

DE LA FOTOGRAFÍA Y SU PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

Photography and its protection by copyright law

M. Sc. Any Esther Pacheco Iglesias

Maestrante en Diritto delle nuove tecnologie e informatica giuridica

Università di Bologna (Italia)

<https://orcid.org/0000-0002-1748-1299>

anyestherpacheco@gmail.com

Resumen

En el decurso de tiempo, el tratamiento que ha recibido la obra fotografía no ha estado en consonancia con las aspiraciones de igualdad ante la ley para sus autores. En este artículo se parte de esa premisa, realizando un breve recorrido por los orígenes de la fotografía y su desarrollo posterior, intentando poner de relieve que el desdén hacia ella desde el Derecho de autor se debe a una valoración inadecuada del procedimiento técnico que debe aplicarse para su obtención, que luego se reconduce a una distinción entre fotografía artística y mera fotografía basada más en el supuesto mérito de la obra, que en su originalidad, siendo este último el requisito que verdaderamente debe tomarse en cuenta para la protección, en clave subjetiva. Si bien la fotografía refleja la realidad, esta puede ser enfocada, captada y revelada de diferente modo y en el resultado siempre estará presente la impronta del fotógrafo, de su autor.

Palabras claves: fotografía; autor; mérito de la obra; originalidad; facultades morales y patrimoniales; duración; limitaciones; derecho a la imagen.

Abstract

In the course of time, the treatment that photographic work has received has not been in line with the aspirations of equality before the law for its authors. This article is based on this premise, making a brief tour through the origins of photography and its subsequent development, trying to highlight that the disdain towards it from the Copyright Law is due to an inadequate assessment of the technical procedure to be applied to obtaining, which the re-conducts to a distinction between artistic photography and mere photography based

more on the alleged merit of the work than on its originality, being the latter requirement that should really be taken into account for protection, in a subjective key. Although photography reflects reality, it can be focused, captured and developed in different ways, and the result will always bear the imprint of the photographer, of its author.

Keywords: photography; author; merit of the work; originality; moral and economic rights; duration; limitations; right to the image.

Sumario:

1. La fotografía, ¿procedimiento técnico o creación intelectual? 2. El mérito de la obra, ¿requisito para la protección? 3. La originalidad. Su apreciación en la fotografía. 4. La dicotomía entre fotografía artística y mera fotografía. Su incidencia en la protección por el Derecho de autor. 5. Algunas ideas a modo de conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. LA FOTOGRAFÍA, ¿PROCEDIMIENTO TÉCNICO O CREACIÓN INTELECTUAL?

Responder esta interrogante requiere adentrarse en la génesis de la fotografía. El término fotografía proviene etimológicamente del griego y significa escribir o gravar con luz.¹ Ha sido el resultado de diferentes descubrimientos tecnológicos a lo largo de la historia.

La creación de imágenes es un hecho que viene prácticamente aparejado a la evolución del hombre, se puede decir que es tan antiguo como él mismo: desde las pinturas rupestres, hasta muchos siglos después agrupados en sociedad, el desarrollo del arte pictórico con representaciones de sus formas de convivencia y creencias ha sido fundamental en la evolución y el desarrollo de la civilización. Ya alrededor del siglo XI d.C. ALHACÉN pone al relieve en su *Tratado de Óptica*,² que consta de siete volúmenes, la descripción de diferentes teorías y experimentos, donde detalla la reflexión y la refracción de la luz. Esta obra versó sobre el estudio acerca de la luz y también lo que con el paso del tiempo se conocería como la cámara oscura, acarreado como consecuencia

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*.

² Vid. CALVO PADILLA, María Luisa, "1000 años de la publicación del Tratado de Óptica de Alhacén", *Revista100cias@uned Facultad de Ciencias*, No. 8, Madrid, 2015. Esta serie de efemérides, entre muchas otras, llevaron a la ONU a declarar el año 2015 "Año Internacional de la Luz". Según la revista online *EL MUNDO*, disponible en <https://www.elmundo.es/ciencia/2015/09/08> [consultado en fecha 5 de marzo de 2017].

su utilización por diversos artistas plásticos, que la utilizaron para auxiliarse en sus bocetos y pinturas;³ esta sería el antecedente de la cámara fotográfica que hoy conocemos.

A partir del Renacimiento (siglos xv y xvi) como movimiento cultural de gran amplitud, cuna e impulsor por excelencia de las artes y la ciencia, se fueron perfeccionando las herramientas y técnicas utilizadas en la concepción del arte (cualquiera que fuera su manifestación), haciéndose cada vez más evidente el interés del hombre por imitar la realidad en sus obras de arte; se producen además muchos avances en la ciencia y la tecnología, uno de estos fue lo que luego se transformaría en el cine y la fotografía como la conocemos hoy, la cámara oscura.⁴

Pero no fue hasta principios del siglo xix, en el año 1816, que el científico francés NIÉPCE obtiene las primeras imágenes fotográficas, aunque estas en su inicio no pudieron ser fijadas permanentemente. Eventualmente, como resultado de los avances que hizo con sus investigaciones, mediante una emulsión química de sales de plata y una cámara oscura, obtuvo la imagen más antigua que se conoce, llamada *Vista desde la ventana en Le Gras*, en el año 1826.⁵ Aun así, no fue hasta el año 1839⁶ que se anunció en París que Louis DAGUERRE había descubierto un procedimiento para fijar la imagen de la cámara oscura por la acción de la propia luz, popularizándose esta como daguerrotipo. DAGUERRE resolvería muchos de los problemas técnicos del procedimiento de NIÉPCE. Así, el daguerrotipo constituyó la primera cámara capaz de registrar una imagen directa.⁷

³ *La máquina de dibujar*: obra de DURERO del siglo xvi, donde ilustra una máquina de dibujar. “[...] El dispositivo funcionaba como un visor directo de una cámara, con la diferencia de que el pintor tenía que dibujar pacientemente la información visual en un cristal antes de transferirla al medio definitivo”. Vid. LANGFORD, Michael, *La fotografía paso a paso: un curso completo*, p. 22.

⁴ La cámara oscura es una caja con un pequeño agujero de un lado, por donde entra la luz y se refleja en el lado opuesto, sobre este se proyecta la imagen de cualquier objeto externo al agujero. Vid. GLOSSMAN, Hernán Gabriel, “Revolución en el video digital. El cine independiente y las nuevas tecnologías”, *Tesis de Grado*, p.16.

⁵ La primera fotografía de la historia la realizó Joseph Nicéphore NIÉPCE, químico, litógrafo y científico aficionado francés, en 1826 desde su habitación de trabajo. Disponible en <http://ifoton.com/la-primera-fotografia-de-la-historia> [consultado en fecha 17 noviembre de 2017].

⁶ MARTÍNEZ HINOJOSA, Francisco R., *La obra fotográfica, su protección autoral, una visión de principios de siglo*, p. 7.

⁷ BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones: “Pequeña historia de la fotografía”*, p. 75.

Contemporáneos suyos también trabajaron en diferentes métodos, haciéndole a la cámara muchísimos aportes, permitiendo que gracias a ella se pudieran reproducir retratos y paisajes. No obstante, esta invención enfrentó disímiles críticas, las más encarnizadas en el campo del Derecho de autor, donde no encontró la tutela reclamada.

El daguerrotipo consistía en una imagen fotoquímica única sobre una placa de cobre, que presentaba, sin embargo, dos principales inconvenientes: el precio, por una parte, y por otra, la singularidad de la imagen, de la cual no se podían hacer copias de ninguna manera. El procedimiento que dio la posibilidad de reproducción y multiplicación vino de la mano de William Henry FOX TALBOT, llamado calotipo, y consistía en una imagen negativa que se obtenía de una hoja de papel sensible con sales de plata, esta última fue revolucionaria ya que no solo daba la posibilidad de mejorar la producción, sino que vino a posicionarla como centro de interés económico. "El calotipo, por lo tanto, no solo responde a las necesidades de la economía en el procedimiento, sino que permite crear fotografías con efectos artísticos, con el juego de claroscuro y los efectos que son característicos del negativo sobre el papel".⁸

La cámara fotográfica y la fotografía constituyeron una enorme contribución como avance tecnológico en pleno siglo XIX, ya que, en principio, la fotografía capta la realidad tal como es y hasta ese entonces era solo posible a través de las artes tradicionales. En el momento en que la fotografía aparece, según MARTÍNEZ HINOJOSA, "toma el relevo de la representación tal como se entendía, produciéndose la deshumanización de la pintura y la escultura, que en definitiva hacían una representación de la realidad de manera abstracta".⁹

La cámara como invención nace en medio del periodo preindustrial, momento clave dentro de la historia, lo que se conoce como la primera revolución industrial. Fue aquí donde se desarrolló la mecanización, en virtud de la cual se pretendía eliminar la mano de obra y sustituirla por la maquinaria.¹⁰ Muchos mostraron recelo ante esta nueva invención, especialmente aquellos que en sus inicios no vieron más allá de la cámara como una herramienta para la ciencia; un avance tecnológico más, en un periodo marcado por las innovaciones. La fotografía se encontraba más cerca de la magia para aquellos primeros hombres que tuvieron que enfrentarse a este "diabólico invento". Como refirió

⁸ DELL'ARTE, Salvo, *Fotografía e diritto*, p. 24.

⁹ MARTÍNEZ HINOJOSA, Francisco R., *La obra fotográfica...*, ob. cit., p. 8.

¹⁰ MÁXIMA URIARTE, Julia, *Revolución Industrial. Características*.

BENJAMIN, sobre un artículo extraído de un diario de ese entonces: “Querer fijar fugaces espejismos no es solo una cosa imposible [...] sino que el mero deseo de lograrlo es ya una blasfemia. El hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, y ninguna máquina humana puede fijar la imagen divina. A lo sumo el artista divino, animado por una inspiración celestial, podrá atreverse a reproducir, en un instante de bendición suprema y bajo el alto mandato de su genio, pero sin ayuda de maquinaria, los rasgos divinos en lo humano”.¹¹

Es de imaginar que no le fue fácil a este nuevo invento convertirse en lo que estaba predestinado a ser; teniendo en cuenta que la evolución está marcada por los cambios y las transformaciones, es de esperar que, en efecto, la cámara fotográfica y su vástago, la fotografía, supusieran un fuerte impacto en el desarrollo tecnológico, más aún para el legislador de aquellos tiempos, que no la ubicaba como obra artística. Así, en el Boletín No. 18 de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), de noviembre de 1883, se evidenció cómo los delegados que participaron en la Conferencia de Berna dejaron bien claro su oposición a esta, en las discusiones del proyecto del Convenio, donde la fotografía no fue considerada una obra del espíritu. “El fotógrafo se limita a hacer una mera operación mecánica, más o menos compleja, de disparo y revelado, por el que se trata de reproducir de la manera más fiel la realidad presente delante del objetivo [...] más dependiente de la máquina que de la voluntad humana, se dice, se aleja de la idea de creación del espíritu”.¹²

El pintor DELACROIX¹³ refirió en una nota que las fotos “podrían prestar buen servicio a los pintores para la confección de las colecciones de bosquejos”.¹⁴ Según este artista, no era posible que pudiera conferírsele a la fotografía lugar alguno dentro del arte, a no ser el de una técnica auxiliar aplicada. *Contrario sensu*, BENJAMIN, sobre la dudosa justificación de la fotografía ante la pintura, expresó: “Cuando los inventores de un instrumento nuevo lo aplican a la observación de la naturaleza, lo que esperaron es siempre poca cosa en comparación con la serie de descubrimientos consecutivos cuyo origen ha sido dicho instrumento”.¹⁵

¹¹ BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones...*, ob. cit., p. 74.

¹² MARTÍNEZ SALCEDO, Juan Carlos, *Encrucijadas del derecho de autor*, p. 54.

¹³ DELACROIX Eugene, *Resumen de su biografía y obras*.

¹⁴ Vid. ARENCIBIA GONZALES, Félix (comp.), *La fotografía como concepto*, p. 7.

¹⁵ BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones...*, ob. cit., p. 75.

La cámara fotográfica, y la fotografía como consecuencia, devienen medio de enorme potencial, que en cierta medida ponía a la pintura en aprietos, significó el nacimiento de un nuevo lenguaje visual. Los primeros hombres que tuvieron que enfrentarse a este invento extraordinario no sabían lo imprescindible que sería casi dos siglos después, en la “era de la imagen”.¹⁶ Empero, “lo que decide siempre sobre la fotografía es la relación subjetiva del fotógrafo con su técnica”.¹⁷ El instrumento tiene que estar a disposición del creador, ya sea pintor, pianista o un fotógrafo. La disquisición entre procedimiento técnico y creación intelectual, más que volverse un bucle sin fin, se debe justipreciar de otro modo. Es incuestionable, a consideración de esta autora, que tanto procedimiento técnico fotográfico como creación intelectual emergen cual amalgama, pues el primero es el medio para obtener la obra, fruto del espíritu.

Los encarnizados debates que ha protagonizado la fotografía respecto a su valor como forma artística se basan esencialmente en la naturaleza mecánica de la cámara, su prolífico uso y su capacidad para reproducirse constantemente. La identidad de la fotografía es cambiante y siempre estará afectada por los avances técnicos. La cámara fotográfica ha estado perfeccionándose y seguirá haciéndolo, por lo que la fotografía estará en un continuo cambio. Uno de los “problemas” que presenta está en sus variados usos, desde reportajes, moda, publicidad, galerías de arte, hasta álbumes familiares, y su significado puede ser muy cambiante, dependiendo de la función y del contexto donde se emplee. BENJAMIN refiere sobre su valor artístico y la importancia de esta: “La disputa en que se empeñaron la pintura y la fotografía en el transcurso del siglo XIX [...] da ahora la impresión de una disputa errada y confusa [...] fue la expresión de una transformación de alcance histórico y universal [...]. La época de la reproductibilidad técnica del arte separó a este de su fundamento ritual [...]. Pero el cambio de función del arte que venía con ello estuvo fuera del campo de visión de ese siglo”.¹⁸

Estas disquisiciones irradiaron al legislador y la fotografía estuvo postergada en el primer texto definitivo del Convenio de Berna. En la mayoría de las legis-

¹⁶ DE LA NUEZ, Iván, *Teoría de la retaguardia: cómo sobrevivir al arte contemporáneo y a casi todo lo demás*, p. 48. Señala este autor: “[...] Era de la Imagen, en la que la cultura visual comienza a sustituir a la cultura escrita como fuente de transmisión del conocimiento. En este sentido las imágenes se encargan de armar nuevas retóricas y conceder otros protagonismos a eso que en otros tiempos se llamó ‘el intelectual’: Así mirado, la Iconocracia atiende a las imágenes como *saber*. Pero también atiende a las imágenes como *poder*”.

¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹⁸ BENJAMIN, Walter, *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, p. 63.

laciones no se le concedía carácter de obra artística, aunque sí fue mencionada en el Protocolo de Clausura, comprometiendo a los países que la consideraran como tal.¹⁹ Es importante destacar que el hombre siempre ha intentado escapar de la realidad sumergiéndose en un mundo ideado por él mismo, sin importar lo fantasioso que este pudiera ser; esto ha sido crucial para la mente humana y a través de la fotografía se ha hecho también realidad parte de la imaginación. Ejemplo de ello lo tenemos en diferentes álbumes familiares elaborados con la técnica del *photo-collage*, que llegan a ser presurrealistas en la década de 1860, hechos por la fotógrafa británica Kate E. GOUGH.²⁰

La crítica estética de aquellos primeros años hacia los fundamentos de la fotografía era tan indiscutible que se refutaba muy someramente, aunque como vimos, eso no dejó que los fotógrafos de la época pudieran dar rienda suelta a su imaginación y crear fotos extraordinarias. Otro ejemplo de ello lo tenemos nuevamente en el ámbito doméstico; la fantasía acaparó la atención del público en 1919, incluido sir Arthur CONAN DOYLE, creador de Sherlock HOLMES, cuando salieron a la luz fotografías de hadas que se hicieron famosas y que actualmente son conocidas como *Cottingley Fairies (Las hadas de Cottingley)*.²¹

La fotografía obtiene su victoria como obra cuando se incluye en la segunda revisión del Convenio de Berna celebrado en Berlín, en 1908. En el artículo 3 del Acta se estableció que la Convención “*se aplica a las obras fotográficas y las obras obtenidas por un procedimiento análogo, siempre que la legislación nacional lo permita, y en la medida de la protección que otorgan a las obras nacionales similares*”.²²

¹⁹ Vid. MARTÍNEZ SALCEDO, Juan Carlos, *Encrucijadas...*, ob. cit., p. 55.

²⁰ Vid. Photograph, Gough, Kate E. V&A Search the Collections. Demostrando la autora sus dotes artísticas, ya que esta hacía fantasiosas escenas que requerían muchísimo tiempo y esfuerzo, y en estos momentos se encuentran expuestos en el Victoria and Albert Museum de Londres (N de la A.). Disponible en <http://collections.vam.ac.uk/item/O1082776/photo-graoh-gough-kate-e/>

²¹ Estas instantáneas fueron realizadas por una joven de dieciséis años y su prima de nueve; la gente creyó que esas fotos eran la prueba fehaciente de la existencia de estos seres sutiles, aunque de hecho las autoras habían recortado las hadas de una revista y las sujetaron erguidas con alfileres de sombrero. La artimaña tardó varios años en ser descubierta; lo que demostró muchas cosas, en primer lugar, el ingenio de dos niñas y además hasta qué punto el papel de la fotografía como “evidencia” era esencial para su comprensión como medio (N. de la A.). *Las hadas de Cottingley*. Las misteriosas fotografías aún cautivan al público un siglo después. Disponible en <https://eldiariiony.com/2019/04/20/las-hadas-de-cottingley-las-misteriosas-fotografias-que-aun-cautivan-al-publico-un-siglo-despues/>

²² MARTÍNEZ SALCEDO, Juan Carlos, *Encrucijadas...*, ob. cit., p. 55.

Según apunta MARTÍNEZ HINOJOSA, el estudioso del tema Wladimir DUUCHEMIN, al definir al fotógrafo expresó: "El fotógrafo no es un auxiliar de la creación artística. No interviene ya una vez nacida la obra. Está en el origen de la fotografía por él realizada, cogiendo y plasmando en el rollo una sensación visual con una intervención creadora más o menos importante. Desempeña un esfuerzo creador de mayor o menor grado según los casos. Cumple con los requisitos básicos para ser un autor, aun cuando sea considerable el aspecto técnico de esa creación. El fotógrafo no es un técnico de esa creación. El fotógrafo no es un técnico cuyo único papel estriba en poner sus capacidades y talento al servicio de un autor preexistente. Es técnico y creador a la vez; consigue imágenes que llevan al cuño de su personalidad, aunque ayudado por una técnica precisa".²³

Todo lo antes expuesto nos promueve a pensar que este menosprecio que ha sufrido el fotógrafo en su calidad de autor se ha debido a lo que llamaríamos una sospecha inicial, que surgió de un desprecio hacia la cámara fotográfica en el mundo del arte, al no entender que con ella era posible reflejar de igual manera como en las artes tradicionales, ese espíritu que se persigue con toda obra artística. No solo está el hecho de apretar un obturador y reflejar lo que está al alcance del lente; se requiere de conocimientos técnicos, claro, que por tanto puede resultar fácil ser competente en la profesión, pero es muy difícil aportar una visión personal identificable. La fotografía es radicalmente abierta en lo referente al significado de una imagen, esta puede ponerse al servicio de cualquier idea o ideología, su valor como documento funcional suele aprovecharse de uno u otro modo. Esta ha revelado, sin lugar a dudas, que es un medio de comunicación humano, más que mecánico, y es indudable, a juicio propio, que se ha cometido un error al no concederle del todo la igualdad con el resto de las obras de arte y su trato dentro de la protección del Derecho de autor ha sido y sigue siendo desigual.

2. EL MÉRITO DE LA OBRA, ¿REQUISITO PARA LA PROTECCIÓN?

Adentrándonos en el Convenio de Berna,²⁴ y deduciendo lo que en su artículo segundo dispone, cabe destacar que este no pretende darnos una definición

²³ MARTÍNEZ HINOJOSA, Francisco R., *La obra fotográfica...*, ob. cit., p. 23.

²⁴ Cfr. Convenio de Berna, artículo 2: "1) Los términos 'obras literarias y artísticas' comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, **cualquiera que sea el modo o forma de expresión**, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a

de las obras artísticas y literarias, sino ejemplificar lo que aquellas comprenden y destacando que se protege *la forma de expresión*, cualquiera que esta sea. Hay que enfatizar que, aunque no sea de manera expresa, el Convenio protege la obra en razón del carácter de aquella, no de su contenido. Según nos explica MASOUYÉ: "El contenido de la obra no condiciona la protección en modo alguno. Al aludir no solo a las esferas literaria y artística, sino también a la científica, el Convenio abarca, pues, las obras científicas, las cuales serán protegidas en razón de la forma que revisten".²⁵

La calidad de una obra, cualquiera que sea su forma de expresión, no representa un criterio para distinguir cuáles merecen protección por el Derecho de autor y cuáles no. La apreciación del mérito de una obra es de carácter aleatorio, como afirma COLOMBET, toda vez que depende de la apreciación personal de cada quien, de sus gustos y opiniones, de modo que hacer depender el reconocimiento y aplicación de la ley a una apreciación subjetiva sería peligroso, injusto y podría dar lugar a toda clase de arbitrariedades.²⁶ Es conocido que numerosos creadores que luego se han convertido en íconos y han pasado a la posteridad como representantes del más exquisito arte, en sus inicios no gozaron del favor del público y la crítica, incluso muchos solo han ocupado espacio en las preferencias de los destinatarios de sus obras luego de su muerte, porque en realidad se adelantaron a su tiempo con sus creaciones. El mérito o calidad artística está sujeto a opiniones y ánimos volubles, de modo que no puede ser algo que el Derecho tome en cuenta para determinar su protección al autor y a la obra. Por lo que determinar si una fotografía posee suficiente valor o mérito artístico no va en consonancia con lo que el texto legislativo de Berna promueve, ni tampoco con la opinión mayoritaria de la doctrina, debido a que el contenido no puede condicionar a la protección de la obra en ningún modo, como tampoco puede hacerlo su calidad. Se necesita tiempo para que la sociedad acepte el arte y este pueda consolidarse, emergiendo como estereotipo que se le otorgue un valor menor a aquello que no se ajuste a lo considerado "normal". Citando al crítico de arte BENJAMIN: "Lo convencional es

la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias".

²⁵ Vid. MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Artísticas y Literarias (Acta de París, 1971)*, publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1978, p. 12.

²⁶ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes principios del Derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, p. 15.

disfrutado sin ninguna crítica; lo verdaderamente nuevo es criticado con repugnancia”.²⁷ Tal como alude ORTEGA DOMÉNECH: “establecer criterios que midan la creación de un artista nos llevaría a juicios de valor tan arriesgados como subjetivos, y ello en el mundo plástico supone jugar con concepciones muy distintas acerca de una misma obra”.²⁸

Tampoco resulta aconsejable colocar la decisión en manos del juzgador atendiendo al mérito de la obra. Sobre este particular se pronuncia LIPSZYC al plantear: “Se trata de una cuestión de gustos cuya consideración corresponde al público y a la crítica, no al derecho. Lo contrario podría dar lugar a toda clase de arbitrariedades, en particular en una materia que presenta numerosos ejemplos de grandes obras que, en ocasión de ser representadas, ejecutadas o expuestas por primera vez, fueron abucheadas²⁹ y que, con el correr de los años, lograron un reconocimiento y un prestigio notables”. Igualmente, sobre este tema manifestó DESBOIS: “los jueces no están para emitir apreciaciones de carácter estético, para conferir premios como una Academia; en caso contrario, los justiciables se verían sometidos a una ruda prueba, dado que, por mucho que fuera la imparcialidad de quienes hubieran de pronunciarse, se corre siempre el riesgo de que las decisiones varíen en función de las preferencias individuales”.³⁰

²⁷ BENJAMIN, Walter, *La obra de arte en la época...*, ob. cit., p. 82.

²⁸ ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra plástica y Derechos de autor*, p. 39.

²⁹ Esta autora pone el ejemplo de *La Traviata*, de VERDI; *Seis personajes en busca de un autor*, de PIRANDELLO; y *La consagración de la primavera*, de STRAVINSKY, todas famosas obras, conocidas e interpretadas en la actualidad y que gozan de gran prestigio, pero que en su momento no fueron aceptadas por el público con beneplácito. Vid. LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, t. I, p. 67.

³⁰ Vid. DESBOIS, Henry, *Le droit d'auteur en France*, p. 85. También ha quedado plasmado en la *Guía del Convenio de Berna*, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la no apreciación, por parte de los jueces, del valor artístico o cultural de una obra, Vid. *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de Paris, 1971)*, publicado por la OMPI, Ginebra, 1978, artículo 2.4, p. 13. Estas mismas dudas pueden plantearse en el caso de los peritos y de su parcialidad con la parte que proponga la prueba pericial. En los conflictos relativos a la originalidad o autoría de las obras plásticas, estas no son presentadas ante el juez a pesar de que las pinturas son obras para ser apreciadas por los espectadores. Los jueces aprecian la obra de manera indirecta a través de fotografías, descripciones de las partes en el proceso o los informes periciales. Tanto en los conflictos que versen sobre la originalidad como en aquellos relacionados con la autoría de las obras, la carga de la prueba corresponde a la parte demandante. Los peritos deben ser más requeridos cuando las controversias se presenten en procesos relacionados con obras relativas a programas de ordenador y bases de datos, por la complejidad técnica que presentan tales creaciones.

Otra forma de razonar dicha posición, en relación con lo anterior, es la relativa a la idea. Es principio general en Derecho de autor que no se protege la idea, sino su forma de expresión. Las ideas circulan libremente, sin cortapisas; para ser protegidas, estas deben expresarse y manifestarse a través de formas expresivas, no basta, a los efectos de su protección, que hayan sido perfeccionadas por su creador y permanezcan en su esfera mental. Con independencia de su valor, las ideas no encuentran por sí mismas una protección en el Derecho de autor, para el que vale la idea expresada, mediada por la visión y la impronta del autor, perceptible por los sentidos. "La idea debe ser exteriorizada a través de un mínimo acto creativo manifestado en una forma concreta perceptible por el mundo exterior".³¹

Así, en general, ni el mérito de la obra, ni su novedad, serán requisitos que se tomen en cuenta por el Convenio de Berna para la protección de las obras y por ende, las legislaciones de los países firmantes deberán estar en consonancia con este. El ámbito de aplicación del Derecho de autor debe estar marcado por la forma a través de la cual el autor, debido a su actividad creadora, engendra una obra, sea esta científica, artística, etc. La Ley No. 14 de 1977,³² ley cubana sobre la materia, en sus artículos 7 y 8 "reconoce la protección que se dispensa a distintos tipos de obras, las unas originarias, derivadas las otras, en catálogo abierto que permite la incorporación de otras no enumeradas allí, como resulta usual en las leyes sobre la materia, siguiendo el modelo del Convenio de Berna".³³

Según el *Glosario conceptual de términos relacionados con la propiedad intelectual y los derechos de autor*, por obra fotográfica se entiende aquella "imagen obtenida de objetos reales mediante su plasmación en una superficie fotosensible".³⁴

En el artículo 22 de nuestra Ley No. 14 se expone que: "El derecho de autor sobre una obra fotográfica, o sobre una obra creada por un procedimiento análogo a la fotografía, solo se reconoce si cada copia de la misma se encuentra debidamente identificada, conforme a las normas reglamentarias que se establezcan".

³¹ Vid. DELL'ARTE, Salvo, *Fotografía e diritto...*, ob. cit., p. 37.

³² Vid. Ley No. 14 de 1977, artículos 7 y 8.

³³ Vid. VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coord.), *Derecho de autor y derechos conexos*, p. 29.

³⁴ Disponible en https://www.acta.es/glosarios/glosario_conceptual-DAyPI.pdf [consultado en fecha 16 de marzo de 2019].

A partir de dicho artículo se reconoce y se brinda protección a la obra fotográfica (y aquellas creadas por procedimiento análogo), pero ello se hace depender de su “debida identificación”. No queda claro qué quiso decir el legislador con dicha expresión: ¿se refiere a que es preciso que la obra fotográfica se encuentre debidamente registrada?; ¿hace alusión a que la obra fotográfica debe contener, en cualquiera que sea la superficie en la que se plasme, el nombre o identificación de su autor?; ¿o se refiere a la necesidad o más bien el requisito de la fijación para su reconocimiento?

La redacción técnico-jurídica del artículo en análisis no es correcta, pues de entenderse esa “debida identificación” como que se necesita del registro para que efectivamente proceda el reconocimiento de la obra fotográfica, sería este un planteamiento que no tendría cabida dado los propios principios del Derecho de autor, que descarta el cumplimiento de cualquier tipo de formalidad para brindar protección a las obras producto del ingenio humano, pues el derecho de autor nace del acto de creación y se trata de una protección automática. El registro de una obra tiene únicamente un carácter declarativo y no constitutivo, por lo que los derechos a favor del autor, en su doble aspecto moral y patrimonial, se generan por el hecho de la creación de la obra y no por su registro. El propio Convenio de Berna así lo establece, al indicar que el goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad (artículo 5.2).

Con respecto a la segunda de las interpretaciones, o sea, que la obra fotográfica contenga el nombre o identificación de su respectivo autor, sería una opción a considerar; pero realmente, si bien ello facilitaría el hecho de presumir en principio quién es autor de la obra, no es algo de lo que se deba hacer depender el reconocimiento y protección de la obra fotográfica. Tal condición se traduce en una presunción *iuris tantum*, según establece el artículo 11 de la propia Ley No. 14, a partir del cual se considera autor aquel que crea una obra y bajo cuyo nombre o seudónimo se haga conocer públicamente, admitiendo ello prueba en contrario.

Por último, la interpretación que alude al requisito de la fijación parece la más elocuente y posible. El Convenio de Berna dispone en su artículo 2.2 que los Estados miembros podrán establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material. De ahí que la fijación se entienda como el acto por el cual se incorpora la obra a un soporte material, es decir, la unión del *corpus mysticum* con el *corpus mechanicum*. El Glosario de la OMPI deja sentado que

la fijación: "Consiste en captar una obra en algún modo o forma de expresión física duradera, sea esta un escrito, impresión, **FOTOGRAFÍA**, grabación sonora o grabación visual, escultura, grabado, construcción, representación gráfica o cualquier otro método **QUE PERMITA LA POSTERIOR IDENTIFICACIÓN** y reproducción de la creación del autor".³⁵

Según las reglas o principios básicos del Derecho de autor, se entiende que el requisito válido para conceder o negar la protección lo constituye la originalidad (al cual nos referiremos posteriormente) y, en algunos casos, la fijación; por lo que cualquier otro resulta absolutamente irrelevante o intrascendente. Así lo constata el artículo 2 de la Ley No. 14, el cual establece: "*El derecho de autor regulado en esta Ley se refiere a las obras científicas, artísticas, literarias y educacionales **DE CARÁCTER ORIGINAL**, que se hayan hecho o puedan hacerse de conocimiento público por cualquier medio lícito, cualesquiera que sean sus formas de expresión, su contenido, valor o destino*".

De todo ello se concluye que para la protección de la obra fotográfica en el caso cubano, específicamente, no solo se exige la originalidad, sino también su fijación en algún soporte material que, como bien se ha dejado claro, permita su posterior identificación y reproducción; aspecto que si bien nuestro legislador quiso insertar en el antes analizado artículo 22, no lo hizo de manera acertada, utilizando una deficiente técnica legislativa y careciendo de una definición mínima de lo que denomina "debida identificación", pudiendo incluso haberse referido de manera directa al término fijación y no utilizar en su lugar una expresión ambigua, que puede dar lugar a diversas interpretaciones. Este requisito adicional que se exige para la protección de la fotografía no se establece para las demás obras, lo que evidencia, también en este aspecto, un tratamiento desigual que, si bien pudiera tener alguna explicación práctica, no la tiene en la doctrina del Derecho de autor.

3. LA ORIGINALIDAD. SU APRECIACIÓN EN LA FOTOGRAFÍA

La piedra angular del Derecho de autor es la *originalidad*, requisito imprescindible para la protección que se dispensa a la creación intelectual. El autor es el centro de todo el sistema, el sujeto protegido, toda vez que es el creador de la obra, que emerge de este como un bien inmaterial que se expresa de una determinada forma. Según afirma VALDÉS DÍAZ: "la obra es reflejo de la inteligencia y sensibilidad humana que puede ser percibido por el resto de la sociedad

³⁵ OMPI, *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, p. 119.

a través de su materialización en un soporte determinado”.³⁶ Se resguardan todas y cada una de las obras del espíritu, siempre que sean originales, sin importar los diferentes géneros en que se manifiesten, como lo promueve en sus postulados el Convenio de Berna,³⁷ protegiéndose así la expresión del autor. MASOUYÉ, indicando la finalidad que contiene el artículo 2, señala que prevalecen dos criterios: la terminología de lo que se considera obra producida y la anulación de cualquier limitación relativa al modo o forma de expresión de las obras. Siguiendo su pensamiento: “El contenido de la obra no condiciona la protección en modo alguno”,³⁸ pues como ya se apuntó, la protección jurídica se basa en la originalidad.

Pero el término originalidad es un concepto jurídico indeterminado. De ahí que existan distintos criterios para valorar cuándo ese requisito está presente en las obras. Aunque casi todas las leyes autorales exigen el requisito de la originalidad para la protección de las obras,³⁹ no nos ilustran sobre lo que ha de

³⁶ *Ibidem*, p. 27.

³⁷ Cfr. Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, definiendo lo siguiente:

“Artículo 2. Obras protegidas. 1 Obras literarias y artísticas:

¹) Los términos ‘obras literarias y artísticas’ comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, **cualquiera que sea el modo o forma de expresión**, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; **las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía**; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/tex.jsp?fileid=283700P91_12057

³⁸ MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la protección...*, ob. cit., p. 12.

³⁹ Nuestra Ley No. 14 refiere en su artículo 2: “El derecho de autor regulado en esta Ley se refiere a las obras científicas, artísticas, literarias y educacionales de **carácter original**, que se hayan hecho o puedan hacerse de conocimiento público por cualquier medio lícito, cualesquiera que sean sus formas de expresión, su contenido, valor o destino”. Así lo hacen casi todas las leyes. En el contexto latinoamericano, por ejemplo, la Ley Federal del Derecho de Autor de México, publicada el 24-12-1996, en vigor desde el 24-3-1997, en su artículo 3: “aquellas de **creación original**”; la Ley 64 de 10-10-2012, sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de Panamá, que establece en su artículo 2: “Para los efectos de esta Ley, las expresiones que siguen tendrán el siguiente significado: [...] 22. Obra: Toda **creación intelectual original**”; en Paraguay, la Ley 1.328 de 1998, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en su artículo 2, apartado 16, reza: “obra: **toda creación intelectual original**”; en Perú, el Decreto Legislativo 822 de 1996, Ley sobre el derecho de autor de 23-4-1996, establece en su artículo 5: “que tenga características de **originalidad**”; y más recientemente, el proyecto del

considerarse original. De eso se han encargado la doctrina y la jurisprudencia, que adoptan constantemente decisiones disímiles ante situaciones análogas, por las diferentes maneras de interpretar qué ha de entenderse por originalidad de las obras y no trazan pautas a seguir para una valoración uniforme de este requisito.

Para la Real Academia de la lengua española, original significa: "1. adj. Perteneiente o relativo al origen, 2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor. Escritura, cuadro original., 3. adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. [...] 7. m. Objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él". Si vemos las distintas acepciones de esta palabra, nos percatamos que se encuentra estrechamente relacionada con la realización personal de la obra primigenia por un autor y motivo de inspiración para hacer otras obras iguales a ella. Por su parte, la originalidad es definida como: "1. f. Cualidad de original. 2. f. Actitud, comportamiento o acción originales tienen carácter de novedad"⁴⁰

El Glosario de la OMPI brinda una noción de lo que debe entenderse por originalidad: "En relación con una obra, la originalidad significa que esta es una creación propia del autor, y no copiada de otra obra en su totalidad o en una parte esencial. En la legislación de derecho de autor se exige originalidad en la composición del contenido y en la forma de su expresión, pero no en cuanto

Código Orgánico de la economía social de los conocimientos, creatividad e innovación" de la República de Ecuador, de 29-11-2016, publicado en el Registro Oficial 899 el 9-12-2016, que establece en su artículo 104: "*que sean originales*". El TRLPI de España, por su parte, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, recientemente modificado por el Real Decreto-Ley 2/2018, de 13 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-2-2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13-9-2017, en el primer apartado de su artículo 10 requiere que las obras "**originales** literarias, artísticas o científicas" estén "expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro". La SAP de Palma de Mallorca 309 de 30-7-2010 refiere: "*La Ley española de propiedad Intelectual no establece ningún principio ni criterio para valorar la originalidad. El artículo 10 de dicha ley se limitaba a enumerar una lista larguísima de soportes posibles que pueden servir como medio para expresar una idea: folletos, impresos, coreografías, planos, maquetas, fotografías, litografía, cine, etc. Esta minuciosidad no aclara nada, ya que puede haber planos, maquetas o películas de cine que carezcan de originalidad por completo. El medio no determina la existencia de originalidad [...]*". Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-309-2010-ap-baleares-sec-5-rec-127-2010-30-07-2010-1046711> [consultado en fecha 23-2-2020, a las 3.45 p.m.].

⁴⁰ Vid. los sitios: <https://dle.rae.es/?id=RDDwv3d> y <http://dle.rae.es/?id=RDGMn2W> [consultados en fecha 2-2-2019 a las 3.35 p.m.].

a las meras ideas, información o métodos incorporados a la obra. La originalidad no ha de confundirse con la novedad; la preexistencia de una obra similar, desconocida para el autor, no afecta la originalidad de una creación independiente”.⁴¹

Este concepto expuesto añade un aspecto importante y es que la originalidad no debe confundirse con la novedad.⁴² La primera es vista, por lo general, como una noción subjetiva y no depende de la segunda, esta última atañe una noción objetiva y se refiere, básicamente, a la ausencia de un homólogo en el pasado, siendo un concepto más bien relacionado con la propiedad industrial que con el Derecho de autor. La originalidad implica un mínimo de creatividad, indica que la obra debe poseer características propias, que permitan distinguirla de cualquier otra del mismo género, ha de estar presente determinado aporte creativo.

Algunos identifican la originalidad con el esfuerzo creativo, pero a juicio de esta autora, lo que se protege no es el mayor o menor esfuerzo que se haya puesto en realizar la obra. A veces su elaboración puede resultar fácil para su creador y no por ello dejará de merecer protección. No requiere el mismo esfuerzo una obra arquitectónica que una obra fotográfica, por ejemplo, pero en todas ellas hay trabajo creador e impronta del autor. El esfuerzo creador, por menor que este sea, siempre estará presente si es el propio autor quien realiza la obra, pero este no es protegible por el Derecho de autor, ni se le concede mayor protección a una obra porque haya demandado un mayor esfuerzo de su creador. Tampoco por haber demostrado una mayor inteligencia a la hora de crear. La inteligencia, la capacidad y la voluntad resultan intrascendentes para la tutela del Derecho de autor, no definen o determinan que una obra sea original o no.

Así, la doctrina ha dividido la apreciación de la originalidad en dos vertientes fundamentales: la originalidad objetiva, que a su vez se fragmenta en la nove-

⁴¹ OMPI, *Glosario...*, ob. cit, p. 175.

⁴² En el ámbito del Derecho de autor, una misma idea puede ser utilizada por más de una persona para llevar a cabo sus respectivas obras, lo cual no excluye que cada una de ellas cuente con el requisito de la originalidad. Mientras no sean copia una de la otra, en todo o en parte, y se constate creatividad a través de las distintas formas o manifestaciones en que ellas puedan ser exteriorizadas, no existe impedimento alguno para que la o las obras de que se trate obtengan la correspondiente protección. Todo lo cual hace evidente la diferencia entre originalidad y novedad, confirma el hecho de que el uso de las ideas es libre y que no ha de tratarse de una idea nueva, de ahí que no sean protegibles por el Derecho de autor.

dad objetiva y la novedad relativa; y la originalidad subjetiva. Puede decirse que existe una tercera postura, que adopta una interpretación mixta de la originalidad al fusionar elementos de ambas vertientes.

La originalidad objetiva, como ya se apuntó, es equiparable a la novedad, y esta ha de ser entendida en sus dos direcciones. La primera, como novedad objetiva, que es muy similar a la que se exige en materia de propiedad industrial y se identifica con lo realmente nuevo. En correspondencia con este criterio, solo fueran merecedoras de protección aquellas obras que no tengan igual hasta el momento de su creación, o sea, que sean diferentes a las que ya existen y carecerán de originalidad aquellas que guarden una cierta similitud con creaciones preexistentes. La segunda variante de la originalidad objetiva es la novedad relativa, que se aprecia cuando la obra no es del todo novedosa, pero incorpora elementos que sí lo son. Así, de acuerdo con la novedad objetiva de carácter absoluto, la obra ha de ser totalmente nueva, no ser copia de otra, ni inspirarse en ella, mientras que para la novedad relativa, la obra puede tener un precedente, repetir un motivo de inspiración, pero debe incorporar al menos algún elemento nuevo para que se aprecie en la obra la originalidad. Se critica a la originalidad objetiva que obliga a la comparación respecto a toda obra creada, lo que se torna poco menos que imposible en la mayoría de los casos, resultando prácticamente inoperante.

La originalidad subjetiva es la más acogida por la doctrina. Según esta corriente de pensamiento, basta con que la obra no se trate de una copia de algo ya existente, con que exista un esfuerzo creador intelectual (que revele la personalidad del autor cuando el tipo o categoría de obra lo permita), y es intranscendente que el resultado obtenido sea novedoso o no. Para COLOMBET, "la originalidad se aprecia subjetivamente, es la marca de la personalidad que resulta del esfuerzo creador, mientras que la novedad se mide objetivamente, puesto que se define como la ausencia de su homólogo en el pasado".⁴³ Otro defensor de esta es ROGEL VIDE, para quien la originalidad solo debe entenderse en sentido subjetivo, pues la obra es "fruto de la mente de su autor, por mucho que se haya inspirado en otra".⁴⁴ En el orden jurisprudencial, resaltan como ejemplo una Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, en su fallo del 18 de septiembre de 1996, al pronunciar: "*a cualquier definición*

⁴³ Vid. COLOMBET, Claude, *Grandes principios...*, ob. cit., p. 13. Este propio autor ha planteado que el destino esencial del Derecho de autor lo constituye la protección del artista y agrega que el esfuerzo realizado por el autor y el hecho de que la obra refleje su personalidad justifican su tutela.

⁴⁴ Vid. ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Vol. III, p. 13.

que se recurra sobre la obra intelectual se encontrará como constante que ella está referida, de una u otra forma a una creación de la inteligencia, con notas de originalidad y significación personal”; o el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Québec, en su fallo del 4 de agosto de 1999, al señalar: *“el requerimiento legislativo de originalidad no implica inventiva o formalidad”*.⁴⁵

Tomar partido entre una u otra forma de originalidad ha sido, para la doctrina y la jurisprudencia, tan difícil como definir el concepto de este requisito. Por ello una parte de los que estudian el tema ha optado por una teoría intermedia o mixta, que incluye elementos de las dos posturas anteriores. Partiendo de los dos sentidos, PEÑUELAS define la originalidad como: *“aquella que refleja la personalidad del autor y constituye una novedad respecto a lo que existía hasta su creación”* o más simple *“aquella que refleja la personalidad de su autor de forma novedosa”*.⁴⁶ REAL MÁRQUEZ⁴⁷ respalda este mismo criterio intermedio, considerando que a la originalidad subjetiva, que distingue a la obra a través de la personalidad del autor, debe sumársele la apreciación de una actividad que denote alguna innovación creativa.

En general, considera esta autora que la originalidad debe apreciarse en clave subjetiva, precisando únicamente la impronta personal del autor, su huella individual. No se necesita la incorporación de elementos novedosos o la exigencia cuantitativa de creatividad para apreciarla. Por ello LIPSZYC apunta que algunos autores prefieren *“utilizar el término individualidad, en lugar de originalidad, por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individual y propio de su autor”*.⁴⁸

La originalidad está muy vinculada al acto de crear, y este a su vez está rodeado por una nube de mitos, como que la creatividad nace de la inspiración, que toda labor creativa es fruto de la imaginación, que las creaciones originales no son parte de lo convencional, que son el producto de genios. Pero la crea-

⁴⁵ Sobre ambas resoluciones vid. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, p. 51.

⁴⁶ Vid. PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación*, p. 36.

⁴⁷ Vid. REAL MÁRQUEZ, Montserrat, *“El requisito de la originalidad en los derechos de autor”*, en *Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad industrial e intelectual y sociedad de la información*.

⁴⁸ Vid. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor...*, ob. cit, p. 65.

tividad no es magia, nace al aplicar esquemas de pensamiento ordinarios a material que ya existe, y la tierra en la que cultivamos nuestras creaciones es algo que no entendemos del todo; por lo que un razonamiento lógico-jurídico apunta a la originalidad, al ser esta la forma en la que aparecen recogidas en la obra las ideas del autor.

Si difícil resulta apreciar la originalidad en general, mucho más complicado puede ser en el caso de la fotografía, que refleja la realidad. Sin embargo, esa realidad puede ser enfocada, captada y revelada de diferente modo. En el resultado siempre estará presente la impronta del fotógrafo, de su autor. En ocasiones, esa huella personal conducirá a elevar el valor artístico de la fotografía, podrá apreciarse en mayor medida la creatividad, pero en todo caso la fotografía será merecedora de protección por el Derecho de autor.

Veamos, a modo de ejemplo, cómo valoran este requisito de la originalidad los tribunales italianos, en especial referencia a la obra fotográfica, a través de varias sentencias:

*“En la disciplina del derecho de autor según la ley no 633 del 1941, la obra fotográfica, incluida en la lista del dpr 19 del 1979 (artículo 2) goza de la plena protección prevista por la misma ley si presenta **valor artístico y rasgos de la creatividad**, mientras que se beneficia de la más limitada tutela (según los sucesivos artículos 87 y ss) en tema de derechos conectados a los de autor cuando tenga las características de un **hecho meramente reproductivo**, sin los dichos requisitos,”⁴⁹*

*“En el ámbito de la ley del derecho de autor se distingue entre obras fotográficas que presentan **valor artístico y con carácter de creatividad y las fotografías simples** que son actos meramente reproductivos de la realidad, que gozan de una protección más limitada, para ascender a obras intelectuales, las fotografías deben presentar rasgos de creatividad con relación a la novedad, a la originalidad y a la individualidad de la representación.”⁵⁰*

“La fotografía constituye obra intelectual si por originalidad, el sabio uso de las luces y de las sombras sea capaz de evocar sugerencias que trascienden el común aspecto de la realidad física representada; aunque el concepto jurídico de creatividad no coincida con lo de creación, original y novedad absoluta, debe todavía evidenciarse la personal e individual expresión del autor, o sea una relación

⁴⁹ Cass. Civ., 7 maggio 1998, n. 4606 (in *Massimario. Foro Italiano*, 1998).

⁵⁰ Trib. Torino, 1 giugno 2012 (in *Foro Padano*, 2013, I, p. 200, con nota di Nuvoli).

intelectual con el fin de realizar algo nuevo; a falta de carácter creativo, la fotografía goza también de una tutela, aunque sea más limitada en el ámbito de los derechos relativos, que se precisan exclusivamente en la facultad de reproducción, difusión y venta.”⁵¹

“El requisito de la creatividad de la fotografía, relevante para la tutela ex art. 1 y 2 n. 7 de la ley de autor, existe cada vez que el fotógrafo no se limite a una reproducción de la realidad, a pesar del uso de procedimientos técnicamente sofisticados, sino haya introducido en el “disparador” su propia fantasía, su gusto personal y su propia sensibilidad, con el fin de transmitir al público una emoción que transcienda el objeto retratado, cuyos caracteres sean exaltados y transfigurados por la interpretación del fotógrafo.”⁵²

Como se aprecia, siguiendo los postulados de la norma italiana, Ley de 22 de abril de 1941 (artículos 2.7 y 87 a 92), los tribunales distinguen entre fotografías de carácter creativo y fotografías simples, lo cual no es infrecuente en el ámbito del Derecho comparado, que ofrece diferente trato jurídico en la fotografías.

En la Ley alemana de 19 de septiembre de 1965 (artículos 2.1).5 y 72), se distingue entre fotografías artísticas y meras fotografías; originariamente incluso se subdividía a las meras fotografías en “fotografías simples” y “fotografías simples de valor documental”, distinción que ha desaparecido con las últimas reformas.

Particulares caracteres presenta la fotografía en el Derecho francés, donde el tema origina grandes debates doctrinales y divergencias jurisprudenciales. Según la Ley francesa de 11 de marzo de 1957, las fotografías deberían revestir un “carácter artístico o documental”, exigencia que desapareció con la reforma operada por Ley de 3 de julio de 1985 (actual artículo L.112-2 del Código de la Propiedad Intelectual de 1 de julio de 1992, donde se menciona como obra protegida la “obra fotográfica”, sin ulteriores especificaciones).

En España, igualmente el TRLPI aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, recientemente modificado por el Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-2-2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13-9-2017, se distingue entre fotografía creativa o artística y mera fotografía,

⁵¹ Trib. Napoli, 18 gennaio 2008 (in *Annaliitaliani.diritto d’Autore*, 2009, p. 599).

⁵² Trib. Milano, 6 marzo 2006 (in *Annaliitaliani.diritto d’ autore*, 2007, p. 792).

ofreciendo a la primera protección por el Derecho de autor y a las otras distinto tipo de protección, aunque no tan amplia, duradera y completa como la que ofrece el derecho de autor. ¿A qué se debe esa distinción y diferente régimen jurídico? ¿Es apropiado que se regule y aprecie de este modo? ¿No va esa distinción en contra del principio que postula no tomar en cuenta el mérito o calidad artística de la obra para la protección del Derecho de autor?

4. LA DICOTOMÍA ENTRE FOTOGRAFÍA ARTÍSTICA Y MERA FOTOGRAFÍA. SU INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN POR EL DERECHO DE AUTOR

La diversidad de regímenes jurídicos sobre las fotografías en las leyes nacionales relativas a los derechos de autor sobre la fotografía se debe a la debilidad de las convenciones internacionales a la hora de protegerla. En efecto, el Convenio de Berna no incluye a las fotografías entre las obras protegidas hasta la revisión de Bruselas de 1948, y la duración de la protección en dicho Convenio es sensiblemente inferior a la del resto de las obras. Del estudio de su articulado se colige que todas las obras emanadas del intelecto humano son tuteladas por este. Sin embargo, en su artículo 7 párrafo 4 reza: *“Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer el plazo de protección para las obras fotográficas y para las artes aplicadas, protegidas como obras artísticas; sin embargo, este plazo no podrá ser inferior a un periodo de veinticinco años contados desde la realización de tales obras”*.⁵³ Con esta formulación emerge una diferenciación para el caso de las obras fotográficas, pues *contrario sensu* del resto de las creaciones, el plazo mínimo de su tutela es de veinticinco años.

Lejos de garantizar una protección efectiva, se discrimina en sentido negativo la obra fotográfica, ya que no aplica dentro del plazo general de protección extendido a la vida del autor y cincuenta años después de su deceso.⁵⁴ Se pone en tela de juicio, el motivo que impulsó al legislador para establecer este plazo reducido, pues se obtiene un efecto contrario al fin deseado, que es la protección del autor y su obra.

Según PRIETO VALDÉS, la interpretación ha sido concebida como la actividad necesaria para atribuir sentido a las normas jurídicas. Su cometido es precisar el

⁵³ Cfr. artículo 7, numeral 4), del Convenio de Berna.

⁵⁴ Cfr. artículo 7, numeral 1), del Convenio de Berna.

contenido o el campo de aplicación de las disposiciones, ya sea para completar la elaboración de normas que han sido vagas o insuficientemente diseñadas, o para dilucidar el sentido de aquellas de estructura abierta.⁵⁵ Es el empleo de este proceso lógico de análisis, desde una perspectiva reduccionista, lo que en el caso del Convenio ha determinado que la mayoría de países parte de la Unión, entre ellos Cuba, confieran un plazo de protección a la obra fotográfica de veinticinco años.

Hay que destacar que el Convenio de Berna se crea en septiembre del año 1886, y su última enmienda fue realizada en septiembre de 1976, o sea, que fue sufriendo a lo largo de prácticamente un siglo diferentes modificaciones, pero en el sentido que nos atañe, no ha habido pronunciamiento alguno. Quizás puede que sea posible en un sentido técnico-jurídico; pareciera nos desviamos del tema que trata este artículo, pero consideramos pertinente aclarar algunas cuestiones de carácter artístico. La cámara fotográfica aparece en escena en el año 1839, solo cuarenta y siete años antes de que dicho Convenio se adoptara. Como bien nos explica MARTÍNEZ HINOJOSA, su aparición tuvo que enfrentar a autores, utilizadores, críticos y legisladores, a una máquina en cuyo interior se engendraba la obra, y la primera reacción consistió en negar al fotógrafo la condición de autor, y en valorar la fotografía como en su momento había señalado PERROTI, con argumentos sobre la creación que tendían a confundir.⁵⁶ En estos momentos de la historia, como se manifiesta el arte contemporáneo, nuestros estilos de vida, y que prácticamente todos poseemos una cámara fotográfica en nuestros móviles, toda la tecnología que tenemos a nuestro alcance, nos hace plantearnos que vivimos en la Era de la Imagen, pudiendo parecer fuera de época este conflicto. Siguiendo la visión de MARTÍNEZ HINOJOSA, es posible que desde la distancia de casi ciento ochenta años se aprecie el error que cometían los que negaban a la fotografía el carácter de creación y, por tanto, de obra amparable por el Derecho de autor, ya que existe una diversidad infinita de productos salidos de la misma cámara, de un mismo individuo, captados por fotógrafos diferentes. Si esos retratos fotográficos de esa misma persona presentan diferencias tan notables en su concepción artística, es porque el fotógrafo coloca en ellos la marca de su personalidad, rasgo imprescindible de la obra protegida por el Derecho de autor.⁵⁷

⁵⁵ PRIETO VALDÉS, Martha, "Comentario al artículo 2", en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código Civil Cubano*, t. I – *Disposiciones Preliminares*, Libro Primero – *Relación Jurídica*, Vol. I (Artículos del 1 al 37), Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2013, p. 18.

⁵⁶ MARTÍNEZ HINOJOSA, Francisco R., *La obra fotográfica...*, ob. cit., p. 8.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 9.

En opinión de MASOUYÉ, fueron las dudas planteadas en cuanto a la asimilación de la fotografía a las obras de arte en general las que condujeron a la adopción de ese mínimo convencional en cuanto a su protección.⁵⁸ Está claro que en el interior de la Unión de Berna había diferentes criterios a la hora de equiparar la fotografía al resto de las obras reconocidas en dicho Convenio, y los plazos de protección quedan bajo un régimen especial. Vamos a volver sobre nuestros pasos y adentrarnos nuevamente a los mediados del siglo XIX, cuando acababa de hacer su aparición la cámara fotográfica. Ya habíamos visto las diferencias y críticas que recibió el fotógrafo y la obra, por lo que en ese momento no podía hablarse de la fotografía como campo de creación estética independiente, y no porque en las filas de los fotógrafos faltaran personas con dotes artísticas. La cuestión estaba precisamente en la insuficiencia estética de un modo fotomecánico de reproducir la realidad, en la constante e innata fidelidad de la fotografía respecto a los hechos, en su incapacidad para transformar artísticamente la realidad. La crítica estética de aquellos primeros años hacia los fundamentos de la fotografía era por aquel entonces tan indiscutible que nadie la refutaba, aunque como vimos, eso no dejó que los fotógrafos de la época pudieran dar rienda suelta a su imaginación y crear.

Cuando en Derecho de autor se habla que uno de los requisitos que tienen que tener las obras, el de la originalidad, ya vimos que el criterio predominante es que esta se aprecia de manera subjetiva como la impronta personal del autor, o sea, la obra debe reflejar su sensibilidad, personalidad e individualidad, sin que se tome en cuenta su calidad, así que determinar si una fotografía posee suficiente valor artístico contradice lo anteriormente expuesto. Pero de todas formas, como ya se apuntó, una parte importante de la doctrina no lo cree así y esto se refleja indudablemente en gran parte de las legislaciones, sobre todo las de corte romano-francés. En la Ley de Propiedad Intelectual española, por ejemplo, su articulado hace una distinción importante sobre este tema, ya que se refiere textualmente a las “meras fotografías”,⁵⁹ debido a que protegen la fotografía haciendo la distinción entre ambas, destacando que la fotografía artística es la “original” y solo así se puede equiparar a una obra de arte, y recibirá

⁵⁸ MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la protección...*, ob. cit., p. 55.

⁵⁹ Cfr. Ley 22/1987 de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, España: “Art 128: Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

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

la protección completa del Derecho de autor, porque el fotógrafo gozará de derechos morales y derechos patrimoniales, e igual duración *post mortem auctoris*. Pero, a juicio del legislador español, la mera fotografía no tiene este requisito de originalidad, aunque esto no significa que su autor pierda todos los derechos, solo los morales, no así los patrimoniales, ya sean los de reproducción, distribución y comunicación pública; también hay diferencias referentes a la duración de tales derechos, pues en el caso de la mera fotografía serían de 25 años, pero está claro que el autor de una mera fotografía tiene derecho sobre la paternidad de esta y se causaría el mismo daño si se desconoce su autoría o si se plagia su foto.

Teniendo en cuenta la normativa española, BONDÍA ROMÁN señala: “Tratándose de fotografías amparadas por el derecho de autor, los derechos exclusivos comprenden tanto el ámbito económico o de explotación, como la faceta personal o moral del autor. Aspecto este último que tiene una gran importancia e incidencia en la explotación de la fotografía. La mera fotografía, por el contrario, carece de derechos morales. Los derechos exclusivos de naturaleza patrimonial tienen el mismo alcance en ambos tipos de fotografías, aunque el derecho de transformación no se atribuye al realizador de la mera fotografía. Los derechos de explotación sobre las obras fotográficas corresponden al autor de la fotografía a título originario, pero normalmente suelen ser objeto de cesión. En algunos casos, como en los supuestos de fotógrafos asalariados, la Ley presume que, salvo pacto y dentro de algunas restricciones, los derechos de explotación pertenecen al empresario (art. 51 LPI). En otros, será necesario formalizar el correspondiente contrato de transmisión de derechos de autor sobre la fotografía, bien mediante un negocio específico de cesión o bien dentro de otro contrato ⁸, pero en ambos casos sometidos a las reglas imperativas que sobre transmisión de derechos de explotación se contienen en los artículos 43 a 57 LPI”.⁶⁰

El criterio de identificar originalidad con altura creativa o mérito artístico, que se sigue para distinguir entre fotografías que merecen el calificativo de obras y las que no, es inadecuado, pues en el campo de las fotografías se presentan parecidos problemas sobre la originalidad a los que tienen lugar en el resto de las otras obras protegidas por el Derecho de autor. En el campo de la fotografía debería imponerse la apreciación subjetiva de la originalidad, ya que por muy parecidas que sean, ninguna será igual a otra. Un mismo objeto, pai-

⁶⁰ BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, p. 1069, disponible en www.Losderechosdelafotografíaysuslimitaciones.pdf

saje, motivo o escena puede ser captado a través de las técnicas fotográficas por personas distintas, mereciendo la fotografía diferente calificación, según la capacidad intelectual, sensibilidad, creatividad artística, intuición e, incluso, dominio de la técnica de quien la haya realizado, aunque este último aspecto no tiene por qué ser determinante para apreciar la originalidad.

Así, toda fotografía que implique un trabajo de planeamiento y concepción, en el que intervenga el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del fotógrafo, su consciencia de que está creando algo que no es copia de lo que ya existe, que va más allá de la reproducción de la realidad fotografiada, deberá considerarse original. Basta con que lleve el sello de la personalidad de su autor, que sea una creación intelectual propia, que constituya una manera personal de ver el mundo a través de la luz, que es el lenguaje de la fotografía. Da igual la realidad fotografiada, su destino, mérito, valor comercial o finalidad, su coste económico o su carácter científico, periodístico, documental o turístico. Quizás ningunas otras palabras como las pronunciadas por la protagonista de una novela de Isabel ALLENDE, *Retrato en Sepia*, puedan describir mejor el carácter artístico u original de la fotografía: "La cámara es un aparato simple, hasta el más inepto puede usarla, el desafío consiste en crear con ella esa combinación de verdad y belleza que se llama arte. Esa búsqueda es sobre todo espiritual. Busco verdad y belleza en la transparencia de una hoja en otoño, en la forma perfecta de un caracol en la playa, en la curva de una espalda femenina, en la textura de un antiguo tronco de árbol, pero también en otras formas escurridizas de la realidad. Algunas veces, al trabajar con una imagen en mi cuarto oscuro, aparece el alma de una persona, la emoción de un evento o la esencia vital de un objeto, entonces la gratitud me estalla en el pecho y suelto el llanto, no puedo evitarlo. A esa revelación apunta mi oficio".⁶¹

Aquellas fotografías en las que predomina el aspecto meramente mecánico o técnico, en las que la captación de la imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara, pueden carecer de mérito artístico, pero si han sido creadas por un ser humano, también merecen protección, del mismo modo que un cuadro donde solamente se pinta el fondo de un color. No es el esfuerzo lo que determina la condición de obra de una creación humana, aun cuando se realice con apoyo de las máquinas.

No debe olvidarse que un requisito de toda obra como objeto de la propiedad intelectual es, precisamente, que la creación sea producto del intelecto humano;

⁶¹ ALLENDE, Isabel, *Retrato en Sepia*, pp. 122-123.

“no estarán protegidas, por tanto las creaciones realizadas por un animal, aunque pueden resultar llamativas o curiosas; o las creadas por la naturaleza, que pueden ser imágenes que impresionen nuestros sentidos, como si fueran verdaderas obras de arte, pero no lo son; o las creaciones de las máquinas, como los dibujos o gráficos, la música o las traducciones realizadas por un ordenador”.⁶² Por tanto, no gozarán de protección las fotografías obtenidas en cabinas por procedimientos automáticos o aquellas otras en las que no se pueda hablar de un sujeto realizador.

En este sentido ha sido famosa la controversia Slater vs. Wikipedia, que versaba sobre lo siguiente: en Indonesia, el año 2011, un mono macaco, sin darse cuenta, se autofotografió y obtuvo varias imágenes de sí mismo usando la cámara de un fotógrafo de naturaleza, David Slater. Tiempo después, Wikipedia publicó las fotos, que fueron vistas *online* por el fotógrafo, el cual emprendió batalla porque –según él– se publicó la imagen sin su permiso. Wikipedia respondió que no correspondía la reclamación, porque el fotógrafo no era el autor de la imagen, por lo que no atendió a las reclamaciones del profesional, que alegaba que las fotos eran de su propiedad porque la cámara –que el mono tomó cuando lo fotografiaba en la selva– era suya. Con apoyo de la Liga Internacional de Fotógrafos de Conservación solicitó que Wikipedia retirara las fotos del “dominio público”. La oficina del *Copyright* de Estados Unidos, encargada de resolver el conflicto en este caso, declaró que los trabajos producidos por la naturaleza, animales o plantas o supuestamente creados por seres divinos o sobrenaturales, *no pueden ser objeto de propiedad intelectual*, por lo que rechazó la demanda interpuesta por el fotógrafo.⁶³

La creación de una obra fotográfica generalmente lleva aparejada tres fases: preparatoria, fijación y revelado o retoque. La más decisiva o importante suele ser la primera y desde hace ya tiempo es posible prescindir de la última de las fases, ahora con la fotografía digital ya generalizada, si bien desde antes ya existían máquinas fotográficas de copia instantánea sin cliché, sobre todo desde que la marca Polaroid las popularizó en los años setenta. Si se considera autor a la persona que crea la obra, es perfectamente lógico que en el caso de la fotografía, lo sea quien realiza las tres fases, pero de intervenir distintos sujetos en cada una de las fases antes indicadas, con carácter general y dejando

⁶² VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Las obras del espíritu y su continente. Arquetipo, prototipo, bocetos y ejemplares; propiedades existentes al respecto”, en Luis A. Anguita Villanueva (coord.), *Tensiones entre la Propiedad Intelectual y la Propiedad ordinaria*, p. 8.

⁶³ *Ibidem*.

al margen supuestos especiales en los que se pueda sostener lo contrario, se entiende que el su autor es la persona o personas que intervengan en la fase preparatoria. Al margen de lo anterior, ya se considere más relevante una u otra de las fases o las tres conjuntamente, cuando la fotografía no es el resultado de un trabajo individual, debemos considerar los supuestos de obra en colaboración y de obra colectiva.⁶⁴

5. ALGUNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSIONES

Vivimos en la era de la imagen, y en ella la fotografía ocupa un lugar primordial. La disquisición entre procedimiento técnico y creación intelectual, más que volverse un bucle sin fin, se debe justipreciar de otro modo. Es incuestionable, a consideración de esta autora, que tanto procedimiento técnico fotográfico como creación intelectual emergen cual amalgama, pues el primero es el medio para obtener la obra, fruto del espíritu.

Aunque la fotografía es resultado de la utilización de la cámara, el fotógrafo no es simplemente un técnico, es también un creador, que con su talento, su espiritualidad y su sello personal crea obras artísticas. Incluso la fotografía más simple merece protección, porque el mérito o calidad artística está sujeto a opiniones y ánimos volubles, de modo que no puede ser algo que el Derecho tome en cuenta para determinar su protección al autor y a la obra, tarea que tampoco corresponde al juzgador, cuya labor no es emitir apreciaciones estéticas, las cuales, por demás, siempre serían subjetivas. Así, no debe establecerse una protección jurídica diferenciada basada en la distinción entre fotografía artística y mera fotografía.

Como en toda obra de arte, el requisito ineludible para dispensar protección a la fotografía radica en la originalidad. Si difícil resulta apreciar la originalidad en general, mucho más complicado puede ser en el caso de la fotografía, que refleja la realidad. Sin embargo, esa realidad puede ser enfocada, captada y revelada de diferente modo. En el resultado siempre estará presente la impronta del fotógrafo, de su autor. En ocasiones, esa huella personal conducirá a elevar el valor artístico de la fotografía, podrá apreciarse en mayor medida la creatividad, pero en todo caso la fotografía será merecedora de protección por el Derecho de autor.

Basta con que sea producto del intelecto humano y lleve el sello de la personalidad de su autor, que sea una creación intelectual propia, que constituya una

⁶⁴ Vid. BONDÍA ROMÁN, Fernando, "Los derechos sobre las fotografías...", ob. cit., p. 1074.

manera personal de ver el mundo a través de la luz, que es el lenguaje de la fotografía. Da igual la realidad fotografiada, su destino, mérito, valor comercial o finalidad, su coste económico o su carácter científico, periodístico, documental o turístico. No estarán protegidas, por tanto, las fotografías realizadas por un animal, las fotografías obtenidas en cabinas por procedimientos automáticos o aquellas otras en las que no se pueda hablar de un sujeto realizador.

Es autor de la fotografía quien realiza las tres fases que integran su proceso creativo: la preparatoria, la de fijación y la de revelado o retoque, pero de intervenir distintos sujetos en cada una de ellas, con carácter general y dejando al margen supuestos especiales en los que se pueda sostener lo contrario, se entiende que su autor es la persona o personas que intervengan en la fase preparatoria. Al margen de lo anterior, ya se considere más relevante una u otra de las fases o las tres conjuntamente, cuando la fotografía no es el resultado de un trabajo individual, debemos considerar los supuestos de obra en colaboración y de obra colectiva.

No se justifica tampoco en nuestros días la diferente duración de la protección que padece la fotografía, que cual “pariente pobre” de las “grandes obras”, solo sobrevive la mitad del tiempo bajo la égida del Derecho de autor que estas últimas y el plazo de protección no se asocia, como regla, a la vida del autor y a un periodo *post mortem auctoris*, sino que su cómputo se realiza a partir de la creación o la utilización, lo que da lugar a que muchas veces caigan en dominio público, incluso antes del fallecimiento del fotógrafo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLENDE, Isabel, *Retrato en Sepia*, Plaza & Janés Editores, S.A., Barcelona, 2001.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007.
- ARENCEBIA GONZALES, Félix (comp.), *La fotografía como concepto*, Pablo de la Torriente, La Habana, 2009.
- BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones: “Pequeña historia de la fotografía”*, Taurus, Madrid, 2018.
- BENJAMIN, Walter, *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, Ítaca, México, 2003.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando, “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, en soporte digital, disponible en www.Losderechosdela fotografiaysuslimitaciones.pdf

- CALVO PADILLA, María Luisa, "1000 años de la publicación del Tratado de Óptica de Alhacén", *Revista 100cias@uned Facultad de Ciencias*, Editorial Universidad Complutense de Madrid, No. 8, Madrid, 2015, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/299604414>
- COLOMBET, Claude, *Grandes principios del Derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, 3ª ed., Ediciones, UNESCO – CINDOC, Madrid, 1997.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), publicado por la OMPI, Ginebra, 1978, disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/615/wipo_pub_615.pdf
- DE LA NUEZ, Iván, *Teoría de la retaguardia: cómo sobrevivir al arte contemporáneo y a casi todo lo demás*, Consonni, Bilbao, 2018.
- DELACROIX, Eugene, *Resumen de su biografía y obras*, disponible en <https://www.aboutespanol.com/eugene-delacroix-resumen-de-su-biografia-y-obras-4040390>
- DELL'ARTE, Salvo, *Fotografia e diritto*, 2ª ed., UTET Giuridica, Italia, 2015.
- DESBOIS, Henry, *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed., Dalloz, París, 1978.
- GLOSSMAN, Hernán Gabriel, "Revolución en el video digital. El cine independiente y las nuevas tecnologías", *Tesis de Grado*, Universidad de Palermo, Facultad de Diseño y Comunicación, 2015.
- LANGFORD, Michael, *La fotografía paso a paso: un curso completo*, Herman Blume Ediciones, Madrid, 1992.
- LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, t. I, Félix Varela, La Habana, 1999.
- MARTÍNEZ HINOJOSA, Francisco R., *La obra fotográfica, su protección autoral, una visión de principios de siglo*, Félix Varela y Pablo de la Torriente, La Habana, 2008.
- MARTÍNEZ SALCEDO, Juan Carlos, *Encrucijadas del derecho de autor*, Edición Universidad de la Sabana, Colombia, 2018, disponible en <https://books.google.it/books?id=oM-iDwAAQBAJ&pg=PA54&lpq=PA54&dq=boletin+n.+18+asociaci%C3%B3n+literaria+y+artistica+internacional+del+1883&source=bl&OTS=DKVRcgkxSf&SIG=acFu3u0IX6qCe9y3A8UgjeErY71JDMVW8A&hl=it&sa=X&ved=2ahUKEwjUjducM7IAhUG2KQKHeVvA0IQ6AEwAHoECAoQAQ>
- MASOUYÉ, Claude, *Guía del Convenio de Berna para la protección de las Obras Artísticas y Literarias (Acta de París, 1971)*, publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1978.
- MÁXIMA URIARTE, Julia, *Revolución Industrial. Características*, 2019, disponible en <http://www.caracteristicas.co/revolucion-industrial/>
- OMPI, *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>

- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, *Obra plástica y Derechos de autor*, Reus – AISGE, Madrid, 2000.
- PEÑUELAS I REIXACH, Lluís, *Autoría y originalidad de las obras de arte a efectos de su venta, exposición y divulgación*, disponible en https://nanopdf.com/download/autoría-y-originalidad-de-las-obras-de-arte-a-efectos-de-su-venta_pdf
- PRIETO VALDÉS, Martha, “Comentarios al artículo 2”, en Leonardo B. Pérez Gallardo (dir.), *Comentarios al Código Civil Cubano*, t. I – *Disposiciones preliminares*, Libro Primero – *Relación Jurídica*, Vol. I (Artículos del 1 al 37), Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2013, p. 18.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, 2001, disponible en <https://www.rae.es/>
- REAL MÁRQUEZ, Montserrat, “El requisito de la originalidad en los derechos de autor”, en *Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad industrial e intelectual y sociedad de la información*, 2001, disponible en el sitio www.uaipit.com
- ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Vol. III, Reus, Madrid, 2013.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Las obras del espíritu y su continente. Arquetipo, prototipo, bocetos y ejemplares; propiedades existentes al respecto”, en Luis A. Anguita Villanueva (coord.), *Tensiones entre la Propiedad Intelectual y la Propiedad ordinaria*, Reus, Madrid, 2016.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (coord.), *Derecho de autor y derechos conexos*, Félix Varela, La Habana, 2016.

Recibido: 12/4/2022

Aprobado: 1/6/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

