

El valor legal de las fotografías

Martín Fernández, Diego^a y Martín Segura, José Aureliano^b

^a Profesor Escuela de Arte de Algeciras (Cádiz). Investigador, Universidad de Barcelona, Facultad de Bellas Artes, Departamento de Diseño e Imagen, dmartinfernandez@gmail.com y ^b Profesor del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad de Granada. Investigador del Grupo Innovación, Sostenibilidad y Desarrollo Empresarial (ISDE), aurelianomartin@ugr.es

Abstract

This article aims to reflect on the insufficient legal protection that is being given to photography, starting from a legal revision of various cases where the Law of Intellectual Property has been applied.

Firstly, a definition of the concept of “good practice” in photography is proposed, undertaking a theoretical review of different concepts that explain how photographers relate to their equipment and the world, as is the case of the sense of orthodoxy and heterodoxy in the specialisation. Subsequently, we have taken a stance on the interest the subject has for photography today, setting out the aforementioned method of compiling qualitative data analysing different judgments.

Finally, it is argued that the Law of Intellectual Property protects not only aspects such as creativity and originality, but also the work processes –which would include a conceptual and technical knowledge-, before the results.

Keywords: Photography, Art Education, Teaching Methods, Technology Education, Discipline, Copyright and related rights.

Resumen

El presente artículo pretende reflexionar sobre la insuficiente protección legal que se le está dando a la fotografía, partiendo de una revisión jurídica de varios procesos en los que se ha aplicado la Ley de Propiedad Intelectual.

Para ello, primero se ha propuesto definir el concepto de “buen hacer” en la fotografía, realizando un recorrido teórico sobre distintos conceptos que explican cómo los fotógrafos nos relacionamos con el equipo y con el mundo, como es el caso del sentido de la ortodoxia y la heterodoxia en la especialidad. Posteriormente, nos hemos posicionado sobre el interés que ofrece el tema en la actualidad fotográfica, exponiendo dicho método de recopilación de datos cualitativos en el que se analizan distintas sentencias.

Finalmente, se pretende defender que la LPI proteja, no solo aspectos como la creatividad y la originalidad, sino también los procesos de trabajo –entre los que entraría un dominio conceptual y técnico-, antes que los resultados.

Palabras clave: Fotografía; Educación Artística; Método de Enseñanza; Tecnología de la Educación; Disciplina; Propiedad Intelectual.

1. Introducción

El fotógrafo francés Robert Demachy apuntó en 1899 la necesidad de diferenciar entre una buena fotografía y una fotografía artística. Una distinción necesaria también en la actualidad si consideramos, como él hizo, que el resultado más adecuado debía ser un compendio de cualidades que poseen unas técnicas sobre otras. En concreto, apuntando a la necesidad de analizar la composición, la iluminación, los valores, los tonos, las texturas y el procedimiento de las imágenes. (Fontcuberta, 2003)

El mismo debate propuesto por Demachy sigue vigente en nuestra legislación. En España, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la vigente Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI), diferencia entre “obra fotográfica”, cuya protección legal es más intensa y extensa (art. 10.1.h LPI); y “mera fotografía” (art. 128 LPI), dentro de la cual se incluyen fotografías de naturaleza, prensa, etcétera.

Ahora bien, el texto reconoce que una “obra artística” posee una “esfuerzo creativo” (composición y control de la iluminación), y que en ella se refleja la personalidad del autor, como sinónimo de originalidad. Sin embargo, las “meras fotografías” no tienen la misma calificación y la ley las considera fruto de una mera reproducción de la realidad en la que el autor no hace un verdadero aporte creativo, por lo que les reconoce solo cierto mérito técnico.

Por tanto, las notas características que se establecen como necesarias para distinguir ambas figuras son la originalidad y la creatividad. Es decir, que la falta de originalidad o de suficiente altura creativa, privan a la fotografía de la condición de obra fotográfica (art. 10.1.h LPI), lo que provoca que la protección legal por derechos de autor se reduzca en una cantidad importante de sentencias analizadas.

La cuestión no es baladí, pues afecta al núcleo central de este trabajo, en el que se defiende el “buen hacer” fotográfico, al que no se le estaría dando la adecuada protección legal. Esta investigación considera que el asunto no está adecuadamente tratado por la Ley de Propiedad Intelectual al obviar un aspecto esencial como es la adecuación técnica.

Por lo tanto, distinguirlo hace a una fotografía ser merecedora de una protección respecto al valor de su creación. Independientemente del concepto sobre el que trabaje o la apariencia original o creativa que posea la imagen, es muy importante reconocer si en su elaboración el autor ha seguido un “buen hacer”. Esto ocurre porque, por ejemplo, una aparente sencillez en la imagen puede ser fruto del dominio de la técnica. Y para ello, hace falta reconocer que se está ante algo más que una “obra artística”, condición que se le da dependiendo más de los gustos, estilos e influencia de la época.

2. Objetivos

- Realizar una revisión de la jurisprudencia más actual respecto a la definición de mera fotografía, frente a la de obra fotográfica que se incluye en nuestra legislación.
- Revisar bibliográficamente la literatura disponible sobre los conceptos y teorías relacionadas con la idea de la investigación, para conocer lo que previamente ya han escrito otros autores sobre el tema propuesto, y poder medirlos empírica y cuantitativamente: el origen del concepto “técnica” y su relación con el automatismo y el avance tecnológico; la diferencia entre los llamados funcionarios y los profesionales; el concepto de aficionado e intruso; lo que se entiende por “buen hacer” o “buena praxis” en el oficio; la ortodoxia y la heterodoxia; los afectos de la retórica barroca; concepto de realismo, tan arraigado al medio fotográfico y su idiosincrasia.
- Por último, el propio hacer fotográfico supone ser una referencia de la realidad y, por lo mismo, su significación es polisémica, sujeta a la intervención del fotógrafo sobre la realidad representada.

3. Desarrollo de la innovación

3.1. Base conceptual:

En la edad contemporánea, el aprendizaje de las técnicas comenzó a basarse en métodos al tomar como referencia la ciencia, que seguía ciertas reglas de manera ordenada.

Las herramientas pasaron a ser máquinas y su producción fue más eficiente, pero también más cara. De modo que, dependiendo del instrumento que se usara, se podía transformar la forma de un objeto, con más o menos intensidad, y de un modo relativamente fácil, ágil o cómodo. Así, como una cámara tecnológicamente avanzada en comparación con otra manual, ambas hacen la misma función aunque cada una requiere más o menos esfuerzo y tiempo del fotógrafo.

Se deduce de ello que la mayoría de las herramientas y utensilios fabricados a lo largo de la historia, incluida la máquina fotográfica, progresan con los años para superar los propios límites humanos. Desarrollan así funciones tecnológicas incontrolables para el hombre, pero que le ofrecen al usuario el máximo uso, ahorro de tiempo y un menor esfuerzo.

Son hoy insustituibles las instalaciones, aparatos y máquinas del mundo técnico. Sería necio marchar ciegamente contra el mundo técnico. Sería miope querer condenar el mundo técnico como obra del diablo. Dependemos de los objetos técnicos, estos no están desafiando, incluso, a una constante mejora. Sin darnos cuenta, hemos quedado tan firmemente fundidos a los objetos técnicos, que hemos venido a dar en su servidumbre. (Heidegger, 1997:100)

Se puede por tanto ceder a su ineludible utilización o decidir que no nos dirijan, exijan, confundan o deformen evitando que los cambios técnicos marquen cómo se trabaja. Sin embargo, la técnica ha sido siempre un instrumento constante de disciplina y educación para el fotógrafo que marca los pasos. Y para controlar la técnica fotográfica, se deben aprender primero las leyes de su comportamiento.

Es decir, la creación se puede apoyar en unos ‘métodos’ mediante los que la experimentación se desarrolle de manera más inteligente, menos casual, para que la gente aprenda de sus errores y pueda sacar provecho de los éxitos. Este sería el momento en el que empezar a imponer lo que se desea de la cámara. (Daniel, 2005:73)

Seguir un método significa plantear unas estrategias de manera ordenada, permitiendo descubrir la verdad y consolidar un conocimiento para enseñarlo. Se puede hacer mediante un hábito o gracias a una enseñanza. Es más, la técnica se conforma por los métodos de trabajo que pueden aportar razones apropiadas por las que se adaptan dichas reglas.

Diseñar un método significa trazar cierto camino para alcanzar un determinado fin propuesto de antemano. El método se contrapone a la suerte y al azar porque representa un orden manifestado en un conjunto de reglas y las razones por las que se adoptan estas reglas. Aunque la suerte y el azar pueden ofrecer el mismo fin, el método representa el camino hacia el objetivo que además puede abrir otras vías. De este modo, o se alcanza el fin propuesto como principal objetivo o se llega a otros fines que no se habían precisado.

Usar un método significa diseñar unas estrategias, tácticas y técnicas que permiten descubrir, consolidar y refinar un conocimiento, lo que en un plano científico incluye un procedimiento ordenado para alcanzar la verdad y demostrarla. Ya sea como un hábito o gracias a una enseñanza, la técnica representa los métodos de trabajo, los procedimientos y técnicas que facilitan un buen abordaje de la realidad y un enriquecimiento de la misma.

Cualquier metodología parte de un esfuerzo por conocer lo verdaderamente objetivo hasta llegar a los criterios de un proyecto científico complejo, en el que las fuentes también puedan bifurcar en sentido contrario hacia otros resultados. Así, las Ciencias Sociales parten de considerar que no hay nada definitivo, por lo que se experimenta con una idea y el trabajo permite aprender de los errores o sacar provecho de los éxitos.

Hay además que tener en cuenta que cualquier afirmación puede estar condicionada por las valoraciones subjetivas, ya que toda hermenéutica de un texto implica su interpretación. Al igual que quien conoce una máquina o está versado en un oficio, lo maneja en función de sus decisiones personales.

Resulta cierto que el método puede ser prescindible si la suerte o el azar hacen al fotógrafo llegar al fin propuesto. Pero esto no es lo que suele pasar, si se tiene en cuenta que conocer la esencia y el lenguaje fotográfico representan un camino que puede abrir otros.

Habitarse a un método implica aprender a resolver los problemas que puedan surgir durante la toma, optimizando el tiempo que se dedica a ese trabajo y consiguiendo el máximo beneficio. Un conocimiento técnico que diferencia al profesional de un aficionado que resuelve de un modo automatizado.

De la unión entre el método y la idiosincrasia, se define el “buen hacer” como aquella actividad con motivos intelectuales que implica tener un conocimiento profundo, estar instruido, ser hábil o diestro en la producción de fotografías.

La idiosincrasia es un vocablo de origen griego con el que se designa a aquellos sesgos de la personalidad que, por su naturaleza estereotipada, pueden ser definitorios de un individuo o convertirse en patrones conductuales de un grupo humano.

En el ámbito sociológico, los rasgos idiosincráticos tienen el valor de un hecho diferencial que permite entender la asimilación y acomodación de costumbres dentro un colectivo, y la peculiaridad distintiva de unos respecto de otros.

Dichos rasgos son la esencia ("essentia") de la cosa en cuestión.

Platón consideró 'esencias' las ideas y formas al identificarlas como 'entidades reales y Aristóteles las consideró 'predicados' de las 'substancias' (cualidades, especificaciones o categorías que forman parte la substancia).

Pero no todos los 'predicados' son esenciales. Por ejemplo, decir "mi fotografía está bien expuesta" no es enunciar la esencia de mi fotografía, pues "está bien expuesta" puede estimarse como un predicado accidental de mi fotografía. Decir "mi fotografía es fruto de la luz" expresa el ser esencial de mi foto. Pero expresa así mismo el ser esencial de mi foto respecto a otras técnicas. Del mismo modo que es el ser esencial de una fotografía de Ansel Adams, de Bleda y Rosa. Para saber lo que mi fotografía «es», habría que encontrar una "diferencia" que la acotara y singularizara con respecto a las fotografías de los demás.

Por tanto, el "buen hacer" se refiere a un conocimiento profundo porque toda sabiduría tiene lugar cuando un sujeto 'aprehende' (asimila inmediatamente) un objeto y no tan solo de manera descriptiva (lo que es y lo que parecer ser), sino verdaderamente, yendo a la esencia de la cosa.

Además, muchos consideran que el conocimiento es una habilidad que sigue una serie de normas, por lo que se ha relacionado con la técnica. La 'téchne' es una habilidad que poseen los que se dedican a un oficio mediante la cual se transforma una realidad natural en una realidad artificial siguiendo ciertas reglas. De hecho, Max Scheler habló de tres clases de saber, entre los que estaba el 'saber técnico', cuyas raíces nacen de la necesidad material y para el que tenemos la 'técnica'.

Por otro lado, los griegos llamaban praxis tanto a la acción moral como a la acción de llevar a cabo algo (un quehacer). De ahí que la actividad práctica, a diferencia de la teórica, fuese lo adecuado o efectivo (praxis) para una transacción o negocio.

Pero afirmar que algo está bien atiende a unas razones, una voluntad o una intuición. En definitiva, el "buen hacer" es un concepto subjetivo (moralmente hablando) que siempre admite la posibilidad de análisis. Ocurre porque se requiere de un aprendizaje para aprehender su significado, por lo que implica no solo contar con un buen caudal de conocimientos adquiridos (estar instruido), sino también la atención a una opinión ética y que depende de las propiedades que posea, el periodo histórico o la clase social. Por todo esto, una persona puede afirmar que una cosa es buena al considerar que alcanza la perfección mientras otra considere lo contrario.

Por ello, se afronta que el "buen hacer" fotográfico es una actividad que implica tener un conocimiento profundo del medio. Al calificarlo de profundo se hace referencia a lo mejor que sea posible, puesto que no se puede certificar la posibilidad de llegar a un conocimiento absoluto.

Esto implica que dicha praxis se basa en creer que se hace algo como es debido, lo legítimo, lo verdadero, beneficioso, apetecible, lo justo, lo honesto, útil, el deber o alguna cosa valiosa.

Además, hay que recordar que el conocimiento es una habilidad de base técnica, que poseen los que se dedican a un oficio mediante el cual se transforma una realidad siguiendo unas normas técnicas. Por eso es necesario estar instruido, teniendo en cuenta la experiencia del oficio que lo demuestre, y partir de un conocimiento teórico hasta llegar a una buena praxis.

La comprensión profunda de un conocimiento teórico se culmina aplicándolo a la práctica de manera adecuada o efectiva (lo real es efectivo). Lo bueno, lo práctico, la sabiduría,... todo conlleva hacer cosas adecuadamente. Con todo esto, se podrán producir fotografías en las que se transforma la realidad natural en una más o menos artificial (si se desea).

Ahora bien, para saber-hacer en la actividad fotográfica, hay que definir los principios básicos mínimos que cualquier fotografía debe tener y que cualquiera que se dedique a esta actividad como oficio debería seguir. O lo que es lo mismo, su idiosincrasia, para conocer su esencia, lo universal de la foto, lo que la diferencia de las demás artes. Se trata de remarcar lo que resulta más importante, lo que nunca debe faltar a pesar del avance técnico, de la evolución tecnológica o las tendencias. En definitiva, lo que diferencia al profesional del aficionado.

La diferencia reside en que la materia prima del fotógrafo no es la realidad, sino su significado. Porque la cámara no produce bienes consumibles, sino recursos que apoyan a la información. Por lo tanto, lo que el fotógrafo pretende informar (modificar) no es la realidad, sino que produce, procesa y abastece de símbolos igual que hacen en su trabajo un compositor o un pintor. (Flusser, 1990:28)

Precisamente uno de los problemas filosóficos por excelencia ha sido tradicionalmente definir la realidad. 'Realismo' es el nombre de la actitud que se atiende a los hechos "tal y como son", sin interpretaciones que los falsean o sin aspirar a violentarlos por medio de los propios deseos.

Como decía Valentín Sama en su conversación con el autor para este artículo, "la fotografía tiene una capacidad descriptiva y de precisión muy alta, por la que todo queda implacablemente registrado. Aunque después podamos decidir no usarla y que evidentemente se puede llegar a emular con otras técnicas. Pero tiene esa capacidad casi forense".

Pero decir que algo es real no se refiere solo a que "no es meramente aparente o ilusorio" o a que "existe cuantificadamente", sino también a que es "auténtico", "genuino", "verdadero"¹ o "natural".

Los positivistas fueron los primeros en afrontar la idea de realidad destacando la importancia de lo positivo ("positum") como lo cierto, objetivo o verdadero, mientras pusieron en duda todo lo que no ofrecía estos rasgos -como las teorías o las imaginaciones-.

El origen de este movimiento proviene de Auguste Comte, quien propuso reformar la sociedad mediante unas normas que implicaban cambiar el "saber". Además, planteó que la ciencia necesitaba una metodología, un orden y una jerarquía, en la que se renunciara a todo lo trascendente y se redujera a averiguar y comprobar las leyes dadas por la experiencia. Amplió este planteamiento tanto a los fenómenos físicos como a los espirituales, lo social y lo moral.

Por su parte, la fotografía siempre se ha visto como el sistema más fiel de reproducción de la realidad. Sin embargo, decir que algo es real lleva implícito una experiencia material, cuantificable, existente y verdadera, que se puede describir y clasificar, que es efectiva.

Popularmente, la fotografía deviene credibilidad. Sin embargo, movimientos como el Positivismo, el Realismo y el Naturismo rechazaron la correspondencia entre lo verdadero y la realidad, apuntando que la veracidad de un hecho necesita una comprobación, una contrastación con los hechos previa fiable. Del mismo modo que, para asegurar que una fotografía es el reflejo de lo real, lo primero que hay que hacer es someterla a examen.

En concreto, el Realismo posee una clara influencia de la ciencia porque admite solo como verdadero lo que se puede observar directamente gracias a un rigor documental.

La actitud de los profesionales del sector vinculados al Realismo de no atender a la realidad por el hecho de documentarla sin más, es un concepto que resulta especialmente importante para defender que el fotógrafo debe respetar la realidad.

¹En la cultura occidental, la verdad se revela como un valor absoluto (Laguillo, 1995:119). Aunque aquí "Verdadero" se utiliza en su acepción de "correspondencia" o "isomorfismo en los hechos".

En sus ganas de cambiar el mundo y el deseo de mejora social, apuestan por registrar los hechos tal y como son, lo objetivable, para no ocultar nada, trabajando sin interpretaciones que falseen y sin mediación de los propios deseos. En su búsqueda de la exactitud, algo que puede verse como una vuelta a la Retórica, estos fotógrafos defienden de nuevo una metodología ordenada en la que se renunciaba a todo lo trascendente. Reduciendo así su labor a la averiguación y comprobación (ortodoxia) de las leyes dadas en la experiencia, tanto en los fenómenos físicos, como en los espirituales, en lo social y en lo moral.

Por eso, no deja de ser curioso cómo el surgimiento de la fotografía y su relación directa con la realidad, pusieron en crisis la observación objetiva del mundo del arte y lo impulsaron a buscar nuevos recursos visuales.

En definitiva, no se puede perder de vista que la fotografía, como producto fruto de un sistema tecnológico, está condicionada por una serie de conocimientos técnicos (físicos, mecánicos, químicos, ópticos, etcétera), cuyos resultados están a su vez condicionados por el fotógrafo: a nivel estético, filosófico, histórico, comunicativo, ideológico y creativo.

Lo que supone, por un lado, tener que romper con las normas ortodoxas establecidas a lo largo de la historia. Y que por otro, sea imprescindible seguir ciertas normas propias de la naturaleza mecánica de la fotografía, sin las cuales sería imposible obtener las imágenes: necesidad de la luz para registrar la misma (ya sea con o sin cámara, como el caso de los fotogramas o los digitogramas), la utilización de las leyes de la perspectiva albertiana (que transforma la tercera dimensión en 2D) y las leyes ópticas, propias de las lentes incorporadas a la cámara.

Actualmente, la propia evolución tecnológica del sistema digital ha potenciado la idea de emancipar a sus receptores de la necesidad de pensar, ya que ahora no es necesario conocer el proceso técnico adecuado a la toma que se desea realizar. Y esto permite al fotógrafo centrarse solo en la imaginación.

Sin embargo, no se puede obviar que el método que constituye la base de toda mecanización es asombrosamente simple: la mano humana. Todos sus movimientos tienen raíz en la mente. Pero la mano es inadecuada para trabajar con precisión matemática y sin pausa. Puede ser adiestrada, pero no puede permanecer invariablemente activa. Por eso, según Sigfried Giedion (1978:62-63), la mano no está preparada para automatizarse, porque sufrir automatización contradice totalmente lo orgánico (algo que se basa en el crecimiento y el cambio).

Con el marco de esta disyuntiva, Vilém Flusser ya planteó que el fotógrafo tiene que debatirse constantemente entre dos opciones, la de reconocerse funcionario del aparato y someterse a su rutina, o la de rebelarse y defender su libertad digna, opuesta al programa. Considera así que está en manos del fotógrafo la opción de buscar las bases esenciales, tanto en la técnica como en la imaginería, que obliguen al aparato a hacer lo que no quiere o no puede hacer porque no está inscrito en su programa. Es decir, lo que no abarca su función reproductiva.

3.2. Base legal:

La LPI establece que una obra fotográfica tiene la protección de “derecho de autor”, que abarca los derechos de explotación, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (arts. 17, 18, 19, 20 y 21 LPI), además del de participación (art. 24 LPI), y los derechos morales (art. 14 LPI), entre otros. Todos estos derechos se extienden durante toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento (art. 26 LPI).

Sin embargo, las denominadas “meras fotografías” se incluyen en el Libro II de la LPI, dentro del capítulo de ‘Otros derechos de propiedad intelectual’, a los que se denominan derechos afines porque no son “derechos de autor” en el sentido legal. De modo que los que realicen la fotografía o la reproducción por procedimiento análogo, gozan únicamente de los derechos exclusivos de autorizar su reproducción, distribución y

comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores de obras fotográficas. La duración, en este caso, se reduce a veinticinco años computados desde el día 1 de enero siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción (art. 128 LPI).

El autor de obras fotográficas es titular originario de los correspondientes derechos de explotación y morales sobre las mismas. Por tanto, la utilización (reproducción y distribución) de las fotografías y la cesión a terceros sin autorización supone un uso ilícito y una infracción de los derechos patrimoniales de Propiedad Intelectual. De igual modo, la transformación de las imágenes representa una infracción del derecho moral a la integridad de la obra.

Los elementos que ayudarían a distinguir entre ambos conceptos han quedado plasmados en la importante sentencia número 214/2011, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2011, que viene a sintetizar la jurisprudencia más actualizada al respecto.

Tal como se recoge en el recurso de casación a la referida sentencia número 214/ 2011 de 5 de abril de 2011, se presupone que la “creatividad” y la “originalidad” son valores de la “obra artística”, por ser fruto de un esfuerzo intelectual, talento, ingenio, novedad, inventiva o personalidad del autor, destrezas que convierten a la fotografía en una creación artística o intelectual.

Sin embargo, la legislación actual obvia que una técnica depurada, correcta y una representación objetiva también son destrezas que hacen que la imagen merezca el reconocimiento como obra. Hasta el momento, cuando el fotógrafo reproduce escenas de la vida cotidiana, minerales, plantas, animales, objetos o paisajes, el producto se enmarca en la categoría de “meras fotografías”. Frente a esta clasificación aparecen las imágenes que plasman la personalidad del autor, su creatividad, originalidad, ingenio o destreza, que sí son consideradas “obras fotográficas”.

Se entiende que estos casos se refieren a las fotografías de aficionados o intrusos, porque son los que normalmente fotografían sin conocimientos profundos en la materia. Sin embargo, su escaso detalle en la explicación de los parámetros que marcan un caso u otro, hace que las reproducciones de minerales, plantas, animales, objetos o paisaje pierdan automáticamente cualquiera de los derechos que posee una obra artística.

En este caso, se puede hablar de la fotografía publicada en prensa, las microfotografías de revistas científicas, reproducciones de obras históricas, el documentalismo y muchos otros usos de la imagen a los que se les omite el valor del “buen hacer” fotográfico. Sin embargo, una fotografía de moda o publicidad, tiene más opciones de ser valoradas como artísticas.

Abundando en ello, resulta interesante traer aquí lo que se contiene en la sentencia número 96/2000 de 14 de julio, de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), en la que se absuelve a un ciudadano de la pena de multa a la que se le había condenado por un Juzgado de lo Penal, por estampar en camisetas para su posterior venta una fotografía del encierro de las fiestas de San Fermín, realizada por un fotógrafo profesional, sin contar con la autorización del mismo. Lo que sostiene la Sala es que a efectos penales no es una obra artística, que es lo que exige el artículo 270 del Código Penal para entender que se cometió delito, pero no exactamente porque no reúna los requisitos para serlo, sino porque en la vía penal rige el principio de intervención mínima, que hace que sólo se utilice la misma cuando no es posible solucionar los problemas por otras jurisdicciones.

Lo interesante de la sentencia son las distintas opiniones doctrinales que se contienen en la misma para intentar dilucidar la distinción entre lo que es una obra fotográfica (art. 10.1.h) LPI) y una mera fotografía (art. 128 LPI). Así, queda recogido que Gonzalo Quintero Olivares en su obra ‘Comentarios a la Parte Especial del Derecho

Penal², que en la página 576, señala que las meras fotografías no se mencionan en el Código Penal a efectos de ser susceptibles de calificación de tipicidad penal. La distinción entre obras fotográficas y meras fotografías las ve el autor, siguiendo los comentarios de Concepción Carmona Salgado a ‘La Nueva Ley de Propiedad Intelectual’³, en ser obras de ingenio, las primeras, o una simple actividad mecánica, las segundas, que nunca pueden calificarse como auténtica creación intelectual y, por tanto, no serían susceptibles de protección a efectos penales, al no ser auténticos derechos de autor, a pesar de que sean susceptibles de otro tipo de protección.

Siguiendo con su razonamiento teórico, que es el que interesa en este artículo, los criterios para distinguir una obra fotográfica de una mera fotografía serían de distinto tipo. Por un lado está el de la originalidad, que ya lo menciona la propia LPI. Sin embargo, desde el punto de vista práctico la dificultad es casi insalvable, tal como dice el autor en la obra citada, parafraseando a Bercovitz, que mantenía que *“la fotografía se diferencia de otros tipos de obras por el tipo o forma de creación. Mientras que normalmente se trata de dar una forma a las representaciones espirituales del autor, en la fotografía se trata, en gran medida, de la reproducción de algo previamente existente en la realidad circundante con la ayuda de medios técnicos”*.

Lo que entendió el juez de Primera Instancia que condenó al recurrente fue que se trataba de una obra fotográfica por el carácter profesional de quien la realizó, cuyo medio de vida era ese, y que utilizó un equipo especializado para realizarla. Sin embargo, estos dos criterios, profesionalidad y equipo sofisticado, la Sala no los consideró suficientes para distinguir la obra fotográfica de la mera fotografía, pues entendían que la fotografía reproductiva difícilmente se puede considerar como una obra fotográfica a efectos de gozar de protección penal. Sin embargo, y esto es lo realmente relevante a los efectos de este estudio, la Sala insiste en que esta delimitación es solo a efectos penales, donde rige un criterio restrictivo y a favor del reo, pero *“en modo alguno ha de considerarse como una minusvaloración del valor estético o artístico de la fotografía”*, apostillan. Y para apoyar dicha afirmación, recurren nuevamente a Bercovitz, que al analizar el contenido del artículo 128 de la LPI, referido a la mera fotografía, afirma: *“Sin embargo, muchas de las fotografías cuya originalidad es dudosa, pueden tener un gran valor comercial, como reflejo de la realidad que captan, esto es, como consecuencia de su valor documental. Las fotografías constituyen actualmente documentos gráficos de la realidad social de primer orden, a veces de valor inestimable. Ese significado documental de la fotografía se extiende a todos los campos de la actividad: científica, artística, deportiva, política...”*, y añade, *“la mera fotografía se limita a recoger de forma normal o común escenas, figuras, acontecimientos de la realidad, aunque sea con gran precisión técnica y perfección de la imagen obtenida”*.

Por tanto, la profesionalidad y la precisión técnica no pueden descartarse como elementos distintivos a la hora de diferenciar entre obra fotográfica, y por tanto artística, de mera fotografía, tal y como defiende este estudio. Es decir, el valor documental de la fotografía, junto a la profesionalidad y la precisión técnica, elementos todos susceptibles de ser valorados adecuadamente por peritos especializados, no deben descartarse como criterios a tener en cuenta a la hora de distinguir, además de los ya mencionados anteriormente de originalidad o creatividad. Al menos es lo que se desprende del análisis que se ha realizado respecto a la opinión de este sector de la judicatura, que coincidiría con la hipótesis de esta investigación, y también con lo que expresan los expertos citados al principio de este apartado.

Resulta también interesante lo que se contiene en la sentencia número 234, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1996, que aunque referida a la reproducción fotográfica de una modelo publicitaria sin su consentimiento, añade un elemento más para distinguir el carácter artístico de la reproducción fotográfica al afirmar: *“...tampoco el carácter artístico de la reproducción fotográfica, que los usos sociales y la ley sólo*

² Para saber más ver Quintero Olivares, G. (2009). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.

³ Para saber más ver Carmona Salgado, C. (1988). *La Nueva Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Editorial Montecorbo.

estiman concurrente 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...”. Es decir, apuesta por el “hacer de carácter personalísimo”, que podría incorporarse sin problemas a lo que en esta investigación considera como “buen hacer”.

Mucho más clara aparece la distinción en la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de noviembre de 2003 y en las de 10 de septiembre de 2003, 20 de diciembre de 2004 y 1 de febrero de 2005 del mismo órgano, que dice: *“El requisito de la originalidad, exigido con alcance general por el artículo 10, para que la fotografía merezca la conceptualización de obra protegida, ha de identificarse con la novedad objetiva, ya sea radicada en la concepción ya en la ejecución de la misma, o en ambas, mas no con la mera novedad subjetiva. Lo decisivo a estos efectos es que aquélla incorpore la nota de la singularidad, por no haberse limitado el autor a reflejar objetos, figuras o acontecimientos de la realidad a través del simple proceso mecánico de captación de la imagen, aunque sea con gran precisión técnica, pero sin aportación original alguna por su parte al haber prescindido, bien por decisión personal, bien por imperativo del encargo profesional o por la razón que fuere, de la autonomía y capacidad creativa en orden a la elección del motivo, encuadre, contrastes, momento, contexto, revelado, etc., de tal modo que la proyección de la personalidad y capacidad creativa del autor cede ante la mera reproducción de la imagen tal cual aparece en la realidad, sin otros aditamentos emanados de su personalidad y creatividad. La exigencia de ese nivel altura creativa, materializada en alguna novedad creativa, es lo que determina el carácter de obra protegida, por transmitir al espectador emociones o ideas que, por ser producto de la creatividad, no aflorarían ante la contemplación de la mera captación de la realidad de las cosas”.*

Enlazando con lo anterior, ¿acaso preparar con esmero y cuidado todos los elementos de la fase previa a la toma de la fotografía, como el control de la iluminación, las escalas tonales y texturas, el ajuste del aparato, la creatividad en la puesta en escena, composición y organización de los elementos plásticos en el encuadre, control desde una visión personal o ajustarse a la verdadera intención del fotógrafo, no van más allá de la mera captación de la realidad de las cosas? Esta investigación considera que todos estos elementos, que son parte de lo que se puede denominar el “buen hacer” fotográfico, serían parte de la creatividad y, por tanto, elementos esenciales para calificar la fotografía como una obra artística. El problema será entonces que los tribunales de Justicia encuentren los técnicos y peritos con la suficiente capacidad profesional como para poder captar estos componentes, para así diferenciar la verdadera obra fotográfica de lo que es una mera fotografía.

En conclusión, la propuesta que se hace es que la Ley de Propiedad Intelectual tenga en cuenta los procesos de trabajo antes que los resultados, y los medios, antes que el fin.

4. Resultados

El profesor Laguillo (1995:69-74), ejemplificaba muy bien porqué a juicio de esta investigación, se clasifican inadecuadamente los aspectos que deben poseer las fotografías para estar más o menos protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual.

En el caso de la reproducción de objetos arqueológicos y obras de arte (animal, persona o cosa), existen una serie de convenciones en base a ciertos requisitos que se deducen de la necesidad de sustituir al referente de la manera más neutral, fiel, realista y objetiva posible. En estas fotografías, el fotógrafo desaparece tras el proceso mecánico para convertirse en su mero servidor. Esto ocurre porque hay que reducir cualquier énfasis o emoción

y garantizar así su fidelidad, realismo y objetividad. Con ello, el autor no solo demuestra su conocimiento de la técnica, sino también una sintonía con la pieza.

Dicha sintonía no tiene nada que ver con que el fotógrafo aporte su visión personal a la obra final o que refleje su personalidad en ella -lo que la propiedad intelectual considera originalidad y que en realidad, se refiere al estilo que aporta el autor-, sino que es capaz de elegir, de entre las múltiples posibilidades que existen para encararse con la pieza, aquella que mejor la represente, para que, finalmente, al observarla in situ y su reproducción, el espectador vea lo mismo.

En palabras de Walter Benjamin (2003), es como si se perdiera el aura de la pieza en la fotografía para quedar solo ella. Y esa aura es la sensación de originalidad que acompaña a la obra única e irrepetible, su esencia o lo mínimo originario del todo.

Por lo tanto, una correcta reproducción de una obra de arte, no puede ser original. Sin embargo, su resultado aparentemente sencillo precisa de una práctica minuciosa en la que el dominio de las herramientas es tan solo abarcable por fotógrafos con conocimientos profundos para conseguir los resultados idóneos.

Ocurre lo mismo con las fotografías de naturaleza, la fotomacrografía, la microfotografía usada en las ciencias, las del fotoperiodismo más objetivo, el nuevo documentalismo y muchos otros nuevos géneros fotográficos, no todos artísticos, sino fruto de un oficio en la que se apoyan otros profesionales.

En el lado opuesto se puede hablar de los retratos de Tomas Ruff. Existe en ellos una aparente utilización pura, cuidadosa y fría del medio que podría reconocerse bajo una intención de transparencia del fotógrafo. Sin embargo, la objetividad pura en fotografía no existe, lo mismo que no existe la perfección. Como defiende Humberto Rivas (Laguillo, 1995:100), a la hora de hacer una fotografía, normalmente vemos lo que queremos ver. E inevitablemente, ahí está incluido el fotógrafo.

Se considera que un retrato es bueno en la medida en la que refleje más la personalidad del modelo. Y normalmente, hay una voluntad por parte del fotógrafo de hacer aparecer la esencia, el carácter, de la persona. Pero no por más detalle físico que contenga la imagen, se obtienen más datos acerca del fotografiado. De hecho, la fotografía será incapaz de responder a las preguntas que tengamos sobre el retratado.

Un espectador acostumbrado a contemplar retratos como iconos de un grupo social (Martín Cambi, Sander, Lewis Hine o Richard Avedon) o de una personalidades distintivas o reputadas (Lola Álvarez Bravo o Arnold Newman), percibe en los retratos de Thomas Ruff, tan solo fotos de carné más ampliadas que de costumbre.

Sin embargo, éstos se fotografían bajo el mismo esquema de trabajo, creando series sólidas e inagotables. Además, se explican a partir de la cultura alemana obsesionada con la perfección y el control de la realidad. Por eso se dice que de estas fotografías emanan emociones subjetivas, ya que la presencia del fotógrafo y el sujeto quedan muy patentes, igualándose en importancia, tanto en el modo de ver, como en el de representar al retratado.

Hay que aclarar al respecto que el principio de originalidad del mensaje en una creación está estrechamente relacionado con la vulneración de la normativa. Es decir, cuanto más probable y esperada resulte la información de la imagen, también será menos novedosa u original y, por lo tanto, menor interés o sorpresa ofrecerá al espectador. Por este motivo, las fotografías que no siguen las reglas académicas llaman la atención sobre las que suponen un resultado fiel, fruto del control del proceso fotográfico. Sin embargo, esa sorpresa se convierte en rechazo cuando la fotografía se abstrae, quizá por la idea de que la imagen fotográfica debe asemejarse a su referente.

En conclusión, la ortodoxia es un estado de conformidad con unas normas socialmente admitidas, mientras que la heterodoxia representa la disconformidad ante lo impuesto. Pero, ya sean verdades u opiniones, toda regla puede ser cuestionada.

Si trasladamos esta idea a la fotografía, la ortodoxo podría ser una imagen completamente nítida, mientras que lo que estaría fuera de la norma, sería una desenfocada. Sin embargo, en ambos casos, se refiere a normas creadas por un momento histórico. Así que incluso un error fotográfico -un ruido-, puede convertirse en un recurso útil para la expresión, pasando a ser una norma en el momento en que el usuario lo reconoce como código. Lo vemos, por ejemplo, en los emborronamientos para representar el movimiento.

En la Retórica, que se originó como disciplina del “bien decir” totalmente marcada por un discurso ortodoxo para persuadir a los espectadores, se puede observar algo muy interesante. Se proponía al intérprete romper las normas mediante las llamadas “figuras retóricas”, que eran las que afectaban a las emociones del público. Del mismo modo que si en la fotografía proponemos que primero se conozca el uso ortodoxo de la cámara, su idiosincrasia y “saber hacer”, como vía hacia la heterodoxia. Es decir, aprender como se hace una fotografía adecuada, para después romper las normas si así se desea.

5. Conclusiones

Según la Ley de Propiedad Intelectual, los aspectos que deben poseer una fotografía para ser obra fotográfica o mera fotografía -y por lo tanto, estar más o menos protegidas-, son:

- El esfuerzo creativo, que en realidad se vincula con los gustos de la época.
- La originalidad, que se asocia a un reflejo de la personalidad del autor.

Sin embargo, sabemos que los requisitos para reproducir obras de arte son garantizar la neutralidad y máxima objetividad. Por lo tanto, no se busca una originalidad, sino que el fotógrafo desaparezca tras el proceso mecánico. Pero esto no significa que la obra merezca estar menos protegida.

A pesar de ello, actualmente una fotografía de Thomas Ruff es considerada artística pero una de un experto en reproducción de objetos sería considerada mera fotografía. Aunque en ambos casos el fotógrafo pretenda conseguir resultados más allá de una mera captación del sujeto/objeto.

Si es el fotógrafo quien tiene los conocimientos profundos en la materia, ¿por qué la propia ley no valora del igual modo el trabajo de un fotógrafo, que el de un artista?

La importancia de conocer y seguir unos métodos de trabajo que dicten el “buen hacer” fotográfico debe empezar por un reconocimiento legal por parte de la Ley de la Propiedad Intelectual. Esta investigación ha considerado que el escaso detalle con el que dicha ley explica los parámetros que marcan la distinción entre imágenes que merecen más o menos protección legal resulta inadecuado. Se hace esta consideración porque la normativa obvia aspectos esenciales como son el dominio de las herramientas técnicas, los conocimientos profundos en la materia o las destrezas que hacen que la imagen llegue al resultado idóneo.

Independientemente del concepto sobre el que trabaje, la apariencia original o creativa que posea la imagen – condición que depende más de los gustos, estilos e influencia de la época-, el profesional se distinguirá del que no lo es por ser capaz de elegir, de entre las múltiples posibilidades que existen para encararse con la pieza, aquella que mejor la presente. De hecho, existen muchos casos en los que un resultado aparentemente sencillo precisa un dominio de las herramientas tan solo abarcable por fotógrafos con conocimientos profundos, como para conseguir los resultados idóneos. Igual que hay meras fotografías con gran precisión técnica -fruto del aparato que se haya usado, que se limitan a recoger escenas comunes, sin pretensión creativa.

Con lo cual, lo que debería proteger la Ley de Propiedad Intelectual, no es solo la creatividad y originalidad, sino también los procesos de trabajo, antes que los resultados. En los que entraría un dominio conceptual y técnico.

Fruto de ello, se propone la siguiente clasificación:

- Fotografía que sigue el “buen hacer”, ya sea obra artística o fotografía profesional.
- Mera fotografía: que está claro, no sigue procesos de trabajo.

Por eso, la propuesta final que se hace con esta investigación se dirige no solo a los profesionales interesados en el “buen hacer”, sino también a técnicos y peritos que analizan las fotografías juzgadas en los tribunales. Y se hace porque en toda imagen, el autor ha seguido, junto a la creatividad y la originalidad, unos procesos de trabajo y unos medios afines, antes que el fin y los resultados. De esa manera, se evita que muchas fotografías injustamente valoradas, pierdan automáticamente cualquiera de los derechos que actualmente posee una obra artística.

Valorar los procesos de trabajo hasta llegar a los resultados que presenta la imagen, sea o no una obra artística, resulta igual de digno que basarse en unos resultados originales y creativos. Además, incluir el “buen hacer” del profesional en los peritajes evitaría, por ejemplo, que las reproducciones de minerales, obras de arte, plantas, animales, objetos o paisaje perdieran automáticamente cualquiera de los derechos que posee una obra artística.

Reconocer la habilidad del operario para elegir la mejor opción, entre las múltiples posibilidades a la hora de hacer una fotografía, representaría algo primordial. Sin embargo, hay obras profesionales que no se acogen al concepto jurídico de originalidad y no por ello desmerecen una protección. Se defiende aquí que es igualmente digno valorar el trabajo que ha supuesto llegar a los resultados que presenta la imagen, sea o no una obra artística.

El “buen hacer” fotográfico mira hacia el control de todas las fases del proceso de trabajo de manera equilibrada, desde tener una buena idea a ejecutarla de forma adecuada, más que hacia los resultados. Y aunque es cierto que los malos fotógrafos siempre han existido, la incapacidad de la sociedad para valorar la importancia de una serie de aspectos en torno a la calidad fotográfica resulta cada vez mayor e incontrolable. Por lo tanto, ni el fotógrafo puede acomodarse a esta idea ni la ley debería desprotegerlo.

6. Referencias

- BATCHEN, G., (2004). *Arder en deseos. La concepción de la fotografía*. Barcelona: Editorial Gustavo Gili.
- BAZIN, A., (2008). *¿Qué es el cine?*. Madrid: Ediciones Rialp.
- BENJAMIN, W., (1989). *Discursos Interrumpidos I. Filosofía del arte y de la historia*. Madrid: Taurus.
- BENJAMIN, W., (2012). *Imágenes que piensan*. Madrid: Abada Editores
- BENJAMIN, W., (2003). *De la obra del arte en la época de su reproductibilidad técnica*. México D.F.: Itaca.
- DANIEL, U., (2005). *Compendio de historia cultural. Teoría, prácticas, palabras clave*. Madrid: Alianza Editorial.
- España. Real Decreto Ley 1/1996, de 12 de abril sobre la Propiedad Intelectual (BOE – A- 1996-8930 , número 97, del 22 de abril de 1996, páginas 14369 a 14396).
- FLUSSER, V., (1990). *Hacia una filosofía de la fotografía*. México D.F.: Editorial Trillas.
- FONTCUBERTA, J., (2011). “Por un manifiesto postfotográfico” en *Suplemento Cultura, La Vanguardia* [En Línea] 11 de mayo de 2011, Barcelona, disponible en: <http://www.lavanguardia.com/cultura/20110511/54152218372/por-un-manifiesto-posfotografico.html> [Consulta: 1 de octubre de 2015].
- FONTCUBERTA, J., (2011). *El beso de Judas. Fotografía y verdad*. Barcelona: Editorial Gustavo Gili.
- FONTCUBERTA, J., (coord.) (2003) *Estética Fotográfica*. Barcelona, Editorial Gustavo Gili.
- FONTCUBERTA, J., (2014). “Imágenes conspirativas” conferencia dictada durante los *V Encuentros fotográficos de la Universidad de Granada*. Centro Mediterráneo de la Universidad de Granada, 10 de septiembre de 2014.

- FREUND, G., (2011). *La fotografía como documento social*. Barcelona: Editorial Gustavo Gili.
- GIEDION, S., (1978). *La mecanización toma el mando*. Barcelona: Editorial Gustavo Gili.
- HEIDEGGER, M., (1997). *Filosofía, Ciencia y Técnica*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- LAGUILLO, M., (1995). *¿Por qué fotografiar? Escritos de circunstancias 1982- 1994*. Colección Palabras de arte. Número 1, Murcia, Mestizo.
- MUMFORD, L., (1998). *Técnica y civilización*. Madrid: Alianza Editorial.
- MUMFORD, L., (2014). *Arte y técnica*. Logroño: Pepitas de calabaza.
- ORTEGA Y GASSET, J., (1997). *Meditación de la Técnica y otros ensayos*. San Sebastián: Revista de Occidente.
- ORTEGA Y GASSET, J., (2009). *La deshumanización del arte*. Madrid: Alianza Editorial.
- PETRUCK, P.R., (ed.) (1979). *The Camera Viewed: writings on Twentieth-Century Photography. Photography before World War II. Volume I*. Nueva York: Dutton Paperback E.P. Dutton.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 160/2013 (Sección 1ª), de 22 mayo de 2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 96/2000 (Sección 3ª), de 14 de julio de 2000.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 35/2007 (Sección 9ª), de 6 febrero de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo 214/2011 (Sala de lo Civil), de 5 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo 234/1996 (Sala de lo Civil), de 29 de marzo.
- SHORE, S., (2009) *Lección de fotografía. La naturaleza de las fotografías*. Barcelona, Phaidon.
- WANG, H., (2015). *From Darkroom to daylight*. China: Editorial Daylight.