

Universidad Miguel Hernández de Elche
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche
Grado en Derecho



LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO AL
HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A
LA PROPIA IMAGEN DE LAS FOTOGRAFÍAS CEDIDAS A
UNA PÁGINA WEB DE DIVULGACIÓN DE
CONOCIMIENTO.

EL CASO DE LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA

Trabajo Fin de Grado

2017/2018

Autora: Alexandra Campos López

Tutora: Cristina López Sánchez

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA.....	6
1. Reglamento Marco de las Cátedras de la Universidad Miguel Hernández de Elche	6
1.1. Contenido de la Cátedra Pedro Ibarra.....	8
1.2. El derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Cátedra Pedro Ibarra.....	9
1.2.1. Cuestiones generales sobre Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen	9
1.2.2. El derecho al honor, la intimidad familiar y personal y a la propia imagen en el material de la Cátedra.....	11
CAPÍTULO II: LA FOTOGRAFÍA EN LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA.....	16
1. Introducción a la Ley de Propiedad Intelectual.....	16
1.1.1. Los Derechos de Autor en la Ley de Propiedad Intelectual.....	17
1.1.2. De los otros derechos de la propiedad intelectual	22
1.2. ¿Obra fotográfica o mera fotografía en la Cátedra?	23
1.2.1. Derechos de las meras fotografías.....	29
1.2.2. Derechos de explotación de las meras fotografías	30
1.2.3. Derecho moral en las meras fotografías	31
1.2.4. Excepciones de las facultades de los realizadores	32
CAPÍTULO III: LA PROTECCIÓN DE LA MERA FOTOGRAFÍA EN LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA.....	35
1. El dominio público y sus nuevas formas.....	36
1.1. <i>Creative Commons</i> en la Cátedra	38
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE MARCO LEGAL PARA LA CÁTEDRA.....	41
1. La transmisión de la fotografía en la Cátedra	41
1.1. ¿Qué derechos tengo que tener en cuenta?	44
ANEXO I: DIVERSAS PROPUESTAS DE MARCO LEGAL.....	51
ANEXO II: PROSPECTO DE USO DE IMÁGENES	54
ANEXO III: PROPUESTA DE PRINCIPIOS ÉTICOS	58
ANEXO IV: CONCEPTOS BÁSICOS.....	59
BIBLIOGRAFÍA.....	62

ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho civil
ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
AHME	Archivo Histórico del Museo de Elche
Cátedra	Cátedra Pedro Ibarra
CC	Creative Commons
CE	Constitución Española
LOPCH	Ley Orgánica de Protección Civil al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
NET	New English Teas Limited
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TFG	Trabajo fin de grado
TIC	Temple Island Collections Limited
UMH	Universidad Miguel Hernández de Elche

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de las implicaciones legales de la Ley de Propiedad Intelectual, en especial en lo que respecta a su incidencia en la protección de las fotografías publicadas por la Cátedra Pedro Ibarra.

Aunque la base legal utilizada ha sido la LPI, no podemos dejar de lado el análisis de otras normas que influyen notablemente en la conceptualización y ubicación del tema. Me refiero, por un lado, a la normativa de Cátedras de la UMH, que nos sirve para situar legalmente esta institución, y, así entender su finalidad, ya que, como expresa la propia normativa, la existencia de las Cátedras en la universidad es una herramienta fundamental para acercarla a su entorno sociocultural.

Y, por otro lado, la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, la cual protege a las personas que aparecen en las fotografías publicadas en la red, pues no debemos olvidar que muchas de las fotografías son retratos de las personas de la época, pertenecientes a colecciones privadas familiares. Por este motivo, consideramos obligado su estudio desde la perspectiva del tratamiento que hace la Cátedra de las fotografías en las que son reconocibles las personas. Con la finalidad última, de que no se vulneren sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, por un uso inapropiado de las mismas.

No obstante, es indudable que las nuevas tecnologías y, en especial, Internet, han cambiado la forma de relacionarnos con nuestro entorno, afectando también al modo en que se realiza la difusión docente y reinventado un nuevo modelo de acceso a la cultura. Este cambio ha sucedido en tan poco espacio de tiempo, que muchas instituciones, públicas o privadas, han tenido que adaptarse rápidamente para ser sujetos activos en la red y a situarse a la altura de la evolución tecnológica. De ahí que, ante esa premura, algunas de ellas hayan dejado sin tratar cuestiones relevantes para su correcto funcionamiento.

En concreto, me refiero al contraste entre la rapidez de la utilización de internet como medio de difusión de la cultura y la lentitud de adaptarse a las exigencias legales. Precisamente a partir de estos antecedentes nace este trabajo fin de grado, incardinado dentro de la Clínica Jurídica de la UMH, la cual tiene como finalidad principal acercar al estudiantado casos reales, para así ofrecer una respuesta jurídica a un problema real.

Al hilo de lo anterior, nuestro objetivo consiste en elaborar un marco legal dirigido a la Cátedra, centrado en la normativa que afecta a la fotografía, en aras de informar a la Cátedra de las normas que debe tener en cuenta a la hora de publicar el material fotográfico, así como también, dar a conocer a las personas que ceden su material a la Cátedra, los derechos de los que son titulares, para crear así relaciones jurídicas seguras entre ambas partes.

También, a lo largo del estudio, hemos advertido la necesidad de crear una conciencia colaborativa y de reconocimiento para los autores y creadores sobre cómo sus obras han caído en el dominio público. Consecuencia de ello también queremos aportar una guía de buenas conductas que gira en torno al respeto y reconocimiento de los autores y realizadores.

Si nos centramos en la elaboración del marco legal, en primer lugar, se ha realizado un análisis del material fotográfico, para conceptualizar los dos tipos de fotografías que se encuentran reguladas en la LPI, es decir, la obra fotográfica y la mera fotografía. Esta no es una cuestión baladí, pues la consideración de un tipo u otro determinará el catálogo de derechos que corresponde al titular de la fotografía, así como la duración de su protección legal y las excepciones que establece la Ley como límite a los derechos que tiene el realizador.

Otra cuestión importante es la situación de una fotografía que entra en el dominio público, ya que la mayoría del material que aparece en la Cátedra se encuentra en el dominio público. Y ello, sin pasar por alto las nuevas fórmulas de licencias, como son el *Copyleft* y las *Creative Commons*, que han producido una diseminación del dominio público al eliminar la necesidad del transcurso del tiempo. Con estas nuevas figuras se ha creado un dominio público *de facto*, herramienta que el autor o realizador puede, en cualquier momento, utilizar con la finalidad de liberar su obra o creación.

Finalmente, se realizará una guía escueta de fácil lectura, para que pueda servir de sistema de trabajo para el tratamiento de las fotografías, además de un anexo con conceptos básicos.

Por último, quería dedicar unas palabras de agradecimiento a mi tutora Cristina López Sánchez, en primer lugar; por darme la oportunidad de colaborar con la Clínica Jurídica, parte de esa colaboración a través de este trabajo, que se ha convertido en una

experiencia que me ha hecho crecer como persona y, segundo; por hacerme aprender cada día algo nuevo.

También quería agradecer a Miguel Ors su tiempo y colaboración, espero que le sea de mucha utilidad el trabajo que a continuación se muestra, pues cada palabra que he escrito, ha sido pensando en su proyecto de convertir la Cátedra en una verdadera enciclopedia digital.

CAPÍTULO I: LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA

1. Reglamento Marco de las Cátedras de la Universidad Miguel Hernández de Elche

La Cátedra Pedro Ibarra nace el año 2009, en el seno de las funciones y de la autonomía universitaria establecida en la Ley Orgánica 6/2001, modificada por la Ley Orgánica 4/2007, que posibilita que las universidades puedan crear estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia.

El compromiso de la creación de Cátedras dentro de la Universidad Miguel Hernández (en adelante UMH) se justifica en la idea de que las Universidades no pueden quedar al margen de las necesidades y problemas del entorno que las rodea. Por eso, el Plan Estratégico de la UMH prevé la promoción de Cátedras ligadas a empresas o instituciones.

Así, desde la creación de la UMH se ha promovido la constitución de diferentes Cátedras, que, debido a la creciente sensibilidad del entorno socioeconómico por la colaboración con la Universidad, hemos asistido a un notable incremento en la creación de cátedras en la UMH, entre ellas la Cátedra Pedro Ibarra.

El artículo 1 del Reglamento Marco de las Cátedras de la UMH, las define como “estructuras de colaboración de la Universidad con empresas, fundaciones, asociaciones, centros de investigación, administraciones públicas y otras entidades públicas o privadas, que tiene como fin la realización de actividades de formación, generación de conocimiento, divulgación o transferencia tecnológica en el área cultural, científica o técnica de interés común y durante un tiempo determinado”.

Así mismo, cabe señalar que existen tres tipos de Cátedras: Cátedras Institucionales, Cátedras de Empresa y Cátedras de Mecenazgo.

Las Cátedras Institucionales son aquellas creadas con la finalidad de contribuir a la generación y difusión de conocimiento en ámbitos especializados de repercusión social e interés para la Universidad.

Las Cátedras de Empresa se constituyen con objeto de establecer una colaboración entre la Universidad y las empresas u otras entidades no empresariales

para llevar a cabo actividades de formación, investigación, orientadas a cubrir las necesidades de dichas empresas.

Las Cátedras de Mecenazgo se establecen gracias a la aportación económica y desinteresada de una entidad colaboradora.

En concreto, la Cátedra Pedro Ibarra es fruto del compromiso social que adquiere la UMH en su interés como institución pública docente de relacionarse y no permanecer aislada de su entorno. Elche, como ciudad anfitriona de la Universidad, se convierte así en la columna vertebral de este proyecto, otorgándole protagonismo al entablar una relación de conocimiento, a la vez que se crea un puente de acercamiento entre la Universidad y su ciudad. Es por ello que la Cátedra Pedro Ibarra adquiere la forma de Cátedra Institucional cuya finalidad es contribuir a la generación y difusión de conocimiento, especializándose en el ámbito de la historia de la ciudad de Elche, convirtiéndose así en un auténtico portal de memoria digital de esta ciudad.

Para su actividad de docencia e investigación, en la actualidad la Cátedra cuenta con el patrocinio de entidades tanto públicas como privadas; nos referimos a Panama Jack, la Fundación Pascual Ros Aguilar, Aigües d'Elx, l'Ajuntament d'Elx, Elx Cultura y por supuesto la UMH. El objeto de los convenios realizados con estas entidades no es otro que aunar intereses comunes en el desarrollo de las manifestaciones culturales y sociales de Elche¹ y colaborar en el proyecto de la “Enciclopedia virtual de la ciudad de Elche, www.elche.me”.

Una vez analizados los aspectos formales de la Cátedra Pedro Ibarra y, entre ellos, el instrumento jurídico utilizado para su constitución, el encaje institucional que tiene dentro de la estructura de la UMH, así como sus funciones y finalidad, en el siguiente epígrafe vamos a centrarnos en su contenido y en las actividades concretas que realiza para alcanzar su objetivo.

¹ Convenio de colaboración entre el Excmo. Ayuntamiento de Elche y la Universidad Miguel Hernández de Elche para impulsar las actividades de la Cátedra Pedro Ibarra Ruiz de 2017.

1.1. Contenido de la Cátedra Pedro Ibarra

A modo introductorio, vamos a conocer un poco sobre el director y fundador de la Cátedra, ya que, aunque aquí nos trae la realización de un TFG de Derecho sobre la Propiedad Intelectual, no veo conveniente entrar en materia sin antes conocer un poco el *alma mater* que se esconde tras ella. Considero pertinente que conozcamos la Cátedra y su contenido a través de las palabras de su creador.

“El conocimiento del pasado ilumina el presente” con estas palabras comenzaba mi entrevista con mi interlocutor, me refiero a Miguel Ors Montenegro, profesor de la UMH e historiador y actual director de la Cátedra Pedro Ibarra², a quien mueve la idea de recoger el pasado de la ciudad de Elche para llevarlo al futuro. Él mismo se define como un historiador analógico que pasó a ser un historiador digital. Miguel Ors lleva toda su vida entregada al estudio de la ciudad de Elche, hasta que finalmente tuvo la oportunidad de dar vida a su proyecto de mantener la historia de la ciudad viva, accesible y visible con la aplicación de las nuevas tecnologías.

Tal y como dijo en nuestra entrevista, la Universidad le debe algo a su ciudad anfitriona, ciudad que avaló la creación de esta institución de conocimiento, que es la universidad pública, y esta debe revertir parte de su conocimiento a la ciudad de Elche y a sus habitantes.

Por este motivo la Cátedra nació con el objetivo de fomentar e impulsar la investigación sobre la ciudad de Elche. Para ello, desde entonces se ha ido recopilando material en aras de conformar una enciclopedia virtual en la que podemos encontrar todo tipo de documentación de la ciudad y, acercar así, la cultura e historia a estudiantes, ciudadanos, en definitiva, a cualquier persona que se muestre interesada.

Entre su contenido destacamos las más de 6.000 biografías de ilicitanos, del pasado y del presente; algunos de ellos formaron parte de la historia de la ciudad, otros tantos fueron personas corrientes y el resto todavía forman parte del presente.

También consta de material en forma de audio, del programa de radio Memoria de Elche, en el que tratan temas relacionados con la Cátedra y la ciudad de Elche. Asimismo, igualmente recoge material audiovisual sobre noticias y costumbres de la

² Se puede consultar la biografía de Miguel Ors en la web de la Cátedra, en concreto: <http://www.elche.me/biografia/ors-montenegro-miguel> (consulta de 5 de mayo de 2018).

historia de Elche, por ejemplo, encontramos un vídeo sobre “Subasta de agua y palmereros”, o también tiene en su haber una base de datos “Elche una ciudad en la red”. Incluso monografías, las cuales tienen como eje central la temática sobre la ciudad de Elche y sus curiosidades, sin olvidarnos de su colección pictórica. En conclusión, cualquier documento que aporte información sobre acontecimientos y hechos acerca de la ciudad de Elche. Finalmente, y en relación con el estudio que vamos a llevar a cabo en este trabajo, consta de más de 20.000 fotografías obtenidas por personas que las han prestado a la web, algunas de ellas procedentes de la colección AHME y de la Prensa Ilicitana; en ellas se muestran retratos, representaciones de la vida cotidiana, portadas de prensa, programas de teatro, etc.

La mayor parte de ese contenido tiene como protagonistas a personas, ciudadanos ilicitanos, ya sea porque aparecen biografiados, porque aparecen retratados en una fotografía o porque son entrevistados en un vídeo. Por ello no me gustaría dejar pasar la oportunidad de poner todo ello en relación con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

1.2. El derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Cátedra Pedro Ibarra

1.2.1. Cuestiones generales sobre Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

Antes de entrar a analizar la influencia e impacto del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Cátedra, veo necesario hacer un breve recorrido sobre su ubicación en el sistema jurídico español y un sucinto análisis de su contenido y concepto.

El derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen aparece configurado en nuestra Constitución³ como un derecho fundamental, conformado por tres derechos autónomos pero relacionados entre sí. La categoría de fundamental implica que su respeto es un pilar básico para la convivencia y la paz social, pero estos no actúan como un derecho absoluto sino que a su vez tiene efectos sobre otros

³ Artículo 18.1 Constitución española de 1978.

derechos fundamentales, están íntimamente relacionados con el derecho a la libertad de expresión⁴, también ubicado en el mismo título⁵ y con el rango de fundamental. La libertad de expresión encuentra su límite en el respeto del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas, lo cual quiere decir que cualquier ciudadano puede hacer todo tipo de manifestaciones públicas, sin que, en ningún caso, se puedan basar en intromisiones ilegítimas en el honor, la intimidad y la propia imagen.

Además de estar desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derechos al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen (en adelante LOPCDH) la cual regula su contenido, también goza de protección penal, lo cual significa que no sólo se regula la responsabilidad civil, sino que incluye también la responsabilidad penal⁶, que es la responsabilidad más severa en un Estado de Derecho.

Los derechos tutelados forman parte de los denominados derechos de la personalidad. Esta calificación de por sí implica una serie de consecuencias, ya que de ella se desprende su carácter de irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

En primer lugar y entrando en el análisis de su contenido, estamos frente a tres derechos autónomos, a saber, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, y el derecho a la propia imagen. Veamos cada uno de ellos:

Como ocurre con los otros derechos, el derecho al honor tiene difícil conceptualización, ya que el significado de honor, dependerá de la época y el momento social en que vivamos. Con todo, los tribunales han conseguido elaborar un concepto abstracto que traspase los límites temporales de su significado; así, actualmente el Tribunal Supremo define el honor como “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, concepto que parece desdoblado, por tanto, en un aspecto trascendente, que se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en su dimensión social, y en un aspecto inmanente, subjetivo e individual, que es la consideración que de sí tiene uno mismo.

Constituye un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento; relatividad conceptual que, sin embargo, no ha impedido definir su contenido constitucional abstracto, afirmando

⁴ Artículo 20.4 Constitución española de 1978.

⁵ Título II, Capítulo I CE.

⁶ Artículos 197 a 216 Título II, Capítulo II Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

que el derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer de la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público como afrentosas”⁷.

El derecho a la intimidad se puede definir como el poder que tiene una persona de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida, decidir tener vida privada e impedir las injerencias de los demás sobre esa parcela ajena a la sociedad. Es el derecho a controlar la información sobre uno mismo, y decidir sobre qué aspectos de la privacidad se desea compartir o revelar a la sociedad.

Finalmente el derecho a la propia imagen, también definido por la jurisprudencia, “es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde”⁸.

1.2.2. El derecho al honor, la intimidad familiar y personal y a la propia imagen en el material de la Cátedra

La importancia de haber hecho una breve mención al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, reside en que esta cuestión no nos puede resultar ajena debido al material biográfico, fotográfico y audiovisual del que es poseedor la Cátedra, pues, aunque nos alejemos del concepto de Propiedad Intelectual, me parece que ambos están íntimamente relacionados. Es una forma de entender los matices y cualidades especiales que tiene la Propiedad Intelectual.

Consecuencia de su especial configuración es que no se conforma como un derecho exclusivamente patrimonial, como es el concepto jurídico de “propiedad” sino que es algo más. En este epígrafe vamos a poner el foco en aquel material de la Cátedra

⁷ Sentencia núm. 975/2008 de 16 octubre (RJ 2008\7127).

⁸ STS núm. 518/2012 de 24 julio (RJ 2012\8371).

que guarda una relación directa con el derecho que rubrica este epígrafe, dejando el análisis sobre Propiedad Intelectual para el siguiente capítulo.

Llegados a este punto, podemos afirmar que todas aquellas personas que aparecen en el material publicado por la Cátedra, ya sea en biografías, fotografías o vídeos, son titulares de los derechos anteriormente mencionados. Hacemos referencia al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y además dice la ley que lo son de una forma irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

Cuando hablamos de que un derecho tiene la cualidad de irrenunciable nos referimos a que el titular del derecho no puede desprenderse de él por su propia voluntad, puesto que forma parte de la persona por el hecho de serlo, porque son inherentes al ser humano y forman parte de su esencia y no se pueden separar de su persona; la inalienabilidad quiere decir que no es susceptible de transmisión ya que va unido a la persona; e imprescriptible, significa que las acciones para defender nuestro derecho no tienen límite en el tiempo para ejercitarlas.

Entonces, ¿Cómo afecta este conjunto de derechos a las personas que aparecen en el material de la Cátedra? En la mayoría de casos, las personas que aparecen en la web han fallecido y la muerte del titular produce la extinción de los derechos a la personalidad. ¿Significa esto que a partir de la muerte del titular está permitida cualquier intromisión que dañe el recuerdo de esa persona? la respuesta es no, pues la Ley establece que la memoria de la persona fallecida constituye una prolongación de los derechos a la personalidad y que ésta debe ser protegida por el Derecho⁹. Con lo cual, el derecho a al honor, la intimidad y la propia imagen de la persona fallecida, no decae en el momento de su muerte, sino que en su lugar, sus herederos serán los encargados de tutelar y proteger la memoria del familiar fenecido contra las intromisiones ilegítimas de terceros.

Habiendo aclarado los conceptos básicos para entender el bien jurídico o, mejor dicho, los bienes jurídicos protegidos por esta Ley, vamos a analizar el impacto y las repercusiones que ha tenido Internet con aquellas intromisiones que se pueden dar cuando hacemos una publicación de la Cátedra en el ciberespacio. Para ello, habrá que llevar especial cuidado en no colisionar con los derechos reconocidos, ya que, en su

⁹ Artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

labor de memoria histórica digital de la ciudad de Elche, muchos de sus protagonistas son ilicitanos e ilicitanas.

En primer lugar, la publicación se tendrá que realizar con el consentimiento de la persona que es protagonista del material, y como hemos recalado antes, en defecto de ésta se tendrá que consentir por sus causahabientes. Esto no suele ser un inconveniente puesto que la cesión de material fotográfico, normalmente lo hace quien es titular de estos derechos.

En segundo lugar, habrá que llevar un seguimiento de ciertas conductas, me refiero a que, tal y como sucede en muchas páginas web, se pueden dejar comentarios, opiniones o aclaraciones de esa publicación. En tales casos ¿qué ocurre cuando esos comentarios dañan la reputación de un individuo? y por otro lado ¿qué tipo de intromisiones regula la Ley? a continuación vamos a señalar algunas de las intromisiones más comunes.

Se considera intromisión ilegítima, me refiero a la que se pueda hacer en comentarios publicados al pie de una fotografía en la Cátedra cuando, la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesione la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (artículo 7.7 LOPCDH). Un ejemplo de ello sería, como hemos apuntado más arriba, la publicación de comentarios ofensivos o insultos al pie de una fotografía de una persona totalmente identificable.

Por ejemplo, “Ahora que ya estás criando malvas espero que te hayas encontrado cara a cara con los trabajadores que murieron por tu culpa”; este fue un comentario que la Cátedra recibió y no quiso publicar, las razones son evidentes, pues se culpa al empresario más importante de la época de haber provocado la muerte de algunos de sus empleados.

Otra intromisión podría ser la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela (artículo 7.4 LOPCDH).

La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del

contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo, es otra intromisión ilegítima recogida en la Ley (artículo 7.3 LOPCDH).

Por último, también se puede dar que una persona se apropie del material fotográfico o audiovisual para hacer un uso publicitario o comercial no consentido, lo que también constituye una intromisión ilegítima (artículo 7.6 LOPCDH). Sería muy sencillo descargar una imagen para posteriormente llevar a cabo un uso publicitario o comercial con ella. En este caso estaríamos cometiendo una intromisión ilegítima en la propia imagen de la persona, porque el hecho de que una persona ceda un retrato suyo a la Cátedra no significa que esté dando el consentimiento para que otra persona no autorizada la difunda, reproduzca y que mucho menos haga un uso comercial o publicitario de la misma.

Como podemos apreciar, los avances tecnológicos y, más concretamente Internet, han supuesto una evolución social sobre todo en el ámbito de difusión de la información. Esto conlleva una serie de ventajas, como por ejemplo, poder expandir por el mundo a golpe de clic la memoria histórica de la ciudad de Elche; pero, por otro lado, ha supuesto un nuevo marco para la vulneración de los derechos de la personalidad¹⁰. El derecho al honor, de los tres anteriormente analizados es el más proclive a su lesión en Internet, sobre todo porque entra en confrontación directa con el derecho a la libertad de información y expresión, y más concretamente por aquellas personas que publican opiniones o comentarios vejatorios amparados en el anonimato.

Lo que nos lleva a pensar que no cabe duda de que aquellas personas que insultan o denigran a una persona en un foro de una página web están vulnerando el derecho al honor del ofendido, pero ¿qué pasaría con la página que da soporte a esos comentarios?¹¹. Hay sentencias en las que se declara la responsabilidad del titular del dominio de la página, derivada del alojamiento o almacenamiento de esos datos por la ausencia de reacción y de activación de los sistemas de control a pesar de conocer la información difundida a través de los foros, teniendo medios para identificar y localizar a los autores de las opiniones. Aunque bien es cierto que el titular de dominio queda exonerado de responsabilidad cuando: a) no tengan conocimiento efectivo de que la

¹⁰ ESCRIBANO FORJADA, P., “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del Derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, pp. 61-85.

¹¹ STS de 7 enero de 2013 (RJ 2014\773), STS de 10 febrero de 2011 (RJ 2011\313), STS de 3 abril de 2012 (RJ 2012\4710).

actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, b) si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos¹².

A modo de conclusión final, debemos aclarar que la Cátedra no estaría incluida en el ámbito de aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que declara la responsabilidad del prestador de servicios, en caso de la vulneración del derecho al honor de comentarios publicados en su dominio. Sin embargo, es un ejemplo del impacto que ha tenido Internet en nuestras vidas, se trata de un fenómeno arrollador que ha traído consigo muchas ventajas y a su vez otras muchas desventajas, porque como hemos visto a lo largo del epígrafe, se ha creado un nuevo espacio de vulneración del derecho al honor, la intimidad familiar y personal y a la propia imagen. Gracias a Internet la Cátedra puede llevar más lejos su difusión cultural y llegar a cualquier rincón del mundo, pero por contra, todo el material publicado una vez que cruza el umbral de Internet es incontrolable.

A estas conclusiones finales le sumamos que nuestra Ley 1/1982 de 5 mayo, fue creada en una época que queda bien lejos de lo que se ha convertido actualmente la sociedad de la información. Han pasado más de 30 años desde su promulgación, y aunque las normas nazcan con vocación de permanencia, tenemos que reconocer que la sociedad de entonces es muy distinta a la sociedad actual, en concreto me refiero a los medios tecnológicos del momento y a los que disponemos ahora. Actualmente hay una Proposición no de Ley¹³, que lamentablemente esta hibernando, pues en mi opinión deberían retomarse los trabajos parlamentarios relativos a esta cuestión y recuperar ese texto paralizado, con el objeto de llevar a cabo una revisión y actualización para introducir preceptos concretos que den soluciones a problemas que se pueden plantear en la red, ya que actualmente la solución de muchas intromisiones la encontramos en la jurisprudencia, no en la Ley.

¹² Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico.

¹³ Proposición no de Ley relativa al régimen de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. (161/000740), BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-43 de 03/11/2016 Pág. 10.

CAPÍTULO II: LA FOTOGRAFÍA EN LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA

1. Introducción a la Ley de Propiedad Intelectual

La Ley de Propiedad Intelectual viene a regular los derechos y facultades del autor y los titulares de derechos vecinos, conexos o afines (realizadores, ejecutantes, artistas, productores, etc...), para proteger sus creaciones. Una de las principales características de nuestro texto es que en nuestra Ley tan solo se regulan los derechos de autor y otros derechos afines y conexos a los derechos de autor, mientras que otros países incluyen en sus leyes de Propiedad Intelectual las creaciones industriales.

De este modo, la Ley española no solo se ocupa de los derechos de autor, sino que regula también los derechos de los artistas e intérpretes, de los productores de fonogramas, de los productores de las grabaciones audiovisuales, de las entidades de radiodifusión, de las meras fotografías y de la protección de determinadas producciones editoriales.

El Libro I está dedicado a los derechos de autor, estableciendo las facultades que lo componen, marcando su duración, límites, el régimen del dominio público, la forma de transmitir los derechos, y finaliza este primer Libro con las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales y los programas de ordenador.

En el Libro II se refiere a los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección “sui generis” de las bases de datos, los derechos de los artistas e intérpretes, de los productores de fonogramas, de los productores de las grabaciones audiovisuales, de las entidades de radiodifusión, de las meras fotografías y de la protección de determinadas producciones editoriales.

Finalmente, el Libro III trata la protección de los derechos, acciones y procedimientos, el Registro de la Propiedad Intelectual, símbolos o indicaciones de la reserva de derechos, las entidades de gestión, la protección de las medidas tecnológicas y el régimen sancionador.

Otra de las características más destacables de la LPI es su doble nivel de protección, uno más intenso que se ubica en Libro I y se refiere a los Derechos de autor y otro de segundo nivel, más liviano, en el Libro II, referido a los derechos afines o conexos a los de autor. Con lo cual en un solo texto normativo observamos que existen

dos intensidades distintas de protección, en atención a la propia naturaleza de las obras o prestaciones protegidas.

Debido a la finalidad de este trabajo nos centraremos en definir el contenido de los derechos del Libro I (Derechos de Autor) y del Libro II (de los otros derechos de Propiedad Intelectual) a rasgos generales, para así, en el siguiente epígrafe, poner el foco en la fotografía dentro de la LPI. La finalidad de esta introducción no es otra que acotar los campos que vamos a tratar dentro de la LPI, ya que por su extensión no sería posible el estudio en su totalidad; también estableceremos los conceptos básicos que va a necesitar el lector para la comprensión de la protección de la fotografía en la Cátedra Pedro Ibarra.

A continuación, vamos a resumir sucintamente la configuración de los bloques de la LPI de forma separada; el derecho de autor y los derechos afines, para así poder apreciar a qué me refiero cuando hacemos referencia a que existen dos intensidades distintas de protección.

1.1.1. Los Derechos de Autor en la Ley de Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica, corresponde al autor por el solo hecho de su creación (art. 1 LPI)¹⁴. El sujeto titular de una obra es su autor y, además, adquiere todos los derechos que la Ley le reconoce, en el mismo instante en que ésta es creada, es decir, con la última pincelada de un cuadro o con el primer borrador de una novela. Obra y derechos nacen en ese mismo instante y ambos pertenecen a su creador sin necesidad de formalidad alguna¹⁵.

Para poder considerar que una obra es merecedora de estar protegida por los derechos de autor, debe tratarse de una creación original expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Insisto, deben ser creaciones originales. Sin embargo, aunque el elemento fundamental es “lo original” para considerar una creación como obra, la Ley no ofrece un concepto de qué entendemos por originalidad, sino que es un concepto creado a través de la jurisprudencia, como en la Sentencia de AP Barcelona, Secc.15ª, 604/2006, de 22 de

¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 21-26.

¹⁵ Es decir, sin que sea necesario que se inscriban en el Registro de Propiedad Intelectual.

diciembre de 2006¹⁶, señalando que “la creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual –talento, inteligencia, ingenio, inventiva o personalidad– que convierte a la obra en una creación artística o intelectual”.

Con respecto al contenido de los derechos de autor, está integrado por derechos morales y patrimoniales; cuando hablamos de derechos morales o personales no nos referimos al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen desarrollados en el anterior capítulo, sino que la Ley regula otro tipo de derechos personales de los que únicamente es titular el autor, los cuales son irrenunciables e intransmisibles, es decir, el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen los posee cualquier persona por el mero hecho de serlo, pero los derechos personales regulados en la LPI, llamados derechos morales, tan solo se les atribuye al autor de una obra. Con todo esto, decimos que, para ser titular de los derechos morales de la LPI, el sujeto debe tener la cualidad particular de ser considerado autor.

Por tanto, la Ley de Propiedad Intelectual, además de proteger los derechos de explotación y de simple remuneración del autor (es decir, los derechos patrimoniales), también protege los derechos morales, que se materializan, fundamentalmente, en el derecho a la paternidad y el derecho a la integridad de la obra. Nuestro legislador considera que el autor siempre va a tener un interés personal sobre su creación que va más allá del aprovechamiento económico de la misma.

En concreto, el derecho moral está recogido en el artículo 14 LPI¹⁷ y se traduce en varias manifestaciones, de las cuales dice que todas ellas son irrenunciables e inalienables: que sean irrenunciables significa que el autor no puede renunciar a ellos a través de ningún pacto, que en cualquier caso sería nulo de pleno derecho. Y son inalienables porque no son susceptibles de valoración económica, y por ello, están fuera del comercio y además son imprescriptibles.

Además, dentro del derecho moral el autor posee la facultad: de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14.1 LPI); puede exigir la paternidad de la obra, es decir, si esa divulgación puede hacerse con su nombre o bajo seudónimo o signo, o anónimamente y el reconocimiento de su condición de autor de la obra

¹⁶ Sentencia de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 5 de abril de 2011 (RJ 2011\3146); AP Barcelona (Sección 15ª), Sentencia de 22 diciembre de 2006 (AC 2011\1653).

¹⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 230-231.

(apartados 2º y 3º); exigir que se respete la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella (apartado 4º); modificar su obra sin perjuicio del derecho de terceros (apartados 5º); retirarla del comercio (apartado 6º); y, finalmente, es tan potente el poder que tiene el autor sobre la obra que incluso podrá acceder al ejemplar único, cuando se halle en poder de otro para ejercitar su derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda (apartado 7º).

Una vez visto el contenido del derecho moral, llegamos a los derechos de explotación, que se caracteriza principalmente por las facultades que tiene el autor para lucrarse de su propia obra y sacarle el mayor provecho económico. Al autor corresponde, salvo que los ceda, los derechos o facultades de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán llevarse a cabo por terceros, sin su consentimiento. Aquí encontramos el derecho patrimonial puro, si no fuese por las facultades morales que la Ley atribuye al autor, estaríamos ante un derecho ordinario de propiedad privada, por este motivo, algunos de los derechos de explotación también se aplican al Libro II, el de los derechos afines o conexos.

A continuación, vamos a definir en qué se concreta cada una de las facultades de explotación, pero tenemos que tener en cuenta que la protección no se limita a las cuatro formas enumeradas en el artículo, sino que, con la expresión “de cualquier forma”, entendemos que se refiere a una protección más amplia, si bien la Ley define aquellas que son más comunes.

- a) La reproducción (art.18 LPI)¹⁸ es *la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*. Es la forma más recurrente que tienen los autores para explotar sus obras, se trata del derecho de copia, dicho de otro modo, es el *copyright*. Constituye la explotación de forma tangible.
- b) Por distribución (art. 19 LPI) entendemos *la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*. En este punto, me gustaría hacer una distinción entre reproducción y

¹⁸ SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 17 a 19” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 328-329,338-339 y 349

distribución. El autor es titular del derecho de reproducción, es decir, de fijación de la obra, a multiplicarla en copias, puede decidir si reproduce o no, pero en el concepto no se incluye la puesta a disposición al público; digamos que la reproducción es una protección *a priori*, y precedente a la distribución, ya que es el paso previo a la distribución, por ello, una vez tenemos hechas las copias, el autor tiene la facultad de decidir si se distribuyen. Precisamente en eso mismo consiste el derecho a distribución, es decir, en la comercialización de las copias y la decisión del negocio jurídico que se hará de las mismas. Por otro lado, la distribución se debe hacer en soporte tangible, además, cuando el autor comercializa su obra original o las copias, se produce la transmisión de la propiedad del soporte que lleva fijada la obra, en ningún caso se transmiten los derechos de autor (a no ser que así se especifique en el contrato) sobre la obra. Con esto, el poseedor de la copia, es el propietario absoluto de la misma, tiene un derecho de propiedad ordinario, agotando así el derecho de propiedad del autor sobre esa copia, que termina con la primera venta. No ocurre lo mismo con el derecho de reproducción del que es titular el autor (del cual sigue siendo titular exclusivo y excluyente el autor). Lo que se traduce, en que el no-autor propietario de la copia de la obra no podrá, por ejemplo, reproducir la copia para distribuirla y sacar rendimiento económico de la misma.

- c) La comunicación pública (art. 20 LPI) *es todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*. El autor con la comunicación pública pretende dar a conocer su obra, a través de un evento en el que el público en general es llamado, sin necesidad de reproducir la obra ni de hacer copias, se podría hablar de una exhibición al público para el disfrute de los demás. Existen diversas formas de efectuar la comunicación pública, la Ley enumera una serie de actos que se consideran comunicación pública. En sentido negativo se excluye taxativamente del concepto cuando ésta tenga lugar en el ámbito doméstico. A diferencia de la distribución, la comunicación pública se puede hacer a través de medios intangibles, y para esto, internet ha tenido un gran impacto en las formas de comunicar.

d) La transformación (art. 21 LPI)¹⁹ *comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*. Por lo tanto, es la creación de una obra original a partir de una obra preexistente. Una persona invierte un esfuerzo intelectual y creativo, tomando elementos de una obra original primaria, para crear una nueva, con lo cual, esta nueva obra implica el nacimiento de nuevos derechos de autor independientes de la obra anterior. La obra derivada integra dos derechos, los derechos de transformación del autor de la obra primaria y los derechos de autor del autor-transformador. Por tanto, el derecho de transformación se traduce en la facultad que tiene el autor de permitir o prohibir la transformación de su obra.

Este conjunto de derechos durará toda la vida del autor y setenta años después de su muerte (art. 26 LPI)²⁰. Transcurrido ese tiempo, pasarán al dominio público para que cualquiera pueda utilizar la obra sin necesidad de autorización, con la única salvedad de que algunos derechos morales persisten indefinidamente. En este punto cabe matizar que de entre todo el conjunto de facultades morales que tiene el autor, solo son perpetuos las que hacen referencia a la paternidad e integridad de la obra, el resto de derechos morales no gozan de la misma protección. Aunque la Ley no diga nada, se deduce del artículo 15.1 que el derecho de decidir la divulgación de la obra (14.1 LPI y 14.2 LPI) durará hasta 70 años después de la muerte del autor y el resto se extinguen a la muerte de este²¹, por tanto, los derechos patrimoniales tienen el límite temporal antes mencionado, pero los derechos morales de paternidad e integridad no tienen límite temporal alguno.

¹⁹ MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia, R., “Comentario al artículo 21”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 451-452.

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 26”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, p. 559.

²¹ Hacemos referencia a los derechos de retirada y acceso.

1.1.2. De los otros derechos de la propiedad intelectual

En el Libro II encontramos la protección *de los otros derechos de propiedad intelectual*. Aquí ubicamos la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fotogramas, productores de grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, las meras fotografías, determinadas producciones editoriales y derechos *sui generis* sobre las bases de datos.

Si el Libro I se caracteriza por su homogeneidad, es decir, se refiere a la obra literaria, artística o científica, así como a cualquier manifestación creativa que se considere obra, y su autor tiene el mismo catálogo de derechos y con exacto contenido y efecto, el Libro II se caracteriza por su heterogeneidad, dependerá del cauce que utiliza su realizador, ejecutante, etc., para la determinación de aquellos derechos de los que son titulares, su contenido y duración. Aunque se hace una configuración de derechos propios para las diferentes categorías de titulares, muchos de los derechos de autor del Libro I son trasladables a estos.

Una vez hecha la definición del bloque fuerte de derechos de la LPI en su Libro I, vamos a ver esa doble intensidad protectora poniendo en relación el Libro I con el Libro II.

Anteriormente hemos dicho que obra es toda creación original literaria, artística o científica, y por este motivo es objeto de la protección de los derechos de autor, entonces toda creación que no sea original, la ubicaremos en el Libro II de los otros derechos de propiedad intelectual. Con lo cual aquí no se precisa del esfuerzo intelectual que realiza el autor.

Otra distinción que encontramos es que aquí ya no hablamos de autores en sentido estricto, sino que los sujetos titulares de los derechos serán realizadores, ejecutantes, intérpretes, productores, etc.

Para esta determinación y clasificación, el legislador tomó como referencia los derechos definidos en los derechos autor, para así seleccionar aquellos que corresponden cada titular ubicado en el Libro II. De igual modo, la duración de los derechos de explotación también se ve modificada, pues a modo de ejemplo, en la mera fotografía y en determinadas producciones editoriales la duración de los derechos de explotación se reduce a 25 años, en los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes,

de los productores de fonogramas, de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión es de 50 años, ó 70, dependiendo del caso, y en las bases de datos es de 15 años.

En cuanto a los derechos morales, tan solo se les aplica a los artistas intérpretes o ejecutantes, pues con carácter general el resto de manifestaciones carecen de derechos morales, no gozan de esta protección.

1.2. ¿Obra fotográfica o mera fotografía en la Cátedra?

Una vez vistos los aspectos básicos de la LPI, vamos a realizar un análisis más profundo sobre el tema central del trabajo, a saber, la propiedad intelectual en el material fotográfico de la Cátedra Pedro Ibarra. Paso indispensable sería establecer la calificación que merecen las fotografías que aparecen en la Cátedra. Esta no es una cuestión baladí, pues de ello dependerá y mucho el nivel de protección que merecen. En la LPI encontramos dos tipos de fotografías con régimen jurídico distinto, en unas la protección será más intensa que en las otras. Los dos tipos de fotografías son la “obra fotográfica” y la “mera fotografía”.

Por lo tanto, tenemos dos opciones; considerar el material como obra fotográfica, el cual puede ser todo o en parte, o; considerarlo mera fotografía. Para poder desgranar esta incógnita es más sencillo observar si el material fotográfico contiene los elementos necesarios para que sea considerado como tal y, por ende, poder reconocer las consecuencias legales que ello implica.

Al hilo de lo dicho antes, ¿Cuáles son los elementos para poder decir que las fotografías son obra fotográfica? La respuesta viene dada en el artículo 10.1²² LPI: *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas...* De este fragmento se desvela el elemento fundamental para dar paso a la tutela ofrecida por los de derechos de autor, son las “creaciones originales”; simplificándolo más todavía, sería “la originalidad”. Sin embargo, y a pesar de su importancia, la LPI no ofrece un concepto de originalidad, con lo cual nos encontramos ante un término jurídico indeterminado, ambiguo, demasiado amplio y sujeto a todo tipo de interpretaciones.

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 10.1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, p. 159.

Con esto, en algunas ocasiones la diferencia puede ser clara, pero, podemos llegar a situaciones en las que no sabríamos distinguir entre una mera fotografía de una obra fotográfica. A veces, la originalidad pende de un hilo llegando al punto de no poder determinar con precisión una de la otra, y en muchas ocasiones son los tribunales los encargados de resolver esta cuestión.

¿Obra fotográfica o mera fotografía?



Imagen 1- Monte Fuji- Japón



Imagen 2- Muerte de un miliciano- Robert Capa

La imagen 1, de belleza indiscutible podría formar parte de una exposición de una obra fotográfica, sin embargo, es una fotografía captada por un satélite. Sobre las fotos captadas por máquinas se plantea la cuestión de si se les reconoce la consideración de meras fotografías.²³

La imagen 2, se trata de una de las fotos más emblemáticas de Robert Capa, famoso fotoperiodista que fotografió sucesos de la guerra civil española, en este caso, se trataría de una mera fotografía si se captó la instantánea en el momento sin la intervención de elementos preparatorios por parte de su realizador.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a aportar algo de luz ratificando la Sentencia de la AP Barcelona, Sec.15ª, de 22 de diciembre de 2006²⁴, señalando que “la creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual –talento, inteligencia, ingenio, inventiva o personalidad– que convierte a la obra en una creación artística o intelectual. La singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en

²³ R. BERCOVITZ reconoce que sí se les atribuye la protección de las meras fotografías, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 128”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1767.

²⁴ Sentencia nº 214/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 5 de abril de 2011. (RJ 2011/3146).

la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa”. Aunque esta aclaración ayuda a poder apreciar la distinción en el ámbito fotográfico, no deja de ser una cuestión que deja la puerta abierta a la interpretación subjetiva²⁵.

Tradicionalmente ha existido una dualidad de formas de interpretar la originalidad, una desde una perspectiva subjetiva y otra desde una objetiva. El criterio subjetivo se basa en que la obra es original cuando resulta de una creación propia del autor, es decir, que en ella se plasme la personalidad del autor, únicamente basta con eso. El criterio objetivo, por el contrario, entiende que lo original se encuentra en una obra objetivamente nueva.

A mi parecer a estos dos criterios para identificar lo original, se les olvida mencionar algo, una cuestión que ya hemos apuntado más arriba: la valoración de la creación en su conjunto, el esfuerzo creador, dicho de forma negativa una fotografía será mera fotografía cuando se aprecie falta de creatividad suficiente.

Ahora bien, ¿cómo definimos la mera fotografía? Si acudimos a la LPI, encontramos que no existe definición de lo que se considera mera fotografía, simplemente se limita dar una definición negativa al afirmar en su artículo 128 LPI²⁶, que *todo lo que no tenga carácter de obra protegida en Libro I*²⁷ será mera fotografía.

Así, deducimos que será aquella fotografía que carece de originalidad, altura creativa o esfuerzo intelectual. Podría ser, por tanto, la fotografía de un paisaje, una representación de la vida cotidiana, que no requiera de grandes modificaciones, ni alteraciones artísticas, fotografías que plasman la realidad tal y como es, sin ningún tipo de artificio. Por lo tanto, la mera fotografía debe carecer de originalidad, creatividad y esfuerzo intelectual. En este sentido se habla de que si el proceso creativo consta de tres fases (preparación, fijación y revelado) la más importante para determinar si existe obra o no, se encuentra en la primera, y por tanto se presume que se trata de obra cuando el autor de la fotografía ha dedicado tiempo en seleccionar el paisaje, la luz, el ángulo, los colores, la técnica, etc. En caso contrario estaríamos ante una mera fotografía, aunque es cierto que siempre habrá que estar al caso concreto.

²⁵ CARBAJO CASCÓN, F., “Distinción entre obra fotográfica y mera fotografía. El concepto de originalidad creativa” en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXXII (2011-2012), 2015, Marcial Pons, Madrid, pp. 695-696.

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 128”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1763-1773.

²⁷ En el Libro I regula todo el catálogo de “derechos de autor”.



Por ejemplo, en relación con estas imágenes, la primera fotografía fue realizada para ser usada en suvenires y actualmente es una imagen icónica de Londres. Poco tiempo después se realizó la segunda fotografía, este fue un caso que se llevó a los tribunales de Reino Unido. Al final resolvieron que la fotografía de TIC era original, por lo tanto, protegida por los derechos de autor, debido a la decisión de encuadre, la composición, la luz, es decir, los actos de preparación anteriores a la realización de la foto por el fotógrafo. En consecuencia, se consideró plagio a la fotografía de la empresa NET, atribuyéndole la condición de mera fotografía, ya que carecía de originalidad, a pesar de ser una superposición de imágenes con filtros, etc. y se consideró que no plasmaba la personalidad del autor como en la primera.

Por otro lado, habría que dejar claro la distinción de los titulares de la creación, la LPI establece que los titulares de una mera fotografía se les denomina *realizadores*, mientras que a los titulares de una obra fotográfica se les denomina *autores*. Estos son quienes realizan la fotografía, es decir, quienes presionan el disparador de la cámara fotográfica.

Dicho lo anterior ¿qué calificación merece el material fotográfico de la Cátedra? La Cátedra tiene en su haber más de 20.000 fotografías, la mayoría de ellas no plantean serios problemas para identificarlas como meras fotografías, puesto que son retratos de personas, imágenes de la ciudad de épocas anteriores, reproducción de documentos antiguos, como facturas, folletos de teatro, fotografías de la prensa, las cuales no poseen creatividad ni originalidad alguna para poder considerarlas obra fotográfica.

La imagen 2, imagen 3 son ejemplos de meras fotografías pues, como se puede apreciar, no existe en ellas ningún indicio de preparación, ni color especial, ni de ángulo seleccionado. Simplemente muestran, en la primera, una imagen de la vida cotidiana atrapada en el instante y la segunda, es un paisaje.

Imagen 2- José Casas en la calle José



Imagen 3- Glorieta, década de los 30



Pero no solo encontramos meras fotografías simples y puras, sino que también encontramos obras plásticas fijadas en fotografías, ya que en el portal web hay una sección llamada pinacoteca, en la que hallamos obras plásticas plasmadas en una imagen, lo que nos hace plantearnos, ¿cómo consideramos esa imagen, obra o mera fotografía?



Imagen 4-Juan Llorens



Imagen 5-McEvoy

Ante la fotografía de una obra (en este caso plástica, imágenes 4 y 5), caso bastante común, ya que es una de las formas más habituales de su reproducción, a través de una mera fotografía se está fijando una obra, totalmente protegida por los derechos de autor del Título I de la LPI.

En estos supuestos, aunque la fotografía contenga una obra plástica, se sigue considerando mera fotografía, pero para su explotación, uso y demás contenidos de derechos de la obra plástica, tendrá que contarse con el consentimiento del titular de la obra (art. 17 LPI)²⁸. A su vez, si cualquier otra persona quisiera explotar la mera fotografía, tendría que contar con el consentimiento de ambos, es decir, del autor de la obra plástica y del realizador.

Una vez hechas estas consideraciones, me gustaría apuntar que el realizador de la mera fotografía en muchas ocasiones no es consciente de las facultades que posee, pongamos por ejemplo, un ciudadano de a pie que realiza una fotografía de una festividad de la ciudad de Elche, y decide cederla o prestarla a la Cátedra. En ese acto se desencadenan una serie de consecuencias de las que sería aconsejable que fuera informado, del mismo modo que la Cátedra debería poder realizar una clasificación de dicha fotografía o bien que de una forma visible hiciera constar los derechos que recaen sobre la misma.

Como sabemos, no es necesario registrar una obra en el Registro de Propiedad Intelectual para le sean reconocidos los derechos de su titular, pues muchas veces el internauta ingenuo y desconocedor de los derechos de autor y de los derechos afines a los del autor, puede con un solo clic copiar en un pen aquella fotografía que es de su agrado, de hecho para ser exactos con dos clics, precisamente de esa forma he adjuntado las fotografías publicadas en la Cátedra en este mismo trabajo. A veces surge la pregunta ¿podré usar esta fotografía para X trabajo? Existen páginas web de almacenamiento de ilustraciones, fotografías en las que resulta muy sencillo identificar los derechos que puedan recaer sobre el material en ellas publicado, pero cuando no es así, puede que aún sin saberlo estemos infringiendo los derechos de otras personas, ya sean realizadores o autores. Sin embargo, más adelante analizaremos las excepciones a esta regla general.

²⁸ Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, de los derechos de reproducción distribución comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley.

Estas últimas cuestiones, nos llevan a identificar el material fotográfico que contiene la Cátedra, para así poder realizar un prospecto que incorpore toda aquella información que resulte relevante, tanto para el cedente, como para el cesionario e incluso para el internauta curioso. Por lo tanto, llegamos al momento de establecer cuáles son las facultades que tiene el realizador de una mera fotografía.

1.2.1. Derechos de las meras fotografías

La discusión que se lleva produciendo desde que se aprobó la LPI y con la armonización de la directiva 93/98/CEE, es la protección que reclamaban un sector muy importante de la industria de la información, estos son los fotoperiodistas, desde mucho tiempo ignorados por la legislación referente a la Propiedad Intelectual. Los fotógrafos proclamaban una regulación más beneficiosa, ya que consideraban que estaba siendo ignorada su función artística y de plasmación de la realidad, y tan solo, querían una mayor protección de sus derechos exclusivos de explotación.

En el actual texto legal la obra fotográfica está incorporada como una auténtica obra protegida por los derechos de autor, pero de sobra es sabido, que la fotografía en su gran mayoría no es considerada obra fotográfica, ya que, en muchas ocasiones carece del requisito que le es exigible a las obras para ser consideradas como tal, como es la originalidad o el suficiente esfuerzo creativo. Pues bien, he aquí la clave y el éxito de este sector de profesionales, pues muchas fotografías sin ser consideradas obra fotográfica, poseen un gran valor económico y son divulgadas en espacios de la información como son los periódicos, revistas, y como es el caso de la Cátedra.

Internet y la red ha copado tanto nuestras vidas que ya ni siquiera es necesario revelar o imprimir una fotografía. En el soporte intangible de internet se puede plasmar perfectamente la fotografía.

Dado que estas fotografías, que no son obras fotográficas y que además son divulgadas, susceptibles de apropiación y de negocios jurídicos, pueden tener cierto valor económico, en ocasiones incluso más que una obra fotográfica, exigen una protección eficaz y útil hacia sus realizadores. En concreto nos referimos a los derechos exclusivos de explotación.

La mera fotografía viene regulada en el Título II, artículo 128 de la LIP, ante esta perspectiva de doble denominación, sugiere que se trata de dos figuras que, aunque

recaigan sobre el mismo objeto son consideradas distintas, puesto que si no fuese así no tendría sentido esta doble denominación y ubicación en el texto legal.

1.2.2. Derechos de explotación de las meras fotografías

Una vez visto el elemento principal para distinguir entre obra y mera fotografía vamos a proceder a evaluar el efecto que tiene sobre los derechos del que es titular el realizador de la mera fotografía.

Pues bien, la ley es muy clara en este sentido. El artículo 128 LPI, atribuye al realizador de la mera fotografía, el mismo nivel que al autor de una obra fotográfica, los derechos de reproducción (art. 18 LPI), distribución (art. 19 LPI) y comunicación pública (art. 20 LPI), con la única diferencia de que dicha exclusividad de explotación en la mera fotografía se limita a 25 años desde la fecha de realización de la fotografía o la reproducción, que empezará a computar desde el 1 de enero del año siguiente a su realización.

En cuanto a los derechos de explotación, está claro que el realizador tiene derecho a decidir sobre su reproducción, distribución y comunicación pública, dejando fuera de sus facultades la transformación. Por lo tanto, cualquiera podrá utilizar una mera fotografía para realizar cualquier modificación o adaptación en su forma de la que se derive una creación diferente, sin necesidad de autorización, pues este derecho solo es predicable de las obras consideradas como tales. Por ejemplo, podríamos cambiar la gama de colores de una fotografía, añadirle filtros de apariencia, e incluso digitalmente incluir otras imágenes, partiendo siempre de la fotografía original.

Con lo cual, el realizador solo puede decidir si autoriza su reproducción, por ejemplo, el revelado o copias de esa fotografía; su distribución, permitiendo su comercialización en el mercado; y su comunicación pública, como es el caso de las fotografías cedidas a la Cátedra Pedro Ibarra.

En este último supuesto el realizador autoriza la comunicación pública a través de la página web de la Cátedra, es decir, realiza un acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a las mismas sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Siendo así, sería aconsejable, una cláusula explícita de cesión de derechos, y establecer cómo tratar los otros dos derechos.

Observamos que la Cátedra sirve de lanzadera para la comunicación pública del realizador o titular de la fotografía, pero ésta no tiene la facultad de distribución ni de reproducción, pues estos derechos solo pertenecen a su titular, con lo cual en el caso de que se quisiera distribuir o reproducir alguna imagen tendría que solicitar autorización expresa de aquél, como sería el caso de la publicación de un libro con las imágenes cedidas a la Cátedra, ya sea por la Cátedra o por un tercero, pues en ese caso ambos necesitan autorización del realizador.

Por otro lado, no necesitaría autorización del autor para realizar una exposición en una sala, fuera de su espacio habitual como es internet, puesto que ya tiene la autorización de comunicación pública. Entendemos que, salvo que se hiciera constar de otra manera, para lo que sí que necesitaría autorización sería para la reproducción de las imágenes, es decir, para proceder a su fijación en un soporte tangible como pueda ser el papel, para su posterior exposición.

1.2.3. Derecho moral en las meras fotografías

Ya hemos visto la gran diferencia existente entre los derechos de explotación de la mera fotografía y la obra fotográfica. Y, con respecto a los derechos morales que se reconocen a los autores y artistas intérpretes y ejecutantes, la diferencia es que las meras fotografías están excluidas de este conjunto de derechos, es decir, al titular de una mera fotografía no se le reconocen derechos morales, esto incluye, los derechos de paternidad e integridad analizados anteriormente. Sin embargo, es preceptivo que, si se conoce la fuente y el realizador de la fotografía, se mencione su nombre en la mera fotografía. No obstante, ello no significa que el realizador no puede valerse de otros medios para que su nombre aparezca en la misma, por ejemplo, por vía contractual, o como veremos más adelante a través de las licencias CC.

Para finalizar este punto, llegamos a la conclusión de que la mayoría del material fotográfico de la Cátedra no se considera obra fotográfica, porque carece del elemento esencial que conforma la obra, lo original. La falta de este elemento da lugar a que lo ubiquemos en el Libro II y considerarlo como meras fotografías. Esto lleva aparejado un régimen jurídico distinto, que influye sobre todo en la batería de derechos del cual es titular el realizador (reproducción, distribución y comunicación pública), excluyendo así los derechos morales (con carácter general) y el derecho de transformación.

Y, por último, el límite de protección de los derechos de explotación se reduce a 25 años a contar desde el 1 de enero del año siguiente en que realizó la fotografía, lo que significa que transcurrido ese tiempo, las fotografías pueden ser usadas por cualquiera sin necesidad de autorización de su realizador.

1.2.4. Excepciones de las facultades de los realizadores

Ningún derecho se puede considerar absoluto, sino que está sujeto a limitaciones, las cuales permiten la coexistencia entre los derechos y sus excepciones.

De este modo, la Propiedad Intelectual como conjunto de facultades, también está sometida a límites. Encontramos su regulación en el Título III, en donde se permiten la libre utilización de las obras en ciertos supuestos²⁹. En este sentido, las limitaciones establecidas en la Ley siempre tendremos que entenderlas en sentido restrictivo, e incluso su artículo 40 bis, expresa que estas disposiciones no se podrán interpretar de manera que causen un perjuicio injustificado a la explotación normal de las obras. Por otro lado, debemos considerar que son de carácter imperativo, lo cual lleva aparejado que cualquier cláusula que opere dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad que contravenga alguna disposición del presente capítulo será considerada nula.

De todos los límites que se desarrollan en este apartado aquellos que tienen más relevancia respecto de las fotografías son: la copia privada (art. 31 LPI), las citas (art. 32 LPI), los trabajos sobre temas de actualidad (art. 33 LPI), la utilización de obras por motivos de actualidad o situadas en la vía pública (art. 35 LPI) y la parodia (art. 39 LPI).

La copia privada se presenta como un límite al uso de la mera fotografía, si antes hemos dicho que para el uso de la mera fotografía, en particular para su reproducción, se requiere la autorización del realizador, en el caso de la copia privada se puede prescindir de esa autorización cuando los actos de reproducción carezcan de significado económico. Para ello se tendrán que cumplir de forma simultánea los siguientes requisitos, siempre y cuando la obra esté divulgada: a) se lleven a cabo en el ámbito privado por una persona física, b) que la obtención de esa reproducción se haya hecho

²⁹ BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, Tomo, LIX, Fascículo III, julio-septiembre, 2006, pp. 1093-1094.

de forma lícita y c) que no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa ni distribución mediante precio.

Es decir, el internauta que visita la página web de la Cátedra puede apropiarse de una fotografía que sea de su agrado si cumple los siguientes requisitos: primero que la utilice en el ámbito privado, segundo que la obtención de la fotografía sea mediante procedimiento lícito, por ejemplo, a través de una descarga o copia del enlace, y, por último, esa imagen descargada no la podrá comercializar.

El segundo de los límites es el derecho de cita, que sí que incluye expresamente las meras fotografías. Entendemos por cita la inclusión en una obra propia de fragmentos u obras íntegras, de otras ajenas. Será lícita siempre y cuando se realice con fines docentes o de investigación, y siempre que indique la justificación de esa incorporación e indicando las fuentes y el nombre del autor de la obra.

En resumidas cuentas, para que una cita o reseña de una mera fotografía sea lícita debe cumplir las siguientes características: 1) Inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas, así como obras aisladas de carácter fotográfico ya divulgadas; 2) a título de cita para su análisis, comentario o juicio crítico; 3) el requisito de indicación de la fuente y nombre y; 4) la utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación en la medida justificada por el fin de esa incorporación.

El tercer límite hace referencia a los trabajos sobre temas de actualidad, ya difundidos por los medios de comunicación social, es la posibilidad que tienen otros medios de la misma clase a reproducir, distribuir y comunicar públicamente, siempre y cuando se cite al autor y fuente. La finalidad que se persigue es exclusivamente informativa, siempre y cuando no se especifique reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa. Este límite se encuentra justificado en el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación (artículo 20.1.d) CE).

En relación con la utilización de obras por motivos de actualidad o situadas en la vía pública, dice el artículo en su apartado segundo que *las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser, reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*. Es decir, si una fotografía aparece en un

informativo o un reportaje televisivo de forma incidental a propósito de una información de actualidad, no infringe derecho alguno³⁰. Este límite encuentra su justificación en el derecho a la información y el acceso a la cultura.

Y, por último, la parodia, la cual suele ser más habitual en las artes plásticas o literarias, aunque también se puede dar en la fotografía, aunque al caso que nos trae, este límite no es aplicable a las meras fotografías, ya que afecta a facultades, que el realizador no ostenta, como es la transformación e integridad.

³⁰ BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, Tomo, LIX, Fascículo III, julio-septiembre, 2006, p. 1109.

CAPÍTULO III: LA PROTECCIÓN DE LA MERA FOTOGRAFÍA EN LA CÁTEDRA PEDRO IBARRA

Llegados a este punto, después de haber hecho un breve recorrido partiendo de la comprensión de la Cátedra Pedro Ibarra como generadora de conocimiento, haber analizado cómo afecta la Ley de Protección del Derecho al Honor, la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, resumido de qué se ocupa la Ley de Propiedad Intelectual y haber desgranado aquellos derechos que nos resultan más relevantes, llegamos al eje central de este trabajo, a saber, la protección de las meras fotografías en la Cátedra Pedro Ibarra.

Pues bien, ¿cómo podemos proteger las meras fotografías? no cabe ninguna duda de que aquellas fotografías consideradas como obras gozan de la protección de los derechos de autor, lo que en su terminología inglesa equivaldría al *Copyright*. Ello supone que éstas tienen la protección más intensa regulada hasta el momento, sin embargo, la obra intelectual no es la más prolifera dentro del material fotográfico de la Cátedra, por ello este capítulo va dirigido a la mera fotografía.

Con todo, antes de entrar en el fondo de esta cuestión vamos a realizar una breve mención de cómo ha evolucionado el dominio público. Esta evolución ha estado fuertemente marcada por la aparición del *Copyleft*, que consiste en el ejercicio de los derechos de autor, pero en un sentido opuesto, es decir, con el objetivo de proporcionar el libre uso y distribución de una obra con la condición de que concesionarios pongan la misma a disposición del público con las mismas condiciones, esto es, permitiendo el libre acceso y su transformación. Se pretende con este tipo de licencias que quienes poseen derechos patrimoniales sobre una obra o creación la ofrezcan mediante una licencia libre. A partir del *Copyleft* han derivado las mundialmente utilizadas *Creative Commons*.

1. El dominio público y sus nuevas formas

Una de las principales consecuencias del transcurso del tiempo en la fotografía y en la mera fotografía, es que una vez transcurrido un periodo de tiempo, se extinguen los derechos patrimoniales existentes, es decir, caen en el dominio público, regulado en el artículo 41 de la LIP.

La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público. Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3º y 4º del artículo 14.

En concreto, que una fotografía o mera fotografía haya alcanzado su máximo temporal significa que cualquiera puede utilizarla si necesidad de autorización del autor o realizador, con el único límite de que se respete la paternidad e integridad en el caso de la obra, en las meras fotografías ya hemos apuntado que no se les atribuye estos últimos derechos.

Como ocurre en casi todo el texto normativo, encontramos distintitos niveles de protección, pues en este sentido no varía, ya que la protección de las meras fotografías se reduce a 25 años desde la realización de la misma, o más exactamente, desde que hacemos clic con el disparador, contados a partir del 1 de enero del año siguiente. En cambio, la obra fotográfica está protegida durante toda la vida del autor y se extiende a 70 años después de su fallecimiento, contados desde el 1 de enero del año siguiente.

Es importante tener claro este concepto, ya que, he podido observar en algunas páginas webs que confunden el límite temporal de protección, en concreto la página web de la biblioteca de la Universidad de Extremadura³¹, establece el límite temporal de la mera fotografía a 25 años después de la muerte del realizador, esto es incorrecto.

Estudiando el material de la Cátedra, observamos que la mayoría se encuentra en dominio público incluso antes de haber sido divulgado en este portal web, en concreto me refiero al material considerado mera fotografía, por lo tanto, se consideran libres de derechos de autor.

³¹ <http://biblioguias.unex.es/c.php?g=572083&p=3944583> (consulta el 12 de junio de 2018)

Sin embargo, para que una mera fotografía caiga en dominio público ¿es necesario que en todo caso transcurra el tiempo legalmente establecido? Actualmente, somos testigos de un mundo absolutamente globalizado en el que gracias a la ayuda del fenómeno de internet estamos interconectados de manera arrolladora. Esta nueva forma de comunicarnos permite a los usuarios un nuevo acceso a la cultura, que inexorablemente afecta a nuestra sociedad e incluso a nuestro sistema legislativo. El realizador de una mera fotografía ya no necesita intermediarios para dar a conocer su trabajo y mucho menos para la gestión del mismo, gracias a internet encontramos un modelo mucho más dinámico, en el que el realizador puede coger las riendas de su trabajo y divulgarlo por el mundo sin necesidad de los intermediarios tradicionales.

Con todo esto, el nuevo modelo para la divulgación de obras que puede establecerse con internet tiene una incidencia directa en los límites del conocido «dominio público» (art. 41 LPI). De forma que se puede hablar de la creación de facto de un nuevo dominio público³², es decir, el realizador puede incluir en el dominio público su trabajo en cualquier momento, para ello, se puede valer de herramientas como son el *Copyleft*, y las licencias *Creative commons*, figuras que se contraponen al *Copyright*.

En este sentido, si *Copyright* significa todos los derechos reservados, *Copyleft* significa algunos derechos reservados, y por otro lado, las licencias *CC* serían una forma de ceder las facultades de explotación económica de la obra divulgada de manera gratuita, irrevocable y perpetua.

Sus símbolos identificativos son los siguientes:

Copyleft



Copyrihgt



Creative Commons



Siguiendo con la idea de la creación de un nuevo modelo de dominio público, existe una licencia *Creative Commons* específica, me refiero a CC0, una licencia de dominio público para los titulares de derechos que desean poner su trabajo en el

³² NAVAS NAVARRO, S., “Dominio público, diseminación on line de las obras del ingenio y cesiones «creative commons» (Necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual)”, *ADI*, tomo XXXII (2011-2012), 2015, pp 242-243.

dominio público antes de la expiración de los derechos de autor y de los derechos afines.

Como vemos, estamos asistiendo una nueva realidad digital más dinámica, en la que los autores y realizadores no son meros entes pasivos que solo se dedican a crear, sino que, además, pueden ser sujetos activos participantes en la divulgación y gestión de los derechos que recaen sobre sus obras, sin necesidad de intermediarios, gracias a la globalización que está sufriendo la Propiedad Intelectual.

1.1. *Creative Commons* en la Cátedra

Una de las propuestas que queremos hacer a la Cátedra es la creación de un marco legal. Por un lado, por la consideración que tiene como portal web de divulgación de la historia de Elche y como parte cesionaria de material fotográfico. Por otro lado, para que también sirva dicho marco legal a los titulares de derechos sobre las fotografías cedidas, incluyendo a terceras personas que tienen acceso al material, que son a los que va destinado.

Por este motivo y dado que la mayoría de material fotográfico está considerado mera fotografía, queremos hacer una mención a las licencias *CC* como herramienta de protección e información.

La finalidad de las licencias *CC* no es otra que la liberación de las obras intelectuales³³, se trata de un movimiento que se ha ido extendiendo entre los autores y realizadores, que ha crecido exponencialmente en los últimos años gracias a Internet. Consiste en una corriente de conocimiento libre, en el que las creaciones son consideradas como un bien público, para que puedan ser utilizadas libremente.

La ideología que inspira la aparición de las *CC* es el movimiento del *software* libre y el *Copyleft*, así surge esta organización global sin ánimo de lucro que permite compartir y reutilizar la creatividad y el conocimiento a través de la provisión de herramientas legales gratuitas.

Con todo esto, se proponen una serie de modelos de licencias como mecanismo jurídico-contractual que permiten liberar las creaciones de la forma que así lo estime el

³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Manual de Propiedad Intelectual”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 173-175.

realizador. Los tipos de licencias que podemos encontrar son seis, a continuación, vamos a ver los símbolos que las componen y su contenido³⁴:

	Reconocimiento (Attribution): En cualquier explotación de la obra autorizada por la licencia hará falta reconocer la autoría.
	No Comercial (Non commercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.
	Sin obras derivadas (No Derivate Works): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.
	Compartir Igual (Share alike): La explotación autorizada incluye la creación de obras derivadas siempre que mantengan la misma licencia al ser divulgadas.

Utilizando como base estos símbolos, CC nos ofrece una serie de licencias con facultades diferentes dependiendo de su combinación;

	Reconocimiento (by): Se permite cualquier explotación de la obra, incluyendo una finalidad comercial, así como la creación de obras derivadas, la distribución de las cuales también está permitida sin ninguna restricción.
	Reconocimiento – NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar la obra original con finalidades comerciales.
	Reconocimiento – NoComercial – CompartirIgual (by-nc-sa): No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

³⁴ <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>. (consulta realizada el 23 de mayo de 2018)

	<p>Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.</p>
	<p>Reconocimiento – CompartirIgual (by-sa): Se permite el uso comercial de la obra y de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.</p>
	<p>Reconocimiento – SinObraDerivada (by-nd): Se permite el uso comercial de la obra, pero no la generación de obras derivadas.</p>

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE MARCO LEGAL PARA LA CÁTEDRA

En este último capítulo vamos a analizar el tipo de relaciones que surgen entre la Cátedra y las personas que ceden material fotográfico, sin olvidarnos de las relaciones que puedan aparecer con el público a quien va dirigido. Este análisis tiene como finalidad establecer unas pautas en forma de prospecto legal que, en primer lugar, ofrezca información importante sobre los derechos que tienen los cedentes sobre el material cedido; en segundo lugar, recoja el tratamiento que debe hacer la Cátedra con dicho material; y, en tercer lugar, ofrezca a la Cátedra una propuesta de marco legal al que le sumamos un código de conducta, que guíe su forma de proceder con el material fotográfico que le entregan.

1. La transmisión de la fotografía en la Cátedra

Llegados a este punto y habiendo estudiado dos normas que tienen implicaciones legales en el momento de la difusión de una fotografía, por un lado, la LPI que regula los derechos de explotación y derechos morales y, por otro lado, la LOPCDH, que regula los derechos personalísimos del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas físicas que aparecen fotografiadas, vamos a concretar de qué manera influyen cuando nos disponemos a realizar una cesión.

Ambos textos regulan una serie de derechos ya sean patrimoniales o personales que se van a ver afectados cuando se realice la transmisión o cesión de la fotografía a la Cátedra. Con esto me refiero a que debemos establecer las condiciones que van a regular la transmisión, respetando siempre la norma. A continuación, vamos a proponer cuatro formas distintas de ceder una fotografía.

Al hilo de lo anterior, hemos tenido en cuenta el modo de actuar de la Cátedra hasta el momento como criterio para elaborar las cuatro alternativas posibles. A modo de resumen la Cátedra ha actuado de la siguiente forma; 1) todas las cesiones se hacen a título gratuito; 2) se entregan por un tiempo indefinido; y 3) no están sujetas a ningún tipo de condición.

Partimos de la base de que la mayoría de las fotografías se encuentran en el dominio público, ello implica un uso libre y sin necesidad de autorización de su titular para su reproducción, distribución, transformación, y comunicación pública, en el caso

de la transformación siempre está permitida en la mera fotografía. En caso contrario, es decir, en lo referente a aquellos derechos que todavía se encuentran dentro del límite temporal de protección, habrá que estar a lo que dispone la Ley. Como hemos dicho en el anterior capítulo los derechos morales no se pueden transmitir, por lo tanto, deducimos que solo se pueden transmitir los derechos de explotación. Por una parte, los derechos de autor son susceptibles de transmisión³⁵ en lo que se refiere a los de distribución, reproducción, comunicación pública y transformación, tal y como se recoge en el artículo 43 de LPI, y, en el caso de los derechos afines, los derechos de distribución, reproducción y comunicación pública.

Una vez aclarados los derechos que son transmisibles ¿qué derechos se van a entregar a la Cátedra? Planteo esta cuestión porque el cedente no tiene por qué transmitirlos todos, ya que, con esa cesión, dominada por la autonomía de voluntad, éste puede ceder tan solo el derecho de comunicación pública y reservarse los demás, y así con las distintas combinaciones posibles.

Con todo lo expuesto proponemos a la Cátedra cuatro opciones: la primera más limitativa o restrictiva en la que simplemente se autoriza a la Cátedra la comunicación pública, una segunda que consistiría en una cesión de los derechos de explotación, la tercera, proponemos aplicar una la licencia *Creative Commons* de Dominio público; y, finalmente, la cuarta, consistiría en una licencia *Creative Commons* (by-nc).

La primera de ellas, la más limitativa para la Cátedra se refiere a una simple autorización de comunicación pública³⁶, y consistiría en la puesta a disposición de la fotografía (original o copia) a la Cátedra con la autorización del cedente para su publicación, pero, no se transmite derecho alguno, es decir, la Cátedra no puede distribuir, reproducir ni decidir acerca de la comunicación pública de la fotografía. Esto conlleva, que, si desde la Cátedra se quiere hacer un uso distinto, se deberá solicitar una nueva autorización para el caso concreto. Como vemos, esta opción limita mucho la función de la Cátedra y se contrapone a la idea que ésta tiene acerca de que todas imágenes que muestran parte de la historia de Elche, son patrimonio de la ciudad y del interés general.

³⁵ GETE-ALONSO CALERA, M. C., “Comentario al artículo 43” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 862.

³⁶ ANEXO I: DIVERSAS PROPUESTAS DE MARCO LEGAL en 1ª OPCIÓN: AUTORIZACIÓN DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.

La segunda alternativa consistiría en la cesión de los derechos de explotación en régimen de no exclusividad a la Cátedra³⁷, esta última opción es la más beneficiosa para la Cátedra porque conlleva la titularidad de la fotografía, junto con el autor o realizador, pero, sin embargo, puede suponer una forma de crear límites al acceso y difusión de la cultura.

La tercera de las opciones es utilizar una licencia *Creative Commons* de dominio público (CC0³⁸) con la finalidad de liberar su uso. Se trata de una opción opuesta a la anterior, en el sentido de que ya no es una mera autorización, sino que consiste en adelantar la entrada al dominio público de la fotografía. Atendiendo al objetivo final de la Cátedra, que no es otro que la generación de conocimiento y servir de lanzadera para la difusión de la historia de Elche, sería una buena opción.

Finalmente, la cuarta opción es la licencia CC de Reconocimiento – NoComercial (by-nc)³⁹, en la que se permite la distribución, reproducción, comunicación pública y la generación de obras derivadas siempre que no se haga un uso comercial. Contiene la limitación de no utilización de la obra original con finalidades comerciales. Esta última opción se diferencia de la cesión de derechos de explotación en los siguientes aspectos: primero, con la licencia CC el autor o realizador conserva sus derechos aunque permite su uso a la Cátedra y a terceros, mientras que en la cesión se produce una transmisión de los derechos de autor o afines solo a la Cátedra. En segundo lugar, si terceras personas quieren hacer uso de una fotografía con la licencia CC no es necesaria la autorización, ya que, está explícita en la licencia, en cambio, para el uso de la fotografía tendrán que pedir autorización a la Cátedra o al autor o realizador. Y, en tercer lugar, la Cátedra no se podrá lucrar con el material cedido, al contrario que en la 2ª opción.

Asimismo, creemos que se podría elegir entre la 3ª y 4ª opción: por un lado, se puede optar por la liberación total de la fotografía cuyo efecto principal es pasarla al dominio público, me refiero a introducir una licencia CC0. Obviamente esta licencia no es aplicable a aquellas fotografías que ya se encuentran en el dominio público, ya que su finalidad no es informar de esa situación, sino que se utiliza para adelantar ese momento

³⁷ ANEXO I: DIVERSAS PROPUESTAS DE MARCO LEGAL en 2ª OPCIÓN: CESIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

³⁸ ANEXO I: DIVERSAS PROPUESTAS DE MARCO LEGAL en 3ª OPCIÓN: LICENCIA *CREATIVE COMMONS* DE DOMINIO PÚBLICO.

³⁹ ANEXO I: DIVERSAS PROPUESTAS DE MARCO LEGAL en 4ª OPCIÓN: LICENCIA *CREATIVE COMMONS (by-nc)*.

en el tiempo. Por otro lado, la cuarta propuesta permite que una mera fotografía se pueda reproducir, distribuir y comunicar públicamente y si se trata de una obra fotográfica, además se pueden realizar obras derivadas, siempre y cuando no se realice con fines comerciales, sin necesidad de que dicha fotografía entre en el dominio público.

Como conclusiones finales a este punto, la forma que se ajusta mejor al propósito de la Cátedra nos vendría dada por la cuarta opción, es decir, la que se refiere a la puesta a disposición del público de las fotografías cedidas a través de una licencia *Creative Commons* (by-nc). Primero porque cediendo su uso se promueve y fomenta la cultura y, segundo, porque es una manera de que más personas se vean seducidas a entregar material fotográfico de forma gratuita a la Cátedra.

1.1. ¿Qué derechos tengo que tener en cuenta?

Si antes hemos concretado los derechos que se pueden ceder desde el prisma de la LPI, ahora vamos a analizar qué ocurre con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando se cede una fotografía a la Cátedra.

Tomando como punto de partida la LOPCDH, ya hemos señalado que son tres derechos en uno, empezaremos por el más sencillo; en el derecho a la propia imagen, la persona fotografiada siempre tendrá que consentir⁴⁰ su publicación, esta cuestión en la práctica no plantea problema alguno, pues quien cede habitualmente es el titular que tiene que autorizar su divulgación. Si por el contrario la Cátedra obtuviese la fotografía de alguna otra fuente tendrá que pedir autorización a la persona que aparece en la imagen para publicarla en la web, pongamos como ejemplo, la captura de una fotografía desde Facebook que posteriormente se publica en la web, ya que en este caso habría que pedir permiso a la persona que aparece en la fotografía.

Del mismo modo, cualquiera del público en general que quiera utilizar una fotografía publicada en la Cátedra en la que se pueda identificar a una persona, deberá pedir permiso a la persona fotografiada y no la Cátedra, no obstante, podrá solicitar a la Cátedra que informe a la persona en cuestión para comprobar si autoriza ese uso. En

⁴⁰ STS de 24 de septiembre de 2014 (recurso número 213/2012) (RJ 2014\4960).

caso de que no se solicite la autorización se estará realizando una intromisión ilegítima en el derecho que tiene una persona a controlar el uso que se hace de su propia imagen.

Con respecto al derecho al honor y a la intimidad, ya apuntamos más arriba que la Cátedra debe controlar los comentarios que se publican al pie de cada fotografía, para evitar intromisiones ilegítimas en el honor, lo mismo, respecto a la divulgación de intimidades que forman parte del ámbito privado de la persona. Dicho control podemos decir que se efectúa correctamente, ya que en la entrevista realizada a Miguel Ors, director de la Cátedra, nos mostró que no se publica ningún comentario que anteriormente no haya sido revisado por él mismo, atendiendo a su sano juicio moral.

En este sentido me gustaría apuntar, en lo referente al derecho al honor y a la intimidad, que para que se produzca una intromisión ilegítima no es necesaria la publicación del retrato de una persona. Por ejemplo, si se publica la fotografía de una fábrica antigua de calzado de un importante empresario ilicitano, en la que se hacen comentarios insultando a los propietarios de dicha fábrica por producir la muerte de varios trabajadores por cambiar el producto que pegaba el calzado, en este caso se está lesionando el honor de dicho empresario o empresarios, sin necesidad de que aparezca su retrato, ya que existen suficientes datos para identificarlo.

Por otro lado, habría que terminar este punto diciendo que los derechos de la personalidad no prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los de explotación, que sí lo hacen. Por lo tanto, las acciones pertinentes para la defensa de los derechos de la personalidad se podrán ejercitar en cualquier momento.

Acabamos insistiendo en que los derechos que regula la LOPCDH no son transmisibles, puesto que son derechos inherentes a la persona por el mero hecho de serlo, son imprescriptibles, es decir, que no existe límite temporal para ejercer las acciones necesarias para su defensa y que, aunque con el fallecimiento de la persona se extinguen, la memoria de la persona fallecida puede ser defendida por sus causahabientes.

CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA.- Es innegable la necesidad de la existencia de Cátedras dentro del ámbito universitario, porque como ya sabemos, vivimos en un mundo globalizado en el que parece que reina la idea de que aquello que no reporta beneficios económicos no tiene importancia. Considero que la creación y divulgación de conocimiento, y en especial de la memoria histórica de Elche, no es una cuestión menor. El hecho de conocer nuestra historia y nuestro entorno sociocultural, es un elemento que nos define como ciudadanos y ciudadanas de un lugar, además de configurar parte de nuestra identidad. En concreto, la Cátedra Pedro Ibarra es fruto del compromiso social que adquiere la UMH en su interés como institución pública docente de relacionarse y no permanecer aislada de su entorno, cuya finalidad es contribuir a la generación y difusión de conocimiento, convirtiéndose así en un auténtico portal de memoria digital de esta ciudad.

No obstante, esa ventana de conocimiento necesita de un marco legal que dote de seguridad jurídica los usos que se lleven a cabo y que proteja a los autores y realizadores, y ello es un elemento que debería empezar desde el mismo instante en que se inicia un proyecto tan ambicioso como es el de la Cátedra. No en vano, quisiera resaltar que la promoción de la cultura comienza por proteger a aquellas personas que la hacen posible, buscando siempre el equilibrio con el acceso a la cultura recogido en el art. 44 de la Constitución española.

SEGUNDA.- La mayor parte del contenido de la Cátedra tiene como protagonista a personas, ilicitanos e ilicitanas. Por este motivo, no podemos dejar de analizar la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, máxime cuando Internet se ha convertido en un nuevo espacio de vulneración de los derechos protegidos por esta Ley. Se han reinventado nuevas formas y medios de acometer intromisiones ilegítimas al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Con esto pongo de relieve que actualmente existe una Proposición no de Ley que pretende actualizar la presente Ley, y aunque por el momento no está teniendo demasiado éxito en su tramitación parlamentaria, considero que no debería caer en el olvido, sino que se debería seguir avanzando en la reforma del actual texto legal. A mi juicio, hoy por hoy

es necesario introducir preceptos nuevos para dar soluciones a problemas que se pueden plantear en la era tecnológica en la que vivimos.

Sin embargo, en lo que se refiere al derecho al honor, considero que la actualización legal que se reclama para adecuar el texto a los avances de la tecnología de la comunicación y la información, en ningún caso debe ser limitativa del derecho a la libertad de expresión y de información, ni a la limitación de expresiones que puedan ser satíricas o cómicas, ya que en una página web como la Cátedra, destinada a recuperar la memoria histórica de una ciudad, inevitablemente se aportará material que tal vez, pueda dañar en cierta forma la reputación de una persona o una familia, por el mero hecho de aportar datos históricos veraces.

TERCERA.- Se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo la incertidumbre que plantea el concepto de la originalidad, sin dejar de mencionar la importancia que tiene este elemento a la hora de valorar una fotografía. A mi parecer los diversos criterios para identificar lo original, provocan inseguridad jurídica. Creo que se debe valorar la creación en su conjunto, el esfuerzo creador, por ello debería establecerse un criterio tipo, aunque abstracto, que permita cierta libertad de interpretación de lo original, pero con unas pautas establecidas.

CUARTA.- Son notorias las diferencias existentes entre la obra fotográfica y la mera fotografía, no sólo en los derechos de explotación, sino también en que a estas últimas no se les reconocen derechos morales. En este sentido, me gustaría abrir un puente entre ambos tipos de fotografías. Considero que tal vez sería oportuno reconocer derechos morales a las meras fotografías que se encuentran en la frontera de un tipo u otro, me refiero a aquellas fotografías en las que existe un esfuerzo de captar la instantánea y no alcanzan la categoría de obra debido a la actual regulación y la arbitrariedad de los tribunales a la hora de interpretar la originalidad. Con todo, estoy de acuerdo en que el reconocimiento de la figura de la mera fotografía cumple una función en aquellas en que el esfuerzo creador brilla por su ausencia.

QUINTA.- Destacamos el desconocimiento existente de la sociedad en general, acerca de la duración de los derechos de explotación en los derechos de autor y derechos afines, sintetizados en este trabajo, en la obra fotográfica y la mera fotografía, ya que, incluso en una página web de una universidad se confunde la duración de los

derechos afines de una mera fotografía, los cuales hace extensibles, de forma errónea, a 25 años después del fallecimiento del realizador.

Por ello, varios han sido los motivos por los que hemos abordado esta cuestión; el primero porque dada la confusión existente sobre un elemento tan importante, en mi opinión había que dejar clara la regulación que hace la Ley de Propiedad Intelectual sobre la entrada en el dominio público de una mera fotografía y una obra fotográfica. El segundo de los motivos se inspira en el hecho de que la mayoría del material fotográfico de la Cátedra, además de ser considerado mera fotografía, se encuentra en el dominio público y, consecuencia de ello, consideramos relevante dar a conocer a la Cátedra las herramientas necesarias, correctas y sencillas, que le serán de utilidad para apreciar que una fotografía está en el dominio público y así, poder hacer uso de todas las facultades que esta situación le otorga.

SEXTA.- Resaltamos la gran variedad de posibilidades de cesión de derechos de explotación que ofrece la actual Ley de Propiedad Intelectual, a las que podemos sumar las ofrecidas por las llamadas licencias provenientes del movimiento del conocimiento libre, como son las *Creative Commons*. Considero que nos encontramos ante un buen momento para la cultura y su difusión a través de internet. Sin embargo, este abanico de posibilidades se debe concretar en una sola opción para poder crear relaciones jurídicas seguras entre las distintas partes que participan de la cesión.

De esta cuestión deriva la dificultad que hemos encontrado en este trabajo, en concreto en lo referente a los diferentes sujetos que participan de estas relaciones y a quienes van dirigidas el marco legal escogido. De un lado, tenemos al fotógrafo (que puede ser autor o realizador) y al titular del derecho -que no tienen por qué coincidir en la misma persona-, que estarían puestos en relación con la Cátedra, que sería la otra parte interviniente. De ambas partes surge un vínculo cuya finalidad es la cesión de una fotografía con las consecuencias jurídicas que ello conlleva. Y, de otro lado, tenemos la relación que nace del hecho de publicar y compartir el material con terceros. En este sentido, el público en general sería la tercera parte en cuestión, ya que se deberán establecer las facultades de uso o utilización del material publicado por la Cátedra, para evitar infracciones en los derechos de Propiedad intelectual de los titulares de las fotografías.

SÉPTIMA.- A esta dificultad le añadimos el análisis de los dos textos normativos, los cuales regulan derechos distintos, me refiero, por una parte, a la Ley de Propiedad Intelectual y, por otra parte, a la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Con esto, quisiera dejar claro que la distinción hecha en el presente trabajo, a pesar de que pueda parecer engañosa resulta necesaria, ya que, en muchas ocasiones los actos de la vida no se encuentran estancos, sino que se entremezclan y no debemos olvidarnos que de un hecho concreto de la vida se pueden derivar varias lesiones de derechos y facultades reconocidos en ambos textos. Por este motivo, la finalidad del marco legal es hacer llegar a personas *legas* en Derecho, de una forma simple, las cuestiones y conceptos jurídicos estudiados.

NOVENA.- En lo referente a las propuestas, se apuntan cuatro: la primera de ellas, la autorización de comunicación pública; la segunda, la cesión de los derechos de explotación; la tercera, la licencia *Creative Commons* de Dominio público; y, finalmente, la cuarta, la licencia *Creative Commons* (by-nc).

En relación con la primera, es decir, la mera autorización de comunicación pública, no se cede ningún derecho de explotación, ni siquiera el de comunicación pública, limitando así, el uso y utilización de la fotografía. En mi opinión no es la más útil para el propósito de la Cátedra, ya que, a través de esta fórmula se bloquea la utilización que terceras personas puedan hacer de la fotografía en aras de la promoción y creación de cultura.

DÉCIMA.- Por lo que respecta a la segunda opción, la referente a la cesión de los derechos de explotación, resulta bastante más ventajosa para la Cátedra, porque ésta sería titular de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y en caso de que se tratase de obra fotográfica, también del derecho de transformación. Sin embargo, considero que sería otra forma de poner límites a la difusión de las fotografías por parte de terceros y, además, se puede encontrar con que determinados cedentes no quieran aceptar estas condiciones.

UNDÉCIMA.- La tercera opción relativa a la aplicación de una licencia *Creative Commons* de dominio público considero que se acerca más al objetivo final de la Cátedra de divulgar la cultura e historia de Elche, que las dos opciones anteriores. Sin embargo, existe un elemento que considero discordante y, es que, esta licencia de

dominio público en su contenido establece que el autor o realizador deberá renunciar a todos los derechos de explotación. En mi opinión parece excesivo proponer a una persona que quiere contribuir a la labor de la Cátedra que empiece renunciando a todos sus derechos de explotación.

DUODÉCIMA.- Finalmente, la cuarta propuesta ofrecida, es decir, la licencia *Creative Commons* (by-nc) considero que es la idónea para aplicar a la Cátedra por varios motivos. Primero porque ofrece un método sencillo y rápido de licenciar una creación; segundo, porque la licencia está basada en el respeto al autor o realizador, sobre todo en lo que respecta al realizador que como recordamos no se le reconocen derechos morales y en concreto me refiero al de paternidad de la LPI, por ello, mediante esta licencia siempre se le reconoce; tercero, porque tiene un alcance global y, finalmente, porque a través de ella no solo queda sujeta la Cátedra a las condiciones que establece, sino que incluye al público general en los permisos otorgados. Considero que con su aplicación se pueden definir las relaciones jurídicas de la Cátedra, de la forma más equitativa y justa para el autor o realizador, logrando así, un equilibrio entre la renuncia de los derechos de explotación que exige la licencia de dominio público, la mera autorización de comunicación pública y la cesión de derechos de explotación.

DECIMOTERCERA.- Somos conscientes de la dificultad que plantea la incorporación de la propuesta de un marco legal, con el fin de cristalizar las relaciones jurídicas que nacen de la cesión de una fotografía. Concretamente nos referimos a que debemos tener en cuenta que la Cátedra ya tiene en su haber más de 20.000 fotografías que han sido cedidas al margen de la presente licencia y que, consecuencia de ello, no se les puede aplicar sin el consentimiento expreso de sus titulares.

En mi opinión, en relación con aquellas fotografías cedidas anteriormente y de las cuales no se ha establecido términos de uso, se debe tener mayor cautela en su tratamiento y entender que el consentimiento tan solo se extiende a una mera autorización de comunicación pública. Por este motivo, desde mi punto de vista el marco legal podría contribuir en dos direcciones: una primera dirección *ex tunc*, a modo de guía orientativa para llevar a cabo un tratamiento cuidadoso con el material fotográfico cedido, anterior a la implantación de los términos de uso; y una segunda dirección *ex nunc*, en virtud de la cual a las futuras fotografías cedidas se les atribuiría la sujeción y seguridad que ofrece un adecuado marco legal.

ANEXO I: DIVERSAS PROPUESTAS DE MARCO LEGAL⁴¹

1ª OPCIÓN: AUTORIZACIÓN DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

La presente cesión de material fotográfico se realiza con fines de digitalización y de divulgación de la historia de Elche, a través de la página web <http://www.elche.me>, perteneciente a la Cátedra Institucional de la UMH, Pedro Ibarra.

La presente autorización habilita a la Cátedra Pedro Ibarra poner la fotografía a disposición electrónica a través de Internet o a través de cualquier otra tecnología susceptible de adscripción a Internet, así como incorporar “marcas de agua”.

En su caso se prohíbe el uso con fines comerciales. En ningún caso esta autorización implica una cesión de los derechos de explotación del autor o realizador sobre la fotografía.

La Cátedra presumirá que el autor o realizador que autoriza la comunicación pública de la fotografía es titular de los derechos explotación de la fotografía, exonerando a la Cátedra de cualquier infracción en los derechos de Propiedad Intelectual que terceras personas puedan ostentar sobre ellas.

2ª OPCIÓN: CESIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

El titular de una fotografía protegida por los derechos de autor o afines reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual, que decide entregarla a la Cátedra Pedro Ibarra se somete a las siguientes condiciones:

Se ceden los derechos de explotación, es decir, los derechos de autor o derecho afines a la Cátedra Pedro Ibarra, con dirección <http://www.elche.me> con la finalidad de contribuir a su objetivo de divulgación docente.

Cualquier acto de distribución, reproducción, comunicación pública o transformación, total o parcial, que quieran realizar terceras personas necesitará el consentimiento de la Cátedra Pedro Ibarra o de su titular.

La Cátedra Pedro Ibarra no se responsabiliza del mal uso de las fotografías realizado por terceros. La Cátedra presumirá que el autor o realizador que autoriza la cesión de los derechos de explotación de la fotografía es titular de los mismos, exonerando a la Cátedra de cualquier infracción en los derechos de Propiedad Intelectual que terceras personas puedan ostentar sobre ellas.

⁴¹ Fuente: Elaboración propia.

3ª OPCIÓN: LICENCIA *CREATIVE COMMONS* DE DOMINIO PÚBLICO

Las fotografías entregadas a la Cátedra Pedro Ibarra, Cátedra institucional perteneciente a la Universidad Miguel Hernández, quedan sujetas a la siguiente licencia *Creative Commons* bajo las siguientes condiciones:



El autor o realizador que entrega el material fotográfico a la Cátedra Pedro Ibarra con dirección <http://www.elche.me>, acepta renunciar, por la presente licencia, a los derechos de autor y/o derechos afines o conexos de los que sea titular en el momento de la cesión.

El contenido fotográfico así como el uso de la web <http://www.elche.me> se registrarán conforme a lo establecido en la presente licencia, y en defecto de esta por la Ley de Propiedad Intelectual vigente en su momento.

La Cátedra Pedro Ibarra no se responsabiliza del mal uso de las fotografías realizado por terceros.

La Cátedra presumirá que el autor o realizador que autoriza la comunicación pública de la fotografía es titular de los derechos explotación de la fotografía, exonerando a la Cátedra de cualquier infracción en los derechos de Propiedad Intelectual que terceras personas puedan ostentar sobre ellas.

En caso de que la fotografía cedida ya estuviera sujeta a una licencia CC, el autor o realizador tendrá que comunicarlo a la Cátedra así como adjuntar la licencia junto con la fotografía.

4ª OPCIÓN: LICENCIA *CREATIVE COMMONS* (by-nc)

Las fotografías entregadas a la Cátedra Pedro Ibarra, Cátedra institucional perteneciente a la Universidad Miguel Hernández, quedan sujetas a la siguiente licencia *Creative Commons* bajo las siguientes condiciones:



Reconocimiento – No Comercial (by-nc):

- Se debe reconocer al autor o realizador.
- Se permite la generación de obras derivadas.
- Se permite su distribución, reproducción y comunicación pública.
- Tanto la obra original como la derivada no se puede utilizar con finalidades comerciales.

La Cátedra presumirá que el autor o realizador que autoriza la sujeción de la fotografía a la presente licencia es titular de los derechos explotación de la fotografía, exonerando a la Cátedra de cualquier infracción en los derechos de Propiedad Intelectual que terceras personas puedan ostentar sobre ellas.

La Cátedra Pedro Ibarra no se responsabiliza del mal uso de las fotografías realizado por terceros.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL USO DE LAS FOTOGRAFÍAS

¿Qué derechos tengo como titular de una fotografía?

En primer lugar, como titular de una fotografía, según la Ley de Propiedad Intelectual tengo reconocidos los siguientes derechos:

Si soy titular de una fotografía considerada obra intelectual:

- **Derechos de explotación:**
 - ✚ Derecho de reproducción
 - ✚ Derecho de distribución
 - ✚ Derecho de comunicación pública
 - ✚ Derecho de transformación
- **Los Derechos morales más importantes son:**
 - ✚ Derecho de paternidad
 - ✚ Derecho a la integridad de la obra

Si soy titular de una mera fotografía:

- **Derechos de explotación:**
 - ✚ Derecho de reproducción
 - ✚ Derecho de distribución
 - ✚ Derecho de comunicación pública
 - **Derechos morales:**
 - ✚ Los titulares de una mera fotografía no los tienen reconocidos
- El reconocimiento de estos derechos significa que cualquiera que desee hacer uso de nuestra fotografía considerada obra intelectual o considerada mera fotografía, **tendrá que solicitar autorización.**

⁴² Fuente: Elaboración propia.

¿Cómo saber si mi fotografía es una obra o una mera fotografía?

- ✚ Para que una fotografía sea considerada obra debe ser una **creación original**, esto supone la aportación de un esfuerzo intelectual –talento, inteligencia, ingenio, inventiva o personalidad– que convierte a la obra en una creación artística o intelectual.
- ✚ La mera fotografía carece del elemento de originalidad, altura creativa o esfuerzo intelectual. Por ejemplo, la fotografía de un paisaje, una representación de la vida cotidiana, que no requiera actos preparatorios, ni aportaciones artísticas, **fotografías que plasman la realidad tal y como es, sin ningún tipo de artificio.**

¿Cuándo pasan las fotografías al dominio público?

La principal consecuencia del transcurso del tiempo en la fotografía y en la mera fotografía protegidas por los derechos anteriormente expuestos, es que una vez transcurrido un periodo de tiempo, se extinguen los derechos patrimoniales existentes, es decir, entran en el dominio público.

Esto significa que cualquiera puede usarla sin necesidad de pedir autorización a su titular, siempre respetando su autoría y paternidad en el caso de una obra fotográfica.

Obra fotográfica:

La protección de las obras fotográficas dura **toda la vida del autor más 70 años tras su fallecimiento a contar desde el 1 enero del año siguiente.**

Mera fotografía:

La protección dura **25 años desde la realización de la fotografía a contar desde el 1 enero del año siguiente.**

¿Cuándo puedo utilizar libremente una fotografía sin pedir autorización?

En los siguientes casos no será necesario solicitar permiso al autor de la fotografía o realizador de la mera fotografía:

- ✚ La copia privada: siempre y cuando **la obra esté divulgada**; se lleve a cabo en el **ámbito privado** por una persona física; la **obtención** de esa reproducción se haya hecho de forma **lícita**; y no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa ni distribución mediante precio.
- ✚ Las citas: la inclusión en una obra propia de fragmentos u obras íntegras, de otras obras ajenas será lícita siempre y cuando se realice con **finés docentes o de investigación**, y siempre que indique la justificación de su inclusión a **título de cita para su análisis, comentario o juicio crítico**, y se haga mención al autor y la fuente.
- ✚ Los trabajos sobre temas de actualidad: se permite la reproducción, distribución y comunicación pública de trabajos y artículos sobre temas de actualidad ya difundidos por los medios de comunicación social, citando la fuente y el autor. **La finalidad que se persigue es meramente informativa.**
- ✚ La utilización de obras por motivos de actualidad o situadas en la vía pública: Si una fotografía aparece en un informativo o un reportaje televisivo de **forma incidental** de una información de actualidad no infringe los derechos de esa fotografía. Por ejemplo, si se está retransmitiendo la noticia de la inauguración de una exposición fotográfica.
- ✚ La parodia, es decir, realizar una **imitación burlesca** de una fotografía. Para considerar que una fotografía ha sido parodiada debe cumplir dos requisitos: que no implique riesgo de confusión con la original, y que no infiera un daño a la obra original o a su autor o realizador.
- ✚ Que se encuentre en el **dominio público**.

¿Puedo usar imágenes en las que aparecen personas?

Además de la Ley de Propiedad Intelectual debemos tener presente la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, cuando estemos ante fotografías en las que aparecen personas de manera que puedan ser identificadas.

- ✚ Siempre tenemos que pedir permiso a la persona fotografiada para hacer uso de esa imagen.

¿Por qué pedir permiso?

- ✚ El derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son derechos reconocidos en la Constitución, con un posterior desarrollo legislativo en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, esta Ley atribuye a los ciudadanos el derecho a controlar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado.

¿Existe límite temporal en el que decaiga este derecho?

- ✚ No, es un derecho ilimitado en el tiempo, ejercitable mientras la persona viva, e incluso se transmite a los herederos de la persona fotografiada, quienes tienen derecho a autorizar o limitar su uso.

¿Cómo pido permiso?

- ✚ Contactando con la persona fotografiada.
- ✚ Contactando con el autor de la fotografía si éste tiene permiso para dar consentimiento.
- ✚ Contactando con la institución propietaria de la fotografía para que nos ponga en contacto con la persona en cuestión.
- ✚ Contactando con la empresa que tiene cedidos los derechos de imagen.

¿Cuándo no hace falta autorización?

- ✚ Cuando no se reconozca a la persona.
- ✚ Cuando la imagen se utilice para fines culturales, científicos e históricos de carácter relevante.
- ✚ Ante la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.
- ✚ La toma de imágenes de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- ✚ La utilización de la caricatura de personajes públicos, de acuerdo con el uso social.

Desde el momento que una persona hace pública una fotografía que aparece en redes sociales ¿la puedo utilizar libremente?

No. Tenemos que pedir permiso a esa persona, ya que tiene derecho a elegir el uso que se hace de la misma. El hecho de que esa persona la publique en una red social no significa que otorgue su consentimiento para hacer uso de la misma.

ANEXO III: PROPUESTA DE PRINCIPIOS ÉTICOS⁴³

Los siguientes principios éticos se basan en la buena fe y en la cultura colaborativa. No se trata de un contrato que te obligue a cumplir con lo que aquí se propone, pero creemos que es importante, para la difusión cultural y el respeto a los autores y realizadores, la plasmación de unas normas morales basadas en el respeto a las obras y creaciones y sobre a las personas que las crearon.

Reconoce el mérito ajeno: Si utilizas una de nuestras fotografías publicadas en dominio público, reconoce al autor o realizador. Si además acreditas a la Cátedra Pedro Ibarra, la cual te proporcionó la fotografía, nos ayudarás difundir la cultura y animarás a más autores y realizadores a compartir sus obras libres a través de nuestra web.

La reputación de creadores está en tus manos: Si decides modificar un trabajo de dominio público, no debes atribuir los cambios al creador del trabajo sin su consentimiento.

Muestra respeto por el trabajo original: Utiliza siempre el trabajo de forma lícita y aléjate de las ilegalidades y prácticas engañosas. Si modificas y redistribuyes un trabajo de dominio público, indica claramente los cambios que has realizado, para que los demás usuarios sepan quién los realizó.

Respeto al autor: Si éste solicitó que el trabajo de dominio público no se modificase o que solo se usase en determinados contextos, respeta sus deseos.

Fomenta la conciencia cultural: Si el trabajo incluye elementos culturalmente sensibles, no los cambies de manera ofendan a otras personas.

Ayuda a fomentar el dominio público: Si usas una fotografía para obtener beneficios económicos, contribuye con donaciones, ya sea monetarias o en especie, a aquellas instituciones que sin ánimo de lucro impulsan el patrimonio cultural y científico, y que, además se esfuerzan por recuperar y difundirlo en dominio público.

⁴³ Fuente: Elaboración propia.

ANEXO IV: CONCEPTOS BÁSICOS⁴⁴

Derechos de autor: Son una serie de derechos que recaen sobre el autor de una obra intelectual. En concreto, comprende los llamados derechos explotación (como son los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) y los derechos morales (como la facultad de decidir su publicación o el derecho de paternidad sobre la obra, entre otros)⁴⁵.

Derechos afines, conexos o vecinos: Son los derechos que recaen sobre los artistas e intérpretes, los productores de fonogramas, los productores de las grabaciones audiovisuales, las entidades de radiodifusión, las meras fotografías y la protección de determinadas producciones editoriales. Se caracterizan por la regulación heterogénea que la Ley hace dependiendo del titular de la creación. Por ejemplo, los artistas e intérpretes dentro de los derechos afines son titulares de derechos morales, sin embargo, el realizador de una mera fotografía no ostenta este derecho.

Derechos de explotación: Son el conjunto de derechos puramente patrimoniales que regula la Ley de Propiedad Intelectual, entre los que se encuentran, los de distribución, reproducción, comunicación pública y transformación.

Distribución: Es la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma, es decir, la comercialización de las copias y la decisión del negocio jurídico que hará de las mismas.

Reproducción: Es la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias. Es la forma más recurrente que tienen los autores para explotar sus obras, se trata del derecho de copia.

Comunicación pública: Es todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. En sentido negativo excluye taxativamente del concepto cuando ésta se celebre en el ámbito doméstico. A diferencia de la distribución, la comunicación pública se puede hacer a través de medios intangibles.

⁴⁴ Fuente: Elaboración propia

⁴⁵ <http://streetlaw.edu.umh.es/propiedad-intelectual/> (consulta el 30 de mayo de 2018).

Derecho al honor: Es el derecho a proteger la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, que se resume en la consideración externa de la persona, esto es, en su dimensión social, y en un aspecto subjetivo e individual, que es la consideración que de sí tiene uno mismo.

Derecho a la intimidad: Es el poder que tiene una persona de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida, decidir tener vida privada e impedir las injerencias de los demás sobre esa parcela ajena a la sociedad.

Derecho a la propia imagen: Es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado.

Creative Commons: Es una organización sin ánimo de lucro, que ofrece modelos de licencias libres que permiten a los autores depositar su obra de forma libre en Internet, limitando los usos que de dichas obras se pueden hacer.

Copyleft: El *Copyleft* forma parte del movimiento de conocimiento libre, que mediante licencias pretende poner a disposición de cualquiera, una obra o creación, para que pueda ser reproducido, distribuido, incluso modificado sin coste alguno.

Autor: Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.

Realizador: Son los titulares de una mera fotografía, se les denomina realizadores en lugar de autores, porque la fotografía que realizan no se considera obra intelectual por no estar dotada de originalidad.

Obra fotográfica: Para que una fotografía sea considerada obra debe ser una creación original, esto supone la aportación de un esfuerzo intelectual –talento, inteligencia, ingenio, inventiva o personalidad– que convierte a la obra en una creación artística o intelectual.

Mera fotografía: La mera fotografía carece del elemento de originalidad, altura creativa o esfuerzo intelectual. Por ejemplo, la fotografía de un paisaje, una representación de la vida cotidiana.

Dominio público: El paso del tiempo dará lugar a la extinción de los derechos de explotación de las obras, lo que determinará su paso al dominio público. Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- “Comentario al artículo 10.1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, p. 159-193
- “Comentario al artículo 128”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1763-1773.
- “Comentario al artículo 128”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1763-1773.
- “Comentario al artículo 26”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 559-577.
- BONDÍA ROMÁN, F., “Los derechos de las meras fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, núm. LXX-IV, octubre 2017, pp. 1066-1114.
- CARBAJO CASCÓN, F., “Distinción entre obra fotográfica y mera fotografía. El concepto de originalidad creativa” en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXXII (2011-2012), 2015, Marcial Pons, Madrid, pp. 695-696.
- ESCRIBANO FORJADA, P., “Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del Derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales”, en *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson. Madrid, pp. 61-85.
- FALLÓS GARDÓ, A., *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2016.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C., “Comentario al artículo 43” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord..R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 861-890.

- MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., R., “Comentario al artículo 21”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 443-459.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Comentario al artículo 14”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 227-256.
- NAVAS NAVARRO, S., “Dominio público, diseminación on line de las obras del ingenio y cesiones «creative commons» (Necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual)”, en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXXII (2011-2012), 2015, Marcial Pons, Madrid. pp. 240-261.
- PALAU RAMÍREZ, F./PALAO MORENO, G. (dir), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., “Comentario a los artículos 17 a 19” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 293-376.
- XALABARDER PLANTADA, R., “La protección de las meras fotografías”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*”, dir. G. PALAO MORENO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. pp. 1480-1506.