

La Fotografía como Bien Jurídico Protegido en el Marco de la Ley sobre el Derecho de Autor en Venezuela: Especial Referencia al Delito de Reproducción Ilícita

FRANCESCA ANTONELLA RODRÍGUEZ SPINELLI

Abogada, egresada de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. Estudiante del Postgrado de Propiedad Intelectual y Becario Académico de la Facultad de Arte de la misma Universidad (2004-2007). Gerente del Departamento de Propiedad Intelectual de Maionica Rossini Jelambi & Ribeiro, Despacho de Abogados. E-Mail: francescantonella@hotmail.com

Recibido: 19/06/07. Aceptado: 10/11/07

Resumen

A propósito de la peculiar protección de la fotografía por vía de un Derecho Afín, en la Ley Sobre el Derecho de Autor en Venezuela; se analiza la letra del articulado que la regula dentro de esta Ley, evaluando su correspondencia o discordancia con los principios generales regentes de la materia autoral, y especialmente, en el escenario de la reproducción ilícita.

PALABRAS CLAVE: Fotografía, Obra del Ingenio, Mera Fotografía, Derecho de Autor, Derechos Conexos, Reproducción Ilícita

The Photograph as a Protected Interest within the Framework of Venezuelan Law of Author's Right: Special Reference to the Crime of Illicit Reproduction

Abstract

Speaking of the peculiar protection of the photograph as a Related Right within the framework of Venezuelan Law of Author's Right; all the articles dedicated to its regulation into this Law are analyzed, in order to evaluate if they are in keeping with the general principles of Author's Right or not, especially in the context of illicit reproduction.

KEYWORDS: Photograph, Work, Mere Photograph, Author Right, Connected Rights, Illicit Reproduction

*«La fotografía es una lección de amor y odio al mismo tiempo.
Es una metralleta pero también es el diván del psiquiatra.
Una interrogación y una afirmación,
un sí y un no al mismo tiempo.
Pero sobre todo es un beso muy cálido».*

Henri Cartier-Bresson

«El fotógrafo es el embalsamador del tiempo»

Hervé Bazin

I. INTRODUCCIÓN

El ensayo que de seguido se presenta, constituye una aproximación al estudio de la condición jurídica de la fotografía en el marco de la legislación venezolana, especialmente, en el contexto de la Ley sobre el Derecho de Autor (LsDA), y centrado en las particularidades existentes en la consagración normativa de la fotografía como bien objeto de protección por el Derecho de Autor.

La disertación pretende abordar esa condición legal de la fotografía en Venezuela, de cara a las disposiciones legales que en su género se encuentran estipuladas en la mayor parte de los países iberoamericanos, dado que tales referencias ilustran el devenir legislativo que en el campo autoral ha tenido la fotografía, reconocida como obra fotográfica cuando constituye una creación intelectual con características de individualidad en la forma de expresión, o como *mera fotografía* cuando careciendo de originalidad, encierra un valor documental o histórico por la realidad de la imagen que capta.

Asimismo, la investigación persigue examinar las incidencias de las estipulaciones de la LsDA desde la perspectiva penal del Derecho de Autor, particularmente, en lo que al delito de reproducción ilícita se refiere y a la

luz del reconocimiento de las ventajas o desventajas que la propia letra de la Ley encierre en su articulado alusivo a la fotografía, como obra y como mecanismo de reproducción material de otras creaciones intelectuales.

II. LA FOTOGRAFÍA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA LUZ DE SU CONSAGRACIÓN EN EL MARCO DE LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

El interés del hombre por reproducir de alguna manera la realidad que le rodeaba y dejar registros visuales de hechos cotidianos e históricos, de vivencias y necesidades, tal y como apunta Mangieri; se integraron en la fotografía como invención del siglo XIX que vino a consumir una serie de prácticas icónicas vinculadas al mundo del *imaginario humano* y plasmadas en los mitos que estructuran la *arqueología de la imagen*. El autor precisa:

La antigua práctica de recortar siluetas proyectadas sobre una pantalla o superficie o de calcar con exactitud el contorno de un perfil o de un objeto es el signo fundamental del llamado *mito de la silueta*, que encontraremos relatado en textos de Plinio en su *Naturalis Historia* y también en Filostrato. Si cito este antiguo mito griego es porque nos fijamos un poco en el procedimiento básico de la fotografía <<sin cámara>>.

(...) De otra vertiente, y también como gran mito fundador de la fotografía, de la pintura y de la imagen en general, procede el conocido *mito de Narciso*, que presenta una escena clave donde un sujeto (Narciso) al verse reflejado en el agua queda virtualmente

atrapado por su misma imagen invertida (Mangieri, 1998, pp. 3-4).

Estos mitos ilustran, de algún modo, que la imagen «posee una existencia no sólo subjetiva sino material, objetiva e incluso *cosificada*» (Costa, 1991, p. 33), que la imagen ha encontrado espacio dentro de los componentes vivenciales y sociales, convirtiéndose incluso en un lenguaje capaz de comunicar signos importantes en civilizaciones y culturas primordialmente visuales, como la griega y la contemporánea especialmente.

Así la imagen, como sustrato de la fotografía, ha hecho de ésta no únicamente un soporte donde adherirse, sino una forma de expresión visual que transmite y registra un modelo preexistente de la realidad. En este sentido, la fotografía se ha perfilado pues como una fusión entre la creatividad humana y el uso del conocimiento aplicado a la técnica, capaz de transformar un «proceso por el que se fija una imagen en una superficie especial, mediante la acción de la luz sobre determinados materiales fotosensibles» (Enciclopedia Hispánica, 1992, p. 321), en un bien tangible y, en ocasiones, en una manifestación del arte.

Sobre esa capacidad artística de la fotografía, Lipszyc explica que: «Muchos entendían que era el resultado de un proceso mecánico que realizaba la cámara fotográfica y resistían su reconocimiento como obra y la consiguiente protección por el derecho de autor. Pero, por fin se advirtió que la fotografía es arte» (2001, p. 84).

Esas apreciaciones a las que alude la autora, propias de la subjetivación estética que le imprime el intérprete fotográfico al elemento visual que percibe en una fotografía,

estribaron en observar en ésta una mera derivación mecánica de un procedimiento técnico, que residía en presionar el obturador de una cámara; aunque otras posiciones, por su parte, respaldaron el reconocimiento de la fotografía como una modalidad más de las obras del ingenio, es decir, como una creación intelectual dotada de individualidad. Esto último resultó en la categorización de la fotografía como un bien u objeto jurídico (vale decir, como «aquello que tiene una medida de valor y puede ser objeto de protección jurídica») (Cabanellas, 1993, p. 51), tutelado en el terreno del Derecho de Autor.

Dentro del prisma de las diversas legislaciones en el mundo, específicamente, en los textos normativos sobre la materia de algunos países ibéricos; la condición de la fotografía como obra del ingenio y exponente del arte, ha sido acogida en la totalidad de dichos textos, tendencia que se funda en la adhesión de estos países al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna), como instrumento por el que sus adheridos adoptan la fórmula enunciativa, al hablar sobre la tipología de las obras tuteladas por el Derecho de Autor, en sus normas nacionales, (Argentina, Artículo 1°; Bolivia, Artículo 6°; Brasil, Artículo 7°; Chile, Artículo 3°; Colombia, Artículo 2; Costa Rica, Artículo 1; Ecuador, Artículo 8; El Salvador, Artículo 13; Guatemala, Artículo 15; Honduras, Artículo 2; México, Artículo 13; Nicaragua, Artículo 13; Panamá, Artículo 7; Paraguay, Artículo 4; Perú, Artículo 5°; Uruguay, Artículo 5°, entre otros).

De otra suerte, la fotografía desprovista de la originalidad requerida como elemento existencial a la obra, es tenida como *realización fotográfica* o como *mera fotografía*, o lo que es lo mismo, una fotografía sin individualidad en la forma de expresión de la imagen,

carente de componentes artísticos, aunque dotada sí de un carácter documental. En este orden de ideas, la fotografía encontrará la tutela legal merecida por las obras del ingenio, en tanto evidencie originalidad -entendida ésta como individualidad en la forma de expresión artística-, mientras que prescindiendo de ésta y de acuerdo al ámbito normativo bajo el cual pretenda cobijarse, podrá situarse en el sistema de los Derechos Conexos al Derecho de Autor (España, Perú, Ecuador, entre otros), o bien, bajo la categoría de Otros Derechos Intelectuales (verbigracia, Paraguay). El caso de Venezuela es particularmente distinto.

En el marco de la legislación venezolana, la LsDA, no hace mención expresa de la figura de la fotografía dentro de la tipología a la que la misma alude en su artículo 2, pues cuando refleja a modo de ejemplo las que considera obras del ingenio de carácter creador, no se propone a la fotografía como una más de las expresiones del intelecto humano relacionadas. No obstante, por pertenecer a una declaración enunciativa, simbólica, abierta y que incluye a todas aquellas creaciones literarias, científicas o artísticas, cualesquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o destino (Artículo 1º); no debe entenderse excluida a la obra fotográfica del listado en referencia, sino más bien deducir que se reconoce su condición de objeto jurídicamente protegible en el ámbito del Derecho de Autor, por tratarse precisamente de una obra que resulta de la inteligencia y creatividad humanas, sin entrar a especular sobre su virtuosidad o cualidad.

El Convenio de Berna, por su parte, en el artículo 2.1º, aún y cuando reafirma el carácter enunciativo del catálogo de obras protegidas, incluye a «las obras fotográficas, a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía».

En igual sentido se pronuncia el legislador comunitario andino, al contemplar a la fotografía dentro del conjunto de obras protegidas a las que hace referencia el artículo 4.i de la Decisión 351 del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (D351).

Ahora bien, retomando la letra de la LsDA, es de destacar que como bien señala ésta en su artículo 1º, los derechos reconocidos por ella, son independientes de la propiedad del objeto material en el que esté incorporada la obra, sin estar sometidos al cumplimiento de ninguna formalidad. Esto deja por sentado la condición declarativa del derecho, en relación con los requisitos legales que son inmanentes al nacimiento de la facultad legal de exclusiva sobre la obra, y la titularidad de las prerrogativas jurídicas necesarias al goce, ejercicio, uso y disposición de las mismas por un sujeto de derecho determinado.

Se afirma entonces que, a la naturaleza propia del Derecho de Autor, le es claramente inherente hallar la génesis de las facultades derivadas del acto creador, en el alumbramiento mismo de la obra y no en la solicitud o invocación del derecho ante el Estado, característica ésta última que distancia en gran medida a sistemas autorales de tradición latina como el venezolano, de los de corte anglosajón como exponentes pues del *Copyright*.

Así las cosas, la fotografía, como bien jurídico tutelado por el Derecho de Autor, o lo que es lo mismo, como obra; encuentra su merecida protección en el marco de la LsDA por vía del artículo 1º, en tanto constituya una creación original del intelecto humano; y a la par, por consagración del dispositivo normativo 38 *ejusdem*, en el que se precisa que a las fotografías, reproducciones e impresiones obtenidas por un procedimiento análogo, se

les ampara en igual forma que a las obras del ingenio y, con ello, se le confiere al fotógrafo el derecho de explotación exclusiva sobre su fotografía.

Con tales condiciones de norma, la fotografía entonces podrá potencialmente ser objeto de cesión bajo las estipulaciones vinculadas a la relación laboral o al trabajo por encargo, signadas por la transferencia ilimitada y por toda la duración del derecho, de las prerrogativas de Ley que en lo patrimonial se desprenden del autor-empleado o autor-comisionado, en su caso, a raíz de la entrega material de la obra al patrono o al comitente, según corresponda, salvo que exista pacto expreso en contrario, tal y como se estipula en el artículo 59 de la misma Ley. Lo dicho se corrobora en la lectura del artículo 38 de la LsDA, que señala textualmente lo siguiente:

Las fotografías y las reproducciones e impresiones obtenidas por un procedimiento análogo, están protegidas en igual forma a las obras del ingenio señaladas en el artículo 1º de esta Ley. El derecho del fotógrafo y de sus derechohabientes se extingue a los sesenta años de la divulgación de la obra.

No obstante, se extinguirá a los sesenta años de su realización si no hubiere sido divulgada durante ese período. Dichos lapsos se contarán a partir del primero de enero del año siguiente a la divulgación o a la realización, respectivamente. El derecho de explotar una fotografía realizada por un fotógrafo profesional, puede ser objeto de cesión en las mismas condiciones que la efectuada bajo una relación laboral, en los términos del artículo

59 de esta Ley. Se equiparan a las fotografías las imágenes impresas en las cintas audiovisuales siempre que no constituyan propiamente una obra audiovisual.

Para ilustrar el caso de la fotografía no tenida por obra, por carecer de originalidad, tenida sí por simple fotografía o *mera fotografía*, puede mencionarse el caso de España, cuya Ley de Propiedad Intelectual, que regula lo concerniente al Derecho de Autor y los Derechos Conexos; reconoce en la realización fotográfica provista de valor documental o comercial, un objeto protegido por los Derechos Conexos. Esta condición se advierte en su artículo 128, relativo a la mera fotografía:

Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores a obras fotográficas.

Como se evidencia, en España, el realizador de una *mera fotografía* queda protegido con un derecho de exclusiva sobre la explotación de la fotografía, tal como ocurre en el campo de los derechos patrimoniales sobre la obra (facultades de explotación y aprovechamiento económico derivado de las diversas modalidades en que pueda ser reproducida, transformada o comunicada públicamente una creación intelectual protegida por el Derecho de Autor), en cuanto a los autores se refiere, aunque

el tiempo de duración de ese derecho, en lo particular, sea inferior al concedido a las obras del ingenio.

Lo precedentemente indicado, bien explica una de esas condiciones jurídicas que se observaban con anterioridad al respecto de la protección de la fotografía, pues es propio de la legislación española en la materia, considerar a la fotografía o reproducción obtenida por procedimiento análogo al deducido para la creación de una obra fotográfica, como un objeto de resguardo legal en el ámbito de los Derechos Conexos, con las subsiguientes facultades de reproducción, distribución y comunicación pública de la misma, entre otras formas de explotación.

Otro ejemplo que puede sumarse al caso español, es el peruano, cuya Ley 13714 sobre Derechos de Autor, concibe a las fotografías como objeto de protección por el Derecho de Autor (Artículo 5°, literal h), siempre que cuenten con las cualidades de una obra, o sea, que «constituyan una forma de expresión creativa y personal, con características de originalidad» (Antequera, 1996, p. 426), aunque como más adelante y a este tenor también esboza el autor:

(...) es posible, al igual que con las simples grabaciones audiovisuales, que una fijación fotográfica no tenga características creativas - e incluso, que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante-, pero sea susceptible de tener valor económico apreciable y cuya explotación libre y gratuita por terceros, tendría las características de un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación.

De allí, la posibilidad de reconocer en el marco de los derechos conexos, un derecho exclusivo de explotación, por un tiempo determinado, al que realice una fotografía (u otra fijación obtenida por un procedimiento análogo) que no tenga el carácter de obra conforme a la definición legal (1996, p. 426).

Así, y coincidiendo con la posición española en lo que toca al régimen jurídico de las meras fotografías, la ley peruana a su vez, reconoce un derecho conexo sobre las mismas y, por ende, la posibilidad de explotarla de forma exclusiva y durante el tiempo establecido en el texto normativo a tales propósitos.

En Venezuela, como se expusiera antes, la figura de la mera fotografía no encuentra regulación expresa en la LsDA, lo que no equivale a decir que aquellas fotografías no consideradas como obras se encuentren desguarnecidas en lo jurídico. En otras palabras, la obra fotográfica y la simple fotografía, en el marco de la legislación autoral venezolana, gozan de un sistema de amparo legal complejo, pues si bien su tratamiento legislativo asimila la fotografía a las obras del ingenio y las imágenes e impresiones obtenidas por procedimiento análogo a la fotografía también son tenidas en cuenta; de igual manera este especial tratamiento aclara que el plazo de protección a conceder no se extiende, en cantidad, al período que opera para el resto de las obras.

Sin embargo, la particular inclusión de la protección de la fotografía en el capítulo de los Derechos Afines de la LsDA, genera algo de desconcierto en lo que al tipo de protección sobre esta figura pretendió establecer el legislador, aunque como bien aclara Ricardo Antequera Parilli, una vez que la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy, Comunidad Andina) sumó al

conjunto de obras objeto de resguardo por el Derecho de Autor, a las obras fotográficas y a aquellas expresadas por procedimiento análogo; se entiende que cualquier interpretación dubitativa que al respecto de la protección de la fotografía en el marco de la LsDA pudiera forjarse, resulta inoficiosa, pues la todavía aplicación preeminente de la norma comunitaria excluye tal posibilidad (1997, p. 353).

Lo antes expresado ratifica, asimismo, que la peculiar ubicación de la fotografía en esa arquitectura o estructuración de la LsDA, que pareciera diferenciar entre Derechos Afines y Derecho de Autor propiamente dicho, no le resta su reconocimiento como obra del ingenio cuando así se configure, y mucho menos su carácter de bien jurídico protegido aún cuando sea una imagen o una impresión realizada por un procedimiento análogo a la fotografía. A este tenor, resultan entonces comprensibles las razones que señala Antequera para argumentar su posición sobre la practicidad y la eficacia de reconocer a la fotografía una protección equiparable a la concedida para el resto de las obras (1998, p.353), razones que identifica con el carácter parcial de la reforma de 1993 de la LsDA y la conveniencia de no cambiar la estructura de la Ley anterior, pero tampoco esos motivos justifican que la técnica legislativa empleada para la elaboración de la Ley se inclinara por mantener el orden o secuencia de los artículos y capítulos de la misma, en lugar de atender a la necesidad de resguardar con claridad a la fotografía.

A todas estas, se entiende que ese espacio reservado en la LsDA para los Derechos Afines, contempla una categoría distinta de derechos referidos no sólo a la fotografía, sino también a la edición de obras que resulten de una labor científica y a la divulgación de obras póstumas. Sobre estos tres escenarios, la LsDA establece entonces los llamados Derechos Afines, conjunto de prerrogativas legales

que por la naturaleza misma de los objetos protegidos (realización fotográfica, divulgación de una obra ajena y póstuma, y edición de obras que resulten de una labor científica) si bien no son reconocidas sobre la materialización de una forma de expresión –obra-, porque no parten de un acto de creación intelectual; sí constituyen facultades que recaen directamente sobre una actividad desplegada por un sujeto, que aún sin crear una obra, logra con dicha actividad un trabajo intelectual que pone al servicio del conglomerado social, la posibilidad de acceder a la información, al conocimiento y/o a la recreación.

En síntesis, la fotografía constituida como creación artística original, está dotada de la tutela legal merecida por las obras del ingenio y, careciendo de los requisitos exigibles para distinguirse como tal, puede cobijarse -como lo denotan los ejemplos propuestos en el contexto iberoamericano- bajo la figura de la mera fotografía y alcanzar así una tutela por vía de Derechos Conexos, cuando la originalidad no esté presente en ella. En Venezuela, en cambio, la asimilación de la protección de la fotografía a la tutela reconocida para el común de las obras del ingenio, deja claro que contemplando o no individualidad en la forma de la expresión fotográfica, el autor contará siempre con el denominado Derecho Afín que estipula la LsDA para el caso. Esta peculiaridad de la norma venezolana es la que quizás hace de la LsDA una ley menos afortunada en lo que consagración de la condición jurídica de la fotografía se refiere, pues si concibiera la protección de la misma sobre la base de la presencia de la originalidad en la expresión fotográfica materializada, la fotografía se vería provista de un Derecho de Autor más diáfano en la letra de la Ley nacional sobre la materia, cuando se evidenciara la existencia de tal originalidad (circunstancia que tal vez equipararía el cómputo de su lapso de protección al del común de las obras, sin limitarlo únicamente a 60

años de resguardo, contados desde su realización o divulgación), y otorgaría un amparo propio del sistema de los Derechos Conexos, a las fotografías que no encarnaran individualidad en su forma de expresión.

En este sentido, el hallar a la fotografía en el interior del capítulo de la LsDA que alude a los Derechos Afines, da lugar a una especial lectura de su artículo 38, lectura de la que se desprende que aún homologando la protección de la fotografía a la reconocida por disposición legal a las obras del ingenio, esa analogía sigue representando un tratamiento diferencial en la concesión del plazo de protección legal (lo que no es exclusivo de las fotografías, ya que también se acorta la extensión del plazo de protección consagrado en la ley -toda la vida del autor y sesenta años *post mortem auctoris*- en especiales casos como el de la obra audiovisual, la obra radiofónica y los programas de computación), con todas sus incidencias en lo patrimonial.

En efecto, el dispositivo legal en comento, compromete todavía más la tutela de la fotografía, cuando somete al profesionalismo del fotógrafo la posibilidad de hacer de sus fotografías un objeto de comercio en el plano de las relaciones laborales o por encargo, es decir, como objeto de actividades comerciales, de vinculaciones laborales signadas por la dependencia y subordinación presentes entre empleado y patrono, o bien, que la fotografía sirva de objeto a una relación de encomienda, donde se encargue la realización de una prestación (trabajo o servicio) por la que se pauta una remuneración o contraprestación (pago de un precio en dinero o en especies). Esta exigencia, patente en el cuerpo del artículo 38 de la LsDA, constituye pues la institucionalización de formalidades y exigencias inconsistentes con la naturaleza jurídica de la materia autoral.

El problema se plantea, igualmente, por el hecho de que las fotografías, realizadas o no por profesionales del arte, en lo que toca a su susceptibilidad de explotación económica, no pueden estar condicionados a pedidos tan subjetivos como el profesionalismo del individuo que la corporiza, ya que supeditar un derecho a requerimientos tan ambiguos, es desdibujar la esencia que inspira la norma misma y atar el reconocimiento de una facultad impero-atributiva de orden autoral a inquietudes como: ¿Qué es un fotógrafo profesional? ¿Con qué vara se mide su profesionalismo? ¿Se es profesional por hacer de una actividad un oficio al cual estar dedicado con ánimo de constancia y lucro? ¿Es un fotógrafo profesional el que estudia formalmente la esencia de la técnica y la domina, o el que intuitivamente y por vocación o «amor al arte» la desarrolla? ¿O acaso es fotógrafo profesional el que fusiona en sí mismo un poco de cada una de esas virtudes? En fin, entregar a tanta incertidumbre un derecho, pareciera negar el incuestionable valor de un documento gráfico tan importante en las sociedades actuales, y dejar este punto de la explotación económica de la fotografía, a merced de múltiples interpretaciones.

Luego de esbozar esta discutible característica de la Ley, en lo tocante a la fotografía como objeto de derechos económicos conforme al precitado artículo 38 de la LsDA, conviene expresar las razones por las cuales resulta trascendente formular una adecuación de la norma a la naturaleza misma de la fotografía y a la realidad expresada en ella.

A este respecto, se afirma entonces que la fotografía, como un bien jurídico tutelado, se encuentra entre las obras del ingenio a las cuales les es reconocido un conjunto de prerrogativas de orden moral y patrimonial. En este

contexto, la LsDA establece en su artículo 5º que: «El autor de la obra del ingenio tiene por el sólo hecho de su creación un derecho sobre la obra que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en esta Ley».

Así pues, es el autor, como persona física que crea la obra, el sujeto de los derechos que sobre ella recaen, entendidos estos como prerrogativas de índole moral y económica. Tales facultades morales o Derecho Moral del autor, comporta a su vez un cúmulo de privilegios legales que protegen, a decir de Delia Lipszyc, «la personalidad del autor en relación con su obra», y en ese sentido estará constituido por:

(...) el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra –darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad-, a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación (1993, pp. 154-155).

En igual modo se pronuncia Serrano, citado por Fuentes, definiendo a los derechos morales como:

el conjunto de prerrogativas de carácter personal concernientes a la tutela de la relación, inherente a la creación, que nace entre la personalidad del autor y su obra. Su fin esencial es garantizar los intereses intelectuales del propio autor y de la sociedad (2000, p. 78).

Por su parte, el Derecho Patrimonial, está integrado por una serie de facultades que permiten la explotación de la obra de la manera más amplia posible (sin más limitaciones que las consagradas en las propias legislaciones), por su titular originario o derivado, premisa que Antequera refuerza señalando lo siguiente:

Dado lo ilimitado del derecho de explotación (sistema del <<numerus apertus>>), la descripción de su contenido tiene apenas un sentido ejemplificativo, ya que toda forma de uso de la obra es, salvo excepción legal expresa, privativa del autor o, en su caso, del titular del respectivo derecho (1998, p. 400).

En Venezuela, la fórmula jurídica adoptada por la LsDA difiere de lo que se ha evidenciado en la tendencia legislativa de incluir a la fotografía y a las obras obtenidas por procedimiento análogo, dentro del catálogo ejemplificativo de las obras del ingenio, modalidad mucho más clara y extendida. De esta suerte de tendencia legislativa inclusiva de la fotografía en la letra del artículo que enuncia la tipología del objeto de protección de las leyes autorales, Antequera expresa:

(...) buena parte de las legislaciones nacionales –Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Bangladesh, Barbados, Benin, Bolivia, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Haití, Honduras, Indonesia, Irak, Islandia, Italia, Japón, Kenya, Líbano, Libia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malasia, Malawi, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Nicaragua,

Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumania, Rwanda, Sierra Leona, Sri Lanka, Sudan, Tailandia, Tonga, Túnez, Uruguay, Venezuela, Zaire- y el proyecto de disposiciones tipo de la OMPI, incorporan en el catálogo de producciones protegidas a las <<obras fotográficas>>(1998, p. 355).

Siguiendo con la situación venezolana, es pertinente precisar que si bien de la denuncia del Acuerdo de Cartagena y el consecuente retiro del país del sistema andino de integración, se advierte que Venezuela ya no es considerado un país miembro de la Comunidad Andina, es sí un Estado aún regido por las normas que en ese marco de integración han sido dadas y los compromisos adquiridos en ese contexto, al menos, hasta tanto el proceso de denuncia culmine. Por tanto, la norma comunitaria andina por la que se establece el Régimen Común sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos (D.351), a la fecha, es también norma aplicable en territorio venezolano, régimen legal mucho más afortunado en cuanto a la condición jurídica de la fotografía es propio, dado que admite a las obras fotográficas y a las obtenidas por procedimiento análogo a la fotografía, dentro de su propio listado de obras del ingenio.

III. LA FOTOGRAFÍA DESDE LA PERSPECTIVA PENAL DEL DERECHO DE AUTOR: ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE REPRODUCCIÓN ILÍCITA EN LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

Como se esbozara en la disertación precedente, la situación de la fotografía en el sistema del Derecho de Autor

venezolano, se halla particularmente plasmada en la LsDA bajo la categoría de un bien jurídico tutelado por un Derecho Afín, que trata de equipararla a las obras del ingenio en tanto comulgue con los principios que rigen la materia autoral.

Así, en el texto normativo referido, el tema de la observancia de los derechos en éste reconocidos, se trasluce en la protección civil, administrativa y penal que se ha puesto a disposición del autor, de sus herederos o derechohabientes; para defender sus prerrogativas legales, a través de las acciones que en tales ámbitos se encuentran estipuladas. En este sentido, la fotografía se configura como bien penalmente protegible en el contexto de la LsDA, en su categoría de objeto sobre el que versan derechos autorales tutelados por la norma. Ya de esta forma lo asoma uno de sus dispositivos legales, tipificante de las conductas que, en la esfera del Derecho de Autor, son tenidas por delictivas. Tal es el caso de la reproducción ilícita de obras del ingenio y de otros productos amparados por dicha Ley, así como las actividades referidas a la comercialización ilícita de estas obras o productos. El dispositivo normativo es el artículo 120 del mismo cuerpo de Ley, que reza:

Será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, todo aquel que con intención y sin derecho reproduzca, con infracción del encabezamiento del artículo 41 de esta Ley, en forma original o elaborada, íntegra o parcialmente, obras del ingenio, ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías, o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía o imágenes impresas en cintas cinematográficas equiparadas a la fotografía; o quien introduzca en el país, almacene, distribuya, venda o ponga de

cualquier manera en circulación
reproducciones ilícitas de las obras del ingenio
o productos protegidos por esta ley.

De la lectura del artículo transcrito, es posible inferir que la norma encierra el tipo penal relativo a la reproducción ilícita de una obra del ingenio o de un producto reconocido como susceptible de protección por el Derecho de Autor en los términos establecidos en la LsDA, pero además, siguiendo la propia tendencia legislativa de tradición latina, que entiende implícito a éste derecho patrimonial del autor –y en su caso, del titular derivado que lo ostente- el de distribución de las copias lícitamente reproducidas de la obra; el artículo anunciado incluye también dentro del tipo penal a las actividades de comercio ilícito vinculadas a la reproducción ilegal en comento, las de distribución ilegítima de las obras o productos protegidos.

Como toda norma penal apegada a los principios de legalidad, tipicidad y punibilidad, el artículo consagra la pena aplicable al sujeto que incurra en la conducta típicamente delictiva en ella estipulada. Sin embargo, igualmente se evidencia que la norma aludida hace una remisión al artículo 41 de la misma LsDA, a modo de ilustrar la definición legal de la actividad de reproducción, y tenerla entonces como referente para determinar cuándo se está en presencia de un acto que entraña esta modalidad de explotación de una obra, o de un producto, reconocido como acreedor de resguardo por la LsDA. A estos efectos, se transcribe también el precitado artículo:

La reproducción consiste en la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de toda o parte de

ella, y especialmente por imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plásticas, registro mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico.

El derecho de reproducción comprende también la distribución, que consiste en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso.

Sin embargo, cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta, el titular del derecho de explotación conserva los de comunicación pública y reproducción, así como el de autorizar o no el arrendamiento de dichos ejemplares (subrayado de la autora).

Ahora bien, a la luz del análisis del artículo 41 de la LsDA debe sumarse la observación de los artículos 42 y 44 *ejusdem*, por ser a su vez referentes obligatorios a la hora de determinar la licitud o ilicitud de la reproducción como forma de explotación económica de la obra o del producto protegido por la propia LsDA:

Artículo 42. Siempre que la ley no dispusiere otra cosa, es ilícita la comunicación, reproducción o distribución total o parcial de una obra sin el consentimiento del autor o, en su caso, de los derechohabientes o causahabientes de éste.

En la disposición anterior quedan comprendidas también la comunicación, la reproducción o distribución de la obra traducida, adaptada, transformada, arreglada o copiada por un arte o procedimiento cualquiera.

Artículo 44. Son reproducciones lícitas:

1. La reproducción de una copia de la obra impresa, sonora o audiovisual, salvo en el programa de computación que se registrará conforme al numeral 5 de éste artículo, siempre que sea realizada para la utilización personal y exclusiva del usuario, efectuada por el interesado por sus propios medios.
2. Las reproducciones fotomecánicas para el exclusivo uso personal, como la fotocopia o el microfilme, siempre que se limiten a pequeñas partes de una obra protegida o de obras agotadas, y sin perjuicio de la remuneración equitativa que deban abonar las empresas, instituciones y demás organizaciones que presten ese servicio al público, a los titulares del respectivo derecho de reproducción. Se equipara a la reproducción ilícita, toda utilización de las piezas reproducidas para un uso distinto al personal que se haga en concurrencia con el derecho exclusivo del autor de explotar su obra.
3. La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido,

de artículos, breves extractos de obras u obras breves lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados.

4. La reproducción individual de una obra por bibliotecas o archivos que no tengan fines de lucro, cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente, para preservar dicho ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad o para sustituir en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre que no resulte posible adquirir tal ejemplar en plazo y condiciones razonables.

5. La reproducción de una sola copia del programa de computación, exclusivamente con fines de resguardo o seguridad.

6. La introducción de programas de computación en la memoria interna del equipo, a los solos efectos de su utilización por el usuario lícito, y sin perjuicio de su participación al titular del derecho cuando así se haya pactado en el contrato de enajenación del soporte material o en la licencia de uso.

7. La reproducción de una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga.

8. Las copias de las obras de arte efectuada a los solos fines de un estudio.

9. La reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en las calles, plazas u otros lugares públicos por medio de un arte diverso del empleado para la elaboración del original. Respecto de los edificios, dicha facultad se limita a la fachada exterior.

Vistas las consideraciones de ley ofrecidas, se advierte pues que la fotografía, dada su peculiar consagración en el marco de la LsDA; es tenida en el ámbito venezolano -bajo la regencia de la norma especial sobre la materia- como objeto de tutela por un derecho afín al autoral, derecho que contempla una protección análoga a la reconocida por la Ley a las obras del ingenio, y ello, no obstante, hace que la norma tipificante del delito de reproducción ilícita (luego de explicar que tal ilicitud se encuentra en la fijación material dolosa de obras del ingenio, para darlas a conocer al público y obtener copias íntegras o parciales de éstas), establezca además que la implicada fijación material malintencionada, puede materializarse también sobre «ediciones de obras ajenas o de textos, o fotografías, o productos obtenidos por un procedimiento similar a la fotografía, o imágenes impresas en cintas cinematográficas equiparadas a la fotografía».

Esta sutil escisión que se sigue de la redacción del artículo en 41 de la LsDA, muestra claramente que la Ley entiende a la reproducción ilícita como un delito que también ataca a las fotografías, a la par de la trasgresión que implica para las obras del ingenio, pues si bien es cierto que en el ámbito de la tutela legal trata de equiparar a la fotografía con las creaciones intelectuales resguardadas por el Derecho de Autor, también es cierto que no las tiene necesariamente por tales, y las encuadra más bien en el especial predio de los Derechos Afines. Esto se aprecia manifiestamente en la letra del artículo, mismo que no optó por decir que este delito irrumpe en el goce y ejercicio de los derechos patrimoniales de reproducción de las «*obras del ingenio*» (expresión que probablemente dejaría inmersas allí a las obras fotográficas), sino que alude primero a la reproducción ilícita de las obras y luego de la reproducción ilícita de las «*fotografías*». Adicionalmente, en el artículo

41 de la LsDA, queda abiertamente expuesta la posibilidad de que la fotografía también se comporte como un mecanismo del que delictualmente puede servirse un reproductor ilícito de obras del ingenio, y ello introduce un elemento importante, la ambivalencia de la fotografía como imagen captada con o sin originalidad, y la del mecanismo de reproducción de prácticamente cualquier cosa visualmente perceptible.

Retomando entonces, se afirma que resultaría mucho menos desconocedora de la condición de la fotografía como obra, cuando presenta dotes de originalidad en su forma de expresar la imagen que encierra, el haber hablado de *realizaciones fotográficas, o productos derivados de un procedimiento similar a la fotografía*, cuando se busca dejar en evidencia que aquellas fotografías carentes de originalidad o, en su caso, las simples fijaciones de imágenes en cintas cinematográficas, no siendo obras, también están expuestas a los desmanes de la reproducción ilícita.

Por otra parte, el intencionado subrayado que se ha hecho en el artículo 41 de la LsDA, pretende resaltar cómo la definición legal de la reproducción en el contexto de la Ley, entiende a la fotografía no como una de las tantas modalidades de expresión original que pueden conjugarse en una creación intelectual para darle el carácter de obra, sino como una «*forma o procedimiento*» por el que, entre otros, «*especialmente*» pueda darse a conocer al público una obra, u obtener copias del todo o de una parcialidad de ésta. La situación, nuevamente, introduce una diferenciación poco tímida en la Ley en relación con el tema de la fotografía, distinción que termina por empañar la posibilidad real y factible de que la fotografía pueda ser una obra del ingenio, lisa y llanamente, ante los ojos de la LsDA.

No obstante, importa reconocer que en materia penal, a pesar de que el distingo se hace patente en lo inherente al objeto jurídico tutelado sobre el que la reproducción ilícita puede versar; el delito opera como conducta ilícita para todos los casos, con una sanción punitiva específica y aplicable al infractor inmerso en la conducta penalmente perseguible y prevista en la norma tipificante, con sus condiciones agravantes o atenuantes de la pena. A este tenor, cabe aseverar que la fotografía sigue teniendo algunas defraudaciones en la visión que la Ley ofrece sobre su condición, pero en el campo penal, al menos, queda clara su suerte de bien jurídico penalmente protegible.

Finalmente, se traen a colación unas reflexiones del autor Martínez Rincones al respecto de la norma referida y de su entendido como exponente del interés y resguardo que el Derecho Penal, muestra por los bienes objeto de protección por la disciplina jurídica de la Propiedad Intelectual, y en este particular, por el sistema del Derecho de Autor en el espacio venezolano:

(...) puede afirmarse que la regulación penal en el ámbito de la Propiedad Intelectual debe apreciarse a partir de la consideración de los Derechos de Propiedad Intelectual, entendidos como conceptos normativos y como bienes del Derecho Penal, el cual, los ampara mediante su calificación de bienes y derechos que se aprecian típicamente como el objeto de cada ilicitud penal intelectual. Así por ejemplo, cuando la Ley sobre el Derecho de Autor de Venezuela (L.S.D.A), tipifica en su artículo 120, el Delito de Reproducción Dolosa de una Obra del Ingenio, lo que hace la Ley, es darle el carácter de bien jurídico penal, al derecho que tiene el autor, de explotar su obra

mediante la reproducción de la misma, siendo ilícita toda reproducción no autorizada por el autor (2004, p. 694).

IV. CONCLUSIONES

Luego de haber analizado el tema de la condición jurídica de la fotografía en torno a su protección legal y a la acción penal de resguardo de las prerrogativas patrimoniales de su reproducción, en el marco de la LsDA; se observa que la situación de la fotografía en el terreno autoral venezolano, tal y como lo plantea la ley nacional sobre la materia, ameritaría una revisión legislativa que, a objeto de consolidar la tutela de la fotografía como bien jurídico y del fotógrafo como sujeto de derechos, lograra evitar formular distinciones injustificadas e innecesarias, como las puntualizadas a lo largo de este estudio. La Ley debe buscar expresar el espíritu del legislador, sin dejar lugar a interpretaciones subjetivas, capaces de condicionar el reconocimiento y ejercicio de las facultades legales inherentes a la condición del fotógrafo como autor, esto, cuando de la suerte de hacer de su creación fotográfica una obra, pueda ostentar derechos de orden moral y patrimonial.

La fotografía, no en balde, es expresamente incluida de forma transparente en el catálogo enunciativo de las obras protegidas por el Derecho de Autor en casi todas las leyes especiales sobre la materia, en el grueso de los países iberoamericanos y en muchos otros tantos, inclusión que atribuye importancia al contenido comunicativo y a la expresividad que puede encarnar en un momento dado la fotografía. En Venezuela, la individualidad materializada en una obra fotográfica, reclama un resguardo legal más inteligible, dado que ello, por una parte, significa reconocer derechos para su creador, pero por otro lado, también implica ofrecer al conglomerado social la posibilidad de acceder a

la recreación, a la información y al conocimiento, como valores que en lo autoral no pueden estar supeditados a ambiguas redacciones legales. Por el contrario, la letra de la Ley debe escapar de cualquier atisbo de ambigüedad, pues ello compromete la efectiva protección del autor fotográfico y la defensa y ejercitación de las facultades que por Ley le corresponden.

Por último, esa necesaria revisión legislativa, igualmente, debe evaluarse y pensarse en el contexto que ahora plantean los problemas derivados de la puesta en práctica de las redes electrónicas, del sistema de *Internet*, que ha simplificado la copia, modificación y uso ilícito de las fotografías puestas en la «web», como escenario en el que la Ley pudiera contemplar mayores prevenciones.

REFERENCIAS

Antequera, R. (1996). *El Nuevo Derecho de Autor en el Perú*. Lima, Perú: PERU REPORTING.

_____ (1997). *Derecho de Autor*. (2ª. ed). Caracas, Venezuela: Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor.

_____ (s/f). *Tendencias Legislativas latinoamericanas en Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Caracas, Venezuela: SELA.

Bercovitz, R. (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. (2ª. ed). Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L..

Costa, J. (1991). *La Fotografía: Entre sumisión y subversión*. México: Editorial Trillas.

Fuentes, F. (2000). *Los Derechos Morales*. En: Breviario del Derecho de Autor. Mérida, Venezuela: Livrosca.

Lipszyc, D. (2001). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires, Argentina: UNESCO/CERLARC/ZAVALIA.

Mangieri, R. (1998). *La Fotografía como Lenguaje*. Mérida, Venezuela: CODEPRE-FAAULA.

Martínez, J. (2004). *La Observación de los Derechos de Propiedad Intelectual desde la perspectiva del Derecho Penal*. En: Congreso Internacional Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Propiedad industrial. Tomo II. Margarita, Venezuela: Universidad de Margarita

Munguia, I. (1999). *Diccionario Larousse*. Gramática de la lengua española. México. Segunda reimpresión.

Rengifo, G. (1996). *Propiedad Intelectual*. El Moderno Derecho de Autor. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

NORMATIVA

- Decreto No. 604 (D.O. 150 Vol. 320), de fecha 26 de agosto de 1993. Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual, San Salvador, El Salvador.
- Decreto No. 33-98 del Congreso de la República. Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ciudad de Guatemala, Guatemala.
- Decreto No. 141-93, de fecha 30 de agosto de 1993 publicada en las Gacetas 27, 218 y 27, 219 del 8 y 9 diciembre de 1993. Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Tegucigalpa, Honduras.
- Decreto Legislativo 822, de fecha 23 de abril de 1996 (publicado el 24 de abril de 1996). Ley sobre el Derecho de Autor, Lima, Perú.
- Decreto Oficial Federal de fecha 24 de diciembre de 1996. Ley Federal del Derecho de Autor, Ciudad de México, México.
- Diario Oficial de Colombia N° 23, de fecha 28 de enero de 1.982. Ley 23 Sobre Derechos de Autor, Bogotá, Colombia.
- Gaceta Oficial de Bolivia, N° 1.734, de fecha 24 de abril de 1.992, Ley 1.322 de Derechos de Autor, La Paz, Bolivia.
- Gaceta Oficial de Costa Rica N° 212, de fecha 04 de noviembre de 1.982. Ley 6.683 de Derechos de Autor y Derechos Conexos, San José, Costa Rica.
- Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.638 Extraordinario, de fecha 01 de octubre de 1.993. Ley Sobre el Derecho de Autor, Caracas, Venezuela.
- Ley 11.723 del Poder Ejecutivo Nacional de la República de Argentina, de fecha 28 de septiembre de 1933 (modificada al 18 de octubre de 1989). Ley de Propiedad Intelectual, Distrito Autónomo de Buenos Aires, Argentina
- Ley 9.610 de Derechos de Autor, de fecha 19 de febrero de 1.998, Brasilia, Brasil.
- Registro Oficial de Ecuador N°320, de fecha 8 de mayo de 1.998. Ley de Propiedad Intelectual, Quito, Ecuador.
- Ley 17.336, de fecha 28 de agosto de 1970 (modificada el 22 de febrero de 1990) Ley de Propiedad Intelectual, Santiago de Chile, Chile.
- Ley N° 15, de fecha 8 de agosto de 1994. Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Panamá, Panamá.