

La falta de criterios dentro del ordenamiento jurídico peruano respecto del concepto de «originalidad» aplicado a la protección de los derechos de autor sobre imágenes fotográficas

The absence of criteria in the peruvian legal system regarding the concept of «authenticity» applied to copyright law protection on photographic images

WENDY ELIZABETH CHÁVEZ GUTIERREZ*

Resumen: En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de autor brinda protección a las fotografías cuando son originales y, por tener tal característica, son consideradas obras fotográficas. Sin embargo, las autoridades no han brindado alcances suficientes de lo que una fotografía requiere para ser considerada original. Ante ello, el presente artículo evalúa las carencias de nuestras normas a este respecto. Se busca determinar qué legislación extranjera brinda un mejor referente, así como analizar las distintas posturas que la doctrina y la jurisprudencia brindan respecto al concepto de originalidad, con el fin de determinar criterios concretos respecto a la calificación de si una fotografía es o no original y, por lo tanto, protegible por el derecho de autor e incluso proponer un cambio en nuestra actual legislación sobre la materia.

Palabras clave: derecho de autor – criterios – originalidad – imágenes – fotografía

Abstract: In our legal system, Copyright Law confers protection to authentic photographs and due to this feature, they are considered photographic works. Nevertheless, authorities have not given enough information of what a photography requires to be considered authentic. On account of this, the shortcomings of our related rules are evaluated to determine which foreign legislation gives a better referent, and to analyze the different views given to the authenticity concept by doctrine and case law. All of this with the purpose of determining specific criteria to qualify a photography as authentic and protected by Copyright Law, and proposing changes in our current legislation on the matter.

Key words: copyright law – criteria – authenticity – images – photography

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DERECHOS DE AUTOR SOBRE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS: PANORAMA ACTUAL.– II.1. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.–

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Consejo de Egresados del Círculo de Derecho Administrativo (CDA), asociación especializada en temas de derecho administrativo dirigida por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP. Actualmente es asociada del área de Competencia y Propiedad Intelectual del Estudio Hernández & Cía. Abogados. Correo electrónico: w.chavez@pucp.pe

II.1.1. EL CASO ESPAÑOL: LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.- II.1.2. LOS CASOS NORTEAMERICANO Y BRITÁNICO: *COPYRIGHT LAW*.- II.1.3. EL CASO ALEMÁN: *GESTALTUNGSHÖHE*.- II.2. ESENCIA DE LA PROTECCIÓN DE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS: LA ORIGINALIDAD.- III. EL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD APLICADO A IMÁGENES FOTOGRÁFICAS.- III.1. LA COMPLEJIDAD DE LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD RESPECTO A IMÁGENES FOTOGRÁFICAS.- III.2. TEORÍAS QUE EXPLICAN EL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD APLICADO A IMÁGENES FOTOGRÁFICAS.- III.2.1. TEORÍA DE LA NOVEDAD.- III.2.1.1. NOVEDAD OBJETIVA.- III.2.1.2. NOVEDAD SUBJETIVA.- III.2.2. TEORÍA DE LA PERSONALIDAD.- III.2.3. POSICIÓN INTERMEDIA ENTRE LAS TEORÍAS DE LA NOVEDAD Y DE LA PERSONALIDAD.- III.3. IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE REALIZACIÓN DE UNA FOTOGRAFÍA EN EL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD DE LA OBRA FOTOGRÁFICA.- III.4. PANORAMA ACTUAL EN EL PERÚ RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS.- IV. HACIA UNA CONCRETIZACIÓN DEL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD DE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.- IV.1. POSTURA FINAL SOBRE EL CONCEPTO: ¿CUÁL ES LA ESENCIA DE LA ORIGINALIDAD? ¿QUÉ FOTOGRAFÍAS DEBEN PROTEGERSE?.- IV.1.1. CLASES DE FOTOGRAFÍA Y LA PARTICULAR APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD EN ELLAS.- IV.1.2. MERAS FOTOGRAFÍAS VERSUS OBRAS FOTOGRÁFICAS.- IV.2. PROPUESTA: CRITERIOS PARA UNA NOCIÓN CONCRETA DE «ORIGINALIDAD».- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del ordenamiento peruano, las obras fotográficas son protegidas mediante el derecho de autor cuando son obras «originales». A pesar de que dicha protección se vea condicionada a tal característica, nuestras autoridades no han definido y/o dado alcances suficientes de lo que una fotografía requiere para ser considerada «original». En tiempos en los que este medio de comunicación visual se utiliza frecuentemente en muchos espacios, resulta necesario tener en claro criterios precisos para evaluar qué haría «original» a una fotografía. Esto permitiría brindar una mayor seguridad jurídica a los artistas que se dedican a la fotografía y dejar a un lado los debates en torno a si una fotografía puede ser protegida o no por el derecho de autor.

De este modo, el objetivo del presente trabajo es proponer parámetros concretos aplicables a nuestro ordenamiento jurídico y acordes a nuestra realidad de lo que significa la «originalidad» de una fotografía. Para ello se evaluarán las carencias propias del ordenamiento en nuestro país, además se recurrirá a legislación extranjera que pueda brindar un referente con el cual contrastar nuestra situación. Por otra parte, se analizarán las distintas posturas que defienden la doctrina, la jurisprudencia y, sobre todo, los expertos en fotografía respecto al concepto de «originalidad». Por último, luego de una mirada al panorama actual nacional y

extranjero, se propondrán criterios concretos que ayuden al legislador a determinar cuándo estamos ante una fotografía original y, por lo tanto, protegible por el derecho de autor.

II. DERECHOS DE AUTOR SOBRE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS: PANORAMA ACTUAL

A fin de determinar el campo del presente trabajo, desarrollaremos los diversos puntos de vista que las legislaciones española, estadounidense, alemana y peruana tienen sobre el derecho de autor. Nos enfocaremos especialmente en la noción de «originalidad», aplicada a imágenes fotográficas, que aquellas manejan. De esta forma, se podrá hacer una comparación entre las tres primeras legislaciones que permita identificar las conclusiones más importantes a las que se ha llegado en esta materia, para poder amoldarlas a las necesidades de nuestro ordenamiento jurídico.

II.1. Legislación extranjera

En primer lugar, desarrollaremos la noción de originalidad aplicada a imágenes fotográficas protegidas por el derecho de autor que aparece en las legislaciones extranjeras más relevantes para este asunto. De este modo, analizaremos lo dispuesto por la Ley de Propiedad Intelectual española, por las respectivas *Copyright Law* estadounidense y británica y, [...]” ya que se utilizan gentilicios y, por último, por la *Gestaltungshöhe* o la «altura creativa» alemana. De forma general, partimos por lo señalado por Mónica Restrepo a propósito de lo dispuesto por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

la obra fotográfica se define como una imagen de objetos de realidad, producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación que puede protegerse como obra artística siempre que su composición, selección, o modo de capacitación del objeto elegido muestre *originalidad*. Esta originalidad [...] podrá, eventualmente, generar controversia según se aprecie la obra en sentido subjetivo u objetivo, pero necesariamente deberá contar con un mínimo de altura creativa para constituirse en tal¹.

Una primera mirada al panorama permite notar que las legislaciones antes señaladas abarcan los derechos de realizar, autorizar o prohibir la explotación de imágenes fotográficas mediante la reproducción,

589

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRÁFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

1 RESTREPO RUIZ, Mónica. «Hablemos un poco sobre las obras fotográficas y su protección». *Mónica Restrepo. Propiedad Intelectual*, entrada del 22 de agosto de 2012 (<http://mr-propiedadintelectual.blogspot.com/2012/08/hablemos-un-poco-sobre-las-obras.html#comment-form>).

distribución, comunicación pública y transformación de las mismas². Sin embargo, veremos que las diferencias entre las nociones de originalidad que cada una de dichas legislaciones maneja influyen de forma relevante en la forma de regular los derechos mencionados inicialmente.

II.1.1. El caso español: Ley de Propiedad Intelectual

El artículo 10 del real decreto legislativo 1/1996 del 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, señala que «son objeto de propiedad intelectual todas las *creaciones originales* literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] h) Las *obras fotográficas* y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía [...]»³.

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico español protege las «obras fotográficas» que sean «creaciones originales». Sin embargo, no se considera cuáles son los criterios para determinar si una fotografía reúne los requisitos necesarios para ser original. En ese sentido, la tarea de determinar cuándo una fotografía es susceptible de ser protegida por el derecho de autor y, por consiguiente, de definir lo que se debe entender por originalidad está en manos de la doctrina.

Por ello, es importante resaltar lo expuesto por Laia Esteban Guinea, quien señala que «la fotografía se diferencia de otros tipos de obras por el tipo o forma de creación. Mientras que en otro tipo de obras, el autor intenta dar forma a representaciones espirituales, en la fotografía se trata de reproducir algo que ya existe en el mundo real. Se trata de utilizar medios técnicos para plasmar y mostrar la realidad». De este modo, para que una fotografía sea original y, por lo tanto, susceptible de ser protegida por el derecho de autor, deberá ser capaz de «promover en el espectador de la fotografía, una emoción, un sentimiento, una idea que no se derive de la mera contemplación común o normal de la realidad»⁴. Asimismo, cabe señalar que

nunca se puede hacer depender la protección de la posibilidad de determinar quién es el fotógrafo y, por supuesto, tampoco de que se pueda determinar a qué escuela pertenece. No es este el significado de la originalidad entendida en su sentido subjetivo. *Si se ha plasmado la personalidad, la fotografía será protegida*, independientemente de que se pueda o no determinar quién es el autor⁵.

2 LARA CEIJAS, Janett. «La protección de la obra fotográfica a la luz del derecho comparado». *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, 8 (2010), pp. 46-65, pp. 48-49.

3 Las cursivas son nuestras.

4 ESTEBAN GUINEA, Laia. «Obra fotográfica y mera fotografía». *Revista FEPFI*, 8 (2011).

5 VALERO MARTÍN, Eva. *Obras fotográficas y meras fotografías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 152-153. Las cursivas son nuestras.

Por lo tanto, es claro que la doctrina española se inclina por la teoría subjetiva, la cual considera como elemento esencial de la originalidad de una fotografía el que el autor manifieste la impronta de su personalidad en la misma. Sin embargo, existen también fuertes críticas a esta teoría, sobre todo porque la noción de «personalidad», al ser entendida como la diferencia individual entre una persona y otra, permite concluir que toda obra siempre manifestará, de algún u otro modo, la personalidad e individualidad de alguien⁶. De este modo, adoptar la teoría subjetiva como criterio para definir el concepto de originalidad conduciría a una nueva discusión acerca de cuáles deberían ser los criterios para determinar que una fotografía lleva plasmada la personalidad de su autor.

II.1.2. Los casos estadounidense y británico: *Copyright Law*

Uno de los casos más importantes en materia de protección de derechos de autor sobre una imagen fotográfica, dentro del derecho de autor estadounidense, o *Copyright Law*, es el suscitado entre la compañía litográfica Burrow-Giles y el fotógrafo Napoleon Sarony, a propósito de una fotografía que retrata al escritor Oscar Wilde⁷. Burrow-Giles argumentó que la fotografía consistía en un mero procedimiento técnico y no en arte, lo cual hacía imposible que se reflejara la idea de un autor. Dichos argumentos se basaron en la consideración de dos normas. De un lado, la cláusula 8 de la sección 8 del artículo I de la Constitución de los Estados Unidos de América, conocida como *Copyright clause*, señala lo siguiente: «To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective *writings and discoveries*»⁸. De otro lado, la enmienda 4952 de la Ley de Derechos de Autor de 1870 señala lo siguiente:

«The author, inventor, designer, or proprietor of any [...] *photograph* or negative thereof [...] and the executors, administrators, or assigns of any such person shall, upon complying with the provisions of this chapter, have the sole liberty of printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and vending the same [...]».

La Corte Suprema de los EE.UU. aceptó tales argumentos solo para fotografías «ordinarias», cuyas características no coincidían con las de la fotografía en cuestión. De este modo, la Corte señaló que el fotógrafo realizó una verdadera composición de la fotografía, en tanto hizo posar a Wilde con determinada expresión, preparó vestuario, fondo y accesorios, a lo cual se sumaba una determinada composición de luz. Así, la Corte determinó que el trabajo del autor representaba un verdadero trabajo artístico original.

6 Ver OTERO LASTRES, José Manuel. «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías». *Revista Jurídica del Perú*, 86 (2008), p. 413.

7 Caso «Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony», 111 U.S. 53 (1884).

8 Las cursivas son nuestras.

Otro caso que desarrolla la noción de originalidad, esta vez en la *Copyright Law* británica, es el suscitado entre las compañías Temple Islands Collections y New English Teas, en donde la primera demandó a la segunda por haber infringido derechos de autor de una fotografía que retrataba, sobre el fondo monocromo de las Casas del Parlamento y el puente de Londres, un bus londinense rojo en el puente Westminster⁹.



Fotografías de Temple Islands Collections y New English Teas respectivamente, de izquierda a derecha. Fuente: *PetaPixel*¹⁰.

El juez que resolvió el caso señaló que, a pesar de que la fotografía del demandante contenía elementos tradicionales de Londres, ello no suponía que careciera de originalidad, es decir, estaba protegida por derechos de autor. Asimismo, a pesar de las diferencias entre ambas fotografías, se determinó que el *contenido esencial de la composición de la fotografía original* del demandante fue copiada por New English Teas, por lo que se habrían infringido los derechos de autor de aquel. Asimismo, el juez señaló que la originalidad en una fotografía se determina con respecto a los siguientes factores:

- particularidades del ángulo de toma, de la luz y la sombra, de la exposición y de los efectos logrados con filtros, técnicas de revelado, etcétera;
- la creación de la escena a fotografiar (es decir, la composición); y
- el estar en el lugar correcto en el momento adecuado.

De esta forma, se hace una distinción entre las «meras fotografías» y las «obras fotográficas». Las primeras podrían ser tomadas por un niño que nunca ha sostenido una cámara, mientras que las segundas deberán reunir características como las mencionadas anteriormente. Además, es importante señalar lo expuesto por Wienand acerca del derecho de

⁹ Caso «Temple Islands Collections Ltd. v. New English Teas Ltd. & Anor [2012]», England and Wales Patents County Court, 12 de enero de 2012.

¹⁰ Ver ZHANG, Michael. «Create a Similarly Composed Photo in the UK, Risk Copyright Infringement», 25 de enero de 2012 (<http://petapixel.com/2012/01/25/create-a-similarly-composed-photo-in-the-uk-risk-copyright-infringement/>),

autor en el Reino Unido, a saber, que el impacto de la legislación europea deviene en que las fotografías solo pueden ser pasibles de protección cuando consisten en una creación intelectual del autor, teniendo como base esencial la composición de la fotografía¹¹.

Por lo tanto, queda evidenciado que la noción de originalidad de una fotografía en las respectivas *Copyright Law* estadounidense y británica está ligada principalmente a la composición y técnicas que el fotógrafo haga sobre la misma, es decir, se consideran elementos tales como luz, vestuario, exposición, entre otros. Sin embargo, considerando el criterio de originalidad manejado en España, cabe preguntarnos ¿es correcto considerar que la originalidad de una fotografía se determine solo sobre la base de elementos técnicos? ¿No debería existir un elemento adicional al conocimiento técnico para que una fotografía sea considerada original y susceptible de protección? Sobre esta última interrogante, resulta oportuno lo expresado por Castellote Lorente: «el fotógrafo [...] debe hacer muchas elecciones en un solo instante: ahí está su originalidad y su creación. Y no se les puede negar a estos fotógrafos su condición de creadores. Sin duda son autores, no realizadores»¹².

II.1.3. El caso alemán: *Gestaltungshöhe*

De acuerdo con Saiz García, el requisito de la *Gestaltungshöhe* o altura creativa nació para marcar la diferencia entre las obras de arte aplicadas y el diseño industrial. Sin embargo, su uso empezó a expandirse a otros ámbitos hasta llegar a convertirse en el presupuesto de protección de todo tipo de obras¹³. La noción de altura creativa fue aplicada por los tribunales alemanes hasta principios de los años noventa. Dicho concepto representaba una frontera cuantitativa mínima de la individualidad exigible a toda obra, aunque admitía diferencias dependiendo del tipo de obra. Dicha frontera se colocaba a un nivel mínimo, lo cual permitía que las obras menores (*Kleine Münze*) estuviesen protegidas por el derecho de autor.

Debido a que la *Gestaltungshöhe* producía alteraciones en la circulación de mercancías en el seno del mercado interior, se decidió someterla a debate en la Unión Europea, a la vez que se redactaron plazos de protección de las obras fotográficas. De este modo, a partir de aquel momento se tuvo en cuenta únicamente que la imagen fotográfica fuera «una creación intelectual de su autor».

11 WIENAND, Peter. «Copyright protection in photographs», marzo de 2012, p. 1 (<http://www.farrer.co.uk/Global/Briefings/10.%20Media%20Group%20Briefing/Copyright%20protection%20in%20photographs.pdf>).

12 CASTELLOTE LORENTE, Ruth. «No todas las fotografías son iguales: obra fotográfica vs mera fotografía». *Autor, Autor!*, 17 de mayo de 2013 (<http://ruthcastellote.wordpress.com/2013/05/17/no-todas-las-fotografias-son-iguales-obra-fotografica-vs-mera-fotografia/>).

13 SÁIZ GARCÍA, Concepción. «¿Protección de las ideas por el derecho de autor?». En Carlos ROGEL y Concepción SÁIZ (dirs.). *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor*. Madrid: Reus 2011, pp. 19-20.

Por lo tanto, apreciamos que, en un primer momento, la legislación alemana contaba con el criterio de la altura creativa, el cual consistía en determinar de modo cuantitativo el grado de originalidad con el que una fotografía debía contar para ser protegida por el derecho de autor. Sin embargo, dicho criterio fue abandonado, dando lugar a la indicación de «creación intelectual» de la obra fotográfica. Ello remite a la noción subjetiva mencionada en el caso español, pues en la legislación bajo comentario se espera que la fotografía posea un nivel determinado (por el tipo de obra) de intelecto, es decir, que manifieste que se está frente a una creación del intelecto del fotógrafo. De este modo, tenemos que, en este caso, se recae en lo indicado en el caso español, pues no se tienen parámetros objetivos que permitan afirmar que una imagen fotográfica lleva la impronta del intelecto de su autor.

II.2. Esencia de la protección de imágenes fotográficas: la originalidad

Como se ha podido observar, la doctrina extranjera tiene variadas posturas respecto a los criterios seguidos para definir la originalidad de una fotografía susceptible de ser protegida por el derecho de autor. Sin embargo, cabe destacar que las cuatro legislaciones analizadas consideran la originalidad como el principal fundamento para proteger obras fotográficas. Sin embargo, no definen parámetros objetivos para poder evaluar, sin discusiones, la originalidad de diferentes imágenes fotográficas.

En ese sentido, la Ley de Propiedad Intelectual española y la doctrina de dicho país abogan por la teoría de la subjetividad, la cual protege las creaciones de un autor en tanto son expresión de su personalidad, talento o inventiva, lo que deja de lado el requisito de la novedad, el que, a decir de García Rubio, estaría más relacionado con la propiedad industrial que con la intelectual¹⁴. Sobre esta misma línea, Rodríguez Tapia indica que «es en el proceso técnico e intelectual de elaborar una fotografía donde pueden residir uno más elementos de originalidad, por tanto, donde se justifica su protección por el Derecho de Autor»¹⁵.

Sin embargo, dentro de la doctrina española aún se tiene una discusión en torno a la teoría acogida por la mayoría (subjetiva), a saber, se discute si la captación de una mera escena de la realidad puede consistir en una obra fotográfica susceptible de ser protegida. Sobre ello, García Rubio señala que

14 GARCÍA RUBIO, María Paz. «El concepto de obra audiovisual en el artículo 86 y concordantes de la LPI». En Carlos ROGEL VIDE. *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual. Cuestiones puntuales*. Madrid: Reus, 2001, p. 20.

15 RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Fotografía y derecho de autor». En María SERRANO FERNÁNDEZ (coord.). *Fotografía y derecho de autor*. Madrid: Reus, 2008, p. 24.

el tema de la originalidad en la obra [fotográfica] ha de ser analizado desde las perspectivas propias y normalmente distintas a las de otras obras más «tradicionales», como pueden ser las literarias. Así, la originalidad de una obra [fotográfica] puede provenir tanto del trabajo de creación [...], como del objeto sobre el que recae, o de la (composición de la fotografía) misma¹⁶.

De otro lado, en el caso de la *Copyright Law*, la Corte Suprema estadounidense, a través del caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*¹⁷, dejó en claro que el *sine qua non* del derecho de autor es la originalidad, por lo que esta resulta ser el prerequisite constitucional de la protección del derecho de autor. Asimismo, el juez que resolvió el caso observó que «original [...] means only that the work was independently created by the author (as means only to copied from other Works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity»¹⁸; aunque también señaló que el requisito de creatividad al que se hace referencia es bajo.

Sin embargo, como lo menciona Halpern, al comentar el caso *Baltimore Orioles v. Major League Baseball Players*¹⁹, el paradigma estadounidense se aferra a la aceptación generalizada de que todas las fotografías, excepto las más mecánicas, contienen suficiente originalidad y creatividad para ser protegidas por el derecho de autor²⁰. De este modo, existe suficiente originalidad o creatividad en las decisiones relacionadas a la posición de la cámara, decisión de tomas, entre otros, para poder hacer protegible la obra fotográfica.

Por último, al hablar de la *Gestaltungshöhe* alemana, es decir, la altura creativa que una fotografía debería tener para ser protegida por el derecho de autor, cabe indicar que el cambio realizado por el tribunal alemán al respecto es comprensible, pero no derivativo de una solución pacífica. Si bien en un primer momento se quiso abandonar la mínima altura creativa con la que una obra debía contar para ser protegida, se arribó a una teoría subjetivista que solo causa los problemas ya comentados al analizar la posición de la doctrina española. De este modo, no se configuran parámetros objetivos que hagan posible determinar con certeza de cuándo una fotografía cuenta con la impronta de la personalidad del fotógrafo.

16 GARCÍA RUBIO, María Paz. Ob. cit., pp. 20-21.

17 Caso «Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.», 499 U.S. 340, 348, 111 S. Ct. 1282, 1289 (1991).

18 Las cursivas son nuestras.

19 Caso «Baltimore Orioles v. Major League Baseball Players», 805 F.2d 663 (7th Cir. 1986).

20 HALPERN, Sheldon W, Craig Allen NARD & Kenneth L. PORT. *Fundamentals of United States intellectual property law: copyright, patent, trademark*. Segunda edición. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, pp. 50-55.

En conclusión, si bien las legislaciones española, estadounidense, británica y alemana brindan análisis interesantes sobre el tratamiento de las fotografías con relación a la protección de los derechos de sus autores, no se puede dejar de mencionar que las cuatro carecen de elementos para determinar de manera objetiva en qué consiste la originalidad de una fotografía, lograr dicha determinación es precisamente el objetivo del presente trabajo. Sin embargo, resulta conveniente rescatar los criterios que se utilizan en la *Copyright Law* del Reino Unido para determinar cuándo estamos ante una fotografía original y que es, por tanto, susceptible de protección:

- la técnica con la que se captura la imagen;
- la composición que se hace de la misma; y
- el hecho de estar en el lugar correcto en el momento adecuado.

Consideramos que estos tres elementos son muy importantes al momento de perfeccionar criterios objetivos que permitan delinear la noción de originalidad aplicada a fotografías. Ello no quiere decir que se descarte rotundamente la teoría subjetivista acogida por España y Alemania. Luego del análisis realizado en el presente apartado, se logra comprender por qué dichas legislaciones se apoyan en esta teoría al establecer el principal criterio para analizar el tema en cuestión: una fotografía es mera mecánica si no tiene, al menos, un mínimo de esencia de la persona detrás de ella. Si no fuera así, no existirían fotógrafos que reclamen derechos de autor sobre sus tomas, sino que serían máquinas las que realizarían dicho trabajo. Por último, respecto de los criterios de la *Copyright Law* antes mencionados, cabe plantearnos lo siguiente: ¿qué otros elementos, además de aquellos meramente relacionados al modo en que se realiza la toma de una fotografía, deberían analizarse para calificar la originalidad de la misma?

III. EL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD APLICADO A IMÁGENES FOTOGRÁFICAS

Después de haber analizado los principales ordenamientos jurídicos alrededor del mundo que han desarrollado los derechos de autor de las imágenes fotográficas, concluimos que la esencia de la protección de aquella clase de obra es la originalidad. Por ello, en el presente capítulo, desarrollaremos el concepto de originalidad, enfocándonos además en el tratamiento que recibe en el Perú. En primer lugar, expondremos las diversas opiniones dentro de la doctrina que hacen de la elaboración de un concepto de originalidad una tarea bastante difícil. En segundo lugar, expondremos las teorías que la doctrina se ha encargado de desarrollar para explicar la noción de originalidad, enfocando la exposición en lo

que concierne a las imágenes fotográficas. En tercer lugar, se abordará la importancia que representa el procedimiento de realización de fotografías, a fin de determinar la originalidad. Por último, en este punto se empezará a abordar los criterios que el ordenamiento jurídico peruano maneja sobre el tema, con el fin de tener una noción clara de lo que actualmente nuestras leyes recogen sobre la noción de originalidad aplicada a imágenes fotográficas, así como lo que la Sala especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha sostenido en torno a la problemática de dicha noción.

III.1. La complejidad de la delimitación del concepto de originalidad respecto a imágenes fotográficas

Como mencionamos en el punto anterior, la nota esencial de la protección de los derechos de autor de una imagen fotográfica es la originalidad. Sin embargo, dicho concepto no es fácil de delimitar. Asimismo, como se desarrollará más adelante, se debe considerar que su aplicación a imágenes fotográficas hace la tarea de su concretización aun más difícil. En primer lugar cabe señalar lo dicho por Delia Lipszyc, en tanto se trata de una de las definiciones más conocidas del concepto de originalidad. Según la autora, la originalidad es la «expresión —o forma representativa— creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa expresión y esa individualidad»²¹. Asimismo, es importante citar a Antequera Parilli, cuando señala que la obra «[...] debe ser original en el sentido de individualidad, y no de novedad *stricto sensu* pues se exige que el producto creativo, por su forma de expresión, tenga sus propias características para distinguirlo de cualquier otro del mismo género»²². Además, según la Real Academia de la Lengua Española, la definición del término «original» es la siguiente:

original.

(Del lat. *originālis*)

1. adj. Perteneciente o relativo al origen.
2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. Escritura, cuadro original. U. t. c. s. m. El original de una escritura, de una estatua.
3. adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. *Llave original*.

21 LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. París: Unesco/Zavalía/Cerlalc, 1993, p. 65.

22 ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y Marysol FERREYROS CASTAÑEDA. *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Perú Reporting, 1996, p. 68.

4. adj. Dicho de una pieza integrante de un aparato: Que procede de la misma fábrica donde este se construyó.
5. adj. Dicho de la lengua de una obra escrita o de una película: Que no es una traducción. La película se proyecta en su lengua original.
6. adj. Que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad. Un peinado original. Apl. a pers., u. t. c. s. Es un original.
7. m. Objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él.
8. m. Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia.
9. m. Persona retratada, respecto del retrato²³.

De este modo, observamos que la definición otorgada por la Real Academia apunta hacia un criterio de novedad del objeto sobre el que recae la originalidad, es decir, algo que no se ha conocido anteriormente. Asimismo, observamos que también se emplea en uno de sus significados el criterio de inventiva, es decir, que el objeto original ha sido creado bajo las ideas y/o intelecto de un sujeto determinado y ha sido exteriorizado en un formato aprehensible por los sentidos. De otro lado, es importante resaltar que el concepto de originalidad no se aplica de la misma forma para las tres grandes clasificaciones que se manejan dentro del derecho de autor respecto a las obras que se pueden proteger. En ese sentido, respecto a la *obra científica*, Otero Lastres señala muy bien que

tal es la tiranía que suelen ejercer los datos y los hechos en las obras científicas que es muy estrecho el margen que tiene el autor de la obra para separarse de las obras antecedentes. Razón por la cual, en este tipo de obras la capacidad creativa de autor tiene muy poca cabida, residiendo la verdadera originalidad de la obra en la composición y ordenación de su contenido, en la forma personal de expresarlo y, en algunos casos, en lo novedoso de las conclusiones obtenidas²⁴.

Distinto es lo que ocurre con la *obra literaria*, respecto a la cual el mismo autor señala lo siguiente:

En la elaboración de una obra literaria cabe diferenciar las tres siguientes etapas: el escritor concibe, en primer término, el tema de su obra; luego organiza los incidentes y las secuencias en torno al tema central; y, finalmente, plasma y desarrolla todo ello en expresiones concretas. [...] El autor de la obra literaria puede desplegar toda su capacidad creativa y su talento en estas tres etapas de elaboración de la obra. De tal suerte

²³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésimosegunda edición (<http://lema.rae.es/drae/?val=originalidad>).

²⁴ OTERO LASTRES, José Manuel. Ob. cit., p. 409.

que cuanto mayor sea la creatividad aportada por el autor a su obra, en mayor medida se manifestará en ella la originalidad²⁵.

Por último, respecto a la obra artística, dentro de la cual se encuentra la fotografía, el citado autor nos dice que «la capacidad creativa está compuesta no solo por la capacidad de ideación o de concepción de la obra, sino también por otro ingrediente que asume aquí un papel esencial que es la *capacidad de ejecución*»²⁶. Es decir, a diferencia de las obras literarias o científicas, en las obras fotográficas, las destrezas y/o habilidades que el autor tenga al momento de realizar la toma, además de la composición que pueda realizar en ella, jugarán un papel muy importante.

Es importante señalar además que Otero Lastres afirma que el concepto general de originalidad que se pretende proteger en el derecho de autor puede presentar dos vertientes: una relacionada con la creatividad y otra con la originalidad en sí misma, de modo que estarían relacionadas como causa y efecto. En este sentido, la creatividad es una condición predicable de una persona, la cual «dispone al autor para el buen ejercicio de la concepción intelectual y de la ejecución material de la obra»²⁷, mientras que la originalidad es una condición predicable de la obra objeto de protección.

Planteado el debate sobre la definición de originalidad, el autor sostiene que no es conveniente tratarla bajo los parámetros de novedad, pues estos se encuentran más ligados a la propiedad industrial. Esto es así debido a que dicha rama concede derechos exclusivos y excluyentes sobre la creación, los cuales no son compatibles con los derechos de autor, pues en estos últimos no hay un registro de los productos creados como en aquella, por lo que la novedad es un factor fundamental en el caso de la propiedad industrial.

De otro lado, Otero Lastres tampoco está de acuerdo con la protección de una obra artística por el hecho de contener el resultado del trabajo o esfuerzo personal del autor, el reflejo de su personalidad o sello de su individualidad. Esto se debe a que tal criterio podría conducir a dos situaciones extremas: por un lado, podría decirse que toda fotografía representa en alguna medida la personalidad de su autor, lo cual causaría que se deje de considerar a la originalidad como elemento esencial de la protección de derechos de autor; por otro lado, podría decirse que solo son protegibles las fotografías que representen una determinada y muy particular personalidad, con rasgos esenciales del fotógrafo que las realiza, entre los cuales pueden existir tanto criterios

599

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

personales (que sean fotógrafos renombrados) como criterios técnicos (que se haga uso de cámaras con determinadas funciones, por ejemplo), lo cual llevaría a que muchas imágenes fotográficas dejen de gozar de protección.

Dicho esto, el autor concluye que «la originalidad es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor». En ese sentido, arriba a la idea de que «*la originalidad es la manifestación en la obra de la capacidad creativa del autor*»²⁸. Ello, sin embargo, no lo libra de seguir discutiendo sobre el grado en que dicha capacidad creativa deba manifestarse en la obra para que esta pueda ser protegida.

Sobre el grado de capacidad creativa que configure la originalidad de una obra, Otero Lastres sostiene que el umbral que abre las puertas a la protección de parte del derecho de autor está situado en que la obra «haga visible que es el resultado de una buena concepción intelectual y de una buena ejecución material por parte de su autor»²⁹, entendiéndose por «buena» a algo que supera a lo común. Si bien el desarrollo del planteamiento hecho por el autor introduce importantes reflexiones en torno al tema en discusión, a nuestro parecer, aún no se logra establecer criterios adecuados y/o precisos que concreten el concepto de originalidad.

En vista de todo ello y puesto que no ha sido posible llegar a una concretización del concepto de originalidad aplicado a imágenes fotográficas, analizaremos a continuación las teorías que la doctrina ha desarrollado al intentar explicar el concepto de originalidad aplicado a las obras que, por tener tal característica, son plausibles de ser protegidas por el derecho de autor. Esto nos permitirá exponer los fundamentos y carencias de dichas teorías para luego desarrollar criterios concretos y objetivos que nos permitan definir la originalidad aplicada a la protección de imágenes fotográficas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

III.2. Teorías que explican el concepto de originalidad aplicado a imágenes fotográficas

A continuación, desarrollaremos las distintas teorías que la doctrina ha creado para poder definir el concepto de originalidad, en este caso, aplicado a las imágenes fotográficas.

28 *Ibidem*. Las cursivas son nuestras.

29 *Ibidem*.

III.2.1. Teoría de la novedad

III.2.1.1. *Novedad objetiva*

De acuerdo con Maraví Contreras, «la originalidad objetiva de una creación es la que permite diferenciar esa creación de las demás»³⁰. En ese sentido, la teoría objetiva de la originalidad pone como piedra angular de su estudio a la novedad de la obra, según la cual habría originalidad siempre que dicha obra sea distinta a otras obras anteriores que se consideren dentro de su misma clase. Dentro de esta teoría existen dos corrientes que se diferencian según la exigencia de novedad que se requiera para la obra, es decir, si se exige una novedad absoluta o relativa.

Por un lado, Bercovitz Rodríguez-Cano defiende la novedad absoluta y sostiene que uno de los elementos que se deben considerar para determinar la originalidad de una obra es la novedad objetiva de la misma³¹. Es decir, la exigencia de novedad absoluta remite a la idea de que no exista con anterioridad una obra que sea idéntica a la que el derecho de autor desea proteger. Sobre esto, no debemos olvidar lo señalado por Maraví Contreras y Otero Lastres, a saber, que este requisito absoluto ya es recogido en otro sector: la propiedad industrial, específicamente por medio de la figura de las patentes. De otro lado, en cuanto a la novedad relativa, Valero Martín explica que este requisito considera que existen diversos grados de originalidad, razón por la cual se puede considerar a una obra como original tanto si es un producto totalmente nuevo a todo lo ya existente, como si se trata de una reorganización de elementos preexistentes en una obra anterior³².

III.2.1.2. *Novedad subjetiva*

Esta teoría señala que la originalidad residiría en una novedad subjetiva y no en una objetiva, es decir, bastaría que una obra haya sido realizada por una persona distinta, incluso cuando su obra pueda guardar mucha semejanza con una anterior, siempre que aquella no haya utilizado un mismo patrón o molde para concebirse. De este modo, de acuerdo con Bercovitz Rodríguez-Cano, «no constituiría pues una infracción del derecho de autor una obra original a otra ya existente realizada por otro autor, siempre que este segundo autor no hubiese utilizado para nada, ni consciente ni inconscientemente, el modelo constituido por la obra preexistente»³³.

30 MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2010, p. 17.

31 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y otros. *Manual de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 55-56.

32 VALERO MARTÍN, Eva. Ob. cit., p. 142.

33 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y otros. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Tercera edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 161, citado en MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. Ob. cit., p. 19.

Sin embargo, como bien señala Maraví Contreras, la teoría objetiva de la originalidad está sujeta a diversas críticas. En primer lugar, se limitan las obras que pueden ser protegidas, lo cual va en contra de la principal preocupación del derecho de autor: fomentar el desarrollo cultural al ofrecer derechos de explotación respecto de una obra; si consideramos la novedad absoluta, no podría protegerse más de una fotografía que se haga de un mismo paisaje, pues solo la primera tendría un total nivel de novedad. En segundo lugar, respecto a la novedad relativa, se pierde la precisión obtenida de la novedad objetiva, por lo cual no se sabe con certeza qué obra podrá ser protegida o no por el derecho de autor, ya que se desconoce el grado de novedad que debe tener una obra para poder protegerse. Asimismo, la teoría objetiva tiene un problema de aplicación pues el derecho de autor no constituye derechos, por lo cual la fecha en la que se registre una determinada obra, es decir, el momento a partir del cual una obra es novedosa, es intrascendente para este campo.

Asimismo, no debe dejarse de considerar la interesante idea expuesta por Miguel Ángel Emery, a propósito de lo expuesto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil argentina (Sala A, 31/10/89, ED, 136-153):

El autor de una obra de ordinario trabaja con elementos pre constituidos, pues la mente humana no crea sino combina de un modo distinto y novedoso, imágenes intelectuales o sensibles ya existentes. [...] *el hombre nada crea*, puesto que carece de poder de suscitar cualquier cosa de la nada. Pero en sentido analógico, *el hombre crea cuando innova en lo existente*, en el modo de ser de las cosas, agregando una cualidad novedosa en ellas, algo que estaba desde luego en potencia pero que no se había manifestado todavía [...] ³⁴.

Por último, respecto a la teoría expuesta aplicada a imágenes fotográficas, consideramos, a título personal, que una fotografía no puede ser reproducida por otra persona de modo que coincida con precisión con la que se tomó por primera vez. A menos que se utilicen exactamente los mismos elementos técnicos y el objeto a fotografiarse sea inanimado, una fotografía captura una realidad que no se repetirá nunca más, razón por la cual nos sumamos a la idea de considerar que el criterio de novedad no aplica a este tipo de obras artísticas.

³⁴ EMERY, Miguel Ángel. *Propiedad Intelectual. Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*. Cuarta edición. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2009, p. 19. Las cursivas son nuestras.

III.2.2. Teoría de la personalidad

Esta teoría señala que la originalidad de una obra dependerá de si expresa lo propio de su autor, es decir, si conlleva la impronta de su personalidad o, en otras palabras, si expresa su individualidad; independientemente de si la obra es nueva o no. De este modo, Miguel Ángel Emery, a propósito de lo expuesto por la Corte de Casación de Roma, citada en CNCiv, Sala B, 26/3/87, LL, 1987-E-362, señala lo siguiente:

La obra del espíritu está protegida por la ley en tanto que ella sea original; una obra debe ser tenida por original cuando ella representa un contenido de novedad, pero no de novedad absoluta, atento a que toda creación artística implica la utilización de elementos preexistentes, pertenecientes al patrimonio común, y que, en tales condiciones, basta que el artista haya sabido organizar esos elementos de una manera nueva, imprimiéndoles el sello característico de su personalidad³⁵.

Así mismo, Delia Lipszyc señala que la individualidad «expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo individual y propio de su autor»³⁶.

Sin embargo, esta teoría tampoco ha estado exenta de críticas. Tal como lo esbozamos en el punto anterior, Otero Lastres ha señalado que concurren dos riesgos al aceptar tal teoría: en primer lugar, se restringiría la cantidad de obras que pudieran protegerse, en tanto solo se aceptarían obras con rasgos de la personalidad bastante marcados, por ejemplo, solo de fotógrafos famosos; en segundo lugar, podría llegarse al otro extremo, es decir, al considerar que una obra es protegible cuando expresa la individualidad de su autor, se llegaría a la conclusión de que todas las fotografías que se tomen son plausibles de tener derechos de autor, pues todas ellas llevan tal impronta de alguna u otra forma³⁷.

III.2.3. Posición intermedia entre las teorías de la novedad y de la personalidad

Al encontrar críticas en las teorías expuestas anteriormente, la doctrina ha convenido desarrollar una posición intermedia entre ambas. De este modo, se protegerán las obras fotográficas que tengan la impronta de la personalidad de quien realizó la toma, así aquellas imágenes que no sean copia de una fotografía anterior. Otero Lastres es partidario de esta teoría. Él considera que la originalidad de una obra artística debe establecerse con una noción objetiva y subjetiva pues «es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad

35 *Ibidem*.

36 LIPSYC, Delia. *Ob. cit.*, p. 65.

37 Ver OTERO LASTRES, José Manuel. *Ob. cit.*, p. 413.

creadora del autor»³⁸. Sin embargo, esta teoría también suscita críticas, pues no señala expresamente en qué medida se deben considerar los criterios de personalidad y novedad, así como tampoco señala la etapa de realización de la obra en la cual deben aplicarse aquellos criterios.

III.3. Importancia del procedimiento de realización de una fotografía en el concepto de originalidad de la obra fotográfica

Señalamos en el punto anterior que la teoría intermedia no indica claramente la etapa de realización de la obra en la cual deben regir los criterios de novedad e individualidad. Al respecto, habiendo ya desarrollado las teorías que representan un esfuerzo por esbozar el concepto de originalidad aplicado a las obras, consideramos importante anotar que un tema a tenerse en cuenta al momento del análisis de la originalidad aplicado a obras fotográficas es el de conocer las distintas etapas de ejecución de una fotografía, así como los elementos que participan de su creación. Tal como señala Rodríguez Tapia, «es en el proceso técnico e intelectual de elaborar una fotografía donde pueden residir uno o más elementos de originalidad, por tanto, donde se justifica su protección por el Derecho de autor»³⁹.

En ese sentido, exponemos a continuación de forma sencilla el proceso fotográfico:

- concepción de la foto, la cual se realiza cuando no se tratan de imágenes improvisadas o al azar, sino cuando se realiza una *composición*, es decir, cuando se determinan «las formas dentro del espacio visual disponible, con sentido de unidad, de forma que el resultado sea armonioso y estéticamente equilibrado»⁴⁰;
- la *captura de la fotografía*, mediante la cual se forma la imagen en la cámara fotográfica o se impresiona una superficie sensibilizada;
- el *revelado de la fotografía*, es decir, la puesta de manifiesto de las partes impresionadas;
- *el fijado*, mediante el cual se obtiene la reproducción negativa del objeto impresionado;
- por último, la *reproducción negativa*, expuesta a la luz, hace que se obtenga una reproducción positiva del objeto capturado, dando lugar a la fotografía.

³⁸ *Ibidem*, p. 414.

³⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. *Ob. cit.*, p. 24.

⁴⁰ Definición de composición tomada de la página web *Fotonostra* (<http://www.fotonostra.com/fotografia/composicion.htm>).

Teniendo en cuenta tal procedimiento, cabe anotar que

puede haber originalidad en la forma de revelado y exposición de la película. Como puede haber originalidad en la forma de obtención de los negativos, o en la forma de positivarlos, obteniendo peculiares y originales virados de color, sustracción o adición de algunos colores fundamentales o de sus complementarios. Puede asimismo haber originalidad en el empleo final de los positivos y su viraje, como en su empleo en un múltiple o fotocomposición pleno de trucajes, superposiciones, transparencias⁴¹.

Asimismo, consideramos que una fotografía puede ser realizada con diversos tipos de cámara (profesionales, semiprofesionales, entre otras), lo cual hace que la calidad del resultado final sea marcadamente distinta. Además, pueden utilizarse o no retoques fotográficos que añaden más complejidad al asunto, pues distorsionan la originalidad con la que dicha fotografía nació. Por último, es importante lo expuesto por el autor citado anteriormente:

Sin duda, puede haber originalidad en el motivo, persona, suceso u objeto fotografiados o retratados; y puede ser: a) premeditada, [...] con un trabajo escénico preparatorio más o menos minucioso de la composición del plano que capta el objetivo, con una variada disposición de los objeto o personas, de elección de la luz natural y la hora, o de los focos o fuentes de iluminación artificial, esperando o no a que se produzca algún accidente meteorológico; o b) espontánea, en las llamadas instantáneas en las que el fotógrafo [...] capta un instante fugaz, irrepitable, un instante en el gesto de personas, animales, o en la disposición espacial de las cosas, el plano, los ángulos o la luz, *sin habérselo propuesto*, sino sencillamente, habiendo captado una imagen única, con un disparo de su cámara *en el momento oportuno*⁴².

En conclusión, debemos reconocer la importancia del procedimiento de realización de una fotografía, lo cual nos permite afirmar que la originalidad puede encontrarse en cualquiera de sus etapas; así como que dicha originalidad puede recaer en procedimientos debidamente planeados o en la realización de una fotografía «accidental». Es decir, podremos afirmar que una fotografía «accidental» está dotada de originalidad cuando, si bien existe un procedimiento mucho menos complejo que el desarrollado, debido a la conjunción de otros componentes tales como una composición única en el tiempo o, en términos más sencillos, la ubicación en un momento oportuno, se obtiene una fotografía con un nivel de originalidad tal que es susceptible de protección sin lugar a dudas.

41 RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. Ob. cit., p. 26.

42 *Ibidem*. Las cursivas son nuestras.

605

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

III.4. Panorama actual en el Perú respecto a la protección de imágenes fotográficas

Nuestro país protege las imágenes fotográficas en virtud del decreto legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, de acuerdo con lo siguiente:

Artículo 2.— A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente: [...]

17. Obra: Toda *creación intelectual, personal y original*, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, *conocida o por conocerse*. [...]

Artículo 5.— Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes: [...]

h) Las *obras fotográficas* y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía. [...] ⁴³.

Sin embargo, no recoge un concepto de originalidad y, sobre la base de una primera impresión, podríamos sostener que está orientada a la teoría objetiva de la originalidad desarrollada anteriormente, en tanto resalta la oportunidad en que la obra es divulgada o conocida (novedad). Sin embargo, la jurisprudencia a cargo del INDECOPI ha demostrado que nuestro país se rige bajo otro tipo de consideraciones. Así, mediante la resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, de fecha 23 de marzo de 1998, recaída en el expediente 663-96-ODA-INDECOPI, la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad. No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural —artístico, científico o literario— ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución. En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a esta en obra ⁴⁴.

43 Las cursivas son nuestras.

44 «Agrotrade S.R.LTDA. vs. Infutecca E.I.R.L.», resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, del 23 de marzo de 1998.

Es así que nuestro país establece la adhesión a la teoría subjetiva (o de la personalidad) de la originalidad, al indicar que la obra deberá expresar lo propio del autor, o en otras palabras, llevar la impronta de su personalidad.

De forma más específica, el INDECOPI también se ha pronunciado respecto a las obras fotográficas, mediante la resolución 378-2002/TPI, de fecha 24 de abril de 2002, recaída en el expediente 120-2001/ODA, señalando lo siguiente:

para determinar el grado de originalidad de una fotografía deberá tenerse en cuenta si constituye una creación intelectual del autor, un reflejo de su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio, tal como el merito o la finalidad. [...]

La Sala conviene en señalar que el artículo 3 inciso c) del Reglamento de Inscripciones en el Registro Nacional de Derechos de Autor dispone que no podrán ser objeto de registro las fotografías que se limiten a simples reproducciones de personas, de cosas, o de objetos ya existentes o muestren un mero carácter documental. En tal sentido, para que una fotografía sea protegible por la Ley de derechos de autor *debe tener elementos creativos individuales que permitan identificar la parte de la personalidad del autor que este ha plasmado en su creación* y así permitir su distinción respecto de cualquier otra fotografía. Atendiendo a ello, una fotografía para ser obra no puede constituir solo una simple reproducción de objetos ya existentes⁴⁵.

De este modo, podemos apreciar que ni la legislación ni la jurisprudencia peruanas esbozan criterios concretos, respecto a la noción de originalidad aplicada a la protección de obras fotográficas, para poder determinar cuáles fotografías pueden ser protegidas por el derecho de autor y cuáles no. Más bien, se acoge la teoría de la personalidad, la cual, como ya se ha comentado en puntos anteriores, conlleva desventajas en tanto se puede restringir o ampliar demasiado el campo de protección de este tipo de obras artísticas. Asimismo, cabe resaltar que, a fin de esbozar criterios concretos que permitan determinar cuándo es que nos encontramos ante una fotografía original, debemos tener en cuenta el procedimiento de realización de una fotografía, así como lo expuesto por Pizarro Moreno, cuando señala que «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 conciencia de que está creando algo que no es copia de lo que ya existe, que va más allá de

607

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

45 «Alomi Producciones S.A.C. vs. Karinto S.A.», resolución 378-2002/TPI-INDECOPI, del 24 de abril de 2002. Las cursivas son nuestras.

la reproducción de la realidad fotografiada deben ser suficientes para apreciar la originalidad»⁴⁶.

Por ello, en el siguiente punto, a partir de las diversas nociones seguidas en la legislación comparada desarrollada en el apartado II.1 y de los importantes criterios mencionados en este capítulo, empezaremos a esbozar un concepto propio de originalidad. El objetivo es encontrar un concepto que permita saber de forma concreta cuándo nos encontramos ante una fotografía original y, por tanto, merecedora de protección por el derecho de autor.

IV. HACIA UNA CONCRETIZACIÓN DEL CONCEPTO DE ORIGINALIDAD DE IMÁGENES FOTOGRÁFICAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Después de haber desarrollado las principales nociones de la originalidad de la obra fotográfica, tanto en la doctrina como en la normativa nacional e internacional, así como las teorías que se han esbozado respecto a su concepto, llegamos a la conclusión de que la tarea de formar una noción concreta de originalidad no es tarea fácil. Asimismo, queda claro que el desarrollo de la esencia de la originalidad es sumamente importante a fin de poder determinar cuándo estamos ante una fotografía original y, debido a ello, protegible por el derecho de autor.

Al dar una mirada a nuestro ordenamiento jurídico y las diversas resoluciones que INDECOPI ha elaborado respecto a la noción de originalidad, notamos que la teoría adoptada por el legislador peruano respecto al concepto es la desarrollada en la teoría subjetivista. De este modo, se entiende que una obra será plausible de ser protegida por el derecho de autor toda vez que sea expresión de la impronta de la personalidad de su autor. Sin embargo, dicha teoría no logra establecer criterios concretos que coadyuven a determinar cuándo estamos ante una fotografía protegible por derechos de autor y cuándo no. Es por ello que, a continuación, se expondrán las principales notas que, a título personal, creemos que deben ser tomadas en cuenta respecto al concepto de originalidad de una fotografía.

Esto nos permitirá abordar la discusión doctrinal bastante extensa respecto a las meras fotografías y las obras fotográficas. En ese sentido, se sostiene que las primeras no gozan de una total protección, a diferencia de las obras fotográficas, debido a que aquellas no poseen la característica originalidad. De este modo, una vez determinado qué es lo que debe tomarse en cuenta para poder darle a una fotografía la característica

46 PIZARRO MORENO, Eugenio. «Obras expresadas por procedimiento análogos a los fotográficos. En torno a las llamadas simples fotografías». En María SERRANO FERNÁNDEZ (coord.). *Fotografía y derecho de autor*. Madrid: Reus, 2008, p. 35.

mencionada, seremos capaces de establecer una posición al respecto. Por último, luego de haber desarrollado las notas características de la originalidad de una fotografía y de haber determinado una postura concreta en la discusión en torno a la diferencia entre obras fotográficas y meras fotografías, propondremos criterios concretos que sean capaces de ayudar a identificar cuando estemos frente a una fotografía que merezca protección de parte del derecho de autor.

IV.1. Postura final sobre el concepto: ¿Cuál es la esencia de la originalidad? ¿Qué fotografías deben protegerse?

En primer lugar, creemos que lo protegible en una fotografía es la mirada original del fotógrafo, sea este profesional o aficionado. Es decir, lo que debe ser protegido no es lo que el fotógrafo logra ver (a través de su cámara), sino lo que quiere ver, lo cual representa en una fotografía obtenida a través de un proceso en el que se plasman imágenes de objetos por medio de la acción de la luz sobre una superficie fotosensible⁴⁷. De este modo, la mirada del fotógrafo debería ser protegible cuando es original, es decir, distinta y diferenciable, respecto a otras anteriores tanto de otros autores como de él mismo.

Siguiendo la misma línea, Ruiz-Rico, señala que «la originalidad de la fotografía [...] se encuentra en la particular visión o interpretación del objeto o la imagen elegida, la que transforma, en ese sentido, la realidad exterior, [...] susceptible de suscitar emociones o sentimientos en los demás»⁴⁸. Asimismo, cabe anotar lo indicado por Rodríguez Tapia, el derecho de autor debería proteger «la fotografía original desde el punto de vista objetivo, que la permite distinguir en todo o en parte de otras ya existentes; como la fotografía que refleja un punto de vista y una mirada original, la de su autor»⁴⁹. Además, es claro que una fotografía no debe ser valorada, en cuanto a su originalidad, por el fin que se le vaya a dar, ni por el mérito que tuvo su autor, así como tampoco resultan relevantes las técnicas o la calidad de máquina fotográfica que se utilicen. Sobre ello, tenemos que

No puede decirse ni sostenerse que la fotografía *de calidad*, la del autor profesional o la llamada foto artística es la que se protege por el derecho de autor, mientras que las otras, las de fotógrafo aficionado u ocasional, son creaciones desprotegidas. Como tampoco que las fotografías que no

609

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

47 LOVELL, Ronald P. *Manual completo de fotografía*. Madrid: Celeste, 1998, p. 325.

48 Citado en CARRANCHO HERRERO, María Teresa. *Las cosas fotografiadas. En torno a la llamada imagen de las cosas propias*. Madrid: Reus, 2008, pp. 144-145.

49 RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. Ob. cit., pp. 23-24.

son artísticas, sino informativas o científicas, quedan desprotegidas o, (...) quedan reducidas a meras o simples fotografías⁵⁰.

En conclusión, tenemos como principales notas de originalidad la mirada que el autor desea plasmar en la fotografía y el hecho de que haya una transmisión de ideas y/o emociones, sin importar la calidad de los instrumentos utilizados, la fama del fotógrafo que realiza la toma o la finalidad que se le vaya a dar a la fotografía. Sobre la base de todas las consideraciones expuestas, procederemos a desarrollar la discusión respecto a las obras fotográficas y meras fotografías. Esto permitirá esbozar más adelante los criterios objetivos para la determinación de la originalidad de una fotografía.

IV.1.1. Clases de fotografía y la particular aplicación del concepto de originalidad en ellas

Teniendo en cuenta lo plasmado hasta este punto, tenemos que considerar la clasificación tradicional que se hace de las fotografías (o «salidas profesionales de la fotografía») como algo importante al momento de desarrollar criterios que permitan entender cuándo estamos ante una fotografía original. De este modo podremos tener una mayor aproximación a las diferentes técnicas, fines e ideas que los autores utilizan y que devienen en la clasificación antes mencionada. Tomando la clasificación hecha por Lovell⁵¹, exponemos a continuación las más resaltantes salidas profesionales de la fotografía, es decir, las clases en las que se distinguen las distintas fotografías que conocemos.

a. Periodismo gráfico

La clase de fotografía que se obtiene en el periodismo gráfico está muy conectada a los sucesos que el fotógrafo desea capturar para así poder publicarlos en periódicos, revistas o algún otro medio. Si bien los fotógrafos que se dedican a esto tienen conocimientos intermedios o avanzados de técnicas fotográficas, han existido ocasiones en las que un «accidente» ha permitido que una persona sin mayor reconocimiento sea reconocida por la toma que realizó.

50 *Ibíd.*, p. 27.

51 LOVELL, Ronald P. *Ob. cit.*, pp. 325-335.



«Mount St. Helens» por Roger Werth⁵²

Este es el caso, por ejemplo, de la fotografía de una erupción volcánica realizada por Roger Werth en 1980, quien se convirtió en el primer fotógrafo en el mundo en fotografiar dicho suceso de la naturaleza desde el aire.

b. Fotografía artística

Esta clase de fotografía se centra sobre todo en el laboratorio, es decir, en las técnicas de revelado que se emplean. Esto se debe a que el resultado final en este tipo de fotografía debe tener un nivel de calidad excepcional, pues tiene como finalidad la venta y/o exposición al público de la misma. Para alcanzar dicho nivel de calidad, resulta necesario

⁵² Fotografía tomada de DOUGHTON, Sandi. «The next nig eruption: Will we have a warning?». *The Seattle Times*, 17 de mayo de 2010 (http://seattletimes.com/html/localnews/2011889526_volcanoes18m.html).

611

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

que el fotógrafo conozca sobre técnicas de revelado, además de otras técnicas complementarias relacionadas al ajuste de luz o composición básica, entre otros.



Fotografía del álbum *Bienvenido Santiago*, de la fotógrafa Joanna Pantigoso⁵³

Como podemos apreciar, la realización de esta clase de fotografía implica necesariamente la utilización de técnicas de composición, ajuste de luz y, al entregar el trabajo final, una muy especial técnica de positivado (o revelado), a fin de que se consiga la calidad indicada anteriormente. Consideramos además que, a pesar de que este tipo de fotografía dependa mucho de la técnica que se aplique, no existe posibilidad de recrearla nuevamente precisamente como se realizó originalmente. En ese sentido, creemos que esta clase de fotografía debe estar más orientada al criterio objetivo de originalidad, es decir, se debe considerar el que no exista algo exactamente igual anteriormente, lo cual hace que la novedad juegue un rol importante.

c. La fotografía de moda

⁵³ <http://2.bp.blogspot.com/-c96O5HhQ6Sg/U3-BmVbRbki/AAAAAAAAGRg/3RxGIwYzU7s/s1600/0019-newborn-photography-santiago.jpg>.

Este tipo de fotografía, además de requerir conocimientos básicos sobre cuestiones técnicas en fotografía, se basa sobre todo en una aptitud especial del fotógrafo: debe ser capaz de conseguir que las modelos que fotografíe, a través de su lenguaje corporal, muestren ante la cámara lo que él desea comunicar.



Fotografía de Andrey Yakovlev & Lili Aleeva⁵⁴

De este modo, creemos que para este tipo de fotografías resulta más adecuada la teoría subjetivista de la originalidad, pues lo característico de estas fotografías depende de las aptitudes que el fotógrafo tenga, así como lo que logre transmitir a través de sus imágenes.

d. La fotografía publicitaria

El fotógrafo dedicado a esta actividad trabaja de la mano junto con el maquetista y el creativo a las órdenes de un director de arte. En ese sentido, el producto final, la fotografía publicitaria, no depende solo de su creatividad o de la puesta en escena de su intelecto. Por ello, creemos que el rasgo de originalidad en este tipo de fotografías podría llegar a ser inferior, en comparación al de otras que se encuentran protegidas por el derecho de autor.

613

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

⁵⁴ <http://www.dsgnr.cl/tag/fotografia-moda/>

En la fotografía que se muestra a continuación, se nota claramente lo expuesto en el párrafo anterior, por lo que no nos queda más que anotar que la impronta de la personalidad del fotógrafo, su creatividad o la conciencia de que dicha fotografía es novedosa (es decir, que nunca se ha repetido antes) se verán distorsionadas por la influencia de las otras personas que colaboran en la realización de esta clase de fotografías (director de arte, creativo y maquetista). Por lo tanto, concluimos en este aspecto que las fotografías publicitarias tendrían que ser evaluadas con criterios muy exigentes si es que se desea determinar si poseen originalidad y, por lo tanto, si son susceptibles de protección por el derecho de autor.



Fotografía publicitaria de la cerveza Heineken⁵⁵

e. La fotografía de arquitectura

En esta clase de fotografía, quienes realizan la toma se dedican esencialmente a seguir el proceso de construcción de un edificio. Existe también la posibilidad de que se realicen fotografías de edificios para otros fines como, por ejemplo, la creación de un portafolio para empresas constructoras. En este sentido, consideramos que la característica básica de este tipo de fotografías es que el autor tiene gran libertad para elegir la

⁵⁵ <http://www.kromatica.pe/fotografia-publicitaria.php>

composición y técnicas de luz. De este modo, podemos apreciar diversos ángulos y planos utilizados para fotografiar edificios, de acuerdo con las características de los mismos (altura, colores, materiales con que está fabricado, utilización, etcétera).

Por ello, creemos que, en este tipo de fotografías, el paso previo a la captura de la imagen, la composición de la misma, constituye el elemento esencial. Podremos decir entonces que el fotógrafo puede manifestar originalidad al realizar una toma con determinadas características, sobre las cuales se pueda afirmar que constituyen elementos particulares y propios de aquella persona.

La siguiente fotografía es un buen ejemplo de esto:



Patio del Colegio de Arquitectos de Madrid⁵⁶

Esta fotografía es una clara muestra de que el fotógrafo considera muchos aspectos previos a la captura de la foto que le permiten configurar la originalidad de su obra, a través de la composición, encuadre, ajustes de luz, entre otros. La consideración y manipulación de estos elementos le permitan llegar a una imagen sugestiva y, por lo tanto, expresiva de la impronta de su personalidad. Nos encontraríamos, una vez más, dentro de la teoría subjetiva de la originalidad.

⁵⁶ <http://www.mstudio.es/fotografo/fotografo-de-arquitectura#!prettyPhoto>

615

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

Como habremos podido observar, a partir de la clasificación expuesta de fotografías, la originalidad deberá ser analizada caso por caso, dependiendo de qué clase de fotografía se le presente a nuestras autoridades. El análisis debería realizarse además con la ayuda de un técnico experto en la materia; solo así se podrá determinar los matices característicos de originalidad que deberán ser exigidos al autor para que su obra pueda ser protegida.

En conclusión, podemos rescatar que la determinación de la originalidad de una fotografía, en la mayoría de los casos, va de la mano con lo que el autor ha querido expresar a través de ella. Es decir, lo que se deberá proteger en todos los tipos de fotografía mencionados es la mirada del fotógrafo, tal y como expusimos en el punto anterior. De esta forma, queda demostrada una vez más que una nota característica de la originalidad exigible a una fotografía deberá ser la mirada de su autor, la cual ha sabido ser reflejada en la fotografía como producto final. Lo expresado por el autor deberá ser analizado dependiendo del tipo de fotografía ante el cual nos encontremos, con lo cual no nos adherimos a la idea de calificar la originalidad de una imagen dependiendo del fin que se le vaya a dar, sino que servirá de pauta objetiva para la autoridad a fin de analizar con mayor precisión los elementos que justifican e incluso hagan necesaria la protección de una imagen.

IV.1.2. Meras fotografías *versus* obras fotográficas

De acuerdo con el artículo 5 literal h) del decreto legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, son protegibles las *obras* fotográficas. La definición que se maneja de obra, de acuerdo con el artículo 2 numeral 17 del mismo decreto, es la siguiente: «Toda creación intelectual, personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse». Sin embargo, el artículo 144 del mismo cuerpo normativo dispone que:

Quien realice una fotografía u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo, *que no tenga el carácter de obra de acuerdo a la definición contenida en esta ley*, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos.

La duración de este derecho será de setenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la realización de la fotografía⁵⁷.

De este modo, atendiendo a la gama de derechos que se les brinda a los autores de *obras fotográficas*, notamos que los derechos de los autores de las fotografías que no tengan el carácter de obra de acuerdo con nuestra

⁵⁷ Las cursivas son nuestras.

ley, es decir, *las meras fotografías*, son más recortados que los otorgados a los autores del primer tipo de fotos.

Es bien conocida la discusión doctrinal respecto a las obras fotográficas y las meras fotografías. Al respecto, Pizarro Moreno, comentando la normativa española sobre la distinción en cuestión, señala lo siguiente:

El legislador español, guiado por no se sabe qué criterio de prestigio internacional acogido sin más miramiento que el otorgado por la seguridad que da copiar un texto legislativo extranjero, comete el desafuero de, por una parte, distinguir un coherente derecho de autor sobre la obra fotográfica de un endeble derecho de autor del realizador de mera fotografía, y, por otra, hacer recaer la distinción en un criterio tan anémico como el de la originalidad⁵⁸.

Lo expuesto por el autor se aplica de la misma forma a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que resulta relevante reflexionar sobre sus palabras, en el sentido de que la distinción planteada entre meras fotografías y obras fotográficas es un verdadero problema pues la solución brindada para poder distinguir unas de otras recae sobre una noción que el mismo legislador no ha sabido definir dentro de la ley: la originalidad. Adicionalmente, se trata de un concepto que ha causado un debate inconcluso hasta el día de hoy en la doctrina nacional e internacional.

Por otro lado, debemos recordar lo expuesto en el presente trabajo hasta este punto, respecto a que toda fotografía debe ser merecedora de protección, por lo cual carecería de sentido distinguir entre meras fotografías y obras fotográficas. Ello no significa que recaigamos sobre una de las críticas esbozadas en el segundo capítulo de este trabajo, a saber, que, al eliminarse aquella diferencia, tendrían protección todas las fotografías y, por lo tanto, carecería de utilidad plantear criterios sobre la originalidad de una obra de este tipo. Lo que se quiere decir es que cuando una fotografía contenga un elemento que la haga identificable con su autor, debe ser protegida y, cuando no, no debería serlo. No deben existir puntos medios entre una y otra, pues carece de sentido un régimen de protección atenuado para las meras fotografías a comparación de las obras fotográficas.

Además, se debe tener en cuenta que la doctrina ha señalado que las meras fotografías, es decir, las fotografías que no sean obra debido a que no poseen el elemento de la originalidad, pueden encontrar protección por la vía contractual y en la regulación que prohíbe la competencia desleal⁵⁹. Con lo cual agregamos un argumento más a nuestro favor en contra de la distinción analizada.

58 PIZARRO MORENO, Eugenio. Ob. cit., p. 34.

59 Ver *ibidem*, p. 43.

617

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

Asimismo, también se debe tener en cuenta que existen normas dentro de nuestra legislación capaces de proteger a los autores de «meras fotografías» que se puedan ver afectados económicamente mediante el uso de las mismas. Nos referimos a las normas de competencia desleal, las cuales se encuentran reguladas en el decreto legislativo 1044. De este modo, consideramos que los supuestos previstos en dichas normas referidos principalmente a los actos de engaño, actos de confusión y actos de explotación indebida de la reputación ajena podrían servir a los autores de fotografías que no puedan obtener el título de obra fotográfica, en la medida en que con ellas puedan combatir las acciones negativas que ejerzan en contra de su patrimonio a través del uso indebido de sus fotografías.

Por último, las palabras de Carrancho Herrero, respecto a la discusión sobre las meras fotografías, terminan de expresar la posición esgrimida sobre la innecesaria distinción frente a las obras fotografías: «Si ya es difícil determinar cuándo hay originalidad para establecer si hay obra protegible, cuanto más difícil es decir que no hay ninguna y por eso estamos ante meras fotografías. [...] esta dificultad desaparecería si se eliminara la categoría de meras fotografías»⁶⁰.

En conclusión, creemos que la distinción entre meras fotografías y obras fotográficas debe desaparecer, pues todas las fotografías que posean originalidad deberán ser protegidas; mientras que las que no lo posean (por ejemplo, algunas fotografías publicitarias), no deben ser protegidas. De este modo, la determinación del criterio de originalidad cobra importancia para poder dilucidar cuándo estamos ante uno u otro caso, sin la existencia de derechos atenuados.

IV.2. Propuesta: criterios para una noción concreta de «originalidad»

El objetivo de este trabajo es elaborar una lista de los criterios que resultan más resaltantes y, sobre todo, los más concretos para poder determinar si una fotografía cuenta con el rasgo de originalidad. Considero que los criterios que se propondrán más adelante podrán ser tomados en cuenta por parte de las autoridades de INDECOPI, al momento de decidir si una fotografía es original o no. Esto permitiría resolver tanto un conflicto de derechos de autor que derive de la contraposición de dos fotografías, como uno relativo al registro de una fotografía, lo cual también requiere que haya un reconocimiento de originalidad. Sin embargo, somos de la opinión que ambos casos requieren de análisis distintos, pues el primer problema deriva de la comparación de dos fotografías y el análisis está más orientado a determinar los rasgos característicos de la primera

60 CARRANCHO HERRERO, María Teresa. Ob. cit., p. 145.

fotografía. Mientras tanto, el segundo problema debe ser analizado tomando en consideración factores más personalizados y enfocados solo en los motivos y circunstancias que llevaron al fotógrafo a realizar la toma.

Una vez analizada la doctrina y normativa tanto nacional como internacional, así como los criterios relacionados a la clasificación de fotografías y las opiniones esgrimidas respecto a la distinción entre meras fotografías y obras fotográficas, proponemos a continuación los dos criterios que, a nuestro juicio, deben tomarse en consideración al momento de establecer si una fotografía tiene la característica de ser original:

– Si la fotografía plasma un momento único en el tiempo

Consideramos que un criterio fundamental debe ser la captación de un momento único en el tiempo, sea por una composición determinada o por la toma de una fotografía «accidental». Esto último se expresa muy bien en la fotografía documental. Por ejemplo, los fotógrafos que cubren una guerra son capaces de mostrar al mundo sucesos que todos saben que están ocurriendo —niños hambrientos o personas muriendo—, pero de tal modo que la toma es irrepetible. Esto puede deberse o a que se trate de una composición tan bien preparada que hace que la fotografía se vuelva irrepetible, o a que se trate de una fotografía que, sin preparación en su composición, logra transmitir la sensación de que no se podrá volver a repetir algo así para poder ser fotografiado nuevamente.



Fotografía ganadora del Premio Pulitzer hecha por Huynh Cong Út. La fotografía muestra a una niña cuando corría desnuda hacia el fotógrafo, mientras escapaba de un ataque cercano de napalm en Trang Bang, durante la guerra de Vietnam⁶¹.

61 <http://www.cadadiaunfotografo.com/2014/01/huynh-cong-ut.html>

619

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES

En la fotografía anterior no se puede determinar que el fotógrafo haya utilizado una técnica de composición específica, tampoco se puede decir que haya hecho posar a las personas que fotografió. Por ello, la fotografía documental expuesta es clara muestra de que las tomas casi «accidentales» (sin pensar en técnicas previas) también pueden merecer protección por derechos de autor, en el sentido de que se trata de una clara intención del fotógrafo de transmitir una idea mediante dicha toma (el sufrimiento de aquellos niños por la guerra vivida).



El «selfie» tomado por el actor Bradley Cooper en la ceremonia de premiación de la Academia de las Artes y Ciencias Cinematográficas (premios Oscar) del año 2014⁶²

Esta fotografía es otra muestra clara de que las tomas «accidentales» (es decir, sin pensar en la composición y, sobre todo, en cuestiones técnicas, como el tipo de cámara) pueden ser originales en el sentido de que se vuelven valiosas por ser irrepetibles en el tiempo. En este caso particular, la fotografía se vuelve única y, por ello, original, debido a que fue la primera vez que una presentadora de los premios Oscar utilizó la popular forma de autorretratarse durante la ceremonia e incorporando a actores y actrices famosos en dicha coyuntura (entre otros, la toma incluye a los reconocidos actores Brad Pitt, Meryl Streep y Julia Roberts, así como a actores nominados para la estatuilla dorada de esa noche: Jennifer Lawrence, Lupita Nyong'o y Bradley Cooper). De esta forma, consideramos que el criterio expuesto calza adecuadamente dentro del último ejemplo propuesto, sin perjuicio de las discusiones que se podrían generar respecto a la autoría de la controversial fotografía.

– Si la fotografía transmite una idea o sentimiento: la mirada del fotógrafo

El criterio de la sensación de que la fotografía transmite claramente una idea o sentimiento, si bien puede parecer demasiado subjetivo, no lo es cuando se piensa en que nuestras autoridades son seres humanos y, por

⁶² <http://elcomercio.pe/tvmas/hollywood/ellen-degeneres-y-mejor-selfie-historia-oscar-noticia-1713309>

lo tanto, deberían ser capaces de discernir entre una simple fotografía de un árbol (por ejemplo, una fotografía disparada de frente, incluso editada con algún *software* especial) y la fotografía que se haga de un árbol con una técnica tal que permita afirmar que el fotógrafo quiso expresar la misma realidad, pero incorporándole algo propio (por ejemplo, una fotografía del mismo árbol, pero obtenida desde el cielo o desde un ángulo inferior, jugando con el zoom de modo que se enfatice una determinada parte del árbol o el ambiente que lo rodea, etcétera). A fin de explicar mejor este criterio, Carrancho Herrero, citando a Valero Martín, señala que uno de los criterios a considerar para determinar si existe originalidad es «la forma de expresión como necesaria extrinsecación a fin de la comunicación y revelación a los terceros de ese contenido de ideas compuesto de modo orgánico»⁶³.



Imagen 1⁶⁴



Imagen 2⁶⁵

Estas dos fotografías son ejemplo de lo comentado líneas arriba, en el sentido de que la Imagen 1 no podría ser considerada una obra fotográfica merecedora de protección por el derecho de autor, pues es una fotografía simple que *cualquier* persona pudo haber tomado (Mario Testino en uno de sus viajes o una persona desde su casa de campo) y que claramente no transmite nada en particular: su autor debió tomar la fotografía sin querer expresar algo concreto. En cambio, la Imagen 2, correspondiente a la película *El árbol de la vida* del director Terrence Malick, sí podría ser considerada una obra fotográfica protegible por el derecho de autor, pues en este caso, descartando el que se hayan utilizado técnicas de computación para crear la imagen, tenemos un árbol particular en la medida en que a través de él pueden verse algunos rayos de luz del sol cuando se pone, lo cual evoca la idea de que el fotógrafo ha tenido que esperar a dicho momento para poder fotografiarlo. Esto último, aunado a los ajustes de luz correspondientes, debe permitirnos afirmar que la

63 CARRANCHO HERRERO, María Teresa. Ob. cit., p. 135.

64 <http://blogecologista.com/la-importancia-del-arbol/>

65 <http://comohacerte.com/fiestas/%C2%BFque-arbol-eres-el-arbol-de-la-vida>

fotografía comentada debe ser protegida por el derecho de autor sin duda alguna.

Luego de haber desarrollado los dos criterios que, a nuestro parecer, deben ser usados por la autoridad competente para determinar cuándo nos encontramos frente a una obra fotográfica y, en ese sentido, protegible por el derecho de autor, nos permitimos culminar el presente trabajo esbozando el artículo que podría definir la originalidad de las obras fotográficas, complementando su protección:

Artículo 5.- Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

(...)

h) Las fotografías que cumplan con:

captar un momento único en el tiempo;

ser la plasmación de la mirada personal de su autor;

Por último, llamamos la atención respecto a la necesidad de crear una norma complementaria a la Ley sobre Derecho de Autor, en donde se puedan desarrollar criterios concretos respecto a la determinación de la originalidad de obras que, por su naturaleza, resulten de difícil análisis (como las fotográficas). De este modo, esperamos que en dicha normativa complementaria se consideren los criterios desarrollados en el presente trabajo, además de añadir el artículo propuesto a la norma existente.

V. CONCLUSIONES

- Si bien las legislaciones española, estadounidense, británica y alemana brindan análisis interesantes sobre el tratamiento de las fotografías con relación a la protección de los derechos de sus autores, las cuatro carecen de elementos que hagan objetiva la noción de originalidad para las fotografías, lo cual es objetivo del presente trabajo.
- Sin embargo, los elementos que recoge la *Copyright Law* británica para poder determinar cuando estamos ante una fotografía original y, por tanto, susceptible de protección: la técnica con la que se captura la imagen, la composición que se hace de la misma y el hecho de estar en el lugar correcto en el momento adecuado son muy importantes al momento de perfeccionar criterios objetivos que permitan delinear la noción de originalidad aplicada a fotografías.
- Ni la legislación ni la jurisprudencia peruanas esbozan, respecto a la noción de originalidad aplicada a la protección de obras fotográficas, criterios concretos para poder determinar cuáles

fotografías pueden ser protegidas por el derecho de autor y cuáles no. Si bien nuestra legislación se inclina por la teoría de la personalidad, esta conlleva desventajas en tanto se puede restringir o ampliar demasiado el campo de protección de este tipo de obras artísticas.

- La determinación de la originalidad de una fotografía, en la mayoría de los casos, va de la mano con lo que el autor ha querido expresar a través de ella. Es decir, lo que se deberá proteger en todos los tipos de fotografía mencionados es la mirada del fotógrafo. Lo expresado por el autor deberá ser analizado dependiendo del tipo de fotografía ante el cual nos encontremos.
- La distinción entre meras fotografías y obras fotográficas debe desaparecer, pues todas las fotografías que posean originalidad deberán ser protegidas; mientras que las que no lo posean, no deben ser protegidas. De este modo, la determinación del criterio de originalidad cobra importancia para poder dilucidar cuándo estamos ante uno u otro caso, sin la existencia de derechos atenuados.
- Los criterios que, a nuestro juicio, deben tomarse en consideración al momento de establecer si una fotografía tiene la característica de ser original son los siguientes: que la fotografía plasme un momento único en el tiempo y que la fotografía transmita una idea o un sentimiento (la mirada del fotógrafo).

Recibido: 11/09/14
Aprobado: 19/09/14

623

LA FALTA DE
CRITERIOS
DENTRO DEL
ORDENAMIENTO
JURÍDICO PERUANO
RESPECTO DEL
CONCEPTO DE
«ORIGINALIDAD»
APLICADO A LA
PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS
DE AUTOR SOBRE
IMÁGENES
FOTOGRAFICAS

THE ABSENCE
OF CRITERIA IN
THE PERUVIAN
LEGAL SYSTEM
REGARDING THE
CONCEPT OF
«AUTHENTICITY»
APPLIED TO
COPYRIGHT LAW
PROTECTION ON
PHOTOGRAPHIC
IMAGES