

PROPIEDAD INTELECTUAL Y USO SOCIAL Y ACADÉMICO DE LA FOTOGRAFÍA

Fernando Bondía Román

Universidad Carlos III de Madrid

1.- INTRODUCCIÓN.

La fotografía, cuando tiene originalidad, es decir, cuando 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, pero 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 dualidad de regímenes jurídicos que tienen las fotografías y ofrecer el elenco o catálogo de derechos exclusivos de que dispone el fotógrafo en uno u otro caso.

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 a la hora del uso o utilización de la fotografía. A ambos nos referiremos más adelante. La mera fotografía, por el contrario, carece de derechos morales. Los derechos exclusivos de naturaleza económica tienen el mismo alcance en ambos tipos de fotografías, si bien el número de los mismos es menor en las meras fotografías. Así, tratándose de los típicos derechos de explotación, el derecho de transformación no se atribuye al realizador de la mera fotografía. Aunque los derechos de explotación sobre las obras fotográficas corresponden al autor de la fotografía a título originario, suelen ser objeto de cesión. En algunos casos, como en los supuestos de fotógrafos asalariados, la Ley presume que, 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 (sólo los derechos de explotación, pues los morales son intransmisibles), bien mediante un negocio específico de cesión o bien dentro de otro contrato (especial interés puede ofrecer, por su frecuencia en el campo fotográfico, el contrato de encargo de obra fotográfica, sobre todo en el ámbito publicitario), pero en ambos casos sometidos a las reglas imperativas que sobre transmisión de derechos de explotación se contienen, con carácter general, en los arts. 42 a 57 LPI.

Pero antes de entrar en el análisis e interpretación de las normas que formulan los derechos morales y de explotación, así como de aquéllas que recogen los límites a los mismos, que permiten la libre utilización de las fotografías ajenas en actividades académicas o de otro tipo, conviene recordar o 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, de la misma manera que nadie puede utilizar la propiedad ajena sin permiso de su propietario, tampoco se puede utilizar una fotografía 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 otorgar un monopolio económico (además de moral en el caso de obra fotográfica) o exclu-

siva de explotación a sus propietarios. 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 ya apuntamos, 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 o realizador de la fotografía o un tercero cesionario. Tales límites suelen responder, aunque no siempre, a razones de política cultural, educativa o informativa. Límites cuyo alcance y formulación cambiará, muy probablemente, con la próxima y obligada reforma de la LPI que ha de producirse como consecuencia 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).

2.- LAS OBRAS FOTOGRÁFICAS Y LAS MERAS FOTOGRAFÍAS .

La LPI menciona dentro las creaciones intelectuales objeto de protección por el derecho de autor (al que dedica el Libro I) a "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".

Artículo 128. *De las meras fotografías* "Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, 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."

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 no es original. Se critica por la doctrina 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. 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 intranscendente que el resultado obtenido sea nuevo 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". Las dificultades que presenta la determinación de la originalidad en las fotografías son predicables también sobre cualquier otra de las obras protegidas por el derecho de autor que se mencionan en el art. 10. 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 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. No obstante, entendemos que la originalidad del art. 10 para determinar si hay obra fotográfica o mera fotografía debe valorarse en sentido subjetivo. Y es que parece que no puede ser de otra manera en el campo de las fotografías. Ninguna puede ser 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 una distinta calificación según la capacidad intelectual, sensibilidad, creatividad artística, intuición e, incluso, dominio de la técnica de quien la haya realizado.

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 misma, su profesionalidad, 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. Da igual la realidad fotografiada, su destino, mérito, valor comercial o finalidad, su coste económico o su carácter científico, periodístico, documental o turístico. Basta con que lleve el sello personal de su autor, que sea una creación intelectual propia. Para ello, el carácter profesional del fotógrafo puede ser, en términos generales, un factor relevante a considerar.

Por el contrario, no serán obras fotográficas, sino meras fotografías objeto del derecho afín contemplado en art.128, las que se limiten a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta; aquellas fotografías en las que predomina el aspecto meramente mecánico o técnico. 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 de la fotografía. Como acertadamente se expresa en la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid, de 28-I-1997, la fotografía "de personajes públicos y muy conocidos no puede privar a su obra de tal carácter (de obra fotográfica), pues ello sería tanto como negar a aquellos fotógrafos que se dedican a retratar a personajes relevantes, 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 derechos.

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 o importante suele ser la primera. Aunque actualmente es posible prescindir de la última de las fases, y con independencia de que quepa considerar más relevante una u otra, no creo que, tratándose de obra foto-

gráfica, se pueda prescindir de ninguna de ellas, ni que la fase preparatoria pierda su especial protagonismo (aquí habrá de estarse al caso concreto y, sobre todo, al criterio de los expertos, especialistas o profesionales de la fotografía).

Normalmente, la fotografía suele ser el resultado de un trabajo individual. No obstante, puede darse, aunque raramente, el supuesto de obra fotográfica en colaboración (art. 7), que es aquella que constituye el resultado unitario de la colaboración de varios autores, bien en todas sus fases o bien solamente en alguna de ellas que se considere especialmente relevante. Lo que parece más difícil es concebir una obra fotográfica que tenga la consideración de obra colectiva, tal como es definida ésta por el art. 8 LPI. Finalmente, pueden aparecer titulares derivativos o terceros cesionarios de derechos sobre las fotografías mediante, como ya se ha apuntado, los mecanismos de cesión negocial previstos en la LPI para los derechos de autor (arts. 42 a 57), 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). Si se trata de meras fotografías, no se aplicarían las normas anteriores, sino el régimen general o común de transmisión de derechos reales.

4.- LOS DERECHOS SOBRE LAS FOTOGRAFÍAS .

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 al realizador.

4.1. Los derechos del autor de la obra fotográfica.

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 procede examinar cada uno de estos derechos, bastando una simple lectura de las disposiciones que los formulan para darse una idea de su alcance y contenido. Pero sí dar una pincelada de los mismos, al menos de aquellos que más importancia tienen para la salvaguarda moral y explotación de las fotografías, así como considerar la posibilidad de aplicación del "derecho de participación" (art. 24) 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 fotografía. Aunque se cedan los derechos de explotación, siempre quedan reservados al autor los derechos morales, cuya defensa siempre podrá conseguir, pues además son imprescriptibles, es decir, su ejercicio no está condicionado a un plazo de tiempo. 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 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 los derechos morales no están sujetos a ningún límite (salvo quizás el consignado en el art. 7.2), 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, un Juez podrá resolver que se divulgue a instancias de cualquiera de la Administraciones públicas o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo a criterio del Juez.

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 (civiles en todo caso, criminales cuando se den los elementos del tipo delictivo que consagra el art. 270 del Código penal). Por explotación de la obra puede 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. No obstante, el art. 17 menciona cuatro formas típicas (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, 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, 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. De llevarse a cabo esta última reproducción sin permiso del autor de la fotografía o su causahabiente, 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 la venta de la misma (original o copias), aunque no hay que descartar el préstamo o alquiler, no tanto de la fotografía en sí como del libro, publi-

cación 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 la propia fotografía. Todo ello, con independencia de 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 audiovisual 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 acabamos de apuntar 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 tenga ningún derecho de explotación sobre aquella (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 original de una obra fotográfica, sin ser el autor y sin haber adquirido expresamente el derecho de exposición, deviene titular del mismo. 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 LPI. 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. No obstante, conviene precisar que en la DDASI se admite la posibilidad de que los Estados miembros establezcan nuevas excepciones a los derechos de autor, entre las cuales se encuentra la de permitir la citada reproducción, por lo que es posible que se incluya en la reforma que ha de producirse en la LPI como consecuencia de la citada Directiva.

4.1.3. El derecho de participación.

El art. 24 LPI trata del llamado derecho de participación o seguimiento (o "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 limitaciones. Y allí donde se reconoce no presenta las mismas características, ni se suele admitir de manera expresa para las obras fotográficas. 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 plásticas. En consecuencia, desde un punto de vista formal no pare-

ce 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 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, menciona expresamente a 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) a los ejemplares limitados de fotografías numerados, firmados o debidamente autorizados de otra manera por el fotógrafo "que hayan sido hechos por el propio artista o bajo su autoridad" (tema a precisar será el número o cantidad de ejemplares limitados a los que se aplicará el derecho).

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 quiero decir la expresión del art. 128 "en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas". No se le atribuye, pues, ni los derechos morales ni el otro típico derecho exclusivo (el de transformación: art. 21), ni cualquier otra forma de explotación distinta de las tres mencionadas. Tampoco el derecho de participación, pues se aplica exclusivamente a los autores de obras de artes plástica, y la mera fotografía, por definición, no es obra ni plástica ni de ninguna otra naturaleza.

¿Tiene derecho el realizador 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 moral. 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 si es obra fotográfica o mera fotografía. 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 para obtener la correspondiente autorización.

4.3. La duración de los derechos.

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 (este último tipo de obras sería inaplicable 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 países las obras fotográficas tenían una duración inferior que, sin embargo, sigue existiendo en los convenios internacionales, como el Convenio de Berna. La duración de los derechos morales se corresponde con la vida del autor, pues son personalísimos. No obstante, como ya expusimos anteriormente, 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 sensiblemente inferior no sólo al de las obras fotográficas, sino también al de los otros objetos de derechos afines. El cómputo se inicia a partir de la realización de la fotografía o reproducción (no la de la fotografía, sino la de la realidad obtenida por procedimiento análogo a la fotografía). ¿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, a partir de la obtención de la imagen (1 de enero del año siguiente) se inicia el cómputo de los veinticinco años, no a partir del revelado.

5.- LÍMITES.

Como ya hemos indicado, la LPI recoge en sus arts. 31 a 40 bis una serie de límites a los derechos de autor, que son aplicables también a los derechos afines, en lo que aquí interesa, a las meras fotografías. Por tanto, 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. Al comentario de algunas de 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 realidad o imagen fotografiada, así como a la eventualidad de que la propia realización de la fotografía constituya una infracción o lesión a otros derechos. En efecto, a través de la fotografía se pueden reproducir otras obras protegibles por la propiedad intelectual (como dibujos, pinturas, esculturas...), así como 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, es claro que se está llevando a cabo un acto de reproducción sobre las mismas. Salvo que se esté amparado por alguno de los límites existentes a los derechos de autor, 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 fotográfica no puede servirle de coartada para eludir la correspondiente autorización.

La fotografía de personas puede suponer atentado o intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad, en concreto al derecho sobre la propia imagen. La ya citada STS de 29 de marzo de 1996 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 fotografía.

5.1. Distintos supuestos.

Veremos a continuación de manera somera algunos límites susceptibles de aplicación a las fotografías, pero sin olvidar que el resto de las facultades que no se vean afectadas por estos "límites" permanecen incólumes, de tal manera que los preceptos que establecen tales límites han de entenderse siempre sin perjuicio del derecho de autor sobre su obra. En todo lo no establecido expresamente en él, el titular del derecho 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 rigurosamente restrictiva y no suponer un perjuicio a la explotación normal de las obras.

De entre los diversos límites que recoge la LPI, los que parecen más directamente aplicables a las fotografías y ofrecen mayor relevancia práctica son los relativos a la copia privada (art. 31.2°), 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).

Según el art. 31.2, 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 las leyes de otros Estados, donde no se admite la copia privada de las fotografías, en la nuestra 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 (paradójicamente, pese a admitirse la copia privada de la fotografía, no se reconoce a los autores de la misma el derecho de remuneración por copia privada que regula el art. 25) Distinta puede ser la cuestión cuando se reforme la LPI como consecuencia de la DDASI, donde recibe un tratamiento distinto la copia privada reprográfica de las restantes (incluida la digital), y donde el juego de las medidas tecnológicas de protección de las obras difundidas por internet puede hacer ilusoria la copia privada digital de la fotografía o de cualquier otra obra.

El derecho de cita aplicado a las obras fotográficas se admite expresamente por el texto del art. 32. 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 propia. Pero si se trata de obras de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, se permite que se incluya en su totalidad o íntegramente siempre que sea una obra individualmente considerada ("obras aisladas"). Si no fuera así se atentaría al derecho moral del artista de exigir el respeto a la integridad de su obra (art. 14.4°). La consideración de lo que sea obra aislada no está exenta de problemas. Puede sostenerse que en el supuesto de una única obra de un determinado autor también cabe respecto de 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. Además de indicar la fuente y el nombre del autor de la fotografía que se utilice, el art. 32 exige que tal utilización se haga "en la medida justificada por el fin de esa incorporación", el cual ha de ser de docencia o investigación. La regulación que la DDASI hace del derecho de cita en su art. 5.3.d) es semejante a la analizada en nuestra LPI, aunque no se exige finalidad docente o investigadora, se alude al "buen uso" de las citas y se permite que no se indique la fuente y el nombre del autor "en los casos en que resulte imposible". No parece que 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.

La aplicación a las fotografías del límite relativo a la libre explotación de los trabajos y artículos sobre temas de actualidad (art. 33.1) no plantea muchas dudas, aunque una de las formas más habituales de explotar las fotografías, con independencia del carácter o naturaleza de éstas, sea precisamente

mediante su difusión a través de los medios de comunicación social. No obstante, 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. 33.1, se puede impedir haciendo constar la reserva de derechos.

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. 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 o realizador ni se satisfaga ninguna remuneración. El supuesto -analizado por la jurisprudencia francesa- de una fotografía de una escultura obtenida en su inauguración, determina que se pueda reproducir y distribuir la obra en ella recogida (con independencia de que la misma fotografía constituya o no obra fotográfica). Pero no su posterior conversión en una postal y subsiguiente comercialización, pues ya no habría finalidad informativa, salvo que la escultura se hallare situada permanentemente en la vía pública. En este último supuesto nos encontraríamos ante el límite establecido en el art. 35.2, donde habitualmente la fotografía, más que una obra limitada, viene a ser un instrumento para la limitación de otras. Dicho precepto permite que las obras situadas permanentemente en parques, calles o cualquier vía pública puedan ser libremente utilizadas por medio de fotografías. Lo que no puede ser libremente utilizada es la propia fotografía, ya sea ésta obra fotográfica o mera fotografía.