

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA DE LOS FOTÓGRAFOS: LA PROTECCIÓN DE SUS CREACIONES POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y COMO VÍA PARA LA CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

PHOTOGRAPHERS' FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION:
THE PROTECTION OF THEIR CREATIONS BY INTELLECTUAL PROPERTY
AND AS A MEANS OF PRESERVING CULTURAL HERITAGE

Elisa Gutiérrez García

Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
elisagut@ucm.es

RESUMEN:

El presente trabajo analiza la libertad de expresión artística de los fotógrafos y la protección de los frutos derivados de su creación. Estos se tutelan por la propiedad intelectual como obras, sujetas a derechos de autor, y como meras fotografías, por derechos «afines» o «conexos», dependiendo de si resultan originales. A la luz de esta doble vía, las fotografías serán las creaciones que mayor protección tendrán por la propiedad intelectual. Esta protección, esencialmente inmaterial, se proyectará asimismo sobre la conservación del patrimonio cultural a través del derecho moral del autor a exigir el respeto a la integridad de su obra.

ABSTRACT:

This paper analyses photographers' freedom of artistic expression and the protection of the results derived from their creation. These are protected by intellectual property as works, subject to copyright, and as mere photographs, by «neighbouring» or «related» rights, depending on whether they are original. In the light of this double track, photographs will be the creations that will have the greatest intellectual property protection. This protection, which is essentially immaterial, will also affect the preservation of cultural heritage through the moral right of the author to demand respect for the integrity of his or her work.

PALABRAS CLAVE:

Libertad de expresión artística, libertad de creación, derechos fundamentales, obra fotográfica, mera fotografía, propiedad intelectual, derechos de autor, derecho de participación, patrimonio cultural.

KEYWORDS:

Freedom of artistic expression, freedom of creation, fundamental rights, photographic work, mere photography, intellectual property, copyright, resale right, cultural heritage.

ÍNDICE:

1. Introducción.
2. La libertad de expresión artística.
3. La propiedad intelectual y los derechos de autor.
4. Las obras como objeto de protección de la propiedad intelectual.
5. Las fotografías como objeto de protección de la propiedad intelectual.
6. La propiedad intelectual como vía (indirecta) para la protección del patrimonio cultural.
7. Conclusiones.
8. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La fotografía es una de las formas artísticas de más reciente aparición, sobre todo si la comparamos con las artes clásicas, de tantos siglos de trayectoria. Su concepción como arte gozó de cierto escepticismo entre juristas, académicos y virtuosos de otras áreas a comienzos del siglo pasado, tal y como sucedería años después con la cinematografía —fotografía en movimiento, a fin de cuentas—. El componente técnico característico de la nueva disciplina parecía anular cualquier atisbo de creatividad que pudiera tratar de implementar su responsable, por lo que no existía posibilidad de que el resultado contuviera impronta personal alguna de éste. Para muchos se trataba meramente de capturar la realidad circundante, donde lo bello o digno de admiración ya estaba presente frente al objetivo, no suponiendo su captura mecánica un acto creativo ni su resultado algo digno de protección.

El paso del tiempo, no obstante, constató que la libertad creativa de los emergentes autores era muy vasta. La intervención del fotógrafo podía resultar crucial desde la preparación de la estampa hasta el relevado de la imagen, pasando por su fijación y la forma final de concebirla o ejecutarla. Por ello, el resultado alumbrado por la cámara fotográfica —y posteriormente por la cinematográfica—¹ podía ser considerado una obra que merecía ser amparada por el derecho.

1 No es el objeto del presente trabajo abordar las diferentes denominaciones y desarrollos técnicos que derivaron en la cámara fotográfica y sus soportes de fijación, como tampoco en rela-

Por su parte, con carácter añadido, el paralelo desarrollo de los derechos fundamentales y los sistemas políticos democráticos, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, puso de relieve la importancia que tenía la libertad de expresión para el libre desarrollo de la personalidad. Esta libertad debía comprender la facultad de todos los sujetos para expresarse creativamente en un marco jurídico de libertad, sin cortapisas que fueran más allá del respeto a los derechos de los demás, incluyendo a los autores que nos ocupan como titulares de este a la libertad de expresión artística.

En la actualidad, este contexto creativo es firmemente tenido en cuenta y respaldado por el legislador. La libertad de expresión artística o libertad de creación se recoge en el artículo 20.1.b) de la Constitución Española (CE), como derecho fundamental, entroncando con la libertad de expresión garantizada en la letra precedente. Dicho precepto reconoce y protege el derecho «[a] la producción y creación literaria, artística, científica y técnica»; esto es, a la libertad de creación pacífica y sin injerencias, otorgando especial valor a lo creativo a efectos de su difusión, más allá del discurso de corte político, clásicamente amparado por la genérica «libertad de expresión»².

Los frutos derivados de ese acto creativo, a su vez, se encuentran regulados por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (TRLPI). Esta protección de los resultados inmateriales resulta básica, en primera instancia, como incentivo a la creación para los potenciales autores, a la luz de los derechos personales y patrimoniales que la norma les atribuye. De no existir este incentivo por el que rentabilizar el esfuerzo intelectual y protegerlo frente a terceros, la producción artística sin lugar a dudas aminoraría sustancialmente, pues cualquiera podría hacer uso de las creaciones sin mediar ningún tipo de remuneración y en cualquier condición, incluso «maltratando» la creación ajena. En segunda instancia, la importancia de esta protección es destacable desde el punto de vista patrimonial y en beneficio último de la sociedad, por la tutela indirecta que proporciona el texto sobre el soporte en el que se contenga la expresión artística³.

ción con la cámara cinematográfica, la película virgen para impresionar, ni las distintas invenciones paralelas que dieron lugar a sendas disciplinas como las conocemos en la actualidad. Cabe señalar, sin embargo, que la fotografía y la cinematografía resultaron de un cúmulo de avances técnicos que difícilmente y en justicia se pueden atribuir a un único sujeto en ambos casos. Sin perjuicio de lo anterior, existe cierto consenso en atribuir a Joseph Nicéphore NIÉPCE la invención de la cámara fotográfica y a Auguste y Louise LUMIÈRE el cinematógrafo. Sobre ello, *vid.* SOUGEZ, Marie-Loup, «La aparición de la fotografía. Inventores y primeros procedimientos», en *Historia general de la fotografía*, obra colectiva, coordinadora Marie-Lout Sougez, Cátedra, Madrid, 2007, págs. 31 y ss.; GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román. *Historia el cine*, Anagrama, Barcelona, 2016.

2 URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iniesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 617.

3 Bien entendido que la propiedad intelectual no recae sobre el soporte que contiene la obra, sino sobre la propia obra, de carácter inmaterial.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA

El derecho a la libertad de expresión artística o de creación se considera una manifestación concreta o ramificación de la libertad de expresión⁴, aunque de distinto significado⁵. La tutela internacional de ésta última se alcanzó en el texto regulador por antonomasia de los derechos fundamentales en el mundo: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1950). En ella se reconocía el derecho de todo individuo «a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión» (art. 19). Con una plasmación monista de la libertad de expresión, comprendiendo en su seno el derecho a la información, se trataba del reconocimiento de un derecho de carácter esencialmente político, que se complementaba con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18); el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas (art. 20); y el derecho, por último, a la participación política (art. 21).

El reconocimiento expreso del derecho a la libertad de expresión artística no se producirá en este contexto hasta 1976, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)⁶ y, sobre todo, con motivo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976)⁷, ambos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas. Éste último reconoce el compromiso de los Estados Partes en el Pacto «a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora» (art. 15.3), sin perjuicio de toda persona a «participar en la vida cultural» [art. 15.1.a)].

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce, con carácter añadido, «el derecho de toda persona a: [...] [b]eneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» [art. 15.c)]; dicho en otros términos, a la protección de la propiedad intelectual que le pudiera corresponder.

El derecho «[a] la producción y creación literaria, artística, científica y técnica» actualmente recogido en la CE [art. 20.1.b)] manifiesta su verdadera entidad propia en la protección constitucional del momento creativo, garantizando plena libertad tanto en la reflexión como en la elaboración de la creación. Y ello deviene esencial para el propio desarrollo de la personalidad. De hecho, tal y como afirma URÍAS MARTÍNEZ⁸, «la íntima vinculación entre el proceso creativo

4 GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. «Libertad de expresión: régimen jurídico-administrativo sustantivo y procesal», en *Libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, obra colectiva, director Pedro J. Tenorio Sánchez, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pág. 434.

5 ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, octava edición, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 419.

6 Conforme a su artículo 19.2, «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

7 Vid. art. 15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

8 URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iniesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 618.

y la esencia misma de la personalidad hacen que cualquier determinación de la manera en que se ha de elaborar una obra afecte a la dignidad misma de la persona y su capacidad de autodeterminación». El amparo a la libertad de creación entronca directamente con la interdicción de censura previa del apartado 2 del mismo artículo; una práctica que ha afectado fuertemente a autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores y demás agentes culturales en un pasado muy reciente de nuestro país, y que necesariamente comporta una serie de vulneraciones en materia de propiedad intelectual y un correlativo daño irreparable para la cultura, la educación, el desarrollo social y la economía en cualquier Estado.

En este sentido y a falta de mención expresa, se ha cuestionado frecuentemente si la protección procurada a la libertad de expresión artística en la CE, debía comprender los frutos que del ejercicio de dicha libertad se derivaran, con todas las implicaciones que ello suponía; es decir, si la propiedad intelectual sobre las creaciones que resultaran debía entenderse como un derecho fundamental, digno de la máxima protección constitucional, o si, en cambio, este aspecto escapaba del núcleo duro o contenido esencial del derecho mencionado, quedando excluido del régimen garantista aplicable a «los derechos fundamentales y de las libertades públicas» de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I.

La primera redacción del apartado b) del artículo 20 garantizaba «los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica», por lo que a la luz del devenir legislativo parece que tal materia se excluyó como derecho fundamental⁹. De hecho, nótese que el propio TRLPI debía haber sido una Ley Orgánica, en caso contrario, tal como impone el artículo 81 de la CE.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar que el artículo 17.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) «protege la propiedad intelectual», dentro del derecho a la propiedad. Esta propiedad especial de carácter inmaterial ha sido recientemente puesta en valor por el TJUE frente a la libertad de expresión, en igualdad de condiciones formales¹⁰. Todo ello, junto a los tratados multilaterales de las Naciones Unidas citados, de carácter vinculante, se debe tener en cuenta a la luz del artículo 9.2 de la CE, según el cual, «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y

9 URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iñiesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pág. 617.

10 *Vid.* la reciente STJUE, de 26 de abril de 2022 (ECLI:EU:C:2022:297) (asunto C-401/19, República de Polonia contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea), a propósito de un recurso de anulación interpuesto por la República de Polonia frente al Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. En éste, el país de la Europa Oriental señalaba que la Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE atentaba contra la libertad de expresión de los usuarios con motivo la inclusión de un régimen de responsabilidad agravado dirigido a ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información, que trata de garantizar el máximo respeto a los derechos de propiedad intelectual de los creadores. El recurso fue desestimado, condenando en costas a la República de Polonia. Sobre ello, *vid.*, GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa. «La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº58, págs. 1-33.

los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», a pesar de la incorporación insuficiente que ha procurado nuestro Tribunal Constitucional¹¹.

Con independencia de la calificación jurídica dada por el legislador patrio, la propiedad intelectual es de mayúscula importancia en relación con la libertad de creación que debe guiar todo proceso artístico.

3. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR

A grandes rasgos, se puede definir la propiedad intelectual como aquella propiedad inmaterial, de carácter especial¹², que ostentan determinados sujetos sobre las obras literarias, artísticas o científicas que crean o en las desarrollan un papel relevante en el proceso creativo.

La expresión «propiedad intelectual» se usa frecuentemente como sinónimo de «derechos de autor» cuando el sujeto beneficiado es el creador de la obra. No obstante, conviene apuntar que tal equiparación sólo sería acertada desde una concepción relativamente «reduccionista» de la propiedad intelectual. En realidad, la propiedad intelectual se integra por dos conjuntos de derechos en nuestro país. En primera instancia, por los ya citados «derechos de autor»: aquellos que la ley le reconoce al autor, atribuyéndole facultades de distinta naturaleza sobre su creación; una suerte de monopolio que le permitirá decidir las condiciones en las que otros pueden explotarla. Serán los derechos que le corresponderán a un fotógrafo sobre su obra fotográfica por el solo hecho de crearla, a título de ejemplo.

En segunda instancia, la propiedad intelectual se integra, asimismo, por otro conjunto de derechos denominados «conexos», «afines» o «vecinos», que recaen sobre otros sujetos que desempeñan un papel especial en la gestación de obras u otras creaciones, sin ser los autores. Sería el caso, por ejemplo, del productor fonográfico o del productor audiovisual sobre la grabación fonográfica o audiovisual que sea fruto de su iniciativa y responsabilidad (arts. 114-119 y 120-125, respectivamente). También de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones (arts. 105-113); de las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o retransmisiones (arts. 126-127); de determinados sujetos y editoriales sobre ciertas publicaciones (arts. 129-130); y, en lo que aquí nos interesa, de los realizadores de meras fotografías sobre sus fotografías o reproducciones obtenidas por procedimiento análogo a aquéllas (art. 128).

Los derechos de autor están protegidos en el Libro Primero —de los derechos de autor— del TRLPI, ofreciendo a los autores las máximas garantías de protección, mientras que los «otros derechos» de propiedad intelectual están regulados en el Libro Segundo —de los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección «sui generis» de las bases de datos—,

11 CARMONA CONTRERAS, Ana María. «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias», en *La Constitución de los españoles. Estudio homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, obra colectiva, directores Manuel Aragón Reyes, Javier Jiménez Campo, César Aguado Renedo, Antonio López Castillo y José Luis García Guerrero, págs. 578-590.

12 Vid. arts. 428 y 429 del Código Civil.

según los cuales los sujetos beneficiarios ostentarán determinadas facultades sobre algunas creaciones, pero no de la entidad y naturaleza que las de los autores.

Por último, conviene señalar, retomando el aspecto terminológico de la cuestión, que en foros internacionales y otros ordenamientos jurídicos la propiedad intelectual comprende asimismo lo que en España se denomina «propiedad industrial» y que es tratada separadamente. Ésta se integra por el derecho de patentes, marcas, diseños industriales, secretos profesionales y demás materias más próximas al área industrial que intelectual¹³. El uso de las expresiones propiedad intelectual habrá de circunscribirse en cada caso.

4. LAS OBRAS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El objeto de protección paradigmático de la propiedad intelectual, en general, y de los derechos de autor, en particular, son las obras. Éstas se definen en el TRLPI como «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 [...]» (art. 10.1).

La propia norma establece a continuación un listado, meramente ejemplificativo, sobre los tipos de creaciones que pueden quedar englobadas en el objeto de protección precisado. Entre ellas se especifican «[l]as obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía» [art. 10.1.h)]. Se trata de un listado abierto en el que cabría tomar en consideración cualquier creación que encontrara encaje en la definición general de obra, contenida al comienzo del artículo.

Así, tan pronto como un resultado creativo pueda considerarse obra, se entenderá amparado por la norma y su responsable se erigirá, *a priori*¹⁴, titular de todos los derechos personales y patrimoniales que le correspondan por el solo hecho de su creación¹⁵, sin más limitaciones que las establecidas en la ley¹⁶.

De la definición de obra del TRLPI, se extraen los requisitos que las creaciones deberán cumplir para ostentar la condición de «obras» y sus responsables, consecuentemente, puedan erigirse como «autores» y titulares, por tanto, de «derechos de autor». Así, las obras deberán: (i) ser una creación, gestada por un ser humano; (ii) presentar originalidad en la medida suficiente; (iii) pertenecer al ámbito artístico, literario o científico, a título descriptivo; (iv) estar expresada en un medio o soporte, de tal modo que sea perceptible.

13 BEROVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. «La obra», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs.19-20.

14 La norma general es que el autor sea el titular originario de todos los derechos. Cabe la posibilidad, no obstante, de que los derechos sean atribuidos a un tercero si nos encontramos, por ejemplo, ante una obra colectiva (art. 8 TRLPI) o bajo una relación laboral (art. 51 TRLPI).

15 *Vid.* art. 2 TRLPI.

16 *Vid.* art. 1 TRLPI.

De entre los citados requisitos, es la originalidad el que más enjundia presenta. Siguiendo al jurista OTERO LASTRES¹⁷, se trata de un «concepto enigmático [...], expresión que tiene una significación oscura, misteriosa y muy difícil de penetrar». Y ello, a pesar de toda la literatura relacionada y de ser un término acogido por nuestra legislación desde el siglo XIX.

La identificación de la originalidad en una concreta creación no resultará baladí, pues, en el ámbito fotográfico, será determinante para delimitar si una creación es tenida por «obra» y su responsable por «autor» o si ésta constituye, en cambio, una «mera fotografía» gestada a manos de un «realizador».

5. LAS FOTOGRAFÍAS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. La originalidad de las obras fotográficas y las meras fotografías

La originalidad como condición *sine qua non* para que una creación esté protegida por el derecho de autor se ha entendido tradicionalmente desde dos perspectivas: la originalidad subjetiva, por la que la obra debía reflejar la impronta creativa del autor, su personalidad, no habiendo copiado nada ajeno; y la originalidad objetiva, entendida como la necesidad de que el autor creara algo nuevo en relación con el acervo cultural ya existente, en términos absolutos, cumpliendo con un requisito semejante a la novedad exigible a las patentes o diseños industriales¹⁸.

Si bien la originalidad subjetiva resultaba propia de las artes clásicas, las nuevas formas de expresión derivadas del desarrollo tecnológico, en las que la impronta personal del autor es tan difícil de advertir, hacen que la aplicación del criterio de originalidad objetivo sea preferible, dada la seguridad jurídica que genera frente al criterio subjetivo. La identificación de una creación como original a partir del universo de las obras preexistentes —originalidad objetiva— será mucho menos arbitraria, que si el criterio aplicable deriva de la propia persona del autor —originalidad subjetiva—.

17 OTERO LASTRES, José Manuel. «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a* (A Coruña, 22 y 23 de marzo de 2007), obra colectiva, coordinadores Rafael García Pérez y Marcos-A. López-Suárez, Universidad de La Coruña (Servizo de Publicacións), A Coruña, 2008, pág. 73.

18 *Vid.*, en este sentido, el artículo 6 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. y homólogo artículo en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. La regulación en materia de diseño industrial está siendo objeto de revisión por parte del legislador europeo. El requisito de novedad, no obstante, no parece que vaya a sufrir modificaciones sustanciales ni a dejar de ser exigible. *Vid.* art. 4 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos (refundición), COM(2022) 667 final (Bruselas, 28.11.22). Disponible en ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12609-Propiedad-intelectual-revision-de-las-normas-de-la-UE-sobre-diseno-industrial-Directiva-sobre-dibujos-y-modelos_es. Fecha última visita: febrero 2023.

En relación con las obras fotográficas y de manera poco pacífica para la doctrina, el legislador europeo se inclinó abiertamente por la originalidad subjetiva en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Según advierte el Considerando 16 del texto, «[u]na obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que *refleja su personalidad*, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad»¹⁹. Por su parte, según el artículo 6, «[l]as fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean *creaciones intelectuales propias del autor* serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección»²⁰. Según BERCOVITZ²¹, la incorporación de este criterio no tuvo justificación jurídica. El único objetivo de la Directiva 2006/116/CE era unificar la duración temporal de los derechos de propiedad intelectual en la región. La determinación de los requisitos exigibles para considerar una creación como digna de tutela era una materia que le resultaba ajena, debiendo haber sido competencia exclusiva de los legisladores nacionales la fijación de este concepto.

En cualquier caso, en la actualidad no cabe duda de que el concepto de obra presenta como rasgo definitorio la originalidad, aún cuando no se mencione de forma expresa, de tal manera que una creación que no la ostente, no podrá ser considerada obra. Con carácter añadido, ésta deberá presentarse en la medida suficiente; deberá tener una relevancia mínima²².

De cara a la necesaria apreciación de originalidad en una creación, su responsable —el potencial autor—, debe tener margen de libertad suficiente para tomar determinadas decisiones arbitrarias, dentro de un abanico de posibilidades, en el proceso gestacional. De lo contrario, si el sujeto se ve fuertemente circunscrito en su acto creativo, limitado o ceñido por normas u otros factores determinantes, de tal manera que en la práctica carezca de esa libertad creativa, el resultado de su intervención nunca llegará a ser original. La falta de libertad creativa aquí mencionada resulta más amplia que la que se derivaría de una vulneración del artículo 20.1.b) y del 20.2 de la CE. Ésta podría quedar incluida si responde a algún tipo de censura administrativa, a título de ejemplo, pero también podría darse el caso de que el contexto en el que se pretenda enmarcar la obra genere esa ausencia de libertad por parte del que pretende ser autor, como se ha afirmado del fútbol²³ o de las faenas taurinas²⁴.

19 El remarcado es propio.

20 El remarcado es propio.

21 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 163.

22 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo «Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 105-109.

23 *Vid.*, en este sentido, la STJUE, de 4 de octubre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:631) (asunto C403/08, *Football Association Premier League* y otros), en la que el tribunal europeo entendió, respecto de los partidos de fútbol, que «las obras protegidas deben constituir una creación propia de su autor» (apdos. 97 y 155) y que este criterio no se cumple en el caso de un partido de fútbol, «al estar delimitados por reglas de juego que no dejan espacio a la libertad creativa en el sentido de los derechos de autor» (apdo. 98).

24 Según la STS 82/2021, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:497), «[l]a pretendida creación intelectual de cada lidia, atribuible al torero, participa de un argumento común: el torero se enfrenta a un toro bravo, a quien intenta dominar y finalmente matar, eso sí, con la pretensión de hacerlo de

La aparente falta de aportación (suficientemente) original de los fotógrafos sobre el resultado a la vista del supuesto poco margen de maniobra del que disponían, unido indudablemente al elemento técnico mediante, ha sido el principal escollo para que la fotografía fuera jurídicamente «denostada» desde su alumbramiento.

2. La protección de las obras fotográficas por el Convenio de Berna

A nivel internacional, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (CB) es el texto por antonomasia regulador de los derechos de autor²⁵. El escepticismo inicial del texto hacia las fotografías, una forma artística emergente, fue manifiesto. Un escepticismo que, lamentablemente, pervivió en el tiempo hasta la fecha.

El CB data de 1886, habiendo sido revisado en siete ocasiones desde entonces; la última de ellas, por el Acta de París, en 1971. En el momento de la redacción originaria, la fotografía existía desde hacía décadas, sin embargo, no se reflejó en el articulado, a pesar de la insistencia de la delegación francesa en las negociaciones. La delegación germana mostró una fuerte oposición acerca de la protección de las obras fotográficas; una recelosa actitud que mantendría en las distintas revisiones y que representaría un importante freno a su reconocimiento y amplitud de protección en contra de la arraigada postura francesa. Según habían señalado los opositores, el ordenamiento alemán no les permitía aceptar la mención de las fotografías en el proyecto de Convenio. Sin embargo, reconociendo que la protección de las obras fotográficas originales era conveniente, el Comité decidió expresar el deseo de que se introdujera su tutela en el futuro cercano²⁶.

forma artística. Esta faena se desenvuelve en una secuencia de actos en cierto modo pautada, en cuanto que se desarrolla en tres tercios (varas, banderillas y muleta), además de la muerte del toro, y está previsto el contenido de cada uno de ellos, el lugar en que se ha de desarrollar y la función que ha de realizarse. Por otra parte, en la lidia del toro destacan dos aspectos que escapan a la protección como obra de propiedad intelectual: la técnica y la habilidad del torero. Forma parte de su saber hacer proyectado en cada faena, el conocimiento que tiene de los toros y su capacidad de entender el que en ese caso le corresponde torear, que le permite adaptarse a su comportamiento (provocar una salida, encauzar el curso del animal, dirigirlo con un movimiento de brazo o de muñeca, etc.), así como su colocación respecto del toro. También la habilidad desarrollada con el capote, la muleta y la espada, para realizar una concreta faena, que no dejan de ser destrezas». Así, continúa el tribunal, «la creación intelectual atribuible al torero, a su talento creativo personal, estaría en la interpretación del toro que le ha correspondido en suerte, al realizar la faena, en la que además de la singularidad de ese toro, influiría mucho la inspiración y el estado anímico del torero. Esta creación habría de plasmarse en una expresión formal original, que en este caso podría llegar a ser la secuencia de movimientos, de los pases realizados por el torero, que para ser originales deberían responder a opciones libres y creativas, o a una combinación de opciones con un reflejo estético que proyecte su personalidad. Y, en cualquier caso, esta expresión formal original debería poder ser identificable con precisión y objetividad» (F.J. 3º). Resulta inidentificable la pretendida creación intelectual para el tribunal.

25 Hasta la fecha, el texto está suscrito por 181 Estados. Datos extraídos del documento actualizado a 9 de junio de 2022, disponible en www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf. Fecha última visita: febrero 2023.

26 DROZ, Numa; SOLDAN, Charles; FREY, Bernard. «First Conference In Berne, 1884 – Minutes», en *Berne Convention Centenary. 1886-1986*, International Bureau of Intellectual Property, Ginebra, 1986, pág. 95.

Diez años después, el Acta Adicional de París (1896) dejaría en manos de cada país la protección de las «obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo [...] en la medida de la protección que conceda a las obras nacionales similares» (art. 2.I.B, por el que se modifica el art. 4)²⁷. Sin embargo, sí protegería, con carácter general, «la fotografía autorizada de una obra de arte protegida» durante el mismo plazo de protección que la obra capturada. Nótese que no se denominó a estas imágenes «obras», sino que simplemente se habló de «fotografías» de otras obras, a partir de las cuales se estableció ese vínculo de protección. Las fotografías no eran protegidas *per se*, en este caso, sino por retratar una creación suficientemente original preexistente, a modo de «reproducción». Como ya argumentó durante la tramitación para la original del Convenio Louis ULBARCH²⁸, el delegado del gobierno francés, «si bien es posible que no deseen proteger la fotografía comercial ordinaria en este momento, considerarán que una fotografía artística que reproduzca una obra maestra es un reflejo de dicha obra maestra, y digna de respeto, aunque no en la misma capacidad, pero al menos en virtud de una especie de relación remota».

Las obras fotográficas se consolidarían en el Acta de Berlín (1908), cuando se preceptuó la obligación de los países contratantes de garantizar su protección (art. 3), aunque sin incluirse en el listado genérico de «obras literarias y artísticas» del artículo 2, conviene apuntar. El plazo de protección se regulaba por la ley del país donde la protección fuera reclamada, sin que ésta pudiera exceder la fijada en el país de origen de la obra (art. 7); una fórmula semejante a la empleada en la primera versión del CB para la generalidad de las obras (art. 2 CB, 1886). Ello conllevaba que la efectiva protección de una obra fotográfica dependía del país donde fuera publicada por primera vez²⁹, sin perjuicio de que un tercer país impusiera un menor plazo de protección. La generalidad de las obras ya gozaban entonces de un plazo de protección de cincuenta años tras la muerte del autor (art. 7).

En el Acta de Bruselas (1948) quedarían incorporadas al artículo 2, junto con el resto de creaciones protegidas, despejando cualquier duda sobre su sujeción a determinados preceptos, de aplicabilidad general.

Fue en la revisión de Estocolmo (1967) cuando se impuso un periodo mínimo de protección de veinticinco años desde la realización de la obra [art. 7(5)], que se mantiene en la actualidad [art. 7(4)]. El periodo del que gozan la generalidad de las obras excede en mucho la reconocida a las obras fotográficas, siendo realmente más del doble: téngase en cuenta que el periodo mínimo de veinticinco años impuesto a las obras fotográficas comienza en el momento en el que se «realiza» la obra, mientras que el plazo de cincuenta años de la generalidad de las obras comienza «tras la muerte del autor» [art. 7(1)].

27 Las traducciones empleadas en el presente trabajo han sido extraídas de *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013.

28 ULBARCH, Louis, citado en DROZ, Numa; SOLDAN, Charles; FREY, Bernard. «First Conference In Berne, 1884 – Minutes», en *Berne Convention Centenary. 1886-1986*, International Bureau of Intellectual Property, Ginebra, 1986, pág. 96.

29 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Art. 5», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 444-447.

Como agravio comparativo, conviene señalar además que la «obras cinematográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía» —las otras nuevas formas de expresión artística, ligeramente posteriores— se equipararon a las «obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía» en el Acta de Bruselas (1948). Sin embargo, desde el Acta de Estocolmo (1967), el plazo de protección de aquéllas expira cincuenta años después de que la obra haya sido hecha accesible al público (con el consentimiento del autor) o, en su defecto, a los cincuenta años desde la realización de la obra, a criterio del legislador nacional [art. 7(2)].

Terminológicamente, conviene destacar el tránsito de la expresión «obras fotográficas y las obtenidas por un procedimiento análogo a la fotografía»³⁰, como objeto de protección del texto en un comienzo³¹, a «obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía»³². Lo relevante, se dieron cuenta, no era el procedimiento por el que se obtuviera la imagen, sino el resultado obtenido. Ello permitía ampliar el ámbito de protección a los resultados logrados a través de procedimientos químicos o técnicos distintos de los que tradicionalmente caracterizan la fotografía, que fueran entonces conocidos o que estuvieran pendientes de desarrollar³³. A día de hoy, se incluirían, sin lugar a dudas, las fotografías digitales.

El CB no entra a definir lo que es una fotografía. Lo mismo sucede con el resto de obras, que también carecen de definición expresa, pero, como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³⁴, en las creaciones que nos ocupan «es sabido que [...] se trata de una cuestión problemática y difícil de deslindar, cuya solución en cada caso concreto lleva a la distinción entre obra fotográfica y una mera fotografía»; éstas últimas, no necesariamente protegidas en las legislaciones nacionales.

3. La fotografía como cuestión terminológica y su protección privilegiada en el ordenamiento español

Nuestro TRLPI es fuertemente garantista con las fotografías. Protegerá tanto las «obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía» [art. 10.1.h) TRLPI], por el Libro Primero, como las «meras fotografías» (art. 128), por el Libro Segundo. Las primeras entendidas como aquellas creaciones fotográficas o reproducciones análogas que presenten altura creativa suficiente. Las meras fotografías, por su parte, entendidas como fotografías o reproducciones obtenidas por procedimientos análogos a éstas cuando no «tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I» o, dicho con otras palabras, cuando no

30 El remarcado es propio.

31 Vid. art. 2, por el que se modifica el art. 4 del Acta Adicional de París (1896); art. 3 del Acta de Berlín (1908); art. 3 del Acta de Roma (1928); y art. 2(1) del Acta de Bruselas (1948).

32 El remarcado es propio. Redacción seguida desde el Acta de Estocolmo (1967), art. 2(1).

33 MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza, 1978, pág. 17.

34 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo «Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 127.

sean originales. Sin embargo, en la línea del CB, el texto no recoge una definición expresa de lo que se debe entender por «fotografía», siendo el denominador común de ambos objetos de protección.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), fotografía es el «[p]rocedimiento o técnica que permite obtener imágenes fijas de la realidad mediante la acción de la luz sobre una superficie sensible o sobre un sensor». También identifica la «[i]magen obtenida por el medio de la fotografía»³⁵. La voz engloba, en consecuencia, tanto la vía o método de obtención de la imagen, como el efectivo resultado alumbrado. Partiendo de los principios en los que se basa de la propiedad intelectual, el objeto de protección recaerá sobre el resultado obtenido, entendido como algo inmaterial, aunque el procedimiento o técnica para su obtención resulte determinante en el propio TRLPI, ampliando el espectro protegido en su literal.

Aunque siempre resulta reprochable el hecho de que no se acoten las definiciones de un texto legal que puedan generar cierta inseguridad jurídica, conviene recordar que, según el Código Civil (CC), las normas han de interpretarse, en primer lugar, siguiendo «el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3.1 CC).

En este sentido, el término «fotografía» se encuentra en la práctica actual bastante acotado —incluyendo tanto su manifestación analógica como digital—, por lo que podría resultar prescindible una definición expresa al respecto. Máxime, teniendo en cuenta que el artículo 10.1.h) del TRLPI protege también «las [obras] expresadas por procedimiento *análogo* a la fotografía» y el 128 «una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento *análogo* a aquella»³⁶, abriéndose a cualesquiera otras realidades semejantes que pudieran causar cierta duda sobre su calificación jurídica, en caso de no encajar a la perfección bajo el término habitual de fotografía.

Está técnica de apertura es empleada, tanto en el CB³⁷, como en el derecho comparado. En algunas legislaciones, sin emargo, entran a definir lo que se debe entender por fotografía³⁸

35 Definiciones extraídas de www.rae.es. Fecha última vista: febrero 2023.

36 Los remarcados son propios.

37 Como se ha señalado, hasta el Acta de Estocolmo (1967), se empleó la expresión «obras *obtenidas* por un procedimiento análogo a la fotografía» (los remarcados son propios). Con la sustitución del término por el de «expresadas» se ponía en relieve que lo importante de cara a la protección era que la expresión de la creación fuera análoga, no cómo se llegara a ella. En este sentido, cabría hacer una pequeña crítica al legislador patrio, que debió haber homogeneizado el tratamiento extensivo del artículo 128 respecto del artículo 10.1.h) del TRLPI.

38 La legislación del Reino Unido entra a definir lo que se ha de entender por fotografía, en Ley de Derecho de Autor de 1988, Diseños y Patentes (Capítulo 48, actualizada el 14 de junio de 2021). Para la norma, fotografía «significa un registro de luz u otra radiación en cualquier medio en el que se produce una imagen o desde el cual se puede producir una imagen por cualquier medio, y que no es parte de una película» [la traducción es propia. Versión original: «'photograph' means a recording of light or other radiation on any medium on which an image is produced or from which an image may by any means be produced, and which is not part of a film» (art. 4.2)].

o mera fotografía³⁹ —siguiendo nuestra terminología—, sin perjuicio de reconocer, o no, una diferencia de trato entre ambas figuras⁴⁰.

Por su parte, conforme el DRAE, «mero» significa «[p]uro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa. U[sado] en sentido moral e intelectual», en su primera acepción; «[i]nsignificante, sin importancia», en la segunda⁴¹.

39 En Italia, el artículo 2.7 de la Ley N° 633 de 22 de abril de 1941 sobre la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos (actualizada con las modificaciones introducidas por la Ley n° 142 de 21 de septiembre de 2022) protege «las obras fotográficas y las expresadas con un procedimiento similar al de la fotografía, siempre que no se trate de una simple fotografía protegida de conformidad con las disposiciones del Capítulo V del Título II» (la traducción y el remarcado son propios. Versión original: «*le opere fotografiche e quelle espresse con procedimento analogo a quello della fotografia*») a lo que añade «*sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del capo V del titolo II*»). Deja fuera, por tanto, lo que nosotros denominamos «meras fotografías» a las que define en el artículo 87 (Capítulo V del Título II): «Son consideradas fotografías, a los efectos de la aplicación de las disposiciones de este capítulo, las imágenes de personas o aspectos, elementos o hechos de la vida natural y social, obtenidos con el proceso fotográfico o con un proceso similar, incluidas las reproducciones de obras de arte figurativo y cuadros de películas cinematográficas» (La traducción es propia. Versión original: «*[s]ono considerate fotografie, ai fini dell'applicazione delle disposizioni di questo capo le immagini di persone o di aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale, ottenute col processo fotografico o con processo analogo, comprese le riproduzioni di opere dell'arte figurativa e i fotogrammi delle pellicole cinematografiche*»). De esta protección excluye las fotografías de escritos, documentos, documentos comerciales, objetos materiales, dibujos técnicos y productos similares.

40 El artículo 112-2 del Código de la Propiedad Intelectual francés (versión consolidada de 30 de junio de 2022) habla de «las obras fotográficas y las realizadas utilizando técnicas similares a la fotografía» (la traducción y el remarcado son propios. Versión original: «*[l]es oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie*»). Por su parte, la Ley de derecho de autor y derechos conexos de Alemania (Ley de derecho de autor, modificada hasta la Ley de 1 de septiembre de 2017, enmendada el 3 de enero de 2018) recoge como objeto de protección las obras fotográficas, incluidas las obras producidas por procesos similares a la fotografía («*Lichtbildwerke einschließlich der Werke, die ähnlich wie Lichtbildwerke geschaffen werden*») (§ 2.1.5). Vía derechos conexos protege asimismo las fotografías y los productos fabricados de manera similar a las fotografías («*Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werde [...]*») (§ 72) (la traducción y el remarcado son propios). La distinción regulatoria originariamente resultaba más compleja, pues subdividía además las meras fotografías en fotografías simples y fotografías simples de valor documental. Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, n° 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 1.066. La Ley de derecho de autor de los Estados Unidos de 1976, 17 [Estados Unidos. §§ 101 et seq. (última modificación por la Ley Pública n° 117-81, del 27 de diciembre de 2021)], legislación caracterizada por recoger numerosas definiciones en su sección §101, incluye las creaciones que nos ocupan, curiosamente, dentro del concepto general de «obras pictóricas, gráficas y escultóricas» (la traducción es propia. Versión original: «*Pictorial, graphic and sculptural works*»), que comprende obras bidimensionales y tridimensionales de distintas categorías, pero sin entrar a definir qué se ha de entender por tal.

41 Definiciones extrañas de www.rae.es. Fecha última vista: febrero 2023.

A la vista de lo anterior, pudiera parecer que la figura jurídica de la «mera fotografía» supone una afrenta, en cierto modo, a los fotógrafos, a su aporte a la creación o a la valía de su resultado, obtenido con poco o escaso esfuerzo intelectual. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. En contra de lo que se pudiera pensar, el reconocimiento y protección de las meras fotografías no hace sino poner en valor el trabajo de estos sujetos. De hecho, los fotógrafos serán los únicos sujetos —potenciales autores— cuyas creaciones estarán siempre protegidas, ya sea como obra fotográfica —en el mejor de los casos—, ya sea como mera fotografía —en el peor de los casos—, ostentando, en consecuencia, un mayor o menor grado de protección; pero siempre amados⁴².

El resto de los sujetos-autores comprendidos en el Libro Primero no van a tener una regulación propia en el Libro Segundo para el caso de que su creación no sea original⁴³.

Por su parte, los demás sujetos listados en el Libro Segundo, si bien pueden ostentar derechos sobre creaciones no originales, tampoco tendrán una regulación espejo semejante y propia en el Libro Primero, en el caso de que éstas sí sean originales⁴⁴; o no van a estar protegidos bajo los mismos conceptos en ambos Libros, estribando únicamente como diferencia que la creación sea original⁴⁵.

Así, el fotógrafo será la única figura cuya creación siempre estará sujeta a uno de los dos regímenes de protección, por «derechos de autor» o por «otros derechos», con plena certeza, aunque el ámbito de protección no sea el mismo, en amplitud, duración y contenido.

El hecho de que el único criterio determinante del sometimiento a un régimen u otro sea la apreciación de originalidad, no es un hecho exento de polémica entre la doctrina; conduce al círculo vicioso del que sólo podrá salir el juzgador en cada caso concreto, como advierte BONDÍA ROMÁN⁴⁶, de modo semejante a lo que ocurrirá con el resto de las obras protegidas del artículo 10 del TRLPI, necesariamente originales, o, en su defecto, desprotegidas.

42 Esta amplísima protección de las fotografías en el TRLPI es empleado como argumento por ROGEL VIDE para abogar por el reconocimiento de los directores de fotografía de las obras audiovisuales, como autores de la creación audiovisual, junto al director-realizador, a los autores de las aportaciones literarias y a los compositores de las obras musicales creadas *ad hoc* para su inclusión en la audiovisual. ROGEL VIDE, Carlos. *El derecho de autor de los Directores de Fotografía*, Reus, Madrid, 2006, pág. 22-23.

43 A título de ejemplo, en una materia próxima a la fotográfica, un director, un guionista o un compositor podrán ser coautores de la obra audiovisual (art. 87 TRLPI), pero si sus creaciones no adquieren la originalidad suficiente, en su caso, quedarían desprotegidos por el Libro Primero, pues no podrían ser considerados autores, y no ostentarán «otros derechos» por el Libro Segundo, pues no le son reconocidos.

44 P. ej., el productor de grabaciones audiovisuales sobre las fijaciones de creaciones audiovisuales —no necesariamente obras— (arts. 120 y ss. TRLPI), no va a ser considerado titular originario de los derechos sobre las mismas por el Libro Primero en caso de que éstas sean originales (art. 87 y ss. TRLPI), de forma semejante a lo que ocurre en el caso del productor de fonogramas (arts. 114 y ss. TRLPI), a salvo que el propio productor sea asimismo el autor, como es lógico.

45 Esto es lo que sucede con el fabricante de una base de datos con derecho «sui generis», cuya protección por el Libro Segundo recae sobre la inversión sustancial que realiza bajo determinados criterios para la obtención, verificación o presentación de contenido (art. 133.1 TRLPI), no sobre la creación en sí.

46 BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 1070.

A nivel europeo, este problema se quiso corregir en la Comisión de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, considerando obra fotográfica a todas las fotografías. Finalmente, se dejó en manos de los Estados miembros la protección, o no, en mayor o menor grado, de las demás fotografías (las que no sean obra)⁴⁷. Así se ha mantenido en la vigente Directiva 2006/116/CE: «Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. [...] Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías». Nótese que la redacción final de la Directiva no impone ni la protección de las meras fotografías ni el alcance de ésta, en tal supuesto, por lo que podría darse el caso de que en un Estado miembro quedaran equiparadas a la obra fotográfica, eliminando en la práctica cualquier distinción entre ambas, y en otro quedaran completamente desprotegidas⁴⁸.

La inicial opción de otorgar la misma duración de protección a todas las fotografías, de cara a salvar las evidentes dificultades de distinguir entre obra fotográfica y mera fotografía, solucionaría definitivamente la cuestión, dejando en manos del mercado la selección de aquellas fotografías que tuvieran algún valor, respecto a las que no. Pero el derecho de autor no debe guiarse por el criterio de originalidad, no por hipotéticos motivos económicos para que una creación esté protegida⁴⁹.

Aparentemente, habría sido un error considerar por el derecho europeo obra fotográfica a todas las fotografías, pues, como máxima que debe guiar nuestra disciplina, las obras son tales en la medida en la que presentan originalidad suficiente, y por ello dignas de tutela. Suprimiéndose ese criterio clásico diferenciador, como sucede en muchos países de tradición anglosajona⁵⁰, se diluye la esencia del propio derecho de autor, estableciéndose un tratamiento sumamente preferente respecto al resto de creaciones —que se seguirán protegiendo en la medida en la que éstas sean originales—, algo que, *in extremis*, debe quedar al criterio de cada Estado miembro.

Del mismo modo, parece criticable la posibilidad de los territorios de dejar en completa indefensión a las meras fotografías, cuyo valor puede ser inestimable.

En vista de lo anterior, es loable la recepción de ese margen dejado en la Directiva por el legislador español, que implementó una justa protección de las meras fotografías en el artículo 128 TRLPI, no impuesta por el derecho comunitario, sino herencia del artículo 118 de la ley precedente de nuestro país, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI de 1987).

47 Según el artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE, «[l]as fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. *Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías*» (el remarcado es propio).

48 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 1.765.

49 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 129.

50 BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones» en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pág. 1066.

4. Los derechos de autor y «otros derechos» sobre las fotografías

La propiedad intelectual se integra por derechos de carácter patrimonial y por derechos de carácter personal (art. 2 TRLPI). Ambas categorías de derechos le serán reconocidos al autor de la obra fotográfica por el simple hecho de su creación (art. 1 TRLPI), sin necesidad de registrarla desde la LPI de 1987⁵¹.

En primer lugar, los derechos patrimoniales del fotógrafo-autor estarán relacionados con la explotación de su creación —por ello, también son llamados «derechos de explotación»—. En concreto, éste ostentará el derecho a autorizar la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de su obra⁵². Esta categoría de derechos podrán ser licenciados o cedidos a un tercero, que generalmente tratará de optimizar su explotación o rentabilizarlos. De no mediar autorización del autor, el resto de sujetos deberán abstenerse de hacer uso de esa obra, salvo que resulte de aplicación alguno de los límites contenidos en los artículos 31 y ss. del TRLPI.

En segundo lugar, los derechos personales o morales del fotógrafo-autor se integrarán por aquellas facultades que protegerán y conservarán el vínculo espiritual que une al creador con su obra. Serán derechos irrenunciables e inalienables (art. 14), que siempre permanecerán en la esfera del autor. Entre estas facultades se encuentra: (i) el derecho moral del autor a decidir sobre la divulgación —o no— de su creación y la forma de llevarla a cabo; (ii) el derecho a exigir el reconocimiento de su autoría, de forma pública, de tal manera que se vincule en calidad de responsable autoral, haciendo figurar su nombre junto a la creación; y (iii) el derecho impedir que un tercero deforme, modifique, altere o atente contra su obra, perjudicando sus legítimos intereses (art. 14. 1º-4º). Son los denominados derecho de divulgación, derecho de paternidad y derecho a la integridad de la obra, respectivamente. Sobre éste último volveremos más adelante, a propósito de la tutela del patrimonio cultural por la propiedad intelectual.

Los autores de obras fotográficas también podrán ser titulares de un derecho llamado «de participación» (art. 24) sobre el que igualmente nos detendremos más adelante con idéntico propósito.

Los derechos patrimoniales tendrán una duración de setenta años tras la muerte del autor (art. 26), al igual que el derecho de participación (art. 24.9). Las facultades morales tendrán duración dispar. En relación con las citadas, el derecho de divulgación de una obra no hecha pública en vida de su autor podrá ejercerse por determinadas personas legalmente previstas —y no por otras— durante un plazo de setenta años desde la muerte de su creador (art. 15.2 TRLPI); y el derecho de paternidad y a la integridad de la obra podrá ejercerse —y, por tanto, deberá respetarse— sin límite de tiempo, *ad aeternum* (art. 15.1 TRLPI).

Por su parte, el realizador de la mera fotografía —que no autor— ostentará los derechos patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación pública. Estos derechos tendrán una duración de veinticinco años desde la fecha de la realización de la fotografía o reproducción (art. 128 TRLPI)⁵³. Al realizador de la mera fotografía no se le reconoce el derecho patri-

51 Vid. párrafo decimoquinto del Preámbulo de la Ley de 1987.

52 Vid. arts. 17-21 TRLPI, principalmente.

53 Tanto los plazos de duración de los derechos de autor, como los de los derechos afines o conexos recogidos en el TRLPI se computan desde el 1 de enero del año siguiente al hecho generador en cada caso (arts. 30 y 29.9)

monial de transformación, por lo que no podrá impedir la creación de otras obras, por parte de terceros, a partir de la suya. Tampoco se le reconocerá cualquier otro de derecho de naturaleza patrimonial no listado expresamente⁵⁴. Sí resultan aplicables, subsidiariamente y en lo pertinente, los límites recogidos en los artículos 31 y siguientes⁵⁵. Sin embargo, puesto que no ostenta el derecho de transformación, el límite de parodia quedará excluido del régimen general⁵⁶. A estos creadores tampoco se les reconoce el derecho de participación ni ningún derecho moral sobre su imagen fotográfica.

El régimen de los realizadores de meras fotografías es, por tanto, sustancialmente inferior en amplitud, duración y contenido, que el régimen del que disfrutaban los fotógrafos-autores.

Las meras fotografías pueden ser técnicamente brillantes, igual que podría ser cualquier otra creación, pero carecer de la impronta personal de su autor que la haga ostentar la categoría de obra⁵⁷. Sin perjuicio de ello, la principal razón para su protección es que este tipo de

54 El artículo 17 del TRLPI lista, de forma meramente ejemplificativa, los derechos de explotación que le corresponden a un autor, mediante la inclusión de la fórmula «y, en especial,» para a continuación listar los desarrollados en los artículos 18 y ss.

55 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 1767-1769.

56 Conforme al artículo 39 TRLPI, «[n]o será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor». En relación con el derecho de transformación y el límite de parodia resulta muy interesante la sentencia de primera instancia de la Sala de lo Civil de la Corte de Amberes (Bélgica) del 15 de enero de 2015, que resolvía a favor de la infracción de los derechos de autor del fotógrafo Katrijn VAN GIEL por la posterior obra pictórica «Belgian Politician», de Luc TUYMANS. Ambas imágenes mostraban un primer plano del busto del político, casi de perfil, desde un ángulo elevado y sin mostrar la boca, con el sudor de su frente como elemento protagonista. La imagen fotográfica se estimó que era una obra y el artista plástico trató de basar su defensa acogiéndose al límite de la parodia que contempla el ordenamiento belga y permite la realización de caricaturas, parodias o pastiches sobre las obras, teniendo en cuenta los usos honestos (art. XI.190.10º Código de Derecho Económico, actualizado el 21 de abril de 2022). La Corte desestimó su argumento por las grandes similitudes que existían entre ambas creaciones, careciendo la segunda de ellas de tono humorístico o crítico que le permitieran dicho amparo. De no haber sido considerada obra fotográfica la creación de VAN GIEL, éste, como realizador de una mera o simple fotografía no podría haber impedido la realización de una obra a partir de la propia, como la de Luc TUYMANS.

57 En este sentido, resulta reveladora la SAP Barcelona 377/2005, de 29 de julio (ECLI:ES:APB:2005:7715), según la cual, «la mera fotografía se ha definido en sentido negativo por carecer de los requisitos que conforman la obra fotográfica. En este sentido tendrán tal consideración aquellas fotografías que se limiten a recoger de forma ordinaria o común escenas, figuras o acontecimientos de la realidad aunque sea con gran precisión técnica y perfección de imagen. [...] El hecho que las fotografías fueran realizadas con precisión técnica no resulta relevante a los efectos de considerar las fotografías como obra fotográfica. Lo realmente relevante para ostentar la cualidad de obra fotográfica se representada más por el continente que por el contenido, pues aquel es como señala la STS de 29 de marzo de 1996 el resultado de incorporar 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 produce la contemplación procede de ésta, pero no de la fotografía en sí, ni del hacer reproductor del fotógrafo» (FF.JJ. 2º y 3ª).

creaciones pueden alcanzar un gran valor económico en el mercado⁵⁸, documental, científico o informativo⁵⁹ y, en justicia, los realizadores deben tener reconocidos ciertos derechos sobre las mismas que les permitan beneficiarse de ellas.

Hay que tener en cuenta que la pericia técnica o la habilidad no son sinónimos de originalidad. Como afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁶⁰, «[l]a mera fotografía se limit[a] 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 ello no son en principio obras las fotografías científicas; tampoco las fotografías sobre noticias de actualidad, por muy valiosas que puedan resultar (también en términos de explotación económica) debido a la excepcionalidad de la circunstancia fotografiada [...]; tampoco las fotografías de carácter turístico; tampoco aquéllas en las que el comitente determina los objetos fotografiados y la forma de hacerlo, aunque la presentación profesional del fotógrafo tenga un elevado nivel técnico». Nótese que la lista ejemplificativa que realiza el autor está precedida por un «no son en principio obras las fotografías [...]»⁶¹; expresión que, aunque no se reitere de forma expresa, parece extensible al resto de los ejemplos listados, aparentemente unificados por temática/contexto, ya que presumiblemente serán factores que determinarán el contenido en la imagen. Nada impide, no obstante, que una obra científica, periodística o turística, por ejemplo, no pueda presentar efectivamente originalidad suficiente⁶².

En este tipo de obras la creatividad se puede presentar en cualquiera de las tres fases que componen el proceso de creación: preparación, fijación, revelado⁶³ y, en su caso, retoque de la fotografía, que puede ser concebida y/o ejecutada con altos creatividad. Si bien, el contenido de la imagen —realidad presentada y generada en un determinado contexto—, será relevante, no será el único criterio que se estime en la fijación de la imagen. El resultado final también variará en función de la perspectiva, el encuadre, la sensibilidad ISO, la apertura de diafragma, la velocidad de obturación, etc. Como es lógico, cuantos más elementos considerados individualmente —en cualesquiera de los tres procesos— presenten originalidad, mayor facilidad tendrá una fotografía para ser considerada obra, pero no dependerá, ni mucho menos, del contenido propio de la imagen mostrada ni el contexto en el que se cree.

La fotografía se basa en la reproducción, por medios técnicos, de algo que previamente existía en la realidad que rodea al que la capta⁶⁴, de forma semejante a lo que ocurre en las grabaciones audiovisuales⁶⁵, aunque, tanto en un caso como en otro, la realidad circundante

58 Piénsese, p. ej., en determinadas fotografías políticas, o para prensa o publicidad.

59 MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Otros Derechos de Propiedad Intelectual», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 289.

60 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 190.

61 El remarcado es propio.

62 Piénsese en el ejemplo recién mencionado de la obra fotográfica de Katrijn VAN GIEL, que dio lugar a la obra pictórica de «Belgian Politician», de Luc TUYMANS.

63 Predicable, desde una perspectiva estricta, únicamente de las fotografías de formato analógico, no digital.

64 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 190.

65 A título aclaratorio, los derechos que protegen a los productores audiovisuales por el Libro Segun-

pueda estar dramatizada. Esto sucederá con mayor frecuencia en las obras fotográficas y en las grabaciones que fijen una obra audiovisual, que en meras fotografías y aquellas grabaciones audiovisuales que no fijen una obra, pues la originalidad muchas veces vendrá determinada por esa dramatización arbitraria del entorno recogido.

La relación entre la fotografía y la cinematografía es muy estrecha, ya no sólo por los medios técnicos empleados, deudora ésta última de aquélla, sino por el recelo que rodea a las creaciones surgidas de tales tecnologías —como meras reproducciones de la realidad ya existente—, cuyos reflejos legislativos siguieron un camino semejantemente discriminatorio respecto al resto de creaciones en un comienzo, tal y como referíamos líneas atrás. Esta diferencia de trato se ha ido superando en la actualidad, aunque no en la medida deseable. El escepticismo mantenido en el tiempo por el CB⁶⁶, fue aplacado por el legislador europeo⁶⁷, pero heredado, en parte, por los tribunales patrios a la hora de enjuiciar la originalidad de este tipo de creaciones; un juicio que no deja de ser una valoración sujeta a la arbitrariedad del observador responsable de categorizarla.

Dos son las resoluciones de nuestros tribunales más representativas en el deslinde de las creaciones fotográficas. En primera instancia, la STS 1304/2002, de 31 de diciembre⁶⁸, estimó que las fotografías realizadas por un fotógrafo sobre temas de actualidad para la editora del diario ABC son meras fotografías, manejando un concepto bastante estrecho de obra fotográfica en el que aquéllas imágenes de valor informativo —así como, podríamos incluir, las de valor documental o científico—, carecen aparentemente, por defecto, de originalidad creativa: «se trataba de simples fotografías destinadas a complementar las noticias o reportajes del periódico, exigiéndose para ello que se acomode al contenido

do recaen sobre las grabaciones audiovisuales. Éstas pueden contener una obra, beneficiándose sus autores (art. 87) —que no el productor— de los derechos reconocidos en el Libro Primero. Pero las grabaciones audiovisuales también pueden contener una «simple grabación», por lo que no tienen que ser necesariamente originales ni contener una obra. *Vid.* art. 120 TRLPI.

66 Recuérdese que el CB en la actualidad mantiene un plazo de protección para la generalidad de las obras de la vida del autor y cincuenta años tras su muerte [art. 7(1)]. Para las obras cinematográficas, los países unionistas pueden establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o, en su defecto, a los cincuenta años tras a la realización de la obra [art. 7(2)], algo que tiene en cuenta que sólo las personas naturales fallecen y la titularidad originaria de una obra cinematográfica la puede ostentar una persona jurídica [*Vid.*, en este sentido, el artículo 14bis(2)], pero que se puede considerar un plazo más aproximado al régimen general que el estipulado para las obras fotográficas. Para estas últimas, el plazo de protección queda a la determinación de los estados de la Unión, estableciendo un mínimo de veinticinco años contados desde la realización de las mismas [art. 7(4)]; regulación muy lejos del criterio general aplicable a obras de corte más clásico.

67 Según la Directiva 2006/116/CE, los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas del artículo 2 del CB —en el que se incluyen «las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía»— duran toda la vida del autor y setenta años tras su muerte. Sin embargo, téngase en cuenta, como veíamos previamente, que el legislador regional deja en manos de los Estados miembros la protección de las meras fotografías y, en su caso, el alcance de ésta, según el artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE.

68 ECLI:ES:TS:2002:8943. *Vid.* en semejante sentido, STJMer de Bilbao 90/2016, de 6 de junio (ECLI:ES:JMBI:2016:3046), SAP Valencia 380/2014, de 29 de diciembre (ECLI:ES:APV:2014:5906); o SAP Barcelona 377/2005, de 29 de julio (ECLI:ES:APB:2005:7715), entre otras.

del texto y una normal calidad técnica, sin otras pretensiones que no son necesarias para la finalidad del periódico» (F.J. 2º). De forma semejante pareció entenderlo el legislador francés en 1957 —cuya norma tan fuertemente inspiró la LPI de 1987 y, por extensión, el actual TRLPI—, aunque sí dispensase protección a las fotografías documentales, protegiendo «obras fotográficas de carácter artístico o documental» (art. 3)⁶⁹; una clara ampliación del concepto aunque, asimismo, pudiera dar a entender que una fotografía de carácter documental no pudiera ser artística.

Por su parte, la SAP de Madrid 259/2010, del 22 de noviembre⁷⁰, por su parte, consideró obras fotográficas a una serie de imágenes captadas «por lo inusual de las escenas retratadas, que son consecuencia de una *escenificación* preparada para ser fotografiada y que está lejos de corresponderse con una captación espontánea de la realidad. Asimismo, constatamos que han sido muy cuidados los encuadres, las perspectivas, las iluminaciones y los revelados finales. El resultado final es fruto de una tarea creativa y merece, desde luego, la consideración de original, no sólo desde el punto de vista subjetivo sino, lo que es más relevante, objetivo»⁷¹ (F.J. 5º).

Convendría señalar que la aparente equiparación inicial que realiza el juzgador de «escenificación» a «obra fotográfica» —o de «fotografía espontánea» o «no preparada» a «mera fotografía»— se trata de una visión sesgada de la realidad creativa. Es cierto que el tribunal tiene en cuenta otros factores, que pueden presentarse igualmente cuidados tanto en las obras fotográficas como en las meras fotografías —encuadres, perspectivas, iluminaciones⁷² y revelados finales—, pero el criterio determinante para su decisión parece ser la preparación escenográfica del espacio captado.

Esta aproximación no parece que resulte del todo acertada, pues los factores de los que puede derivar la originalidad en este tipo de creaciones son muchos y la inmensa mayoría pueden estar presentes tanto en una imagen dramatizada —que lo único que determinaría, en principio, de forma más acusada sería el motivo mostrado en la fotografía— como en la captación espontánea de una imagen en la que un buen fotógrafo sabrá buscar el motivo, y definir la perspectiva, el encuadre, la sensibilidad de exposición, la apertura de diafragma, la velocidad de obturación y demás extremos, con gran rapidez, además de poder proceder posteriormente a un cuidadoso revelado y/o retoque de la imagen captada.

La identificación de la originalidad en una fotografía y la correspondiente sujeción a un régimen u otro de protección —como obras fotográficas o meras fotografías— es una actividad altamente compleja, para cuyo desempeño es necesario conocer la intrincada realidad creativa que envuelve el trabajo de los fotógrafos y todos los factores determinantes de los que se pueden servir para implementar originalidad a sus creaciones.

69 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 1.764.

70 ECLI:ES:APM:2010:17910. *Vid.*, en semejante sentido, SJMer de Palma 116/2017, de 5 de marzo de 2017 (ECLI:ES:JMIB:2017:2039); STJMer de Bibao 90/2016, de 6 de junio (ECLI:ES:JMIB:2016:3046); SAP Valencia 380/2014, 29 de diciembre (ECLI:ES:APV:2014:5906); o SJMer de Palma 281/2014, de 3 de noviembre (ECLI:ES:JMIB:2014:1682), entre otras.

71 El remarcado es propio.

72 La iluminación también puede estar cuidada por el fotógrafo, sin mediar elemento artificial alguno, como foco, difusor, reflector o filtro alguno ni alterar la posición del motivo captado, por ejemplo, por esperar a una determinada posición del sol o la luna, como fuentes de luz natural.

Proteger adecuadamente este tipo de creaciones por la propiedad intelectual es fundamental para los autores, sirviéndoles de incentivo desde múltiples perspectivas, pero también para promover el avance cultural de un país, así como para la protección de su patrimonio cultural, en beneficio último de la sociedad.

6. LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO VÍA (INDIRECTA) PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

La necesidad de proteger los bienes culturales, a nivel internacional, fue fruto de los estragos y daños ocasionados por la Primera Guerra Mundial, a raíz de los cual se creó en 1927 la Oficina Internacional de Museos, por iniciativa de figuras tan emblemáticas como Henri FOCILLON o Paul VALERY. Fue, sin embargo, a propósito de la Segunda Guerra Mundial cuando se creará el primer gran instrumento jurídico de carácter internacional para la protección de estas manifestaciones culturales, tras la Constitución de la UNESCO, en 1946. Dicho instrumento será la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, firmado en La Haya, el 14 de mayo de 1954, entrando en vigor dos años más tarde⁷³. Este texto definía en su artículo 1 los bienes culturales como «los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos [...]», así como «los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles [...]» y «los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales», también llamados «centros monumentales».

El espectro de bienes considerados dignos de tutela —así como la entidad de esta tutela— fue aumentando con el paso del tiempo a través de los distintos instrumentos jurídicos⁷⁴, tanto a nivel internacional como nacional.

En concreto, en nuestro país y siguiendo la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) —norma de carácter nuclear en el ámbito—, dentro del concepto de Patrimonio Histórico Español, habremos de incluir en la actualidad «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico», así como el Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 3.2

73 MARTÍNEZ PINO, Joaquín. «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías de patrimoniales», en *El estudio del patrimonio cultural, obra colectiva*, coordinadores María Victoria García Morales, Victoria Soto Caba, Joaquín Martínez Pino, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, págs. 221-243.

74 El patrimonio y los distintos elementos que lo integran se dividen tradicionalmente en (i) patrimonio natural, comprendiendo aquellos elementos que tienen que ver con las expresiones de la propia naturaleza; y (ii) patrimonio cultural. Este segundo tipo de patrimonio a su vez se divide en patrimonio cultural material o tangible —que de nuevo se subdivide en mueble e inmueble—, y patrimonio cultural inmaterial o intangible.

LPHE). Si bien, aquellos bienes más relevantes, deberán ser inventariados o declarados de interés cultural (art. 3.3 LPHE), conviene remarcar la amplitud del objeto digno de protección conforme a la normativa.

Existen otros múltiples instrumentos jurídicos creados *ad hoc* para proteger el patrimonio de un Estado en España, además de la citada LPHE y sus reglamentos de desarrollo⁷⁵, como la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, o la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, entre otras.

Si bien de las normas anteriormente relacionadas depende de manera fundamental la tutela del patrimonio, en términos generales, la propiedad intelectual complementará dicha protección desde una perspectiva impropia.

La propiedad intelectual es un tipo de propiedad especial que no recae sobre el soporte que contiene la obra, como elemento tangible, sino sobre la propia obra, de carácter inmaterial. Tal y como señala el artículo 3.1º del TRLPI, «[l]os derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con [...] [l]a propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual», entre otros derechos. El hecho de que la definición de obra del artículo 10.1 del TRLPI requiera que las creaciones estén «expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible» no implica la necesaria fijación de la creación ni que el soporte que, en su caso, las contuviera fuera el objeto de protección de la norma. Se trata de la clásica distinción entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, recayendo la protección otorgada por los derechos de autor sobre el primero —la obra—, si bien el segundo —el soporte— puede sujetarse a los presupuestos de la propiedad ordinaria⁷⁶. Esta distinción es básica en propiedad intelectual⁷⁷. Por ello, la propiedad o posesión del soporte que contenga una obra no confiere a su titular derecho alguno sobre la propia obra, como norma general⁷⁸ (art. 56.1 TRLPI).

Sucede, sin embargo, que en las obras fotográficas —como pasará con otras obras de arte gráficas y plásticas— se puede dar una especial identificación entre el soporte que contiene la obra y la propia obra; máxime, si se trata del ejemplar original único. Obra y sustrato material

75 Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y Real Decreto 1680/1991, de 15 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional novena de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sobre garantía del Estado para obras de interés cultural.

76 CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, pág. 53.

77 SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, obra colectiva, coordinador Luis Antonio Anguita Villanueva, Madrid, 2016, pág. 119.

78 Salvedad hecha a continuación sobre el derecho de exposición pública reconocido a los propietarios de determinadas las obras.

pueden formar una unidad indisoluble⁷⁹. Ello hará que la protección de la propiedad intelectual sobre este tipo de creaciones se proyecte sobre su manifestación corpórea, afectando a la protección patrimonial cultural material mueble.

El legislador es plenamente consciente de esta compleja realidad y las circunstancias excepcionales que rodean a las creaciones fotográficas, y así lo manifiesta en el TRLPI.

1. La especial naturaleza de las obras fotográficas

Una muestra inequívoca de la especial naturaleza de las obras fotográficas es la excepción a la regla general sobre el «derecho de exposición pública de la obra» (art. 56.2). Como advertíamos, el sujeto que adquiere el soporte al que se haya incorporado una obra no ostenta, por esa única razón, ningún derecho de explotación sobre la misma. A título de ejemplo, la mera compra de la novela de *Harry Potter y la piedra filosofal* (1997), de J.K. Rowling, no otorga el derecho a reproducirla, distribuirla, comunicarla públicamente o transformarla, al antojo de su propietario. Sin embargo, en el caso de las obras fotográficas y las obras de arte plásticas, dada su especial naturaleza, el propietario del ejemplar original tendrá el derecho a exponerla públicamente, salvo que el autor se opusiera a ello en el momento de la enajenación del soporte (art. 56.2).

Otra muestra de la consideración sobre especial naturaleza de las obras fotográficas, por parte del legislador, es el derecho de participación reconocido a los autores de las obras de arte gráficas y plásticas, entre las que se entienden incluidas las fotografías (art. 24 TRLPI). Estos autores tienen derecho a percibir una parte del precio de la reventa una pieza de su creación por parte de aquel sujeto que la enajena, tras la primera cesión realizada por aquéllos (art. 24 TRPLI). También es llamado comúnmente «droit de suite», por su bucólico origen francés, donde se reconoció por primera vez en el año 1920 para paliar las consecuencias que la especulación del arte tenía sobre ciertos autores, que vivían de forma miserable y explotados, mientras terceros se enriquecían con las reventas de sus obras⁸⁰. Si bien esto no era algo nuevo en el universo intelectual⁸¹, el contexto artístico del París de finales del siglo XIX —con los grandes exponentes del impresionismo, como MANET, DEGAS, CÉZANNE, MONET o RENOIR, entre otros—, unido al eco generado por los periódicos parisinos sobre su situación, hicieron saltar todas las alarmas.

79 CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019. págs. 54-55.

80 BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. «El derecho de participación y el derecho de compensación de copia privada», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 145.

81 Piénsese en la invención de la imprenta y los estragos que causó para los creadores literarios, dadas las posibilidades que el artilugio ofrecía a los editores para generar copias de forma ágil y a un coste moderado, siendo, cabe advertir, el detonante del origen de los derechos de autor. UREÑA SALCEDO, Juan Antonio. *Breve historia de la expresión y el control de las ideas y la (des)protección de sus autores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 23-39.

El derecho de participación es reconocido en el CB (art. 14ter), así como en el derecho europeo⁸². En nuestro país, aunque ya se estableció en la LPI de 1987 (art. 24) y en la redacción originaria del TLRPI (art. 24), tuvo que ser recientemente reincorporado al TRLPI (art. 24), tras una regulación temporal ajena al texto en virtud de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁸³.

El derecho de participación durará toda la vida del autor y hasta transcurridos setenta años tras su muerte⁸⁴, aplicándose a todas las reventas realizadas por profesionales del mercado del arte, en calidad vendedores, compradores o intermediarios, o personas físicas o jurídicas que desarrollen habitualmente actividades de intermediación en este mercado (art. 24.4), fundamentalmente⁸⁵, salvo que se trate de una reventa por parte de una galería que adquirió la pieza directamente del propio autor (art. 24.6). Este derecho trata de garantizar una cierta continuidad en la explotación patrimonial de la creación, fruto de la transmisión del soporte⁸⁶; una prerrogativa de la que no gozan los autores de aquellas obras creadas en serie, como los libros o los DVDs.

Desde la perspectiva moral y sin perjuicio de lo que a continuación se señalará acerca del derecho a la integridad de la obra, los autores tienen el derecho a «[a]cceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda» (art. 14.7º TRLPI). Se trata de un derecho de carácter instrumental que se hace eco, nuevamente, de esa distinción-aproximación entre la obra y el soporte que la contiene⁸⁷, como puede suceder en la fotografía.

82 Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, influida por el propio CB.

83 El artículo 24 del TRLPI se derogó por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Como bien afirmaba CASAS VALLÉS, «[s]e trataba de una opción muy criticable con la que se volvía a incidir en la deficiente técnica de incorporación de Directivas mediante Leyes especiales en la que se había caído entre la LPI/1987 y el TRLPI de 1996», en vez de, como habría resultado más lógico, plantear una reforma del TLRPI. CASAS VALLÉS, Ramón. «Ley 3/2008», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 474. La regulación del derecho de participación fue pronto reincorporado al cuerpo legislativo del TRLPI por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

84 Sobre su ejercicio, *vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda. «Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa*: indisponibilidad *inter vivos* del derecho de participación», en *Revista Crítica de Derecho Civil*, nº 737, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013.

85 *Vid.* art. 24.5 TRLPI.

86 CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019. pág. 62.

87 MARTÍNEZ ESPIN, Pascual. «Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 253.

2. El derecho moral a la integridad de la obra

La propiedad intelectual reconoce a los autores el derecho a la integridad de las obras, entendiéndose por tal, según el TRLPI, el derecho del creador a «impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación» (art. 14. 4º), que deberá respetarse sin límite de tiempo (art. 15.1). Esta facultad —junto al derecho de paternidad mencionado— es tan relevante que goza de amparo internacional. Así, el CB faculta igualmente al autor a «oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación» [art. 6bis.1)]; una redacción muy flexible que «concede a los tribunales un amplio margen para interpretar los hechos o apreciar las intenciones», como bien apunta MASOUYÉ⁸⁸. Este derecho se debe extender, por lo menos, hasta la extinción de los derechos patrimoniales, según el CB; es decir, como mínimo, cincuenta años tras el fallecimiento del autor.

Las acciones que potencialmente pueden afectar al derecho a la integridad de la obra pueden manifestarse o llevarse a cabo de muy diferente forma en la explotación de la obra, de tal manera que se desvirtúe o descontextualice el mensaje que el autor quiere hacer llegar al espectador con su creación. Sin embargo, llegado el caso, también pueden tener lugar sobre el soporte que contiene la obra.

Como norma general y a pesar de su aparente agresividad, la destrucción física del soporte de la obra, no supondrá un atentado contra esta facultad moral de su autor, salvo que, en su caso, tenga lugar en un contexto en el que se haga escario público de la creación y/o del autor, sobrepasando los límites a la libertad de expresión. La alteración del soporte por parte de su propietario, que desarrolla en la esfera privada, no afecta a los legítimos intereses del autor de la obra producida en serie, siendo prevalente el derecho de propiedad sobre la cosa material⁸⁹.

No obstante lo anterior, en las obras plásticas —esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, etc.— se produce una gran aproximación de los conceptos *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, como referíamos, puesto que el soporte es capaz de contener el ejemplar único que haya de esa obra; existe, por tanto, una «estrecha unión material», en palabras de GALÁN CORONA⁹⁰. Por ello, un daño al soporte de la obra plástica puede derivar indudablemente en un atentado contra la integridad de la creación. En semejantes condiciones, no se desvirtúa o descontextualiza el mensaje del autor, en una ocasión puntual, sino que se produce la propia destrucción del mensaje —en todo o en parte—, lo que supone el atentado más grave contra la obra⁹¹. Esto mismo puede suceder con la fotografía, en función de múltiples circunstancias, como el número de ejemplares disponibles; la técnica empleada para su

88 MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza, 1978, pág. 46.

89 GALÁN CORONA, Eduardo. «Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 44.

90 GALÁN CORONA, Eduardo. «Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 44.

91 SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «Aspectos esenciales de derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, pág. 137.

generación; la propia conservación del negativo que permita el positivado de la creación; o el mero paso del tiempo, que puede hacer que no exista otra vía de alcanzar una plasmación de la obra en idénticas condiciones.

En este sentido, resulta especialmente llamativo que en nuestro ordenamiento quede expresamente «prohibida la destrucción del soporte original de la obra audiovisual en su versión definitiva» (art. 93.2 TRLPI) —es decir, de la obra audiovisual finalizada, tal y como la hayan acordado el director-realizador y el productor contractualmente (art. 92 TRLPI)—; prohibición que realiza el legislador consciente de la tradicional degradación del propio soporte de las obras cinematográficas, tanto por la generación de copias como por el simple transcurso del tiempo.

A la luz de lo anterior, la protección de la integridad de la obra, a través de esta prerrogativa moral, despliega sus efectos sobre el soporte físico, prohibiendo cualesquiera tipos de agresiones —reparables o irreparables— en ellos que causen un perjuicio a su creador.

Ello se alinea, de forma directa, con la obligación de preservar el patrimonio impuesto a los poderes públicos por la CE, los cuales, además de promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44.1), «garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad» (art. 46)⁹².

El derecho a la integridad de la obra no impone una actitud activa al propietario del soporte de evitar daños o garantizar económicamente su conservación o restauración⁹³ —salvo que esté integrada en el Patrimonio Histórico o pertenezca a la Administración—⁹⁴. En la generalidad de los casos, se trata, más bien, de una obligación de «no hacer», en la que el propietario deberá manifestar el respeto debido que le corresponde a cualquier persona hacia la integridad de su obra, sin mediar dolo o culpa grave⁹⁵, y siempre bajo las exigencias de la buena fe, que deben guiar el ejercicio de su derecho de propiedad, según el CC (art. 3)⁹⁶.

92 Vid. art. 2.1 LPHE.

93 Vid., en este sentido, SAP de Barcelona 11667/2000, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2000:11667). Afirma el tribunal, que «el propietario del soporte no es un obligado a entregarlo o restituirlo y, por ello, a conservarlo con la diligencia propia de un buen padre de familia, cual sucede con quien ostenta aquella condición de tenedor transitorio de una cosa ajena o debida a otro —artículos 1.094, 1.468, 1.563, 1.744, 1.746, 1.766 del Código Civil—. Tampoco puede ser considerado titular de un *ius in re aliena*, obligado a conservar para luego restituir —artículos 467 y 497 del Código Civil—» (F.J. 7º).

94 Vid., en este sentido, SAP de Málaga 3070/2005, de 7 de junio. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tecnos. Madrid, 2018, pág. 244.

95 SAP de Barcelona 11667/2000, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APB:2000:11667).

96 Como señala GALÁN CORONA («Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, pág. 45), acerca de la destrucción de la obra por el propietario del soporte, la doctrina española se encuentra fuertemente lastrada con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo, del 9 de 1985, en el famoso caso del escultor Pablo Serrano. Sobre esto, vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda. «'Viaje a la luna en el fondo del mar': un escultor en defensa de la integridad de su obra y una revisitación del derecho de participación o *droite de suite*», en *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2015.

7. CONCLUSIONES

La cultura es un factor de desarrollo innegable en cualquier sociedad. Tal y como señala la UNESCO⁹⁷, «[d]esde el patrimonio cultural a las industrias culturales creativas, la cultura es facilitador y motor de las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo sostenible».

Indudablemente, todas las formas de expresión creativa que puedan entenderse comprendidas bajo el conjunto de conocimientos y elementos que integran la cultura deben ser incentivadas, desde el punto de vista individual o personal y desde el punto de vista patrimonial, pues se trata de un producto que redundará en beneficio del conjunto de la sociedad.

La libertad de creación, entendida como concreta manifestación de la libertad de expresión internacional y constitucionalmente amparada, debe ser garantizada a todos los autores y demás creadores en pro del enriquecimiento del acervo cultural. Por su parte, los frutos derivados de su ingenio precisan ser protegidos por la propiedad intelectual, en general, y por los derechos de autor, en particular. Entre los sujetos respaldados por el TRLPI, destacan los fotógrafos, cuyas creaciones siempre encontrarán cobijo en el texto, como objeto privilegiado de la norma, ya sea como obras fotográficas, ya sea como meras fotografías. Ambas categorías son francamente difíciles de deslindar, a pesar de las implicaciones prácticas. Los derechos aparejados a cada tipo de creación serán en sumo grado diferentes en amplitud, duración y contenido, delimitándose a través del complejo concepto de originalidad, tan difícil de desenmarañar y valorar —máxime, a partir de un juicio de valor desde la originalidad subjetiva—, debiendo estar al caso.

Por su parte, no deja de resultar destacable que un derecho esencialmente inmaterial, como es la propiedad intelectual, a través del derecho moral a la integridad de la obra, afecte de forma tan determinante a la expresión corpórea que protege el patrimonio cultural material. Esta perspectiva de ambas materias pasa frecuentemente inadvertida, pero precisa ponerse de relieve, de conformidad con la necesidad de entender el ordenamiento jurídico como un sistema, conjunto de normas armónico en la que el todo es superior a la suma de sus partes.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ CONDE, Enrique; TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Constitucional*, octava edición, Tecnos, Madrid, 2018.

ANÓN. (s. f.). «Cultura para el desarrollo sostenible». UNESCO. Recuperado de: es.unesco.org/themes/cultura-desarrollo-sostenible. Fecha última visita: marzo 2013.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán. «El derecho de participación y el derecho de compensación de copia privada», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 145-167.

97 Anón. (s. f.). «Cultura para el desarrollo sostenible». UNESCO. Recuperado de: es.unesco.org/themes/cultura-desarrollo-sostenible. Fecha última visita: marzo 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. «La obra», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 51-80.

«Art. 10.1», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 159-195.

«Art. 128», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2018, págs. 1763-1770

«Art. 2.1», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 99-135.

BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones», en *Anuario de derecho civil*, vol. 59, nº 3, 2006, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, págs. 1065-1114.

CASAS VALLÉS, Ramón. «Ley 3/2008», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, págs. 469-513.

CASTILLA BAREA, Margarita. «Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, págs. 37-79.

CARMONA CONTRERAS, Ana María. «Los derechos fundamentales de la Unión Europea en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias», en *La Constitución de los españoles. Estudio homenaje a Juan José Solozabal Echavarría*, obra colectiva, directores Manuel Aragón Reyes, Javier Jiménez Campo, César Aguado Renedo, Antonio López Castillo y José Luis García Guerrero, págs. 571-582.

GALÁN CORONA, Eduardo. «Art. 3», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos. Madrid, 2018, págs. 38-67.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. «Libertad de expresión: régimen jurídico-administrativo sustantivo y procesal», en *Libertad de expresión. Su posición preferente en un entorno multicultural*, obra colectiva, director Pedro J. Tenorio Sánchez, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2014, págs. 429-499.

GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román. *Historia el cine*, Anagrama, Barcelona, 2016.

GUTIÉRREZ GARCÍA, Elisa. «La libertad de expresión y de información frente a la propiedad intelectual en el Mercado Único Digital: sentencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea de 26 de abril de 2022 (Asunto C-401/19) (JUR 2022, 137892)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 58, págs. 1-33.

DROZ, Numa; SOLDAN, Charles; FREY, Bernard. «First Conference In Berne, 1884 – Minutes», en *Berne Convention Centenary. 1886-1986*, International Bureau of Intellectual Property, Ginebra, 1986, págs. 83-107.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio. «Art. 5», en *Comentarios al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 393-453.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Otros Derechos de Propiedad Intelectual», en *Manual de Propiedad Intelectual*, obra colectiva, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 285-319.

«Art. 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tecnos. Madrid, 2018, págs. 227-256.

MARTÍNEZ PINO, Joaquín. «La teoría de los bienes culturales y las nuevas categorías de patrimoniales», en *El estudio del patrimonio cultural*, obra colectiva, coordinadores María Victoria García Morales, Victoria Soto Caba, Joaquín Martínez Pino, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, págs. 231-265.

MASOUYÉ, Claude. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza, 1978.

MORETÓN SANZ, María Fernanda. «'Viaje a la luna en el fondo del mar': un escultor en defensa de la integridad de su obra y una revisitación del derecho de participación o *droite de suite*», en *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 103-143.

«Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión mortis causa: indisponibilidad inter vivos del derecho de participación», en *Revista Crítica de Derecho Civil*, nº 737, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2013, págs. 1913-1946.

OTERO LASTRES, José Manuel. «La originalidad de las obras plásticas y las nuevas tecnologías», en *II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a* (A Coruña, 22 y 23 de marzo de 2007), obra colectiva, coordinadores Rafael García Pérez y Marcos-A. López-Suárez, Universidad de La Coruña (Servizo de Publicacións), A Coruña, 2008, págs. 73-102.

ROGEL VIDE, Carlos. *El derecho de autor de los Directores de Fotografía*, Reus, Madrid, 2006.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «Aspectos esenciales de derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos», en *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, obra colectiva, coordinador Carlos Rogel, Reus, Madrid, 2019, 129-151.

«El derecho de acceso al ejemplar único y raro», en *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria*, obra colectiva, coordinador Luis Antonio Anguita Villanueva, Madrid, 2016, págs. 119-134.

SOUGEZ, Marie-Loup, «La aparición de la fotografía. Inventores y primeros procedimientos», en *Historia general de la fotografía*, obra colectiva, coordinadora Marie-Lout Sougez, Cátedra, Madrid, 2007.

UREÑA SALCEDO, Juan Antonio. *Breve historia de la expresión y el control de las ideas y la (des)protección de sus autores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. «Artículo 20.1.b) La libertad de creación», en *Comentarios a la Constitución Española*, tomo 1, obra colectiva, coordinadores Mercedes Pérez Manzano y Ignacio Borrajo Iniesta, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 617-625.

