

# Crterios para la consideración de “obras fotográficas”. Propuesta del test OFOTO

Juan Miguel Sánchez Vigil<sup>1</sup>

Recibido: 07 de septiembre de 2020 / Aceptado: 28 de octubre 2020

**Resumen.** La Ley de Propiedad Intelectual (LPI) clasifica las fotografías a efectos de protecci3n de derechos en dos modelos: obra fotográfica y mera fotografía. Esta divisi3n es única entre todas las creaciones originales (literarias, artísticas o científicas), y por tanto cuestionable de inicio por comparaci3n. A cada uno de estos modelos se le aplica distinta temporalidad en la protecci3n de derechos: 70 años para la obra fotográfica y 25 para la mera fotografía. Este aspecto se complica al asignar la LPI dos valores a la obra fotográfica: originalidad y creatividad, cuestiones tan subjetivas como indefinidas y que por tanto pueden ser interpretadas de formas muy diversas. Es objeto de este artículo proponer una serie de criterios, a través del test denominado OFOTO, al objeto de calificar las obras fotográficas de acuerdo a los valores que marca la LPI (originalidad y creatividad), basado en aspectos intelectuales, creativos y formativos, considerando además otros factores relacionados con sentencias judiciales. El documento ha sido evaluado por una veintena de docentes y profesionales expertos, y el resultado pretende ser herramienta de peritaje para los agentes implicados: autores, juristas, entidades de gesti3n de derechos y profesionales responsables de centros de documentaci3n.

**Palabras clave:** Fotografía, Propiedad intelectual, derechos de la fotografía, obra fotográfica, mera fotografía, OFOTO.

## Criteria for evaluating an “obra fotográfica”. Ofoto Test proposal

**Abstrac.** The Law of Intellectual Property (LIP) classifies photographs for the purposes of protecting their rights according to two models: “obra fotográfica” and “mera fotografía”. This is an exceptional division in regard to all the other original creations (literary, artistic and scientific), something which makes it, by comparison, questionable from the very beginning. Different time periods are established for the protection of the rights of each one of these models: 70 years for the *obra fotográfica* and 25 for the *mera fotografía*. This aspect becomes even more complicated when the LPI assigns two different values to the *obra fotográfica*: originality and creativity, two characteristics which are as subjective as they are vague, and so they can be interpreted in a variety of ways. The goal of this article is to propose a series of specific criteria using the OFOTO TEST, for the purpose of evaluating *obras fotográficas* according to the values established by the LPI (originality and creativity), but based also on the intellectual, creative and formative aspects and by taking into account other factors related to judicial rulings. The document has been studied by over twenty teachers and expert professionals, and its final goal is to provide a valuable assessment tool for all the agents involved: authors, jurists, entities managing legal rights and professionals responsible for documentation centers.

**Keywords:** Photography, Intellectual Property, Copyright of a photograph, “obra fotográfica”, “mera fotografía”, OFOTO Test.

**Sumario:** 1. Introducci3n. 2. La fotografía en sus derechos: obra fotográfica y mera fotografía. 2.1. Obra fotográfica. 2.2. Mera fotografía. 3. Criterios para la consideraci3n de obra fotográfica o mera fotografía. Aspectos intelectuales y técnicos. 3.1. Aspectos intelectuales. 3.2. Aspectos técnicos. 4. Test OFOTO. 4.1. Resultados. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía. Anexo 1. Evaluadores.

**C3mo citar:** Sánchez Vigil, J. M. (2020): Criterios para la consideraci3n de “obras fotográficas”. Propuesta del test OFOTO, en *Documentaci3n de Ciencias de la Informaci3n* 44 (1), 3-14.

## 1. Introducci3n

Definir la fotografía tras el cambio digital es casi un imposible por sus cualidades y aplicaciones. El artista y ensayista Philippe Dubois (1994: 11) considera que la

fotografía: “No es solo una imagen, es también, de entrada, un verdadero acto ic3nico si se quiere, pero como trabajo en acci3n, algo que no se puede concebir fuera de sus circunstancias, fuera del juego que la anima, sin hacer literalmente la prueba: algo que es a la vez con-

<sup>1</sup> [jmvigil@ccinf.ucm.es](mailto:jmvigil@ccinf.ucm.es)  
[jmvigil@ucm.es](mailto:jmvigil@ucm.es)

substancialmente una imagen-acto, pero sabiendo que este acto no se limita trivialmente al gesto de la producción propiamente dicha de la imagen, sino que incluye también el acto de su recepción y contemplación”.

En sus inicios fue experimento científico para fijar fragmentos de la realidad y le fue asignada la propiedad de grabar con luz. Sin embargo, sus múltiples usos le fueron confiriendo un carácter transversal. De entonces a hoy, su evolución ha sido constante en fondo y forma, como lenguaje y como creación, tal y como señala Sontag (1996: 21): “Una fotografía no es meramente el resultado del encuentro entre un acontecimiento (léase hecho, objeto, persona) y un fotógrafo; fotografiar es un acontecimiento en sí mismo, y un acontecimiento que se arroga derechos cada vez más perentorios para interferir, invadir o ignorar lo que esté sucediendo”. Estas cualidades, unidas a su universalidad y a su masiva difusión desde los orígenes, plantearon la necesidad de su control, no solo político y social (contenidos), sino económico (negocio), del que ha derivado una clasificación legal que ignora los planteamientos de Sontag, ya que la propia selección del tema constituye una creación y además original.

En España, la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI)<sup>2</sup> otorga a la fotografía dos consideraciones que son objeto de controversia por la indefinición de los términos: obra fotográfica y mera fotografía, la primera de ellas basada en la originalidad y creatividad. Esta diferenciación se estableció fundamentalmente a efectos de la protección de los derechos patrimoniales, en el primer caso para toda la vida del autor más 70 años después de su muerte, y en el segundo restringidos a 25 años. La LPI tomó como base la Directiva 93/98/CEE del Consejo de Europa, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, cuyo apartado 17 indica el siguiente considerando:

Que la protección de las fotografías en los Estados miembros es objeto de diversos regímenes; que, para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección de las obras fotográficas, en particular de aquellas que, debido a su carácter artístico o profesional, sean **importantes** en el mercado interior, es necesario definir el grado de originalidad requerido en la presente Directiva; que una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad; que la protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional<sup>3</sup>.

Como puede observarse, el punto de partida se vincula al mercado, y no de manera general sino solo para

aquellas obras que sean “importantes”. Parece claro que el término no es adecuado por impreciso, y sobre todo porque no se especifica por qué o para quién debe o puede ser importante. En la historia del arte son infinitud los ejemplos de fotografías que no fueron “importantes” en el momento de su creación, y que sin embargo se conservan y exhiben en museos con valores millonarios y con la consideración de obra fotográfica.

La protección se especifica en el Artículo 6 de la Directiva europea: “Las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor serán protegidas con arreglo al artículo 1<sup>4</sup>. No se aplicará ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías”.

Esta normativa legal es diferente en cada país europeo, y como indica Desantes (2018: 72) solo Italia y Alemania tienen regímenes parecidos al caso español, mientras que en Inglaterra y Francia no se hace distinción y se integran en las obras artísticas “sin mayores exigencias”. Los países escandinavos, sin embargo, dejan la fotografía fuera de las creaciones artísticas y les atribuyen derechos afines.

Cabe preguntarse por qué la LPI clasifica la fotografía con un sistema dual, y no lo hace con la música, pintura, escultura o el resto de las creaciones, incluida la literatura, sobre las que el legislador no se plantea si son obras o meras piezas, y que incluso cuando su calidad es cuestionada por los expertos gozan de toda la protección. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996 identifica mera fotografía con “fotografía reproductiva” (Desantes, 2017: 81), y en este sentido cabría la comparación con la copia de un grabado, dibujo o pintura, a los que la Ley no atribuye una segunda categoría.

Desde nuestro punto de vista es evidente que la división de la fotografía en dos modelos a efectos legales se debe a la cuestión patrimonial, diferenciación que no ha sido contemplada por historiadores y teóricos, cuya valoración parte de un estadio superior, global, más allá del crematístico. Estudiosos e investigadores han evitado trazar líneas divisorias en la concepción general de la fotografía, es por ello más significativo que la LPI recurra a cuestiones intelectuales, sin tener en cuenta otras valoraciones de expertos como las que aquí se proponen. Sontag (1996: 185), le confiere un valor único, independientemente de la función creativa o documental: “Para nosotros, la diferencia entre el fotógrafo como mirada individual y el fotógrafo como cronista objetivo parece fundamental, y con frecuencia esa diferencia se considera erróneamente la frontera entre la fotografía como arte y la fotografía como documento. Pero ambas son extensiones lógicas de lo que significa la fotografía: la notación, potencialmente, de cuanto hay en el mundo desde todos los ángulos posibles”. Una clave en cuestión de derechos patrimoniales está en los usos (la difusión), sin

<sup>2</sup> *Boletín Oficial del Estado*, 53, 2 de marzo de 2019, pp. 20282-340. Texto refundido de la LPI, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

<sup>3</sup> *Diario Oficial* n° L 290 de 24/11/1993, pp. 9-13.

<sup>4</sup> El Artículo Primero especifica: “Los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas a que se refiere el artículo 2 del Convenio de Berna se extenderán durante la vida del autor y setenta años después de su muerte, independientemente de la fecha en la que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público”.

los que no tendrían sentido; es por tanto el fin el que los determina. En consecuencia, se hace difícil entender los modelos que establece la ley si no son aplicados.

Es objeto de este artículo presentar una serie de criterios (test OFOTO) que sirvan para la cualificación de la obra fotográfica, ya que los conceptos aplicados por la LPI son, además de indefinidos, cuestionados por los autores. El punto de partida es que el autor es el responsable de la creación, cuya formación, competencias y actitudes han de tenerse en cuenta para la contextualización de toda obra, así como el conocimiento de la técnica, calificada por Flusser (2001: 25) como “prolongaciones de órganos humanos que se introducen más profundamente en la naturaleza y le arrancan los objetos de manera más eficiente y con mayor rapidez que lo hace el cuerpo por sí solo”. En el caso de la fotografía, como en el de la pintura, la escultura o el grabado, la técnica influye en la creatividad. Sirva como ejemplo la reflexión del historiador Mélon (1986:82): “Hay un momento en la historia de la fotografía, a partir de la última década del siglo XIX, en el que se produce un movimiento internacional que modifica la estética y explora la técnica, materias y efectos con el fin de crear. El movimiento se denominó pictorialismo, y es uno de los referentes para justificar la creación a través del conocimiento de la técnica”.

La metodología empleada ha consistido en analizar la LPI, recopilar bibliografía especializada y revisar casos concretos (sentencias y jurisprudencia) para elaborar un test evaluable en una doble vertiente: la primera sobre la aceptación de los criterios (cerrado y con respuesta dicotómica: SI/NO), y la segunda puntuando los criterios de 1 a 3 en relación al resto (escala numérica). Los evaluadores fueron 20, reputados profesionales en materia fotográfica (autores, docentes, gestores y técnicos). Teniendo en cuenta los resultados y las observaciones señaladas, se procedió después a la reestructuración del test para su presentación final.

Entre las fuentes destacaremos los manuales de propiedad intelectual de Berkovitz (2015) y Barberán (2010), los textos analíticos sobre derechos de autor de Cruanyes Tor y Salvador Benítez (2015), Valero (2000), Serrano (2008), Pizarroso (2008), Bondía (2006), Soler (1999), y Casas y Sol (1993), más las leyes, normativas y documentos oficiales sobre la materia: Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI, 2019), Plan Nacional de Conservación del Patrimonio Fotográfico (Ministerio de Cultura 2015), Directivas Europeas (1993, 2014, 2017) o Ley del Depósito Legal (2011), en cuyo preámbulo se indica que el patrimonio (bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital) debe ser preservado para que sea accesible y contribuir “al desarrollo cultural, social y económico”. De gran interés, desde el punto de vista jurídico, es el *Proyecto piloto para la Documentación y Gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual del Patrimonio Fotográfico*, coordinado por Blanca Desantes (2017), que aborda el tema desde la perspectiva y peculiaridades del documento fotográfico, y que además de presentar y analizar los contenidos de la LPI, recoge varias sentencias sobre obras fotográficas y meras fotografías.

## 2. La fotografía en sus derechos: obra fotográfica y mera fotografía

La cuestión que aquí se plantea tiene su origen en la propiedad intelectual y en consecuencia en los derechos de autor. La LPI de 1996 y el texto refundido de la misma (TRLPI, 2019)<sup>5</sup> incluye a la fotografía de manera explícita en el Capítulo II (Objeto, Artículo 1, Obras y títulos originales): “Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”.

Con carácter general, los derechos que la Ley atribuye a la fotografía son de dos tipos: morales y patrimoniales. Los primeros tienen por objetivo proteger la figura del autor, con dos características: irrenunciables (no puede renunciarse a la autoría) e inalienables (no pueden atribuirse o cederse a otros). Confieren la posibilidad de divulgación, paternidad, integridad, modificación y retirada de la obra del comercio. Los derechos patrimoniales tienen como características la exclusividad y la posibilidad de cesión a terceros de la explotación. Están cubiertos, como se ha indicado, durante toda la vida del autor y 70 años más después de su fallecimiento, a contar desde el 1 de enero del año siguiente, y se subdividen en exclusivos (reproducción, distribución, comunicación pública, transformación) y de remuneración (participación y compensación equitativa por copia privada). Las obras fotográficas gozan de los derechos morales y patrimoniales, mientras que las meras fotografías solo tienen algunos de los patrimoniales: reproducción, distribución y comunicación pública (Desantes, 2018: 68).

Los dos modelos que establece la LPI (obra fotográfica y mera fotografía) dispensan a cada modalidad un régimen jurídico distinto. Atendiendo al significado académico de las palabras obra y mera, observaremos su ambigüedad. La Academia define obra con dos acepciones: 1. “Cosa hecha o producida por un agente”; 2. “Cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia”. Por lo que respecta al término mero/a, señala también dos acepciones: 1. “Puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa (usado en sentido moral e intelectual)”; 2. “Insignificante, sin importancia”. Esta última apreciación confiere, de inicio, una connotación peyorativa a un tipo específico de fotografías, y plantea un interesante debate sobre lo simple “en sentido intelectual”, lo insignificante o lo que no tiene importancia, valoraciones que se presupone dependerán del autor y su idea, e incluso de los resultados, antes que de cualquier otro aspecto.

<sup>5</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en *Boletín Oficial del Estado*, 97, 22 de abril de 1996, pp. 14369-396. Texto refundido de la LPI, *Boletín Oficial del Estado*, 53, 2 de marzo de 2019, pp. 20282-340.

## 2.1. Obra fotográfica

El análisis que la Unión Europea ha llevado a cabo sobre el concepto de “originalidad”, se basa en las Directivas 1993/98 y 2006/116/CE, considerando obra fotográfica la creación intelectual propia de su autor. En el epígrafe 16 del Artículo 6 (2006) se indica: “Una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad”. La valoración es determinante, ya que deja claro que solo se tienen en cuenta los aspectos creativos (intelectuales) y no los méritos (acciones, conductas o cualidades) ni la finalidad (usos, aplicaciones, difusión, etc.). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) aplica el denominado test de la Libre Elección como sistema de verificación, basado en dos aspectos: a) si la función de la obra condiciona su expresión; b) si el fotógrafo toma decisiones libres y creativas mediante su impronta personal.

Desantes (2018: 81) define la obra fotográfica como “Aquella que reúne los requisitos de originalidad y creatividad suficiente para que se trate de una composición original (que responde a la selección de un motivo y un encuadre) y goce de originalidad creativa (en ella se aprecia impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor)”. Concluye que vendría determinada por los siguientes aspectos: Libertad de ejecución, impronta personal del fotógrafo, elección del motivo y su contexto, preparación de la escena, trascendencia de la reproducción de la imagen, e informes de los peritos expertos. En este último apartado cabe todo tipo de argumentos justificativos (exposiciones, publicaciones, premios, etc.), y desde nuestro punto de vista estos aspectos superan en mucho la breve o concisa apreciación de la LPI, reducida a originalidad y creatividad.

Ambos términos han sido los empleados por los juristas para definir la obra fotográfica, con ejemplo en algunas sentencias del Tribunal Supremo: “Para que la creación humana merezca la consideración de obra es que sea original, cuyo requisito en su perspectiva objetiva consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente”<sup>6</sup>. Textos como éste delatan el desconocimiento sobre la fotografía y la falta de asesoría en la cuestión, puesto que prácticamente ninguna foto es igual a otra, salvo las reproducciones.

Otra sentencia del Supremo señala: “La falta de originalidad y creatividad privan a las fotografías de condición de obra fotográfica y la degradan a la condición de mera fotografía”<sup>7</sup>. Las imágenes pueden tener distinto nivel creativo, pero no por ello degradan unas a otras. En otros casos se han empleado términos como “preparación” (de la escena), lo que plantearía nuevos dilemas: ¿Son originales las tomas durante un partido de tenis o las captadas en las guerras? Aquí no cabe la preparación, sino que cuenta la mirada, la iniciativa, la imaginación, que Flusser (2001: 14) considera sinónimo de la propia fotografía: “La capacidad específica de abstraer

superficies del espacio-tiempo y de retroproyectarlas al espacio-tiempo la llamaremos imaginación”; es decir, el resultado de una idea en un momento específico.

A tenor de estas sentencias judiciales se anula tajantemente la profesionalidad<sup>8</sup>. Así lo recoge también Soler Masota (1999: 107) al indicar que la protección no puede realizarse en claves profesionales ni bajo la iniciativa de asociaciones, aspecto éste muy discutible cuando los autores formen parte de míticas agencias, como es el caso de Magnum, donde el ingreso requiere de un brillante y contrastado currículum. Cabe preguntarse aquí si algunas fotos firmadas por miembros de Magnum serían consideradas meras fotografías.

## 2.2. Mera fotografía

La Directiva 93/98/CEE del Consejo de Europa (29 de octubre de 1993), en su artículo 6, deja libertad a los Estados para conceder protección (o no) a otras fotografías que no sean consideradas obras fotográficas. La normativa española establece un sistema de protección para ese tipo de imágenes a las que denomina simples (meras) fotografías en el artículo 128 del Libro II del Texto Refundido de la LPI, incluyéndolas en “Otros derechos de propiedad intelectual”. Los aspectos más relevantes son el cambio del término autor por el de realizador, estableciendo, como se ha indicado, una protección de 25 años desde la realización, así como los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Se consideran meras fotografías “las que se limitan a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta, aquellas en las que predomina el aspecto meramente mecánico o técnico”. Se entiende como el “simple hecho de hacer algo”, de manera automática, usando las herramientas sin planificación de trabajo y/o resultado, con o sin conocimientos técnicos.

Partiendo de esta consideración se incluyen todas las fotografías que no hayan sido “preparadas”, incluso las realizadas por los grandes fotoperiodistas a los que las leyes de los distintos países otorgan la máxima protección. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2002<sup>9</sup> consideró meras fotografías “las simples destinadas a complementar las noticias o reportajes del periódico”. Esta valoración implica que todas las imágenes que fueron y son realizadas para justificar un hecho no son obra fotográfica, tampoco los retratos de entrevistados; sin embargo, muchas de estas obras han sido consideradas simbólicas a posteriori por estudiosos, investigadores o historiadores, es decir después de su publicación, lo que avala la difusión como un criterio significativo.

Millones de fotografías tomadas en conflictos bélicos, eventos públicos o en cualquier lugar de acuerdo a una necesidad informativa o representativa de un hecho, han sido y son consideradas obras fotográficas por su originalidad y su carga intelectual (Serrano, 2008), ade-

<sup>6</sup> STS 4443/2004, 24 de junio de 2004. Resolución 542/2004.

<sup>7</sup> STS 2456/2011, 5 de abril de 2011. Resolución 214/2011.

<sup>8</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de enero de 2008 (resolución 17/2008) en la que se indica de manera expresa que la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía no depende de la consideración profesional del fotógrafo, sino de la originalidad y creatividad.

<sup>9</sup> STS 8943/2002, 31 de diciembre de 2002. Resolución 1304/2002.

más de por otras cuestiones como la autoría, el impacto, la composición y contenido, más aún cuando éste ha sido dispuesto por el fotógrafo.

En consecuencia, todas las imágenes de prensa galardonadas con prestigiosos premios nacionales o internacionales serían meras fotografías. Se cuestionan así también los fondos de los archivos fotográficos vinculados a la prensa, protegidos actualmente como obra fotográfica por las entidades de gestión, y que en ese caso serían meras fotografías.

### 3. Criterios para la consideración de obra fotográfica o mera fotografía. Aspectos intelectuales y técnicos

La ambigüedad de la LPI ha propiciado que las visiones y versiones plasmadas en la jurisprudencia hayan diferido, y que determinadas decisiones no hayan sido entendidas por los afectados y por extensión por los creadores. Por ello, se consideran aquí aspectos intelectuales y técnicos relacionados con la fotografía que serán base de los criterios sugeridos en la valoración de la obra fotográfica.

El Plan Nacional de Conservación del Patrimonio Fotográfico (2015: 98), a raíz del concepto de “originalidad”, advierte que deberían establecerse “criterios claros tanto para los autores como para los custodios y los posibles usuarios de las fotografías en el contexto de la sociedad de la información”.

Desde la perspectiva profesional no se concibe la fotografía como una simple realización, ya que conlleva como punto de partida una planificación previa, de acuerdo a los objetivos trazados, relacionados siempre con un proyecto (aunque sea inmediato) que responde a intereses. Por tanto, toda imagen implica un trabajo de planeamiento y concepción en el que interviene el esfuerzo intelectual, la capacidad creativa, el talento y la personalidad del autor, y por ello la consideramos original. Si a esto unimos la creatividad, se configura una composición que responde a la selección de un motivo y un encuadre. Originalidad y creatividad pueden proyectarse tanto sobre el sujeto como sobre el objeto elegido, componiéndolo o adaptándolo. Da igual la realidad fotografiada, su destino, mérito, valor comercial o finalidad, el coste económico o su carácter científico, periodístico, documental o turístico. Todo ello frente a la actividad amateur, a la que no se presupone la necesidad de formación académica autodidacta.

La actividad profesional cualifica al autor, especialmente cuando su trabajo ha sido difundido a través de empresas y/o instituciones públicas y privadas de relevancia y prestigio (administraciones, ayuntamientos, medios de comunicación, editoriales, agencias, bancos de imágenes, etc.), o bien por cualquier sistema o medio (publicación, exhibición, muestra, etc.); además, el ejercicio de la actividad profesional requiere de la combinación de competencias y habilidades técnicas e intelectuales que no pueden disociarse. De ambos deriva la creación, la correcta ejecución de la obra fotográfica.

En cuanto a la mera fotografía, se entiende en la LPI como una realización automática, y por tanto sin

necesidad de dominar herramientas, sin planificación del trabajo y sin diseño del resultado; en definitiva, sin conocimientos de ningún tipo. Nos referimos al detalle, enfoque, luces, sombras, planos focales, composición, encuadre, perspectiva, color, etc., aspectos indisolubles de la fotografía.

#### 3.1. Aspectos intelectuales

Se refieren expresamente a la idea, su plasmación y transmisión. Se vinculan a la formación académica y/o la experiencia, y a los conocimientos sobre la materia y tema a fotografiar, así como a la creatividad, es decir los puramente artísticos e indefinibles por su vinculación al intelecto.

La LPI contempla obra a obra, con lo que esto significa en el asunto que planteamos, ya que no se valoran los reportajes. Por otra parte, como ya hemos comentado, si la profesionalidad y el prestigio del autor no se consideran para categorizar una obra fotográfica, miles (millones) de imágenes captadas por grandes autores o reporteros gráficos en un instante y sin previa preparación, deben ser catalogadas como meras fotografías, cuando en la práctica las agencias de gestión de derechos aplican todo lo contrario.

Es la personalidad del autor la que genera una creación intelectual propia, que constituye “su” manera de ver. Como resultado se genera una ficción que se presenta como verdadera, como señala Fontcuberta (1997: 15): “La fotografía miente siempre... Pero lo importante no es esa mentira inevitable. Lo importante es como la usa el fotógrafo para imponer una dirección ética a su mentira”. Por consiguiente, en la toma es fundamental la mirada personal para la concepción, así como su reflejo y traducción en la ejecución de la misma. En la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992 se realiza una valoración objetiva de la imagen en estos términos: “cuando refleja la personalidad del autor”<sup>10</sup>. Todas las fotografías reflejan la personalidad del autor, en cuanto que es la persona quien elige o prepara el tema y cómo captarlo, del mismo modo que puede elegir sobre qué escribir y cómo hacerlo, lo haga bien o mal, aunque el resultado carezca de interés, porque siempre reflejará su personalidad, entendida como la diferencia o característica individual.

De la personalidad del autor deriva también la selección del espacio y el tiempo, representados por el corte que Dubois (1994: 141) explica como “una huella trabajada por un gesto radical, que la crea por entero de un solo golpe”. En cuanto al espacio y al tiempo, Bourdieu (1965: 108) señala: “La fotografía es un sistema convencional que expresa el espacio según las leyes de la perspectiva, y los volúmenes y los colores por medio de degradados del blanco y negro”.

Otra sentencia del Supremo de 29 de marzo de 1996<sup>11</sup> considera la obra fotográfica cuando el autor “incorpora el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella, porque entonces el deleite

<sup>10</sup> STS 7972/1992, 26 de octubre de 1992. Resolución 914/1992.

<sup>11</sup> STS 1954/1996, 29 de marzo de 1996. Resolución 234/1996.

que produzca la contemplación procede de esta, pero no de la fotografía en sí". En este caso, referido a los retratos, cabe preguntarse si la fotografía es otra cosa que su contenido, o sea la representación de alguien o de algo.

No existe fotografía sin autor (creador, ideólogo, productor, innovador, etc.). Soler (1999: 83) recoge de la jurisprudencia que un mismo autor puede crear obra fotográfica y meras fotografías. La pretensión de todo fotógrafo, aficionado o profesional, es dejar su sello en la imagen, formada por conceptos a través de los que ofrece información y fabrica modelos para los demás y para sí, que finalmente quedan inmortalizados en la memoria. Por ello no existe ninguna fotografía ingenua, desprovista de conceptos, como bien explica Flusser (2001: 36, 45): "El fotógrafo solo podrá ajustar la cámara para la toma de imágenes artísticas, científicas o políticas si tiene conceptos de arte, ciencia o política. De no tener estos conceptos ¿cómo iba a traducirlos en imágenes?".

También es de relevancia para su consideración la difusión de las imágenes en el más amplio sentido. La fotografía como arte y documento se enseña y analiza (universidades), se exhibe y difunde (museos, galerías, editoriales, agencias de prensa y publicidad, medios, bancos de imágenes, etc.), y se conserva (archivos y bibliotecas). A los autores cuya obra se exhibe en museos de prestigio o se reproduce en portadas de libros editados por empresas de reconocimiento mundial se les confiere a priori la categoría de artistas; por tanto, sorprende que algunas sentencias judiciales cuestionen sus imágenes al categorizarlas. Esta situación choca frontalmente con la originalidad y creatividad que la LPI demanda a las obras fotográficas. En consecuencia, han de fijarse aspectos intelectuales básicos para la elaboración de cualquier obra fotográfica, que resumimos en cinco:

- *Cultura de la imagen*: Conocimientos fundamentales para la creación e interpretación de los contenidos, sea cual sea la fotografía que deba ejecutarse. Capacidad de contextualizar la obra fotográfica en el amplio espectro de la cultura de la imagen.
- *Planificación del asunto, el espacio y el tiempo*: Desarrollo de la idea. Reconocimiento del espacio analizando sujeto y objeto, contexto y temática, y del tiempo en el que se ejecuta.
- *Selección de la tecnología*: Capacidad de elección y selección de los instrumentos necesarios para conseguir un resultado, lo que garantiza la creación.
- *Conocimiento de las obras, personas y objetos*: Se relaciona con la subjetividad y por tanto con la creación. Aspecto determinado en la imagen por el encuadre, el fragmento seleccionado. Interviene la psicología para analizar el sujeto. Es fundamental la observación.
- *Edición y difusión*: Decisión sobre la imagen final según la idea previa o cualquier otra que surja a posteriori. Adaptar o dar forma diferente a la imagen de origen. El autor, en su función de editor, es doblemente creador: como generador de la imagen original y como adaptador de la misma. Otro aspecto

es la capacidad de libre decisión para la difusión de la obra, bien por demanda, para consumo o disfrute (publicación, exhibición, conservación, coleccionismo, etc.).

### 3.2. Aspectos técnicos

Se refieren a los conocimientos y formación sobre tecnología, técnica y herramientas de trabajo. Fontcuberta (2003: 12) indica al respecto que para teóricos y gestores culturales como Beaumont Newhall y John Szarkowski: "el discurrir estético es básicamente una consecuencia de la evolución tecnológica"; por su parte, Castelo y Calbet (2018) señalan que un autor debe conocer la cámara, la luz, la imagen digital, la iluminación, los filtros y la composición, sea cual sea su finalidad. Como tercera reflexión tomamos las palabras del filósofo Flusser (2001: 9), quien categoriza la cultura humana desde sus comienzos en dos inventos fundamentales: la escritura lineal y las imágenes técnicas.

Es evidente que el conocimiento técnico por sí solo no hace de la fotografía una creación intelectual, pero está asociado a ella. Así lo recogió la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 2010: "Constatamos que han sido muy cuidados los encuadres, las perspectivas, las iluminaciones y los revelados finales. El resultado es fruto de una tarea creativa, y merece, desde luego, la consideración de original, no solo desde el punto de vista subjetivo, sino lo que es más relevante, objetivo"<sup>12</sup>.

Otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), fechada el 1 de diciembre de 2011, consideró además del encuadre, el enfoque y el ambiente, la personalidad, las técnicas de revelado y el uso de programas informáticos. Del mismo modo, la Corte de Apelación de París del TJUE, en sentencia de 13 de junio de 2017, a propósito de un retrato del compositor y cantante Jimi Hendrix, realizado por Gered Mankowiz en 1967, contempló los siguientes aspectos: la decisión de que fuera en blanco y negro, el uso de una cámara Hasselblad 500C con objetivo Distagon 50 mm, la decoración, iluminación, el ángulo de visión y el encuadre.

Todos estos aspectos son aplicables a cualquier fotografía, ya que previamente el autor elige su cámara o dispositivo, puede o no modificar el color a su antojo, aplicar filtros, buscar el fondo o la luz adecuada y realizar el encuadre pertinente según su deseo. La cuestión, en el ejemplo anterior, es si la decisión hubiera sido la misma si el personaje retratado fuese anónimo, en cuyo caso se valoraría de forma explícita el contenido. En consecuencia, han de fijarse claramente los aspectos técnicos que se consideran fundamentales para la elaboración de cualquier obra fotográfica, que resumimos en cinco:

- *Formación del autor, elección y presentación de la imagen*: Formación específica que responda a competencias adquiridas en la academia o mediante prácticas autodidactas. Dichas competencias se relacio-

<sup>12</sup> SAPM 17910/2010, 22 de noviembre de 2010. Resolución 259/2010.

nan con las actitudes (acto) y con las aptitudes (apto), respondiendo así a la idea en cada caso.

- *Conocimiento de las herramientas de captura:* Su dominio asegura el manejo de los elementos necesarios. La LPI presupone que en la “mera fotografía” el acto fotográfico se realiza de manera directa y mediante automatismos.
- *Iluminación:* La luz, natural o artificial, directa o indirecta, frontal, cenital o contraria, es clave en el resultado. Matiza la imagen y delimita los claros y oscuros.
- *Color:* Define la estética. Se incluyen los grises del blanco y negro, donde los altos contrastes juegan en la presentación.
- *Tratamiento técnico:* Dominio de los programas informáticos empleados en la edición.

#### 4. Test OFOTO

Las decisiones y las críticas se basan en normas, reglas o criterios que permitan actuar. Desde el punto de vista de la epistemología, es decir desde la filosofía de la ciencia

y de la técnica, desde los fundamentos y métodos del conocimiento científico, debemos tener en cuenta los datos empíricos (prácticos), tales como la hipótesis, los artefactos o los diseños, todos ellos aplicables a nuestro propósito. Con estas premisas y con el fin de categorizar la obra fotográfica se han elaborado los criterios (Test OFOTO), al objeto de establecer la diferencia entre obra fotográfica y mera fotografía.

Si la fotografía no puede dejar al margen la implicación del autor en el concepto, ni tampoco la preparación y el desarrollo del acto fotográfico, es obvio que el conocimiento técnico y el intelectual lo complementan, todo ello imbricado de manera que se contemple en su conjunto.

Como se indica en la metodología, el test con las propuestas ha sido sometido a la evaluación de una veintena de profesionales con actividad y responsabilidad en prestigiosos centros (Anexo 1), todos ellos expertos en fotografía en cuatro campos: autoría, docencia, tratamiento técnico y gestión de fondos y colecciones. Se solicitaron dos valoraciones: a) validez de los criterios en general, y b) relación de cada criterio con el resto. El documento de evaluación fue el siguiente:

CRITERIOS EVALUADOS (TEST OFOTO)
----------------------------------

*Objeto:* La Ley de Propiedad Intelectual clasifica la fotografía en dos modelos: obra fotográfica y mera fotografía. Atribuye al primero originalidad y creatividad, y reduce el segundo a la simple toma de la imagen. La Ley no tiene en cuenta otros aspectos. Es objeto del test valorar si los criterios que se proponen son o pueden ser fundamentales para considerar una “obra fotográfica”. Se pretende demostrar que influyen decisivamente en la originalidad y creatividad.

*Método:* a) Marque con X la casilla SI cuando considere válido el criterio, y NO si es negativo; b) Valore la importancia del criterio en relación al resto con la escala 1/2/3, siendo 3 el valor más elevado; c) Anexos. Cumplimente las cuestiones que considere necesarias.

Nombre del fotógrafo o profesional \_\_\_\_\_

Fecha \_\_\_\_\_

Especialidad o cargo \_\_\_\_\_

CRITERIO 1. Impronta personal / Autoría Nombre, seudónimo o sello personal de autor. Identificador de su obra.	SI	NO				
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 25%; text-align: center;">1</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">2</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">3</td> <td style="width: 25%;"></td> </tr> </table>	1	2	3			
1	2	3				
CRITERIO 2. Psicología Captación de la esencia del personaje o del tema fotografiado.	SI	NO				
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 25%; text-align: center;">1</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">2</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">3</td> <td style="width: 25%;"></td> </tr> </table>	1	2	3			
1	2	3				
CRITERIO 3. Temática y presentación Elección del tema/ modo de presentarlo. Foto única, serie, reportaje, etc.	SI	NO				
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 25%; text-align: center;">1</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">2</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">3</td> <td style="width: 25%;"></td> </tr> </table>	1	2	3			
1	2	3				
CRITERIO 4. Difusión Modos y maneras de hacer pública la obra. Centros y/o vías de exhibición y difusión (exposiciones, catálogos, libros, etc.).	SI	NO				
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 25%; text-align: center;">1</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">2</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">3</td> <td style="width: 25%;"></td> </tr> </table>	1	2	3			
1	2	3				
CRITERIO 5. Herramientas de toma Instrumentos de trabajo, fundamentalmente cámara y objetivos.	SI	NO				
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 25%; text-align: center;">1</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">2</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">3</td> <td style="width: 25%;"></td> </tr> </table>	1	2	3			
1	2	3				
CRITERIO 5. Herramientas de toma Instrumentos de trabajo, fundamentalmente cámara y objetivos.	SI	NO				
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 25%; text-align: center;">1</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">2</td> <td style="width: 25%; text-align: center;">3</td> <td style="width: 25%;"></td> </tr> </table>	1	2	3			
1	2	3				

CRITERIOS EVALUADOS (TEST OFOTO)				
CRITERIO 6. Composición, encuadre, perspectiva Preparación de la escena, dominio del espacio y del tiempo, originalidad en la transmisión del mensaje y su significado.			SI	NO
1	2	3		
CRITERIO 7. Foco Dominio de puntos de referencia en la imagen. Selección de la información. Efectos.			SI	NO
1	2	3		
CRITERIO 8. Iluminación Conocimiento, uso y aplicación de la luz, natural y/o artificial. Reproducción y/o alteración de la realidad.			SI	NO
1	2	3		
CRITERIO 9. Color Conocimiento, uso y aplicación de los colores, incluidas gamas grises para blanco y negro. Equilibrio de color, tonos. Pulcritud y génesis de efectos.			SI	NO
1	2	3		
CRITERIO 10. Edición Tratamiento de imágenes analógicas y digitales. Creatividad y exclusividad.			SI	NO
1	2	3		

## Anexo

Considera suficientes estos criterios	SI	NO
Otros criterios (Indíquelos)		
1. Etc.		
Otras Observaciones		

### 4.1. Resultados

La evaluación valida los criterios de manera contundente (Tabla 1), si bien con matices y apreciaciones que se han tomado en cuenta para la propuesta final. De los veinte evaluadores, diecisiete aceptaron como válidos al menos siete de los diez criterios de origen: cinco de ellos consideraron positivas las diez propuestas, siete validaron nueve, tres aprobaron ocho, y dos marcaron siete. El resultado fue el siguiente:

- 19 aprobados para los criterios 1, 6 y 10 (equivalente a 9,5 puntos sobre 10)
- 18 para el criterio 3 (9 puntos sobre 10)
- 17 para los criterios 2 y 8 (8,5 puntos)
- 16 para los criterios 4, 7 y 9 (8 puntos)
- 8 para el criterio 5 (4 puntos sobre 10)

En cuanto a la valoración de cada criterio en relación al resto, considerando 3 puntos el valor máximo y 1 el mínimo (se dio valor 0 a los criterios no aprobados por los evaluadores), la media total resultante fue de 2,2 puntos sobre 3 (equivalente a 7,5 puntos sobre 10), incluido el criterio 5 que obtuvo solo 0,95 puntos de media (Tabla 2).

En resumen, la mayoría de los evaluadores dieron por suficientes las propuestas a excepción de dos, si bien varios sugirieron otros criterios, que matizan los ya ex-

puestos o han sido incluidos como nuevos. Los temas sugeridos fueron los siguientes:

- a) Corriente artística (Agustín): Autoría.
- b) Popularidad, Trayectoria (Rubiera, Soleiman): Autoría.
- c) Producción, comitente y contexto (Agustín, Baixeras, Heras): Difusión.
- d) Centro de conservación y/o exhibición de la obra (Agustín): Difusión.
- e) Impacto social (Heras): Difusión.
- f) Intencionalidad (Ayala, Castelo, Irala, Morales, Salvador, Soleiman): Se añade.
- g) Uso y aplicación (Agustín, Durán, Olivera): Se añade.

Las indicaciones sobre autoría y difusión se han ajustado a los criterios ya propuestos, a saber: corriente artística, popularidad y trayectoria en Autoría; producción, impacto social y centro de conservación y/o exhibición en Difusión. Tanto la intencionalidad, como el uso y aplicación, se añaden como nuevos criterios al test original. Basándonos en los resultados, y con el fin de ajustar los criterios a un decálogo base, se ha procedido a integrar dos temas técnicos en el criterio 7 (foco y herramientas), que pasa así a estar formado por composición, encuadre, perspectiva y foco. En consecuencia, el test OFOTO queda compuesto por los diez criterios siguientes:

Tabla 1. Evaluación del Test Ofoto (obra fotográfica)

	Evaluadores	Criterios										Total
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
1	Agustín	*	*	*	*	-	*	*	*	*	*	9
2	Ayala	*	*	-	*	-	*	*	*	*	*	8
3	Baixeras	*	-	*	*	-	-	-	-	-	*	3
4	Carabias	*	-	*	*	*	*	-	-	-	*	6
5	Castelo	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	10
6	Durán	*	-	*	-	-	*	*	*	*	*	7
7	García	*	*	*	*	-	*	*	*	*	*	9
8	Heras	*	*	*	-	-	*	-	-	-	-	4
9	Irala	*	*	*	-	*	*	*	*	*	*	9
10	Marsé	*	*	-	*	-	*	*	*	*	*	8
11	Morales	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	10
12	Muller	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	10
13	Olivera	*	*	*	*	-	*	-	*	-	*	7
14	Ornoz	*	*	*	*	-	*	*	*	*	*	9
15	Palacios	-	*	*	*	*	*	*	*	*	*	9
16	Rubiera	*	*	*	*	-	*	*	*	*	*	9
17	Salvador	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	10
18	Soleiman	*	*	*	-	-	*	*	*	*	*	8
19	Torregrosa	*	*	*	*	-	*	*	*	*	*	9
20	Uria	*	*	*	*	*	*	*	*	*	*	10
	<b>Total</b>	<b>19</b>	<b>17</b>	<b>18</b>	<b>16</b>	<b>8</b>	<b>19</b>	<b>16</b>	<b>17</b>	<b>16</b>	<b>19</b>	

Tabla 2. Valoración de cada criterio en relación al resto (1)

	Evaluadores	Criterios										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
1	Agustín	3	2	3	3	-	2	3	3	3	2	1
2	Ayala	3	3	3	2	-	2	2	2	2	2	2
3	Baixeras	3	-	3	3	-	-	-	-	-	-	2
4	Carabias	3	1	3	2	1	2	-	-	-	-	3
5	Castelo	3	3	3	3	1	3	3	3	3	3	3
6	Durán	3	1	1	1	-	3	3	3	3	3	3
7	García	3	3	3	3	-	3	2	3	3	3	3
8	Heras	2	3	-	-	-	3	-	-	-	-	-
9	Irala	3	3	2	-	1	3	2	3	3	3	3
10	Marsé	2	3	3	2	-	3	2	2	2	2	3
11	Morales	3	2	1	3	2	3	3	3	2	2	2
12	Muller	2	2	2	3	3	2	3	2	1	2	2
13	Olivera	3	3	2	3	-	2	1	2	2	2	3
14	Ornoz	3	3	3	3	-	3	3	3	3	3	3
15	Palacios	-	3	2	1	2	3	2	2	2	2	2
16	Rubiera	3	2	2	2	-	3	3	3	2	2	2
17	Salvador	3	3	3	2	1	3	2	2	2	2	2
18	Soleiman	3	1	3	-	-	3	3	3	3	3	3
19	Torregrosa	3	2	3	3	-	2	1	1	1	1	2
20	Uria	3	3	3	2	2	3	3	3	3	3	2
	Media (2,2)	2,7	2,3	2,4	2,2	0,9	2,6	2,1	2,2	2	2	2,3

(1) Valor mínimo: 1; Valor máximo: 3.

CRITERIOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE OBRA FOTOGRAFICA (TEST OFOTO)
---

1. *Autoría*. Define la personalidad en la toma (inherente a la originalidad y la creatividad), la impronta personal. Incluye su actitud, trayectoria, popularidad, el grupo al que pertenece, el modo de representar el tema y/o la corriente artística. Valoración: el sello personal del autor, identificador de sus obras.
2. *Psicología*: Se trata de la capacidad para captar la esencia del personaje o del tema fotografiado. Vinculada al retrato y otros temas realizados en interiores (fotografía en estudio) y/o exteriores (espectáculos, actos públicos y privados, etc.). Valoración: la captación de la esencia del sujeto, objeto o asunto.
3. *Intencionalidad*: Propósito del autor de realizar una creación o de documentar un hecho; es decir, pretensión de obra creativa o registro. En el segundo supuesto cabe considerar la forma de expresión y de comunicación como creatividad. Valoración: la idea como base de la imagen final.
4. *Usos y aplicaciones*: Utilización de la imagen fotográfica. Empleo privado o público, comercial o no venal, p.e.: publicidad, edición, prensa, portales webs, etc. Valoración: Empleo en proyectos específicos que caractericen el resultado.
5. *Temática y presentación*: Elección del tema y modo de presentarlo. Contenidos específicos que confieren la categoría de especialista en la materia, o bien la popularidad de una imagen (aunque el autor no sea conocido). También la forma de presentar el/los tema/s en cuestión (obra única, montaje, serie, reportajes, etc.). Valoración: especialización, obras populares y los modelos de presentación.
6. *Difusión*: Modos de hacer públicas las obras, presencia en instituciones y colecciones, impacto de las mismas, productores y comitentes. Valoración: Obras en instituciones de relevancia (encargo/adquisición). Su difusión e impacto en publicaciones, exposiciones, webs, o cualquier otro modelo.
7. *Composición, encuadre, perspectiva, foco*: Formas de preparación de las escenas (composición) y dominio de los espacios (planos), selección de fragmentos (encuadres), modelos de representación de los mismos (perspectivas), enfoque o desenfoque para determinar la profundidad de campo (foco). Se considera necesario el dominio de las herramientas para todos estos temas. Valoración: transmisión del mensaje y de los significados, representación de los contenidos en el contexto, influencia en la mirada del receptor.
8. *Iluminación*: Conocimiento y aplicación de la iluminación (natural y/o artificial). Dominio de las luces y las sombras, elementos nucleares por definición. Valoración: Reproducción fiel y/o alteración de la realidad.
9. *Color*: Su uso en la creación, incluidas las gamas de grises en el blanco y negro. Modificación o alteración según intereses (tonos, contrastes, etc.) Valoración: respeto al tema original, pulcritud, efectos, creaciones específicas.
10. *Edición*: Tratamiento (pos-producción) de la obra según pretensiones. Dominio de métodos clásicos (cortes, retoques, máscaras, etc.) y digitales (software especializado), conocimientos sobre formación de la imagen. Valoración: creatividad y exclusividad de la obra.

## 5. Reflexiones finales

La LPI clasifica la fotografía en dos modelos para la adjudicación de los derechos: obra fotográfica y mera fotografía, vinculados a la originalidad y la creatividad. Ambas cuestiones son difícilmente valorables al ser de carácter ético y/o estético, y en consecuencia generadoras de confusión. Con dicha división se establece un agravio comparativo con el resto de obras creativas (los cuentos no son considerados mera literatura frente a la novela, la zarzuela mera música frente a la ópera o la acuarela mera pintura frente al óleo). Esta fractura, que entendemos responde exclusivamente a los aspectos patrimoniales, rompe los valores globales y unívocos de la fotografía como arte, lenguaje y documento, y genera una situación controvertida.

La jurisprudencia es contradictoria en sus sentencias respecto a la consideración de obras fotográficas, ya que en ocasiones considera exclusivamente la originalidad y la creatividad en abstracto, y por tanto de manera subjetiva, y en otras atiende a su formación y conocimientos, a los aspectos técnicos (incluidas las herramientas), así como a los contenidos y al mensaje.

Como se indica, se observa en la LPI un planteamiento cerrado a la consideración de aspectos absolutamente básicos para calificar una obra fotográfica: personalidad del autor, formación académica y/o autodidacta, y conocimientos técnicos. Bercovitz (2007), en su lectura jurídica de la Ley, señala que la mayoría de las fotografías no pueden ser consideradas obras fotográficas, argumento que “se puede extender a todos los campos de la actividad (científica, artística, deportiva, política, etc.), ya que son realizadas en la mayoría de los casos por profesionales, principalmente los reporteros gráficos de los medios de comunicación social”.

La ambigüedad del texto de la LPI, así como la diversidad de criterios en las sentencias, posibilita que las entidades de gestión de imágenes apliquen la calificación de obra fotográfica o mera fotografía en función de sus intereses. Esta es una de las razones fundamentales por la que entendemos debería revisarse la Ley, y que justifica la necesidad de elementos de referencia que expliciten los términos originalidad y creatividad.

El test OFOTO que se presenta constituye una guía para el peritaje, y en consecuencia un elemento clave en la toma de decisiones. Esta herramienta contempla dos grandes aspectos: de una parte, el intelectual, que comprende la autoría, psicología, intencionalidad, usos y aplicaciones, temática y difusión; de otra, el conocimiento técnico, que se relaciona con la composición, iluminación, color y edición de la imagen. Los criterios propuestos quedan abiertos al debate de todos los agentes implicados, quienes deberán determinar en definitiva si la propuesta, como se pretende, ayuda a paliar el problema legal.

## 7. Bibliografía

- Barberán Molina, Pascual (2010). *Manual práctico de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Berkovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2015). *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bondía Román, Fernando (2006). “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, *ADC*, vol. 59, 2006 (3), pp. 1065-1114.
- Bourdieu, Pierre (1965). *Un art moyen*. París: Minuit.
- Casas Vallés, Ramón; Sol Muntañola, Mario (1993). *Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo*, en *Revista Poder Judicial*, nº 30, pp. 136.
- Castelo, Luis; Calbet, Javier (2018). *Aprender fotografía*. Madrid: Ommpress.
- Cruanyes Tor, Josep; Salvador Benítez, Antonia (2015). “Marco jurídico de la fotografía”, en Salvador Benítez, Antonia (Coordinador). *Patrimonio fotográfico. De la visibilidad a la gestión*. Gijón: Trea, pp. 217-241.
- Desantes, Blanca (2017). *Proyecto piloto para la Documentación y Registro de los Derechos de Propiedad Intelectual del Patrimonio Fotográfico*. Madrid: Subdirección General de Archivos Estatales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- Consejo de Europa (1993). Directiva 93/98/CEE del Parlamento de Europa, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. *Diario Oficial* L290, 24 de noviembre.
- Consejo de Europa (2014). Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014. Relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L84/72, 20 de marzo.
- Consejo de Europa (2017). Directiva 2017/1564 del Parlamento Europeo. *Usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines*. Modificación de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L242/6, 13 de septiembre.
- Dubois, Philippe (1994). *El acto fotográfico. De la representación a la recepción*. Barcelona: Paidós Comunicación
- España (2019). *Ley de Propiedad Intelectual*. Texto Refundido de la LPI (TRLPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, 53, 2 de marzo, pp. 20282-20340.
- Flusser, Vilén (2001). *Una filosofía de la fotografía*. Madrid: Síntesis.
- Fontcuberta, Joan (editor, 2003). *Estética fotográfica*. Barcelona: Gustavo Gili.
- Fontcuberta, Joan (1997). *El beso de Judas*. Barcelona: Gustavo Gili.
- Mélon, Marc (1986). “Más allá de lo real: la fotografía artística”, en Lemagny, Jean-Claude; Rouillé, André (1986). *Historia de la fotografía*. Barcelona: Alcor, pp. 82-102.
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2015). *Plan Nacional de Conservación del Patrimonio Fotográfico*. Madrid: Ministerio de Cultura.
- Pizarro Moreno, E. (2008). “Obras expresadas por procedimientos análogos a los fotográficos. En torno a las llamadas simples fotografías”, en Serrano Fernández, María (coord.). *Fotografía y derechos de autor*. Madrid, Reus, 2008, pp. 31-44.
- Real Academia Española (2019). *Diccionario de la Lengua*. Términos: “Mero/a” y “Obra fotográfica”. <http://dle.rae.es>. [Consulta, 15 abril de 2020].
- Serrano Fernández, María (2008). “La autoría de la obra fotográfica. Los autores empleados o asalariados. Fotografías y publicaciones periódicas”, en *Fotografía y derechos de autor*. Actas de la Jornadas sobre Fotografía y Derechos de Autor. Departamento de Derecho Privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Madrid, Reus, 2008, pp. 31-45.
- Soler Masota, Paz (1999). “Fotografía y derecho de autor”, en *Anuario de Derecho Civil*, 52, 1, pp. 101-144.
- Sontag, Susan (1996). *Sobre la fotografía*. Barcelona: Edhasa.
- Valero Martín, Eva (2000). *Obras fotográficas y meras fotografías*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## Anexo 1. Evaluadores

*Docentes*: Agustín, Carmen (Universidad de Zaragoza); Carabias, Mónica (UCM); Heras, Beatriz de las (Universidad Carlos III); Olivera, María (UCM); Salvador, Antonia (UCM); Torregrosa, Juan Francisco (Universidad Rey Juan Carlos).

*Fotógrafos*: García de la Vega, M<sup>a</sup> Antonia; Muller, Ana.

*Docentes, Fotógrafos, Gestores, Técnicos*: Morales, Rubén (Conservación-restauración de patrimonio fotográfico y Universidad Rey Juan Carlos); Rubiera, Nacho (B19 y TAI-Escuela Universitaria de Artes); Soleiman, Angélica (Sybaria y TAI-Escuela Universitaria de Artes).

*Docentes y Gestores*: Ayala, Federico: (Diario *ABC* y UCM)

*Docentes y Fotógrafos:* Baixeras, Federico (TAI-Escuela Universitaria de Artes); Castelo, Luis (UCM); Irala, Pilar (Universidad San Jorge, Zaragoza).

*Gestores y Fotógrafos:* Durán, Manuel (Espasa); Marsé, Alex (Agencia Álbum); Oronoz, Jorge (Fototeca Oronoz).

*Gestores y Técnicos:* Palacios, Belén (Biblioteca Nacional de España); Uría, José María (Fundación Anastasio de Gracia-Fitel)