, el hecho de que la ley atribuya a un determinado sujeto la realización de la mera fotografía induce a pensar que su labor, aunque no creativa, debe ser considerada y, por tanto, en los actos de explotación de la misma podría hacer valer que constase su condición de realizador, es decir, reivindicar su paternidad. Así, el art. 6 del D 751/1966, de 31 de marzo, de desarrollo de la Ley de Prensa, exige hacer constar el nombre de quien hizo la fotografía, sin distinguir sobre el carácter o naturaleza de la misma. Por otra parte, hay que señalar que parece indispensable mencionar el nombre del fotógrafo para conocer la identidad de la persona a la que dirigirse a efectos de poder utilizar la fotografía mediante la solicitud de la correspondiente autorización⁶⁹.

4.3 La duración de los derechos

cuyos objetos son más apetecibles o demandados, más susceptibles de reproducirse para uso privado, que las meras fijaciones de sonidos o imágenes que no constituyan obras.

⁶⁶ Vid. supra nota número 28

⁶⁷ Ni tampoco el régimen de la obra por encargo, como ya se contempló anteriormente (vid. supra nota número 22), porque es de suponer que, en los supuestos más normales, el comitente habrá adquirido su plena propiedad como consecuencia o efecto normal del contrato de obra. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996 deja entrever que la cesión de ejemplares o fotografías como consecuencia de un contrato de obra no supone que el realizador se desprenda de sus derechos en cualquier caso. Más ampliamente desarrolla estas cuestiones RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN (op.cit. p. 538).

⁶⁸ VALERO MARTÍN (op. cit. pp. 314-321) señala que la inexistencia de derechos morales de origen legal sobre las meras fotografías no impide que el realizador pueda hacer valer su reconocimiento por otros medios como, entre otros, la vía contractual. Pero, lógicamente, la diferencia del alcance de la protección en uno y otro caso es abismal, tanta como la que existe entre los derechos reales y los derechos de crédito.

⁶⁹ Vid. RUIZ-RICO (op.cit. p.535). Sin embargo, la ya citada STS de 31-XII-2002 no reconoce el derecho a que conste el nombre del realizador de la mera fotografía: "...entendemos que no hay violación de los núms. 3º y 4º del art. 14 de la Ley 22/1987, por inaplicación de los mismos en la sentencia recurrida, ya que se refieren a derechos de los conocidos como morales, que se reconocen al autor de una obra fotográfica pero no a los de meras fotografías que exclusivamente se refieren a derechos de orden patrimonial, según se deduce de la literalidad del texto del artículo tantas veces citado, el 118 de la referida Ley (en la actualmente vigente el 128), no constando la existencia de pacto expreso entre las partes de que la publicación había de efectuarse con el nombre del fotógrafo, precepto que establece que quien realice una fotografía «goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública», derechos estos todos de carácter exclusivamente patrimonial, de los que disfrutaban los fotógrafos en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas" (último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo).

Es distinta según se trate de obra fotográfica o mera fotografía. En el primer caso, se aplica el régimen ordinario propio de todas las obras intelectuales, según el cual los derechos de explotación duran toda la vida del autor y 70 años después de su muerte (art. 26), conteniéndose en la LPI reglas especiales en el caso de obras en colaboración, colectivas, póstumas, anónimas, seudónimas y publicadas por partes (estas últimas serían difícilmente aplicables a las fotografías). Este régimen ordinario es común para todos los países de la UE como consecuencia de la Directiva 93/98/CEE, pues en varios de ellos las obras fotográficas tenían una duración inferior que, sin embargo, sigue existiendo en los convenios internacionales⁷⁰. La duración de los derechos morales se corresponde con la vida del autor, pues son personalísimos. No obstante, como ya expusimos anteriormente⁷¹, algunos de ellos tienen un régimen particular, pues pueden ser ejercidos después de la muerte del autor por determinadas personas o instituciones.

Para las meras fotografías, el art. 128 LPI establece un plazo de 25 años, sensiblemente inferior no sólo al de las obras fotográficas, sino también al de los otros derechos afines. La antes citada Directiva sobre la armonización del plazo de protección se limita a reconocer a los Estados miembros la posibilidad de proteger las demás fotografías que no sean originales (art. 6), pero guarda silencio sobre la duración de los derechos sobre las mismas⁷². El cómputo o *dies a quo* se inicia a partir de la realización de la

⁷⁰ El Convenio de Berna da una protección mínima de 25 años desde la realización de la obra fotográfica (art. 7.4), mientras que al resto de las obras se les otorga una protección de 50 años computados desde la muerte del autor. En la prácticamente periclitada Convención Universal sobre Derecho de Autor, la duración mínima es de 10 años (art. IV. 3), sin precisarse el momento del inicio del cómputo, mientras que para el resto de las obras intelectuales es de 25 años después de muerto el autor. Esta discriminación de las obras fotográficas en la protección internacional se sigue manteniendo en el Acuerdo sobre los aspectos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC, art. 12), que figura como anexo al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. Por su parte, el art. 9 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 impone a las Partes Contratantes la no aplicación del art. 7.4 del Convenio de Berna. Todo ello es revelador de las reticencias a la hora de considerar la fotografía como obra intelectual o artística protegible por el derecho de autor.

⁷¹ Vid. supra apartado 4.1.1.

⁷² El plazo general de protección de los derechos afines que establece la Directiva es de 50 años. Sin embargo, para determinados derechos afines, en concreto el que recae sobre la divulgación de obras inéditas que estén en el dominio público (art. 4 de la Directiva y 129.1 LPI), el plazo es de 25 años. Plazo que nuestro legislador ha marcado para las meras fotografías. Como se dice en el Considerando 20 de la Directiva, “los Estados miembros deben conservar la facultad de mantener o introducir derechos afines al derecho de autor no incluidos en la presente Directiva...”, dejando entrever que en el supuesto en que hagan uso de dicha facultad, la duración de dichos derechos afines deberá ser de 25 (el establecido para la divulgación de inéditos en el dominio público: art. 4) o de 30 años (el fijado para las ediciones críticas y científicas de obras en el dominio público: art. 5). Estos derechos conforman los llamados “derechos afines menores”, sin que exista, a nuestro entender, razón alguna que ampare dicho calificativo, que no deja de tener cierto aire peyorativo. El hecho de que sean de más reciente reconocimiento en el ámbito del Derecho comparado, frente a los tradicionales que se regulan en los títulos anteriores del Libro II LPI, no

fotografía o reproducción (no la reproducción de la fotografía, sino la de la realidad “obtenida por procedimiento análogo a la fotografía”, a la que alude el primer inciso del art. 128 para referirse a otras formas diversas de las tradicionales de fijación química para la producción de la imagen⁷³). ¿Cuándo está "realizada" la fotografía?. Pues cuando se capta o impresiona la imagen en la película sensible o en cualquier otro medio o soporte, es decir, cuando se obtiene la primera fijación. A partir de ese momento surgen los derechos del realizador, pues es entonces cuando se puede distribuir (el art. 19 alude al original o copias), comunicar públicamente (mediante, por ejemplo, diapositivas que no impliquen reproducción del negativo) e, incluso, también reproducir, pues parece que las modernas cámaras digitales permiten la obtención de copias sin previo revelado. Por tanto, la fotografía ya está realizada desde el momento en que se ha "encerrado la imagen en la cámara oculta", o, utilizando una terminología más abierta y apropiada a las nuevas tecnologías, desde el momento "de la fijación instantánea de la imagen, directa o indirectamente perceptible de algún modo por el hombre"⁷⁴. A partir de ese momento (1 de enero del año siguiente) se inicia el cómputo de los veinticinco años, no a partir del revelado⁷⁵.

5.- LÍMITES

Como ya hemos indicado, la LPI recoge en sus arts. 31 a 40 bis una serie de límites a los derechos de autor⁷⁶ que son aplicables también a los derechos afines, en lo que aquí interesa, a las meras fotografías⁷⁷. Por tanto, salvo cuando sea necesario, no haremos distinción entre obra fotográfica y mera fotografía pues, con carácter general, la interpretación, alcance o extensión de las normas que los establecen es la misma en ambos casos, salvo en aquello que pueda afectar al derecho moral. Al comentario de algunas de

significa que tengan menor importancia o que sean acreedores de una menor protección. Como apunta la propia Directiva, los derechos afines no constituyen una categoría unitaria ni cerrada, y nada impide que vaya aumentando con otros derechos en el futuro.

⁷³ Vid. SOLER MASOTA (op. cit. pp.103-106), quien desarrolla la noción de “procedimiento análogo” a la fotografía.

⁷⁴ R. BERCOVITZ, "Comentario al art. 128", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 717.

⁷⁵ En contra, COCA y MUNAR "Comentario al art. 128", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed, Tecnos, Madrid, 1989 p. 1605.

⁷⁶ La mayoría de tales límites afectan a los derechos de explotación, pero el art. 40 también recoge una importante limitación que afecta al derecho moral de divulgación una vez muerto el autor.

⁷⁷ Art. 132. *Aplicación subsidiaria de disposiciones del Libro I.*

tales normas nos referiremos más adelante. Pero antes es necesario también aludir a otros límites o restricciones que pueden afectar a los derechos que recaen sobre las fotografías en atención a la eventualidad de que la propia realización de la fotografía constituya una infracción o lesión a otros derechos, así como a la realidad o imagen fotografiada. En efecto, a través de la fotografía se pueden reproducir otras obras protegibles por la propiedad intelectual (como dibujos, pinturas, esculturas...) ⁷⁸, al igual que la imagen de las personas.

En relación con la fotografía de obras preexistentes (ya sean de dos dimensiones o tridimensionales), y con independencia de que la propia fotografía constituya también una obra, parece claro que se está llevando a cabo un acto de reproducción sobre las mismas ⁷⁹. Aunque por la ausencia de una total identidad entre el original y la fotografía se haya dudado sobre la existencia de una auténtica reproducción de la obra plástica, ya se lleve a cabo ésta manualmente o por medios audiovisuales o fotográficos, lo cierto es que en este último caso para la LPI se produce un acto de reproducción ⁸⁰. Salvo que se esté amparado por alguno de los límites existentes a los derechos de autor ⁸¹ se debe contar con la pertinente autorización del titular de los derechos sobre la obra reproducida a través de la fotografía. El hecho de que el fotógrafo utilice una obra ajena para crear su obra

"Las disposiciones contenidas en la sección 2.^a del capítulo III, Título II y en el capítulo II del Título III, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en el presente Libro".

⁷⁸ Normalmente, las obras que se suelen reproducir por fotografía suelen ser las obras plásticas. Pero como pone de relieve GENDREAU (op. cit. pp. 273-296), la fotografía de obras esencialmente destinadas a la comunicación pública, como las obras audiovisuales, dramáticas o coreográficas, puede constituir una infracción al derecho de reproducción sobre tales obras, siendo abundante la jurisprudencia francesa que así lo establece.

⁷⁹ O, en su caso, un acto de transformación. Pero ya se trate de una reproducción o de una transformación, se requiere siempre la autorización del autor de la obra que se fotografíe.

⁸⁰ Tanto por la noción legal de reproducción que proporciona el art. 18 como por lo dispuesto en el art. 35.2. Como apunta RIVERO HERNÁNDEZ (op.cit. p. 167), nuestra LPI, así como la mayoría de los Ordenamientos y la mayor parte de la doctrina, consideran reproducción en sentido jurídico la fotografía de la obra plástica, "esa menguada representación en un soporte material de la obra plástica, aunque sea sólo aproximada y en tanto permita su percepción visual, aunque incompleta o cualitativamente parcial". Vid la cuestión más extensamente en RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 185-195. Como sostiene esta autora (p. 193), analizando las distintas opiniones autorizadas que han tratado el tema (RAMS, ESPÍN CÁNOVAS, BERCOVITZ ALVÁREZ, ORTEGA DOMÉNECH, VALBUENA GUTIÉRREZ, por limitarnos a la moderna doctrina española), el legislador no atiende a los medios materiales idóneos para realizar la reproducción, bastando simplemente con que el medio empleado sirva para comunicar la obra y obtener copias de la totalidad o parte de ella.

⁸¹ Más adelante aludiremos al límite consistente en la libre fotografía de las obras situadas en la vía pública.

fotográfica o su mera fotografía no puede servirle de coartada para eludir la correspondiente autorización⁸².

La fotografía de personas puede suponer atentado o intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad, en concreto al derecho sobre la intimidad o la propia imagen. La ya citada STS de 29 de marzo de 1996⁸³ trata de esta cuestión, la cual se presenta en prácticamente los mismos términos se trate de obra fotográfica o de mera fotografía. El supuesto parte del encargo a un fotógrafo por una modelo profesional de la realización de determinadas fotografías sobre su cuerpo, imagen o persona. Posteriormente, una de dichas fotografías fue publicada sin autorización de la modelo en la portada de un libro. El Tribunal Supremo, como no podía ser menos, aplica el art. 7.6º de la LO 1/1982, de 5 de mayo, al estimar con absoluta claridad, intromisión ilegítima en la utilización de la imagen de la modelo, sin que concurrieran en el caso ninguna de las excepciones previstas en el art. 8 de la citada Ley. Por tanto, se reserve o no se reserve el autor de la obra fotográfica o el realizador de la mera fotografía los derechos de explotación sobre la fotografía, para utilizar la imagen de la persona retratada tendrá que contar con su consentimiento, no porque pueda ser titular de los derechos de explotación sobre la fotografía, sino por el valor prevalente en este punto de la LO 1/1982. El respeto, pues, a la esfera íntima de la persona constituye un límite al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual sobre una fotografía⁸⁴.

Finalmente, deberíamos también preguntarnos si cuando se fotografían bienes u objetos propiedad de terceros éstos podrían oponerse al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual por parte de su titular (autor o realizador o cesionario de los derechos de uno u otro). Aunque el tema requeriría muchas matizaciones dependiendo de las condiciones y circunstancias en que se realizara la fotografía, así como del objeto fotografiado y de su posterior utilización, en la medida en que no se atente contra la intimidad o vida privada del propietario (tanto en la obtención de la fotografía como en la posible identificación de su propietario por el objeto fotografiado), no parece que ello

⁸² Nos encontraríamos aquí ante una obra derivada (o también ante una obra compuesta si conceptuamos éstas como una categoría distinta de las obras derivadas), supuestos ambos que requieren la autorización del autor de la obra preexistente (arts. 9.1, 11 y 21.2). Si la fotografía de una obra preexistente tiene la consideración de obra fotográfica, tal obra necesariamente tiene que ser calificada como derivada. No es así, obviamente, en la mera fotografía.

⁸³ Comentada por R. BERCOVITZ en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 41. Vid. también CASAS VALLÉS y SOL MUNTAÑOLA, "Comentario a la SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 1991", en *Poder Judicial* nº 30.

⁸⁴ Curiosamente, varias leyes de derecho de autor o propiedad intelectual de principios del siglo XX, a la hora de considerar la fotografía se centran básicamente en salvaguardar los derechos sobre la propia imagen de las persona fotografiadas, Así sucede en la Ley alemana de 1907 o en la suiza de 1922.

implique una lesión del derecho de propiedad⁸⁵. En especial, tratándose de la fotografía de inmuebles o edificios, si éstos constituyen obras arquitectónicas pueden ser libremente reproducidos, distribuidos o comunicados aunque todavía no hayan entrado en el dominio público, por permitirlo expresamente el art. 35.2. Luego, con más razón podrá ser libremente explotada la fotografía si tales edificios no resultan protegidos por los derechos de autor, bien porque han caducado o bien porque no constituyen creaciones originales, sin que su propietario pueda, con carácter general, impedirlo⁸⁶.

5.1 Naturaleza y finalidad de los límites

Los límites establecidos por la propia LPI tienen una discutida naturaleza y aceptan distintas calificaciones⁸⁷. De cualquier manera, y con independencia del alcance

⁸⁵ Por otra parte, difícilmente cabría considerar los objetos fotografiados como una proyección de la personalidad de sus propietarios. No obstante, como pone de relieve GENDREAU (op. cit. pp. 297-303) con cita de abundantes sentencias, si bien la jurisprudencia francesa de principios del siglo XX negaba al propietario de un perro o de un inmueble la posibilidad de oponerse a la reproducción de sus fotografías con el simple argumento de que sólo el derecho de autor determina la legitimidad para reproducir un bien, posteriormente, y al amparo de los principios de responsabilidad civil, se viene a reconocer a los propietarios la posibilidad de controlar la reproducción fotográfica de lo que les pertenece. En el Derecho anglosajón –prosigue GENDREAU(p. 298)-, cuando el respeto a la vida privada no puede ser invocado y ha existido una relación contractual basada en el régimen de las obras hechas por encargo (*work-for-hire*), en las que los derechos de autor se atribuyen al comitente, los intereses del propietario quedarían protegidos. Así, recoge el supuesto litigioso relativo a una mujer que había encargado fotografías de su perro. El Tribunal niega expresamente la existencia de cualquier tipo de derecho a la intimidad (*right of privacy*) que pueda estar vinculado a la fotografía de un perro, pero teniendo en cuenta la relación contractual habida entre las partes, los derechos de autor nacen en la propietaria del perro.

⁸⁶ En este sentido se pronuncia la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 31 de marzo de 2000 (4e Ch.), en un asunto relativo a los derechos de imagen sobre un castillo, no reconociendo ningún tipo de prerrogativas a su propietario en orden a impedir el dibujo del mismo o su fotografía. Pero el fotógrafo adquirirá derechos de propiedad intelectual sobre su fotografía. Así, por seguir con la jurisprudencia francesa, la sentencia del Tribunal de gran Instancia de Beauvais (1ère Ch.), de 31 de octubre de 2005, condena a una sociedad por utilizar en una página web una fotografía del castillo de Chantilly sin autorización del fotógrafo.

⁸⁷ En las leyes, como en la doctrina y la jurisprudencia, se suele emplear indistintamente las palabras "límites" y "excepciones". Así, en la LPI a veces se utiliza la palabra "límites" (arts. 31 y ss.) y otras la palabra "excepciones" (art. 135 en derecho sui generis). En ocasiones, dentro de un mismo artículo se utilizan ambas palabras (por ejemplo, rótulo del art.100 y apartado 6 del mismo artículo). Las Directivas suelen emplear un lenguaje más versátil: unas veces "excepciones" (Directiva sobre bases de datos), otras "límites y excepciones" (DDASI); la Directiva sobre derechos de alquiler y préstamo habla de "excepciones" para los derechos de autor (art. 5) y de "limitaciones" para los derechos afines (art.10); la Directiva sobre programas de ordenador utiliza la expresión "excepciones a los actos sujetos a restricciones" (art.5). Como se puede apreciar el lenguaje empleado es verdaderamente errático, sin que aparentemente haya razones que motiven el uso de una u otra terminología. Como sostiene BOUZA (*El derecho sui generis del fabricante de bases de datos*, Reus/Aisge, Madrid, 2001, p.220), en los límites estamos ante supuestos en los que por existir intereses contrapuestos se restringen o se reducen los derechos de los titulares, pero no en supuestos en los que éstos no existan. Por el contrario, las excepciones abarcan supuestos de ineffectividad o ausencia del derecho, como es el caso de las obras excluidas de protección (art. 13 LPI) o casos en los que, como indica GÓMEZ SEGADÉ ("*El derecho de autor en el entorno digital*", RGLJ, nº. 13, enero-febrero, 2001, p.10) la propia ley, a la hora de definir un derecho, realiza una delimitación del contenido conceptual del mismo, excluyendo de su ámbito

que eventualmente y en cada caso se pueda dar a la restricción del monopolio del autor según se califique ésta como límite o excepción, lo cierto es que los supuestos encuadrados por la LPI en los artículos 31 a 40 bis, agrupados bajo el epígrafe de "Límites" en el capítulo II del título III, permiten la libre utilización de las obras, aunque en algunos casos sometida a una remuneración. Como sostiene DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en los distintos casos encuadrados dentro del Capítulo dedicado a los límites, determinadas facultades integrantes del derecho de autor se sustraen a su monopolio permitiéndose su libre ejercicio para concretas finalidades⁸⁸. Es decir, en los derechos reales, como son los derechos de autor, razones de política jurídica aconsejan restringir (limitar, exceptuar) el ámbito de poder que representan para su titular en atención al sujeto pasivo de los mismos, o sea, atendiendo a los intereses de la colectividad. Son, pues, supuestos en los que el ámbito de poder que representa el derecho no es efectivo, configurándose así el contenido propio o institucional del mismo⁸⁹. La propiedad intelectual, desde sus orígenes más remotos de los privilegios hasta la actualidad, ha estado permanentemente vinculada a consideraciones políticas de diversa índole en virtud de las cuales, tanto el objeto del derecho como su contenido se ha visto restringido o limitado de manera mucho más acusada y evidente que el dominio o la propiedad ordinaria. Resulta, pues, que la propiedad intelectual ha venido cumpliendo prácticamente desde sus inicios la función social que recientemente se exige para el derecho de propiedad⁹⁰. De modo semejante a lo que ocurre con los límites

determinados hechos. GARROTE (*El derecho de autor en internet. Los Tratados OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*. Comares, 2ª ed., Granada, 2003, p. 386) cree preferible hablar de excepciones en cuanto hay una derogación a la regla general de la exclusiva de explotación de la obra, reservando la palabra límites (límites naturales de los derechos subjetivos) a otros supuestos, como los relativos a la duración limitada del plazo de protección. Por su parte, SALELLES ("La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información", RGD, nº. 675, diciembre, 2000 p.15096) entiende que bajo la rúbrica de límites y excepciones quedan comprendidos diversos supuestos de distinto alcance y motivación que tienen un diferente impacto en la posición jurídica que corresponden a los titulares de derechos de propiedad intelectual, en especial por lo que se refiere a la específica articulación en la participación de los resultados de la explotación de las obras.

⁸⁸ "Comentario a la rúbrica del Capítulo II, del Título III, del Libro II", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1989, p. 553.

⁸⁹ En el mismo sentido PÉREZ DE ONTIVEROS, "Comentario al artículo 31", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1997, p.594.

⁹⁰ En la propiedad intelectual o derecho de autor los intereses generales de la sociedad o de la colectividad siempre han estado presentes. El propio reconocimiento del derecho se justifica, al margen de otras motivaciones, por razones sociales que reclaman estimular la creatividad y la difusión de los resultados del trabajo creador. De ahí la duración temporal de los derechos de explotación y la existencia de estos límites, que normalmente suelen responder a diversas manifestaciones del interés público que se concretan fundamentalmente en el ámbito de la investigación, la docencia y la información; en la promoción y desarrollo de la ciencia y la cultura. La propiedad intelectual representa desde sus inicios, cuando no había ni los más leves atisbos de la función social de la propiedad ni de su subordinación al interés común, la más

a éste, los de la propiedad intelectual no constituyen meras comprensiones exteriores del derecho, sino que puede sostenerse que delimitan su configuración normal marcando sus fronteras naturales y propias⁹¹.

5.2 Distintos supuestos

Veremos a continuación algunos límites susceptibles de aplicación a las fotografías, pero sin olvidar que el resto de las facultades que no se vean afectadas por ellos permanecen incólumes, de tal manera que los preceptos que los establecen han de entenderse siempre sin perjuicio del derecho de autor sobre su obra. En todo aquello que no esté excluido expresamente del monopolio del autor, éste conserva en su integridad todas las demás facultades. En consecuencia, todos los artículos que componen el Capítulo de la LPI dedicado a los límites deben ser objeto de interpretación restrictiva y no suponer un perjuicio a la explotación normal de las obras⁹². Por otra parte, no parece que la autonomía privada o la voluntad del autor o titular de los derechos afectados por estos límites los puedan dejar sin efecto. Como pone de relieve GARROTE, las normas que recogen los límites son de carácter imperativo y, en consecuencia, cualquier cláusula o condición que contravenga las mismas debe ser considerada radicalmente nula por aplicación de lo dispuesto en el art. 6.3 del Código civil⁹³.

En principio, todos los límites recogidos en el Capítulo II del título III del Libro I de la LPI⁹⁴ (arts. 31 a 40 bis), son aplicables a las fotografías. Sin embargo alguno de ellos, por el propio texto del precepto que lo recoge, será de imposible aplicación a las fotografías, como sucede con el art. 33.2, aplicable únicamente a las obras orales y públicas, o con el art. 38 que lo remite exclusivamente a las obras musicales. De entre los

evidente manifestación de esa función y sometimiento a los intereses sociales. Como ya hace tiempo aventuraba CARBONNIER (*Derecho flexible*, trad. de Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974, p. 220), la propiedad intelectual puede “prefigurar lo que todas las propiedades serán algún día, algo fundado sobre el trabajo creador, no absoluto ni perpetuo”. Vid. más extensamente esta cuestión en mi libro *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, especialmente pp. 90-102.

⁹¹ Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, 7ª ed., Madrid, p. 142.

⁹² Artículo 40 bis. *Disposición común a todas las del presente capítulo.*

"Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran."

⁹³ Op. cit. pp. 608-612. También en "Comercio electrónico y derechos fundamentales: el acceso a obras y prestaciones protegidas en la sociedad de la información", en revista *pe.i.*, nº 11, mayo-agosto 2002, pp. 60-63. Sin embargo, GARROTE excluye del carácter imperativo el límite de la copia privada.

⁹⁴ Así es como se expresa el art. 132 LPI para aplicarlos también a los derechos afines u otros derechos de propiedad intelectual, es decir, entre otros, a las meras fotografías. Sin embargo, como veremos (vid infra apartado 5.2.5), no todos ellos son aplicables a las meras fotografías, pues el realizador de la mera fotografía carece del derecho de transformación, que es el que se ve afectado o limitado por la parodia

diversos límites que recoge la LPI⁹⁵, los que parecen más directamente aplicables a las fotografías y ofrecen mayor relevancia práctica son los relativos a la copia privada (art. 31.2º), a las citas (art. 32), a los trabajos sobre temas de actualidad (art. 33.1), a la utilización de obras por motivos de actualidad o situadas en la vía pública (art. 35) y a la parodia (art. 39)⁹⁶.

5.2.1. La copia privada (remisión)

Ya hemos aludido anteriormente a la copia privada de la obra fotográfica y de la mera fotografía a propósito del derecho de remuneración por copia privada o compensación equitativa por copia privada⁹⁷. Con independencia de que se reconozca o no este derecho sobre las fotografías (sí para las obras fotográficas, con reticencias para las meras fotografías), lo que parece indudable es que si la fotografía ha sido lícitamente divulgada, es decir, con el permiso del autor, la misma podrá copiarse para uso privado del copista, siempre que no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, donde difícilmente se admite la copia privada de las fotografías⁹⁸, en el nuestro no existe ningún dato normativo que avale la exclusión de las fotografías de la citada copia, ya se realice la misma por medio de la reprografía o mediante técnicas digitales. Es más, con la nueva redacción que el Proyecto da al art. 31.2, en la que se utiliza la expresión de “reproducción en cualquier soporte”, viene a ser todavía más concluyente la posibilidad de la copia privada digital de fotografías. Otra cosa es que el juego de las medidas tecnológicas de protección de las obras difundidas

⁹⁵ Los límites que recoge la ley afectan a supuestos muy variados, a diversos tipos de obras y a todos los derechos de explotación (también al derecho moral, art. 40). Así, por ejemplo, hay límites que afectan conjuntamente a varios derechos de explotación, como el que permite la libre utilización de trabajos o artículos sobre temas de actualidad, discursos o conferencias (art. 33), o la libre reproducción, distribución y comunicación de obras que se encuentran situadas en la vía pública (art. 35.2). Otros afectan exclusivamente a una modalidad de los derechos de explotación, como por ejemplo el derecho de comunicación pública mediante la radiodifusión (art. 36), o a través de la ejecución de obras musicales en ceremonias religiosas o actos oficiales de las administraciones públicas (art.38). Igualmente ocurre con el derecho de transformación, respecto al cual el autor no puede impedir la parodia (art. 39), que es una forma de transformación de la obra.

⁹⁶ En el ámbito del Derecho comparado, las diferencias entre las legislaciones de los Estados en tema de límites a las fotografías es verdaderamente notoria. Como pone de relieve GENDREAU (op. cit. pp. 217-224), resulta difícil explicar tales divergencias, sobre todo cuando se compara la legislación francesa con la de los países anglosajones, donde curiosamente al amparo de la doctrina del "fair use" o "fair dealing" (uso leal o utilización justa) el juego de los límites en las fotografías es más amplio que en el Derecho francés, donde prácticamente no se admite ningún límite o excepción para las fotografías. Ello no deja de resultar paradójico, pues como señala la autora citada (p. 224), tradicionalmente en los países anglosajones suele primar, frente a consideraciones de otro tipo, el interés económico de los titulares de derechos en un contexto utilitario.

⁹⁷ Vid. supra apartados 4.1.4 y 4.2.

⁹⁸ Así en Francia, donde generalmente se estima que toda reproducción de una fotografía, cualquiera que sea su finalidad o medio empleado, necesita la autorización del autor, ya que el art. L. 122-5, apartado 2º, del Código de la propiedad intelectual de 1992, exceptúa de la copia privada "las obras de arte destinadas a ser utilizadas para fines idénticos a aquéllos para los cuales la obra original ha sido creada", como sucederá normalmente con la copia de la fotografía. En este sentido se pronuncia la generalidad de la jurisprudencia y doctrina francesa (vid. GENDREAU, op. cit. pp. 210-217).

por internet pueda hacer ilusoria la copia privada digital de la fotografía o de cualquier otra obra⁹⁹.

5.2.2 El llamado derecho de cita

5.2.2.1 En la LPI

El “derecho” de cita (o mejor, el límite genérico a los derechos de explotación- menos el de transformación- basado en la cita) aplicado a las obras fotográficas se admite expresamente por el texto del art. 32. Veamos los distintos requisitos y parámetros fijados en dicho precepto, los cuales son susceptibles de proporcionarnos la medida de un ejercicio lícito y regular del derecho de cita tanto sobre las obras fotográficas como sobre las meras fotografías (art. 132). El art. 32 contempla las siguientes exigencias¹⁰⁰:

a) *Inclusión en una obra propia de (...) obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo (...) ya divulgadas*. Tratándose de obras de naturaleza escrita, sonora o audiovisual sólo se permite la reproducción de partes o fragmentos de una obra ajena en una obra propia¹⁰¹. Pero si se trata de obra fotográfica o de obras plásticas en general¹⁰² se admite que se incluyan en su totalidad o íntegramente, siempre que sea una obra individualmente considerada ("*obras aisladas*"). Si no fuera así, se atentaría al derecho moral del fotógrafo o artista de exigir el respeto a la integridad de su obra. La consideración de lo que sea obra aislada no está exenta de problemas. Señala RIVERO que la determinación de lo que es obra aislada debe hacerse en relación con toda la producción del autor, lo que implica que el número de obras plásticas o de fotografías de un autor que

⁹⁹ Vid. supra notas 58 y 59.

¹⁰⁰ Sigo, en general, las apreciaciones de ROGEL (“La inclusión de las obras plásticas en las literarias y el derecho de cita”, en *Estudios sobre...* cit.); LLEDÓ YAGÜE (“Comentario al artículo 32”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1988)); GÓMEZ LAPLAZA (“Comentario al artículo 32”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4-A, EDERSA, Madrid 1994) y PÉREZ DE ONTIVEROS (“Comentario al artículo 32”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1997).

¹⁰¹ Aunque en otras legislaciones de nuestro entorno se menciona expresamente que la cita ha de ser corta (así por ejemplo en el art. L. 122-5, apartado 3º, letra a) del Código de 1992), en la nuestra no se marca ningún límite a la extensión del fragmento reproducido. Lo cual resulta plausible, pues la mera utilización de un criterio cuantitativo resulta insuficiente en muchas ocasiones para medir la licitud de la cita (poesías, obras de escasa duración o extensión...) y se presenta excesivamente relativo (el término de comparación puede ser tanto la propia obra como la ajena). La doctrina acude más bien a criterios de orden cualitativo, fijándose en la naturaleza y el carácter sustancial o no de las secuencias o fragmentos extraídos y en su accesoriadad respecto a la propia obra en la que se incorpora.

¹⁰² Aunque tradicionalmente se ha discutido la posibilidad de aplicar el límite de la cita a las obras plásticas, actualmente se suele admitir de manera generalizada en los textos legales. Tanto la cita de una obra plástica o fotográfica dentro de una literaria como dentro de otra plástica o fotográfica. Para un desarrollo más amplio, vid. ORTEGA DOMENECH, *Obra plástica y derechos de autor*, Reus/Aisge, Madrid, 2000, pp. 251-256. Para un análisis de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia francesa, quizás la más relevante en este punto, vid. YVES GAUBIAC, “La libertad de citar una obra del espíritu”, en *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 171, enero 1997.

se podrían reproducir libremente en virtud del derecho de cita se determinará en proporción con la totalidad de sus obras¹⁰³. No obstante, pensamos que en el supuesto de una única obra de un determinado autor también podría caber respecto a ella el derecho de cita, pues no se aprecian especiales motivos (pese a que lo aislado se refiere a lo que se separa de un conjunto) para excluirla del derecho de cita. Pero el carácter restrictivo de la interpretación del límite dificulta dicha aplicación. La exigencia, más que posibilidad, de utilizar la obra fotográfica en su integridad no es aplicable, sin embargo, a las meras fotografías, pues carecen de derecho moral, por lo que es de suponer que los recortes de fotografías sean perfectamente admisibles¹⁰⁴.

b) *A título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico*. Así como la inclusión de la fotografía para su análisis, comentario o juicio no presenta especiales problemas, sí surgen éstos cuando la inclusión se hace "a título de cita". ¿Qué debemos entender por ello? Según el Diccionario de la Real Academia, la definición de "cita" es, entre otras que no vienen al caso: "nota de ley, doctrina o autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere", lo que se corresponde con la acepción usual y su práctica en los distintos campos creativos en los que se utiliza. Es decir, apoyo, prueba o confirmación de algo que se dice en una obra propia¹⁰⁵. Bien es verdad que la definición del diccionario está pensando en las citas literarias o escritas y que no parece que pueda prejuzgar su naturaleza ni alcance jurídico. En otro caso habría que entender que las obras plásticas en general y las fotografías en particular podrían ser citadas "a título de cita" en reducidas ocasiones. Más bien habrá que pensar, como sostiene algún sector doctrinal¹⁰⁶, que con tal expresión se quiere hacer referencia, además de apoyo, confirmación o prueba de lo que se dice, a la finalidad de ilustrar, ejemplificar o adornar la propia obra. Sin embargo, lo cierto es que no encaja total y absolutamente con el requisito analizado y que con carácter general, insisto, las normas

¹⁰³ RIVERO HERNÁNDEZ, "Reproducción de la obra plástica propiedad de museos y colecciones privadas", en *Derechos del artista plástico*, Aranzadi, Pamplona, 1996 p. 186. Ya antes y en el mismo sentido se manifestaba ROGEL VIDE (*Estudios sobre Propiedad intelectual...*, cit. pp.198 y 199), advirtiendo de la dificultad de pronunciarse sobre el número de obras de un mismo autor que pueden citarse libremente. Con apoyo en la jurisprudencia y doctrina francesa, se inclina por un mínimo de dos o tres obras.

¹⁰⁴ Cuestión distinta es la imposibilidad de que se pueda llegar a identificar, a partir de un fragmento de una fotografía, la fotografía de donde proviene, en cuyo caso no existiría ningún tipo de problema en la determinación del número de meras fotografías a citar. Lo mismo sucedería en el caso de que la obra fotográfica se hubiera divulgado anónimamente. Bastaría, simplemente, para ser especialmente rigurosos y escrupulosos con tener la precaución de no repetir varias fotografías de un mismo estilo o procedencia.

¹⁰⁵ En parecidos términos se manifiesta PÉREZ DE ONTIVEROS ("Comentario al artículo 32", cit. p. 612), siguiendo a BAYLOS CORROZA. Cita ésta que estoy haciendo en el mismo sentido que el reflejado en el texto.

¹⁰⁶ Así, GÓMEZ LAPLAZA, cit. p. 553.

que establecen límites a los derechos de propiedad intelectual, como la que estamos analizando, deben interpretarse restrictivamente. Pese a ello, la muy interesante SAP de Madrid (Sección 14ª), de 23 de diciembre de 2003, con argumentos muy atinados -que no compartimos- entiende que en el caso de las obras plásticas (ha de entenderse la fotografía de las mismas, aunque también cualquier otra fotografía) la cita puede ser lícita al amparo del art. 32 a los solos efectos de ilustrar, aun cuando no se analice, comente o critique¹⁰⁷.

c) *Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación.* Se trata de un parámetro todavía más vago e impreciso que los anteriores, que trata para ponderar casuísticamente la licitud de una determinada cita. Ha de entenderse que el fin docente o de investigación debe comprender igualmente una finalidad informativa y complementaria de lo que se expone en la propia obra, en el sentido de dar a conocer el estado de una cosa o de una cuestión¹⁰⁸. En general, de acuerdo con los textos de las leyes de otros Estados y de los

¹⁰⁷ Si la actual redacción del art. 32 no parece permitir la finalidad ilustrativa, con más razón habría que mantener la misma postura a la vista de la nueva redacción tal como resulta del Proyecto (publicado en el BOCG de 2 de marzo de 2006). No se podría decir lo mismo se hubiera prosperado el primer borrador del Anteproyecto, como veremos más adelante. No obstante, como digo, la SAP citada contiene unos razonamientos muy ajustados y atendibles: "Conforme a lo anterior, la inclusión de una obra plástica ajena divulgada y aislada, recibe el nombre genérico de cita en sentido amplio, pero puede presentarse en diversas manifestaciones. El precepto se refiere a un análisis, un comentario, un juicio crítico, y además, a una mera cita (en sentido estricto), pudiéndose considerar que la finalidad perseguida al reproducir en los libros las obras plásticas ajenas es la de ilustrar, complementar, aleccionar o facilitar la explicación que contiene la obra principal a la que se incorpora la ilustración. Considerando a la ilustración como el adorno de un impreso mediante estampas, grabados o dibujos alusivos al texto, lo cierto es que una interpretación correcta del artículo 32 nos lleva a considerar que la ilustración en nuestro sistema constituye una modalidad de cita, admisible tratándose de obras plásticas y similares. En consecuencia, la cita, en sentido estricto, constituye una de las cuatro posibilidades que el artículo 32 del Texto Refundido legitima; se trata de una actividad distinta a las otras tres, por lo que por exclusión, la reproducción de una obra plástica puede ser lícita aun cuando no se analice, comente o critique la obra plástica reproducida. Por otro lado, la licitud de la cita se justifica por la finalidad perseguida: la docencia o investigación. Es por ello que las inclusiones de ilustraciones relativas a obras plásticas ajenas en obras propias (como libros de texto) son lícitas siempre que se cumplan los requisitos que justifiquen dicha cita, como la causa de docencia o investigación y siempre que exista proporcionalidad del artículo 32 puesto en relación con el artículo 40 bis ambos del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual" (párrafos cuarto y quinto del Fundamento de Derecho Segundo).

¹⁰⁸ En este sentido se pronuncian, entre otros, LLEDÓ YAGÜE ("Comentario al artículo 32", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1ª ed., Madrid, 1988, p. 526) y PÉREZ DE ONTIVEROS ("Comentario al artículo 32"...cit, p. 613), aunque esta última autora con reparos. La finalidad docente o investigadora se refiere fundamentalmente a la naturaleza de la obra en que se cita, pero también podría sostenerse que la propia cita, es decir, su contenido, debe tener una finalidad docente o investigadora. Aún así, no creo que ello pueda constituir un obstáculo para excluir dichas citas de la finalidad docente. En otro caso, las citas que aparecen al inicio de muchas novelas o capítulos de obras literarias, al igual que la cita de muchas fotografías, deberían considerarse ilícitas, ya que ni la propia obra en la que se cita ni la propia cita tienen una finalidad estrictamente docente o investigadora, al menos tal como se entienden estas actividades en el ámbito académico, que es como debe entenderse en sentido propio. Vid. todo lo anterior con más detalle en la autora antes citada ("Comentario..." cit, pp. 612-615).

convenios internacionales sobre derecho de autor¹⁰⁹, se entiende que con ello debe valorarse una utilización correcta, leal u honrada de la cita. Es decir, debe tenerse en cuenta la buena fe y el respeto a los usos de cada sector en el ejercicio del derecho de cita para apreciar si se corresponden con los medios usualmente admitidos, con el fin de alcanzar las finalidades tenidas en cuenta por la ley para el ejercicio lícito de la cita¹¹⁰. Completando lo anterior, puede decirse que la frontera del derecho de cita se encuentra en el derecho de transformación que corresponde al autor de la obra fotográfica que se cita. Criterio que, por otra parte, difícilmente sería aplicable a las meras fotografías pues a su realizador no se le atribuye el derecho de transformación. Si la cita o citas llegan a adquirir tal entidad que la obra en la que se utilizan se transforma en obra compuesta (art. 9.1 LPI), aunque sirva para su comentario o juicio crítico y se haga con fines docentes o de investigación, la medida de su utilización ya no aparece justificada porque la obra citada no se está incluyendo o utilizando total o parcialmente a efectos de cita, sino que se está transformando¹¹¹.

d) *Indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.* Hay que insistir y recordar que este requisito sólo se aplica a las obras intelectuales, es decir, a las obras fotográficas, pero no a las meras fotografías¹¹². Aún así, parece que la mención de la fuente es aplicable también a estas últimas, pues se trata de una exigencia (la de mencionar la fuente) que no afecta al derecho moral. Con independencia pues, de que se trate de obras fotográficas que se divulgan con el nombre de su autor o en forma anónima, o de meras fotografías, creo que la fuente debería indicarse en cualquier caso¹¹³.

¹⁰⁹ Fundamentalmente en las legislaciones anglosajonas. Por ejemplo, en el art. 30.1 de la Ley británica de 1988. Por su parte, el art. 10.1 del Convenio de Berna dispone que "son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga...".

¹¹⁰ Vid. ESPÍN CÁNOVAS (*Los derechos del autor de obras de arte*, Civitas/Aisge, Madrid, 1996, p.124). Como pone de relieve este autor apelando al Convenio de Berna, que se remite a los "usos honrados", será la ponderación judicial la que precise si las citas se corresponden con los medios usualmente admitidos en la sociedad española para alcanzar las finalidades tenidas en cuenta por la ley para el ejercicio lícito de la cita. En cualquier caso, este parámetro para medir la licitud de la cita, como todos los que fija el art. 32, se presenta excesivamente abstracto y de difícil determinación, por lo que requerirá una apreciación individualizada en cada caso. Como observa ROGEL (*Estudios sobre propiedad intelectual*, cit, p. 151), se trata de un paliativo o moderación al límite que comentamos y que exige un ejercicio en forma leal y conforme a las exigencias de la buena fe.

¹¹¹ Ello no quiere decir que las citas literarias deban ser necesariamente literales. Véanse si no la mayoría de las citas recogidas en este trabajo.

¹¹² No obstante, recordar lo dicho anteriormente respecto al nombre del realizador de la mera fotografía. Vid. supra apartado 4. 2 in fine.

¹¹³ Se apela a un testimonio ajeno y deben facilitarse todos los datos que permitan verificar la cita y su fidelidad. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con el nombre, no representa especial dificultad

5.2.2.2 En la DDASI y en el Proyecto de Ley de modificación LPI

Hasta ahora hemos realizado un somero análisis formal del párrafo primero del actualmente vigente art. 32 LPI que precisa los requisitos necesarios para un ejercicio regular, correcto y lícito del derecho de cita¹¹⁴. Faltando cualquiera de ellos se infringirían los derechos de propiedad intelectual del autor o realizador de la fotografía. Sin embargo, la DDASI contempla la excepción de la cita de manera diversa y el Proyecto de Ley por el que se modifica la actual LPI, fundamentalmente para incorporar la DDASI¹¹⁵, introduce algunas novedades en el art. 32.

La regulación que la Directiva hace del derecho de cita en su art. 5.3.d) difiere del régimen establecido en nuestra LPI en que no requiere expresamente que se haga con finalidad docente o investigadora, sino simplemente con “fines de crítica o reseña”, en que alude al “buen uso” de las citas “en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido”, en vez de circunscribirlas a actividades concretas, y en que permite que no se indique la fuente y el nombre del autor “en los casos en que resulte imposible”¹¹⁶. Es, pues, un régimen bastante más flexible, abierto y tolerante que el nuestro¹¹⁷. Pero además de la contemplación específica del derecho de cita en el artículo mencionado, en otro artículo también dedicado a los límites se permite la libre utilización de obras “*cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con*

hacerlo, por lo que no se debería omitir, si es que resulta posible. Además, adquiere especial importancia en el material anónimo.

¹¹⁴ Como ya hemos apuntado, en el Derecho comparado la cita suele tener una regulación más flexible que la nuestra. Las diferentes legislaciones nacionales sobre derechos de autor no proporcionan bases suficientes que nos ayuden a precisar lo que debemos entender por “cita” o “a título de cita”. La mayoría de los textos nacionales utilizan términos o expresiones muy abiertas, semejantes a las nuestras, aunque en algunos se incluyen expresamente, junto a la finalidad docente, fines de “ilustración” o “informativos”. El panorama es muy diverso. Existen legislaciones que, como algunas de origen anglosajón, admiten la cita sin ceñirla a singulares requisitos, al amparo de un límite general basado en el denominado “*fair use*” (uso leal, honrado o justo); y otras que, tratándose de citas de fotografías u obras plásticas en general, no parece que admitan la reproducción en ningún caso, como la francesa, salvo para anunciar su venta en un catálogo (art. L. 122-5).

¹¹⁵ Vid. supra notas 4 y 5 para las referencias precisas de la DDASI y del Proyecto de Ley.

¹¹⁶ Como indica GARROTE (op. cit. p. 451), con esta expresión parece que se impone a la persona que utiliza la obra una mínima diligencia en investigar la fuente y autoría de la obra hasta el límite de lo razonablemente exigible. En algunas legislaciones como la británica, se permite que las obras anónimas o seudónimas, en las que no es posible determinar la identidad del autor a pesar de haberlo intentado suficientemente o es razonable pensar que los derechos han expirado, puedan ser utilizadas libremente (art. 57 *Copyright, Designs and Patents Act* de 1988).

¹¹⁷ No obstante, exige que la “obra o prestación” (palabra esta última alusiva, en el tema que nos ocupa, a la mera fotografía) que se cite “se haya puesto ya legalmente a disposición del público”, expresión ésta que tiene un alcance bastante más amplio que la exigencia de previa divulgación que recoge el art. 32 LPI.

inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida” (art. 5. 3. a). Se separa pues, lo que es estrictamente cita de lo que es uso con fines ilustrativos. Distinción que en el Proyecto de Ley se recoge plenamente, pues se añade un nuevo apartado al art. 32 donde se viene a incorporar el art. 5.3.a) de la DDASI antes transcrito, si bien sometiéndolo a unos requisitos que lo hacen verdaderamente impracticable¹¹⁸, respondiendo, a lo que parece, a una postura meramente testimonial. Aunque no era esa la inicial intención de la Administración si tenemos en cuenta el primer borrador del Anteproyecto de Reforma¹¹⁹.

Aunque el límite de la cita y de la finalidad ilustrativa, como casi todos los demás regulados en la DDASI, es meramente potestativo para los Estados miembros de la UE y no de obligada incorporación a los ordenamientos nacionales, no deja de constituir un objetivo deseable o desiderátum a conseguir por toda la UE. Objetivo que se presenta como meta inexcusable para la educación y, por ende, para el progreso cultural y social, además de representar, desde un punto de vista práctico, la única manera posible de crear o editar (incluyendo la edición electrónica) con cierta seguridad jurídica libros de texto, manuales, revistas científicas y doctrinales, monografías, obras multimedia o, genéricamente, obras de naturaleza didáctica.

¹¹⁸ El nuevo art. 32.2 del Proyecto dispone lo siguiente: “No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.” Vid. un amplio estudio de la libre utilización con finalidad ilustrativa, tal como se contempla en la DDASI, en ORTEGA DÍAZ, “Las excepciones de cita e ilustración en el entorno tradicional y digital. A propósito de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la adaptación de los derechos de autor y derecho afines en la sociedad de la información”. Revista “pe.i”, nº. 19, 2005, pp. 71-97.

¹¹⁹ En efecto, en el primer borrador de reforma de la LPI para incorporar la DDASI a nuestro ordenamiento, elaborado por el Ministerio de Cultura y divulgado con fecha de noviembre de 2002, se incorporaba en un nuevo apartado del art. 32 la finalidad ilustrativa tal como se recogía en la DDASI, si bien remitiendo las condiciones de su ejercicio a un futuro reglamento. Mantenía la regulación del derecho de cita en los mismos términos que el art. 32 de la actual LPI, salvo en una cuestión sustancial, pues excluía de su texto el “a título de cita”. Exclusión que, sin duda, obedecía a la ambigüedad que presenta y a las dificultades que encierra su concreción o delimitación, como hemos visto anteriormente. Por tanto, podía entenderse que el “a título de cita” o bien venía a identificarse con el “análisis, comentario o juicio crítico”, o bien se incluía dentro de la finalidad ilustrativa o, en último término, desaparecía del derecho de cita. Esta última posibilidad debía descartarse, pues en otro caso el derecho de cita quedaría privado de toda virtualidad y eficacia. Con lo que parece que se venía a confirmar que el “a título de cita” del actual art. 32 se correspondía, entre otras cosas, con finalidad ilustrativa. Finalidad que en la DDASI y en el citado borrador aparecía desgajada del derecho de cita. Sin embargo, en el borrador hecho público en noviembre de 2004 se deja inalterado el texto del primer apartado del art. 32 y se incluye un segundo apartado con un texto parecido al que se recoge en el Proyecto, aunque no tan restrictivo. Para un desarrollo más amplio de las diferencias entre ambos borradores, vid. CASAS VALLÉS, “La transposición de la Directiva 2001/29/ CE en España”, en el sitio web <http://www.uoc.edu/dt/esp/casas1204.pdf> correspondiente a la “Universitat Oberta de Catalunya”.

Finalmente, nos deberíamos preguntar si en el entorno digital la actividad de los buscadores de internet puede tener encaje dentro del derecho de cita, pues también existen buscadores de imágenes o los resultados de la búsqueda incluyen páginas *web* o resúmenes de las mismas con fotografías. Pregunta que merece una respuesta clara, contundente y rotunda en sentido negativo. Según GARROTE, más moderado, al margen de la aplicación de otras posibles restricciones que eventualmente den cabida a tal actividad (reproducción en memoria RAM o derecho a establecer enlaces), a la vista de lo dispuesto en el art. 32 LPI, resulta muy forzado amparar la práctica de los buscadores dentro del derecho de cita¹²⁰.

5.2.3. Los trabajos sobre temas de actualidad

La aplicación a las fotografías del límite relativo a la libre explotación de los trabajos y artículos sobre temas de actualidad¹²¹ no deja de plantear algunos interrogantes. Una de las formas más habituales de explotar las fotografías, con independencia del carácter o naturaleza de éstas, es precisamente mediante su difusión a través de los medios de comunicación social. Pero esta especie de licencia legal que se concede a los medios de comunicación para incorporar en sus propias publicaciones o emisiones las fotografías previamente difundidas por otros, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el art. 33.1¹²², viene a representar la práctica supresión para los fotógrafos de su derecho de monopolio o *ius prohibendi* (aunque bien es verdad que lo pueden impedir haciendo constar la reserva de derechos¹²³). Quizás por ello, el art. 19 del Reglamento de 1880

¹²⁰ Como apunta el citado autor (op.cit., pp 459 y 484), un buscador lo que hace es investigar la localización de páginas *web* en la red, por lo que a falta de una precisión legal o doctrinal de lo que sea "fines de investigación" podría entenderse, aunque un poco forzadamente, que se soslayaría tal exigencia legal. Pero, continúa GARROTE, lo que ya no sería justificable es entender que un buscador está incluyendo obras (fotografías) ajenas para su "cita, análisis, comentario o juicio crítico".

¹²¹ Artículo 33. *Trabajos sobre temas de actualidad*.

1. "Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa."

¹²² En especial, como señala SOLER (op. cit. p. 151), además de que sea de "actualidad", que exista una efectiva vinculación temática entre el contenido de la imagen y la información que se transmite, es decir, que sirva de instrumento para documentar gráficamente una información.

¹²³ Se suele admitir (así, ROJO AJURIA, "Comentario al art. 33", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1988, p. 536) que la reserva de derechos pueda ser tanto genérica para toda la publicación o medio de comunicación social como específica para el trabajo o artículo de actualidad (o para la fotografía, si admitimos que también a ella se le aplica el límite). Sin embargo, en mi opinión, no parece que sea posible la reserva de derechos recogida en general para todo el contenido que aparezca en un medio de comunicación, ya sea éste escrito o de otra naturaleza. Si se admitiera lo anterior quedaría privado de toda virtualidad el límite analizado. La reserva, pues, ha de ser individualizada para cada trabajo. De conformidad con el art. 141, basta con que se utilicen los símbolos de reserva de derechos

(vigente por disponerlo así el apartado 2.b) de la Disposición derogatoria única de la LPI) excluye de la excepción del art. 31 de la Ley de 1879 (que desarrolla el art.18 del Reglamento, que tiene un contenido muy semejante al actual 33.1 LPI que estamos considerando) los dibujos, grabados, litografías y demás trabajos artísticos que se contuvieran en las publicaciones periódicas. Si no alude a las fotografías es por la fecha del mismo (pese a que el art. 1 del citado Reglamento menciona expresamente a las obras que se producen por el procedimiento de la fotografía). Creo, sin lugar a muchas dudas y de acuerdo con la doctrina clásica española¹²⁴, que si en el año 1880 la fotografía hubiera sido de general utilización, también habría sido mencionada en el Reglamento, pues su exclusión de la libre reproducción respondería a la misma justificación que las otras obras plásticas o gráficas mencionadas en el Reglamento o las colaboraciones literarias que menciona el art. 33.1, párrafo segundo. Sin embargo, como recuerda PÉREZ DE ONTIVEROS, la tramitación parlamentaria del precepto da a entender que se incluyen en él a los informadores gráficos, pues los requisitos de la remuneración (acordada o equitativa) y de la fuente y nombre del autor parece que se incorporaron precisamente en atención a ellos¹²⁵. Aún así, deben tenerse en cuenta en este tema dos cuestiones que basculan a favor y en contra de las anteriores apreciaciones. Primera, que un Reglamento no puede condicionar de manera decisiva la aplicación de una Ley; y, segunda, que los antecedentes legislativos o la tramitación parlamentaria de una Ley o la presumible voluntad del legislador plasmada en los trabajos parlamentarios, no es más que uno de los posibles criterios hermenéuticos a considerar¹²⁶.

Por tanto, con independencia de las prácticas existentes en el sector, no me parece que sea indubitada la aplicación del límite establecido en el art. 33.1 a las fotografías, ya sean éstas obras u objeto de derecho afin. En el Derecho comparado, algunos ordenamientos excluyen las fotografías de dicho límite¹²⁷. No obstante, los escasos pronunciamientos judiciales habidos en la jurisprudencia española sobre la

claramente en los medios de comunicación escritos y audiovisuales. El vigente art. 18 del Reglamento de la LPI de 1879 (siempre que no se oponga a la LPI), admite, sin embargo que la reserva pueda hacerse “en general o al pie de cada trabajo”.

¹²⁴ Para GIMENEZ BAYO y RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (*La propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 1949, p.167) no ofrece duda que el art. 19 del Reglamento de 1880 incluye dentro de la expresión “y demás trabajos artísticos” a las fotografías. También parece, según los citados autores, que esa era la opinión de LÓPEZ QUIROGA.

¹²⁵ Op, cit., p. 619

¹²⁶ La ley se “objetiviza”, se emancipa del legislador y adquiere autonomía propia. Es más bien, o también, la voluntad de la ley que la del legislador la que conviene indagar, pues no siempre son coincidentes.

¹²⁷ Así, el art. 30.2) de la Ley británica de 1988 excluye expresamente las fotografías del límite de “rendir cuenta de acontecimientos de actualidad” .

cuestión parece que se pronuncian en sentido afirmativo. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) de 31 de julio de 2002, aplica el art. 33.1 sobre algunas fotografías publicadas por una revista literaria pese a que, en mi opinión, debería haberse aplicado el límite considerado en el art. 35.1¹²⁸, que es el que pasamos a considerar a continuación.

5.2.4 La utilización de la fotografía con ocasión de informaciones de actualidad y para reproducir obras situadas en vías públicas

Según el art. 35.1, una fotografía que se vea con ocasión de informar sobre un acontecimiento de actualidad puede ser reproducida, distribuida o comunicada públicamente en la medida en que lo justifique dicha finalidad informativa, sin exigirse más requisitos. En este límite, quizás con mayor claridad que en el anterior, resulta evidente que la justificación se encuentra en el derecho a la información y el acceso a la cultura. Por tanto, si una fotografía aparece dentro de un reportaje televisivo o dentro de otra fotografía como mero factor incidental de una información de actualidad, no se infringen los derechos de dicha fotografía, pese a que se hubiera hecho constar la reserva de derechos y aunque no se mencione el nombre de su autor en determinados supuestos (parece que así lo exige la naturaleza del límite y el sentido común en aquellos casos en que la fotografía sea objeto de comunicación pública), ni se satisfaga ninguna

¹²⁸ Los hechos aparecen algo confusos y no se recogen con precisión, pero parece que, resumidamente, consisten en lo siguiente: “Clarín”, una revista literaria, reproduce dentro de su contenido portadas o contraportadas de libros en las que aparecen fotografías de sus autores. Tales libros fueron enviados a la revista por su editor (“Fundación Municipal de Cultura”), para su promoción y difusión. El fotógrafo demanda a la revista y el tribunal acoge sus pretensiones respecto a dos fotografías que la revista no obtuvo de los libros enviados por la editorial y sobre la lesión del derecho moral en otras, al no constar el nombre de su autor en algunas fotografías (no se duda sobre el carácter original de las fotografías). Pero en relación con las fotografías que son reproducción de las publicadas por la Fundación Municipal se encuadran dentro del art. 33.1, pues no se había hecho constar la reserva de derechos; ello, sin perjuicio del derecho del fotógrafo a percibir la remuneración acordada o, en su defecto, la que se estime equitativa. Dando por buena la aplicación del 33.1 a las fotografías, resulta discutible que un libro tenga la consideración de “medio de comunicación social”. También que la fotografía sea por sí un tema de actualidad. Más bien es el propio libro lo que sería de actualidad, siendo entonces la fotografía de su autor una “obra susceptible de ser vista (...) con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad” (art. 35.1). Por otra parte, con independencia de lo anterior y sin necesidad de acudir a los límites de los arts. 33.1 o 35.1, es de suponer que habría un contrato de edición entre el autor de la fotografía y la editorial que publica el libro con la fotografía de su autor, por lo que si la cesión fue en exclusiva (nada se dice en la sentencia sobre ello) sería cuestión de preguntarse por la legitimación activa del fotógrafo para la interposición de la demanda. Además, desde otro punto de vista, el envío por la editorial a la revista de los libros que contienen las fotografías objeto de la litis constituye una de las obligaciones legalmente impuestas al editor, cual es la de asegurar a la obra una difusión y promoción suficiente para asegurar su explotación continua (art. 64.4º), por lo que no deja de resultar paradójico que el autor de la fotografía demande a quien favorece dicha explotación en su beneficio, dejando al margen el hecho de que se hubiera pactado entre la editorial y el fotógrafo una remuneración a tanto alzado (art. 46.2).

remuneración. Otra cosa distinta es que la fotografía no sea susceptible de ser vista con ocasión de un acontecimiento de actualidad y sí lo sea la realidad fotografiada¹²⁹. El supuesto de la fotografía de una escultura, de un cuadro o de otra fotografía obtenida en la inauguración de su exposición, determina que se pueda reproducir y distribuir la obra en ella recogida (con independencia de que la misma fotografía constituya o no obra fotográfica)¹³⁰. Pero no su explotación fuera de la estricta finalidad informativa¹³¹ que marca el art. 35.1. Así, por ejemplo, no estaría amparada por el límite considerado su posterior conversión en una postal y subsiguiente comercialización, pues ya no habría finalidad informativa. Salvo que la obra fotografiada se hallare situada permanentemente en la vía pública.

¹²⁹ La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 2-VII-2001 distingue claramente lo anterior. Frente a la reproducción in consentida de una fotografía de una pareja de famosos en una revista (no se ventilaba nada en relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen), alega ésta frente a la demanda del fotógrafo, y acepta el Juzgado, que tal reproducción está amparada por el art. 35.1. Sin embargo, la Audiencia revoca acertadamente la sentencia del Juzgado, pues no se trata de que la fotografía, que se califica como mera fotografía (por lo que resultan improcedentes la invocación que en la sentencia se hace a los arts 2 y 10 LPI), sea una obra o prestación que se ve con ocasión de un acontecimiento de actualidad, sino de que la pareja fotografiada era el acontecimiento de actualidad.

¹³⁰ Aunque el art. 10 bis. 2 del Convenio de Berna parece que refiere este límite únicamente a aquellas obras que hayan de ser vistas u oídas en el curso de un acontecimiento de actualidad (fotografía que se ve en la sala donde tiene lugar una reunión política, por ejemplo), nada impide que el acontecimiento de actualidad consista precisamente en las propias obras que se ven o que se oyen. En este sentido, resulta interesante la SAP de Madrid (Sección 13ª), de 17-VII-997, en la que se aplica el límite del art. 35.1 a una revista que publica la fotografías de 8 cuadros de una exposición dedicada al pintor Paul Klee para dar cuenta de su celebración. Aunque no deja de resultar discutible dicha sentencia, pues no parece que la finalidad informativa requiera reproducir un número tan elevado de cuadros, aunque la exposición constara de 57, pese al carácter gratuito, la tirada limitada y la circulación restringida de la revista. Más ajustada resulta la SAP de Madrid (Sección 18ª), de 30-X-2000, en la que se exculpa de reproducción in consentida, al amparo del art. 35.1, a un periódico por reproducir una de las fotografías que integraban una exposición colectiva que se anunciaba en la sección llamada “Agenda Cultural”.

¹³¹ La SAP de Barcelona (Sección 15ª), de 10-IX-2003, entiende que la publicación in consentida de varias fotografías subacuáticas en el suplemento dominical de un periódico no viene estrictamente justificada por la finalidad informativa ni por la actualidad de la noticia a cuya publicación coadyuvan. “No toda utilización informativa de obras protegidas por el derecho de autor debe de participar de esta excepción, por cuanto, debiéndose interpretar los preceptos reguladores de los límites a los derechos de autor de manera restrictiva y entendiendo que las excepciones que se consignan en las Leyes lo son en atención a la existencia de otros intereses superiores que vienen a fundamentarlas, solamente tendrá cabida en esta norma la reproducción de una creación ajena en la medida que esté justificada por el fin de la información y cuando ésta gire sobre temas de actualidad (...) Pero dicha conducta ha de ser eminentemente proporcionada al fin que la justifica, no cabiendo encubrir bajo la misma la indiscriminada incorporación al reportaje de una pluralidad de fotografías, ni ello le da derecho a la publicación para modificar a su antojo el diseño o la configuración que proyectó el autor de las mismas”. Se aprecia, pues, también lesión del derecho moral, al considerar el tribunal que las fotografías son originales atendiendo a criterios subjetivos. Por otra parte, aunque no se trate de una sentencia del Tribunal Supremo y dicho sea de paso como un dato más a añadir al debate doctrinal sobre el carácter de derecho fundamental del derecho de autor (según se considere que está integrado o no en el art. 20.1.b) de la Constitución española), se viene a decir que el derecho de autor es un derecho de igual rango que el derecho a la información, es decir, un derecho fundamental, como ya antes dijo la STS de 19-III-1996 (vid. supra apartado 5 de este trabajo y nota 83)

En el anterior supuesto nos encontraríamos ante el límite establecido en el art. 35.2¹³², donde habitualmente la fotografía, más que una obra limitada, viene a ser un instrumento para la limitación de otras. En principio, la permisividad que parece desprenderse del tenor de dicho precepto es total. Se ha optado por no someter a restricción alguna la utilización de las obras situadas en lugares públicos. Da igual que la utilización sea individual o colectiva, privada o pública, con fines comerciales o benéficos, lucrativos o gratuitos¹³³. Por tanto, parece que la fotografía de dichas obras puede ser libremente utilizada o explotada por el autor o realizador de la fotografía sin que los autores de las obras fotografiadas puedan impedirlo. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la fotografía, en cuanto medio a través del cual se puede reproducir, distribuir y comunicar las obras de referencia, puede constituir una obra protegible o, si carece de originalidad, constituirá un objeto de los llamados doctrinalmente "derechos vecinos" y legalmente "otros derechos de propiedad intelectual". En segundo lugar, la distribución y comunicación ha de referirse a las reproducciones de las obras obtenidas por la fotografía¹³⁴. Se distribuye o comunica, pues, algo que no es lo mismo a la obra situada en el lugar público, y ese algo, es decir, la fotografía, constituye un nuevo objeto de propiedad intelectual. En el supuesto de que ese nuevo objeto fuera una obra fotográfica nos encontraríamos ante la transformación de una obra preexistente (art. 21) que daría lugar o bien a una obra derivada (art. 11) o bien a una obra compuesta (art. 9). En ambas hipótesis se requiere la autorización del autor de la obra preexistente (art. 17 y 21), es decir, del autor o titular del derecho de transformación de la

¹³² "Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales."

¹³³ Así, en esta línea, la sentencia de la A.P. de Santa Cruz de Tenerife de 9 de septiembre de 1995 (Sección 3ª) considera que no hay infracción a los derechos de autor en las reproducciones fotográficas de una escultura situada en una plaza pública, destinadas a su distribución mediante venta como postales. Más recientemente, la SAP Barcelona (Sección 15.ª), de 4 de mayo de 2004, contempla un interesante supuesto de reproducción fotográfica de obra arquitectónica en una revista de decoración, realizada por la propietaria de la vivienda sin permiso del autor o arquitecto, lo que se estima lícito al amparo del art. 35.2. En esta sentencia se analizan otras cuestiones interesantes como la reproducción de espacios interiores de la vivienda, la novedad objetiva como requisito de protección o dudas sobre si es protegible la obra de arquitectura además del proyecto. Se dice en la sentencia que «si lo que se entiende objeto de protección es la obra arquitectónica en sí, sentada la independencia entre el derecho de autor y la propiedad ordinaria del soporte material en el que se plasma la obra (*corpus mechanicum*, ex art. 3.1 TRPLI), el art. 56.2 concede al propietario del original de la obra plástica el derecho de exposición pública de la misma (excepto cuando concurren determinadas circunstancias, inoperantes o ausentes en este caso)». No concurre, pues, o no se acredita por el arquitecto que se hubiera reservado el derecho de exposición sobre la obra, o sea, sobre la casa.

¹³⁴ Reproducciones o copias que no son exactamente tales pues, como advierte RIVERO en otro contexto ("Reproducción de la obra plástica...", cit. p. 167), falla en buena medida el requisito de la fidelidad al modelo o a la obra original. Se trata de una representación aproximada en dos dimensiones que no proporciona la misma homogeneidad física del original (general y normalmente una escultura) y que permite una percepción visual incompleta o cualitativamente parcial. Pero, en cualquier caso, la distribución y comunicación a ellas se refiere.

obra situada en un lugar público. Autorización o permiso que se requiere no para transformar o fotografiar la obra, sino para explotar los resultados de la transformación. Y tal actividad no está liberalizada por el art. 35, a menos que se considere que la distribución y comunicación por los medios señalados incluye también la transformación de la obra. En el supuesto de que ese nuevo objeto fuera una mera fotografía parece que podría distribuirse y comunicarse libremente pues no se estaría transformando la obra “meramente fotografiada”, con lo que se produciría la paradoja de que se penalizaría a quienes con la fotografía realizaran una labor creativa, frente a aquéllos que se limitasen a realizar una reproducción tosca y elemental (mera fotografía)¹³⁵.

5.2.5 La parodia

Aunque tradicionalmente no haya sido tan generalizada como en otros ámbitos creativos, es perfectamente admisible la parodia de la fotografía lo mismo que, en general, de las artes plásticas. El art. 39¹³⁶ no discrimina entre distintos tipos o géneros de obras. Es más, con la tecnología digital las posibilidades de explotación ilícita de la fotografía o de las obras plásticas se amplía considerablemente. En particular, la transformación in consentida de la mismas sin cumplir los requisitos de la parodia. La crítica social o la libertad de expresión que normalmente son mencionadas como fundamento o justificación de este límite son igualmente aplicables a las fotografías. La parodia de una obra fotográfica no requiere el consentimiento de su autor. Se trata de un límite que afecta al derecho de transformación y también, se quiera o no, al derecho moral del respeto a la integridad de la obra. Por tanto, aplicable a las obras fotográficas y no a las meras fotografías. Éstas, en principio, pueden transformarse libremente sin sujeción a los requisitos que marca el art. 39, pues su realizador no ostenta ningún derecho de transformación ni tampoco ninguna de las manifestaciones del derecho moral.

No toda imitación y modificación crítica, cómica, irónica o satírica de la fotografía podrá incluirse bajo el límite de la parodia. La propia transformación de la fotografía parodiada debe ser original, es decir, una obra diferente pero derivada. Aunque se discuta

¹³⁵ Lo que debería llevarnos a concluir que, con independencia de la calificación que merezca la reproducción de la obra, la distribución y comunicación libre que permite el art. 35 es aquella que no persiga fines lucrativos o comerciales. Las consideraciones anteriores son aplicables no sólo a las fotografías sino también a cualquiera de los otros medios que menciona el art. 35.2, es decir, a las pinturas, dibujos y procedimientos audiovisuales. Vid. más extensamente la cuestión en mi “Comentario al artículo 35” en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA y F. BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 182 a 184.

¹³⁶ “No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor”.

la exigencia de una actividad creativa en el parodista¹³⁷ estamos de acuerdo con SOL MUNTAÑOLA en exigir tal actividad a la labor del parodiador. Como señala este autor, es precisamente la aportación creativa del autor de la parodia otra justificación más del límite¹³⁸, la contraprestación que se pide al parodiador para enriquecer con una obra original más el acervo común. Es decir, la parodia debe llevar implícito el requisito de la originalidad, ha de producirse una transformación creativa. La transformación de una obra ha de dar lugar a una obra derivada (art. 21), o sea, a una obra original protegida por los derechos de autor. Precisamente la parodia es una transformación que no requiere el consentimiento del autor de la obra transformada-parodiada¹³⁹.

Pese a la extraordinaria ductilidad existente a la hora de determinar lo que sea paródico o no (tanto en el lenguaje convencional como en el jurídico), sobre todo como consecuencia del necesario grado de identificación entre la obra original y la obra parodiada para que se produzca el subsiguiente juego referencial o de contraste entre una y otra, no debe confundirse lo que constituye parodiar una determinada obra con utilizarla para ridiculizar elementos extraños o ajenos a la obra que se pretende parodiar. En este supuesto, no estaríamos ante una parodia, sino ante la explotación in consentida de una obra para parodiar algo externo a la misma, generalmente algún personaje público¹⁴⁰. Ni

¹³⁷ Parece que no la exigen Germán BERCOVITZ (cit. p. 422) y DÍAZ ALABART (“Comentario al artículo 39”, en Albaladejo y Díaz Alabart (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.V, Vol. 4-A, EDESA, Madrid, 1994, p. 632), para quien la parodia no es ni obra original ni obra derivada, sino un *tertium genus*.

¹³⁸ También viene a manifestarse así PERDICES HUETOS (“La muerte juega al gin rummy. Las parodia en el derecho de autor y de marcas”, en Revista “pe.i”, n.º. 3, 1999, pp. 16 y 17), aunque incide más en el interés público por divulgar las parodias para “hacer llegar al público el mayor número posible de críticas u opiniones sobre una obra artística”.

¹³⁹ Vid. el clarificador y completo estudio de SOL MUNTAÑOLA, (*El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 164 a 188), quien recoge un amplio elenco de opiniones. Coincido con el autor citado en que el art. 39 viene a decir que “la parodia será considerada transformación que no exige consentimiento del autor. Por lo tanto, es transformación” (p. 178). Es concluyente, en mi opinión, esta argumentación, entre otras: “La actividad paródica que transforma la obra protegida de un autor, en teoría no tiene por qué originar otra obra. Si no alcanza los requisitos de creatividad y originalidad establecidos en el art. 10 TRLPI no será obra protegida. En tal caso ¿podríamos considerar tal acto como una parodia capaz de ampararse en el límite? Reproducir la foto de una belleza famosa que anuncia dentífrico y pintarle de negro varios dientes podría ser considerado una parodia desde una óptica extrajurídica. Pero en su caso el resultado no podría ser considerado como obra producto de la transformación, pues simplemente no sería una obra protegida más allá de lo protegida que estuviera la fotografía originaria” (p. 176). Sin embargo, por paradójico que pueda parecer, a partir de una mera fotografía se podría crear una obra fotográfica y no apreciar razones para privar a su autor de todos los derechos de explotación y los morales sobre la misma.

¹⁴⁰ En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 10-X-2003 relativa a la inserción de una fotografía de un zorro en la revista “El Jueves”, sin el consentimiento del fotógrafo, para ilustrar la parodia de un personaje público. Frente a la argumentación de la revista que pretendía ampararse en el límite de la parodia, el Tribunal estima que la utilización que se hace de la obra fotográfica “no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias el art. 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquélla para

tampoco parece que haya parodia por el mero hecho de utilizar determinadas partes o elementos de una obra para aplicarlos a otra en un contexto distinto¹⁴¹.

Finalmente, debe señalarse que la fotografía puede ser tanto medio como objeto de la parodia. Es decir, puede ser el medio expresivo a través del cual se presenta la creación paródica como el objeto, pretexto u obra sobre la que se proyecta la actividad paródica¹⁴².

conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía” (Fundamento de Derecho Tercero). Fuera del campo fotográfico y en sentido distinto al reflejado en la anterior sentencia, la SAP de Madrid (Sección 13ª) de 2-II-2000 (asunto programa televisivo “La parodia nacional”), en un fallo y argumentación claramente erróneos en mi opinión, aplica la parodia al cambio de letra de una composición musical para ridiculizar a famosos.

¹⁴¹ Así, la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 28-V-2003 sobre inclusión en revista de imágenes alteradas del personaje Lara Croft de la obra audiovisual o videojuego “Tom Raider”.

¹⁴² Vid. SOL MUNTAÑOLA, (cit. pp. 205 a 220), quien distingue entre distintos tipos de parodia según el medio de expresión utilizado y el objeto que persiguen, ilustrándolos con abundante jurisprudencia extranjera.