

# PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA TOMAR O UTILIZAR FOTOGRAFÍAS DE MARCAS, PERSONAS Y MATERIAL PROTEGIDO POR DERECHO DE AUTOR

**Lien Verbauwhede, Consultora de la División de Pymes de la OMPI<sup>i</sup>**

## Introducción

Los fotógrafos y los usuarios de fotografías tienen que hacer frente a ciertos riesgos cuando toman o publican fotografías. Este artículo proporciona una perspectiva general de los principios jurídicos generales aplicables al hecho de tomar fotografías de marcas, personas y obras protegidas por derecho de autor.

Este artículo está destinado a los fotógrafos, sin embargo, la mayor parte de las demandas se entablan contra los *usuarios* de material fotográfico y no contra los fotógrafos. Por lo tanto, todas las empresas que utilizan fotografías (por ejemplo, en su publicidad, embalajes, sitios Web o catálogos) deben ser conscientes de los posibles riesgos.

Si bien la mayoría de los países cuentan con leyes similares en el campo de la fotografía, existen importantes diferencias nacionales.<sup>ii</sup> Resulta imposible ocuparse aquí de todas las leyes aplicables a la fotografía<sup>iii</sup> o examinar las leyes pertinentes de todos los países del mundo. Cabe señalar que la finalidad de este artículo no es proporcionar asesoramiento jurídico en un determinado contexto empresarial. Para saber cómo se aplican a determinados hechos y circunstancias las leyes pertinentes, busque el asesoramiento de un jurista local competente.

## **1. FOTOGRAFÍAS DE MATERIAL PROTEGIDO POR DERECHO DE AUTOR**

Los fotógrafos publicitarios, de moda, de diseño interior y de estilo de vida incluyen con frecuencia en sus fotografías esculturas, artículos de artesanía, obras arquitectónicas, joyas, prendas de vestir, juguetes y otras obras artísticas. Muchas veces, estas obras están protegidas por derecho de autor y sólo su titular tiene el derecho exclusivo a reproducir la obra protegida. **El fotografiar una obra protegida por derecho de autor es como reproducirla.** Por consiguiente, *antes de tomar una foto* de cualquier obra protegida por derecho de autor, necesita pedir permiso al titular. Los fotógrafos que cometan una infracción contra el derecho de autor pueden tener que compensar la pérdida económica, a saber, pagar los daños que han causado y algunas veces otros gastos, tales como los costos jurídicos.

### **1.1 ¿Cuándo se necesita el permiso del titular de derecho de autor?**

La respuesta a esta pregunta depende de sus respuestas a una serie de cuestiones relacionadas con el *sujeto u objeto* que vaya a fotografiarse, así como del *uso* que se hará de la fotografía.

### **1.2 ¿Aparecen en la fotografía un objeto que está protegido por el derecho de autor?**

Advertencia: El derecho de autor protege una amplia gama de diferentes tipos de material. Ejemplos de obras protegidas por el derecho de autor que generalmente se reproducen en fotografías son:

1. las obras literarias (tales como libros, periódicos, catálogos y revistas);

2. las obras artísticas (tales como caricaturas, pinturas, esculturas, estatuas, obras arquitectónicas y obras de arte realizadas a través de láser o computadora);
3. las obras fotográficas (tales como fotos, grabados y pósters);
4. los mapas, globos terráqueos, cartas de navegación, gráficos y dibujos técnicos;
5. los anuncios publicitarios, impresos comerciales, carteleras y etiquetas;
6. las imágenes animadas (tales como películas, documentales y anuncios de televisión);
7. las obras dramáticas (tales como la danza, el teatro y el mimo); y
8. las obras de artes aplicadas (tales como joyas artísticas, papel pintado, alfombras, juguetes y tejidos)<sup>iv</sup>.

### 1.3 ¿Ha expirado el plazo de vigencia de la protección por derecho de autor?

Si ha expirado el plazo de vigencia de la protección por derecho de autor no se necesita permiso para fotografiar una obra. En casi todos los países la mayor parte de las obras, están protegidas por derecho de autor durante toda la vida del autor (artista) y un período adicional de al menos 50 años. En diversos países, este período es incluso más largo. Por ejemplo, 70 años después de la muerte del autor en Europa, los Estados Unidos de América y varios países más.<sup>v</sup>

Si se trata de una obra de varios autores, el plazo de protección se calcula a partir del fallecimiento del último autor que sobreviva. Asimismo, hay que señalar que pueden aplicarse a algunos tipos específicos de trabajos ciertas reglas especiales. Por consiguiente, resulta conveniente comprobar cuál es el derecho de autor aplicable.

### 1.4 ¿Utilizará una “parte sustancial” del trabajo?

No crea que no debe preocuparse por las cuestiones de derecho de autor si en su fotografía sólo incluye una parte de una obra protegida, o si esta obra sólo ocupa un pequeño espacio en la fotografía. En general, necesita permiso si la parte utilizada de una obra protegida por derecho de autor es una “*parte sustancial*” de esta obra. Se considera como parte sustancial toda parte que sea *importante, esencial o distintiva*. Sin embargo, no hay, ni puede haber, una regla general sobre la parte de una obra que puede utilizarse sin permiso previo. A menudo, la *calidad* de lo que se utiliza puede ser más importante que la *cantidad*. La determinación de lo que es una “parte sustancial” se realiza caso por caso, en función de hechos y circunstancias particulares.

*Ejemplo:* “El hijo del hombre,” que es un cuadro de René Magritte, representa a un hombre cuyo rostro está oculto por una manzana. Aunque sólo quiera reproducir la cara con la manzana necesita permiso, porque pese a que se trata solamente de una pequeña parte del cuadro, es la parte esencial o reconocible.

Al no existir un criterio común y firme, puede ser peligroso basarse en que se está utilizando sólo una “parte no sustancial” de una obra. En caso de duda, siempre es mejor solicitar permiso previamente al titular del derecho de autor.

### 1.5 ¿Hará algo cuyo derecho exclusivo pertenece al titular del derecho de autor?

Tal como se indicó anteriormente, el fotografiar una obra protegida por derecho de autor se considera una forma de reproducir la obra, y este derecho corresponde exclusivamente al titular del derecho de autor. Por este motivo, puede necesitar un permiso previo para incluir una obra protegida por derecho de autor en su fotografía.

Otras actividades cuyo derecho exclusivo corresponde al titular del derecho de autor (y para las que usted puede necesitar permiso) son:

- hacer copias de una obra, digitalizarla, fotocopiarla, reproducir obras digitales, etc.;
- hacer un collage de diferentes fotografías o imágenes;
- añadir nuevos elementos artísticos a una obra existente (por ejemplo, colorear una fotografía en blanco y negro);
- fotografiar la obra de una persona y exponer la fotografía al público (por ejemplo, exhibirla en una galería, distribuir al público reproducciones en forma de tarjetas postales, ponerla en un sitio Web, enviarla por correo-e a clientes, etc.).

## 1.6 ¿Existe alguna excepción particular?

Considerando lo anterior, el hecho de tener en cuenta el derecho de autor restringirá mucho la realización de fotografías, ya que en muchas de ellas es imposible evitar incluir obras protegidas por derecho de autor. Afortunadamente, existen diversas excepciones jurídicas que permiten reproducir (en una fotografía) obras protegidas sin autorización. Sin embargo, las excepciones varían de un país a otro y no son siempre fáciles de identificar. Generalmente, éstas están cubiertas por lo que se conoce como limitaciones o excepciones al derecho de autor que se mencionan específicamente en la legislación nacional sobre derecho de autor, o a través del concepto de “uso leal” o “prácticas comerciales leales.”<sup>vi</sup>

El objetivo de este artículo no es proporcionar una lista completa de las excepciones de las que usted puede beneficiarse, sino más bien explicar algunas de las situaciones más habituales en las que en virtud de una excepción a la protección por derecho de autor podrá fotografiar libremente material protegido.

- ***Fotografías de edificios***

Las obras arquitectónicas están de alguna forma protegidas por el derecho de autor, pero en la mayor parte de los países se puede fotografiar un edificio si éste está situado en un lugar público o es visible desde un lugar público. Asimismo, se puede publicar y distribuir la foto sin permiso.<sup>vii</sup>

- ***Fotografías de obras protegidas por derecho de autor situadas en lugares públicos***

En algunos países, no se requiere permiso para fotografiar determinadas obras artísticas que se exhiben de forma permanente en un lugar público (por ejemplo, en un parque o en la calle). Asimismo, se pueden publicar y comercializar las fotografías sin infringir el derecho de autor.

Sin embargo, esta excepción sólo se aplica:

- a *ciertos tipos* de obras: generalmente, sólo a las obras tridimensionales, tales como esculturas y objetos artesanales. Por lo tanto, aún puede necesitar permiso para fotografiar un cuadro o un mural que se encuentran en un lugar público;
- si la obra está expuesta en un *lugar público*: para fotografiar una escultura en un domicilio privado generalmente se necesitará un permiso; y
- si la obra está expuesta con *carácter permanente* en un lugar público: si quiere fotografiar una escultura que está sólo temporalmente en un lugar público, en general deberá pedir una autorización.

- ***Fotografías que acompañan reportajes de actualidad***

En general, las obras protegidas por derecho de autor pueden utilizarse para ilustrar las noticias de prensa. Por ejemplo, se puede fotografiar una escultura que ganó un premio importante si la foto se va a utilizar en un informativo de televisión o en un artículo de prensa consagrado al ganador o en el que se anuncia el nombre del ganador. Sin embargo, en general se tendrá la obligación de indicar el nombre del autor, y quizá también el nombre o el título de la obra que aparece en la foto.

- ***Fotografías que acompañan reseñas o críticas***

En casi todos los países el material protegido por derecho de autor puede ser utilizado para reseñas o críticas, como, por ejemplo, cuando se toman fotos de viñetas para ilustrar un libro en el que se reseñan, critican y analizan dichas viñetas. Al igual que en la excepción de las noticias, generalmente se tendrá que identificar la obra protegida por derecho de autor y el artista.

- ***Fotografías de obras protegidas por derecho de autor para anunciar su venta***

La fotografía de una obra artística con el único fin de anunciar su venta, por ejemplo, en un catálogo de subastas o de ventas, normalmente no requerirá una autorización previa.

- ***Utilizar una obra protegida por derecho de autor como fondo de una foto***

En la mayoría de los países, no se necesita permiso para incluir una obra protegida por derecho de autor que forma parte accesoria del fondo, o que es secundaria con relación al objeto o sujeto representado en la fotografía. No obstante, puede resultar difícil determinar qué es lo que resulta “accesorio”. Esto dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. La cuestión que hay que plantearse es por qué se quiere incluir concretamente esa obra protegida por derecho de autor en la fotografía. Si el hecho de incluir esa obra tiene una importancia fundamental para el objetivo por el que se crea la fotografía, es imposible decir que la obra es “accesoria”. Por otra parte, si no se tiene ningún motivo concreto para querer incluir la obra y ésta no tiene ningún fin estético o comercial, probablemente no se necesitará autorización.

*Ejemplo:* se publica una fotografía en un periódico para ilustrar un artículo sobre una reunión oficial. En la fotografía aparece casualmente una escultura que está protegida por derecho de autor. Es muy probable que este uso esté permitido ya que la escultura no añade ningún significado al tema principal. Por el contrario, si se fotografía la misma escultura para hacer tarjetas postales y venderlas, en general se infringirá el derecho de autor.

- ***Fotografías sólo para uso privado***

En la mayor parte de los países, se pueden tomar fotos sin autorización previa si se utilizan sólo con fines privados. Por ejemplo, tomar una foto de un cuadro para pegarla a su frigorífico generalmente no constituirá una infracción del derecho de autor.

## **1.7 ¿A quién hay que pedir permiso?**

Hay que pedirselo al titular del derecho de autor. Además, también puede ser necesaria la autorización del propietario de la obra. Así pues, a veces resulta difícil conseguir un permiso. Por ejemplo, si se toman fotografías de un cuadro en el domicilio privado de un amigo, éste probablemente no es titular del derecho de autor del cuadro, ya que la titularidad corresponde al artista.

Una galería o un agente que representen al artista podrán servir de ayuda, e incluso puede que algunas sociedades de gestión colectiva también concedan permisos en nombre de los artistas. Si no consigue averiguar el nombre del titular del derecho de autor o del artista, y considera que ha realizado todos los esfuerzos razonables, tendrá que decidir si fotografía una obra protegida por derecho de autor cuyo titular es otra persona, publica esta fotografía o no hace nada.

### **1.8 ¿Qué ocurre si se reproduce sin permiso una obra protegida por derecho de autor?**

Si se necesita permiso, el titular del derecho de autor puede tomar medidas legales contra usted a fin de evitar o parar la actividad ilegal (por ejemplo, publicar un libro o vender pósters que representen la obra) u obtener una compensación por daños y perjuicios.

### **1.9 ¿Necesita indicar el nombre del autor de las obras protegidas por derecho de autor que aparecen en sus fotografías?**

La legislación sobre derecho de autor dispone que los autores tengan algunos derechos adicionales que les permitan proteger su reputación y sus obras frente a ciertos abusos. Son los llamados “derechos morales”. Uno de los derechos morales más importantes es el “derecho de autoría” o “derecho de paternidad”, que es el derecho a ser mencionado como autor de la obra.

Si sus fotos incluyen cuadros, edificios, esculturas u otras obras protegidas por derecho de autor, y usted o su cliente quieren exponerlas al público (publicación, difusión en sitios Web, exhibición, etc.) deberán asegurarse de que el nombre del autor aparece en la obra o se indica en relación con la obra, siempre que sea posible y considerado razonable.<sup>viii</sup> Si no quiere indicar la paternidad de la obra, sería prudente conseguir una autorización previa del autor o artista.

### **1.10 ¿Se pueden introducir cambios en una obra?**

Es habitual que los artistas gráficos y otras personas descarguen fotografías de Internet y las modifiquen y adapten mediante programas de tratamiento de imágenes. Con frecuencia, estas imágenes modificadas se emplean en revistas, libros o anuncios publicitarios. Uno de los derechos exclusivos del titular del derecho de autor es el de crear *obras derivadas* de su obra, a saber, nuevas obras basadas en la obra original o adaptadas a partir de ésta. Por tanto, es preciso tener cuidado si se manipulan digitalmente imágenes de las obras de otros, ya que probablemente esto constituya una infracción del derecho de autor, a no ser que se haya obtenido previamente el permiso del titular de los derechos.<sup>ix</sup>

En general si introduce algunos cambios en la obra de algún artista o la cambia de contexto, necesitará asegurarse de que respeta la *integridad* de la obra y no daña la *reputación* u *honor* del autor. Por ejemplo, si incluye una escultura religiosa en una foto pornográfica puede dañar el honor o la reputación del artista que creó la escultura y ello podría constituir la base para iniciar un procedimiento judicial contra usted.

### **1.11 ¿Se pueden copiar ideas de una obra protegida por derecho de autor?**

El derecho de autor no protege ideas o hechos, sólo protege la forma en que las ideas se expresan en una obra determinada. Esto implica que se pueden copiar las ideas de otras personas pero no la expresión original concreta de estas ideas.

*Ejemplo:* el fotógrafo John toma una foto del famoso puente sobre el río Kwai, en Tailandia. Esto puede llevarle a usted realizar una serie de fotografías de la zona del río. La obra original de John está protegida por el derecho de autor, pero no lo están ni el puente ni el río. Por consiguiente, John no puede evitar que usted tome fotos del mismo puente. Sin embargo, tiene derecho a prohibirle que reproduzca de alguna forma su fotografía original.<sup>x</sup>

## **2 FOTOGRAFÍAS DE MARCAS**

Debido a que la mayor parte de las empresas quieren controlar cómo se utilizan sus marcas, el incluir una marca en una fotografía puede ser una cuestión delicada.

### **2.1 ¿Puede tomar libremente fotografías que incluyan marcas?**

A diferencia de la legislación sobre derecho de autor, la legislación sobre marcas como tal no restringe el uso de una marca en una fotografía. Lo que sí prohíbe es el uso de una marca de forma que pueda inducir a *confusión* respecto de la afiliación del titular de la marca con la imagen. Si es probable que los consumidores creen erróneamente que el titular de la marca patrocina la fotografía, puede que se infrinja el derecho de marcas.

*Ejemplo:* estampar una fotografía en la que aparece la marca Nike en una prenda deportiva puede constituir una infracción del derecho de marcas. De hecho, debido a este uso se asumirá que usted está intentando apropiarse de una parte la reputación asociada con la marca Nike, y probablemente los consumidores pensarán que las prendas de vestir están relacionadas con la marca Nike.

## **3. FOTOGRAFÍA DE PERSONAS**

### **3.1 ¿Qué se debe tener presente al fotografiar personas?**

No existe un requisito jurídico *general* para obtener la autorización de una persona a fin de poderla fotografiar. Sin embargo, existen situaciones en las que las fotografías pueden infringir intereses sociales importantes tales como la seguridad nacional, la protección de niños, el derecho a la intimidad, etc. La mayor parte de estas situaciones están estrictamente controladas por la legislación y los reglamentos nacionales. Aparte de las cuestiones jurídicas, por razones éticas un fotógrafo no debería fotografiar ciertas cosas. Algunas fotografías de personas pueden constituir una explotación de las personas afectadas o deformar la realidad. Si usted, como fotógrafo, conoce la ley y los derechos de cada cual, estará en una mejor posición para encontrar soluciones que limiten sus riesgos en el ámbito jurídico.

A menudo, puede tener la libertad de fotografiar a una persona, pero la forma en la que se *utilicda* imagen puede dar a dicha persona el derecho a entablar una acción judicial.

### **3.2 ¿Están protegidas las personas por los derechos de propiedad intelectual?**

Las personas no están protegidas por los derechos de propiedad intelectual. Pero tenga cuidado cuando fotografíe a alguien que lleva puesto algo protegido por derecho de autor, o los derechos relacionados con un diseño o modelo industrial o una marca. Por ejemplo:

- un modelo que viste una pieza de alta costura o lleva joyas;
- un actor que viste un traje de teatro; o
- un deportista que lleva puesta una camiseta con una tarjeta de identificación o un logotipo enganchados.<sup>xi</sup>

### 3.3 ¿Cuándo se recomienda tener permiso?

Cuando se fotografía de forma improvisa a una persona, a menudo están en juego dos derechos fundamentales: el derecho a la libre expresión del fotógrafo y el derecho a la intimidad del sujeto (el derecho a que le dejen tranquilo). Muchos países tienen una *legislación en materia de derecho a la intimidad* que incide en las condiciones en las que se puede fotografiar a las personas y, todavía más, en las condiciones en las que se pueden utilizar las imágenes de las personas.<sup>xii</sup> A continuación se describen algunas restricciones eventuales utilizadas en muchos países en relación con el hecho de tomar y utilizar imágenes de personas.

- ***Intromisión en la vida privada de terceros***

Los fotógrafos pueden ser responsables de violación del derecho a la intimidad de otros cuando se inmiscuyen de forma intencionada y ofensiva en la vida privada de otras personas. En general, se puede fotografiar a una persona en un sitio público, pero si a escondidas o sin autorización se toman fotografías de personas en sus casas, negocios u otros ámbitos privados es muy probable que se esté infringiendo su derecho a la intimidad. Una intromisión delictiva puede ir desde entrar en casa de alguien utilizando un falso pretexto hasta poner cámaras ocultas a fin de espiar.

- ***Divulgar información privada***

El hecho de dar a conocer al público información sobre la vida privada de alguien, también puede plantear problemas en relación con el derecho a la intimidad. A no ser que tenga permiso, debería evitar publicar o distribuir fotografías que desvelen asuntos privados, especialmente si lo publicado a) puede ser muy ofensivo o b) no es de interés público. Las fotografías que desvelan información sobre aventuras sexuales, deudas privadas, antecedentes penales, ciertas enfermedades, problemas psicológicos, etc., es muy probable que violen el derecho a la intimidad.

*Ejemplo:* supongamos que una fábrica de cerveza vende un calendario en cuya foto aparece un desconocido que va conduciendo un coche y lleva una refrescante cerveza en su mano. Esto podría plantear problemas relacionados con el respeto a la vida privada porque refleja elementos privados o secretos de la persona.

Sin embargo, en la mayor parte de los países, el derecho a la intimidad no protege frente al hecho de informar sobre cuestiones de *interés público legítimo* tales como acontecimientos de interés periodístico. Esto implica que los políticos, las celebridades y otras personas de interés periodístico pueden perder su derecho a la intimidad debido a que su vida privada presenta un interés legítimo desde el punto de vista informativo.

*Ejemplo:* en general se pueden publicar fotos de un gran futbolista tomando medicamentos para mejorar su rendimiento, porque se trata de un hecho de interés periodístico. Pero revelar información sobre su vida sexual puede constituir una intromisión en su intimidad porque esta información es muy personal y no tiene nada que ver con su papel público.

Además, muchas leyes no protegen los asuntos privados si éstos están a la *vista de todos* (a no ser que la persona fotografiada haya procurado no divulgar información privada entre los observadores que están presentes por casualidad). De esta forma, la foto de una madre sufriendo por la pérdida de su hija, víctima de un accidente de automóvil, generalmente no se considera una intromisión a la vida privada si se tomó mientras ésta estaba en la calle. Pero ello no implica que todas las fotografías de este tipo respeten unos principios éticos. Existen situaciones en las que, aunque sea legal tomar una fotografía, los fotógrafos deberían abstenerse de hacerlo.

En caso de duda, la mejor forma de protegerse ante la posibilidad de ser demandado por infracción del derecho a la intimidad es obtener un permiso por escrito de la persona que se quiera fotografiar.

- ***Utilizar la imagen de una persona con fines comerciales***

Muchos países reconocen que los individuos tienen el *derecho de publicidad*. Este derecho es el opuesto al derecho a la intimidad. El derecho de publicidad reconoce que la imagen de una persona tiene un valor económico que se supone que es el resultado de sus esfuerzos y da a todas las personas el derecho a explotar su imagen.

En virtud de este derecho, puede cometer una infracción si utiliza la fotografía de una persona *con fines comerciales* sin el consentimiento de ésta.

Aunque el derecho de publicidad a menudo se asocia con los famosos, todas las personas, tienen derecho a evitar el uso no autorizado de su nombre o imagen con fines comerciales. Sin embargo, en la práctica, las demandas relacionadas con el derecho de publicidad generalmente las presentan los famosos, a quienes resulta más fácil que a las personas normales demostrar que su identidad tiene un valor comercial. Por consiguiente, debería actuar con mucho cuidado antes de utilizar una fotografía de un *famoso* para obtener beneficios comerciales. Si tiene previsto vender fotos de famosos o utilizarlas en anuncios en su sitio Web, debería obtener la autorización de las personas interesadas.

*Ejemplo:* publicar sin autorización una fotografía de la gran tenista Kim Clijsters en la portada de una revista de deportes después de que gane la final de un gran slam probablemente no será considerado como una infracción del derecho de publicidad de Kim, ya que el uso es básicamente informativo. Por el contrario, si imprime la misma fotografía en pósters y los pone a la venta, sólo está intentando ganar dinero explotando su imagen. Por ello, Kim Clijsters tendría motivos para entablar una acción judicial por infracción de su derecho de publicidad, y usted podría ser sancionado con una multa y verse obligado a retirar los pósters.

*Ejemplo:* en algunos países un fotógrafo que, sin haber obtenido una autorización previa, pone la fotografía de una persona en el escaparate de su tienda o en su sitio Web para anunciar sus servicios, puede ser considerado responsable de infringir el derecho a la intimidad de la persona fotografiada.<sup>xiii</sup>

Aunque en muchos países el derecho individual a la intimidad finaliza cuando la persona muere el derecho de publicidad continua muchos años *de spués de la muerte*.<sup>xiv</sup> Esto implica, por ejemplo, que en algunos países es ilegal utilizar una foto de Marilyn Monroe o Elvis Presley con fines comerciales sin el consentimiento de sus derechohabientes. De hecho, muchos representantes de personas conocidas (autores, músicos, actores, fotógrafos, políticos, figuras del deporte, celebridades, y otras figuras públicas) continúan controlando la utilización que se hace del nombre de estas personas, nombres similares, etc., y otorgando licencias para su utilización.

- ***Sugerir que alguien autoriza o apoya<sup>xv</sup> un producto o servicio***

La estrella de golf Tiger Woods sale en anuncios de Buick, la tenista Anna Kournikova promociona relojes Omega y Nicole Kidman es la nueva cara de Chanel No. 5. Hace mucho tiempo que las empresas conocen el valor que aportan los famosos a la promoción de sus mercancías. La presencia de una celebridad parece ser una herramienta muy eficaz para atraer rápidamente la atención de los consumidores hacia un producto o servicio y crear un alto valor percibido y credibilidad.<sup>xvi</sup>

Sin embargo, antes de utilizar la fotografía de una persona en un anuncio para vender productos o promover servicios, resulta muy aconsejable conseguir el permiso previo y explícito de dicha persona. Si usted carece de autorización, esa persona tendrá motivos para entablar contra usted una acción judicial por “imitación fraudulenta” o por “prácticas comerciales desleales”.

*Ejemplo:* si pone la cara de Kim Clijsters sobre el envase de unas pelotas de tenis, está sugiriendo que ella apoya esas pelotas de tenis. Por lo tanto, está aprovechándose de su reputación.

- ***Dar una falsa imagen de una persona o difamarla***

Las fotografías pueden dar una falsa imagen de una persona o difamarla.<sup>xvii</sup> Por ejemplo, esto puede ocurrir cuando una fotografía se pinta con un aerógrafo o altera a fin de exponer a una persona al odio o ridiculizarla. Asimismo, puede ocurrir cuando una fotografía es utilizada para ilustrar un texto de una forma que crea una falsa impresión. Esto ocurre con frecuencia cuando se omite o añade información importante en una historia a fin de dar una falsa imagen de una persona.<sup>xviii</sup>

*Ejemplo:* en una foto aparece un hombre que casualmente pasa frente a un burdel. Publicar esta foto para ilustrar un artículo sobre prostitución infantil puede ser motivo para entablar un procedimiento judicial.

*Ejemplo:* poner debajo de la fotografía de líder budista un título que le atribuye una cita sobre la intolerancia religiosa que no es suya puede constituir un acto de difamación.

*Ejemplo:* la patinadora artística Nancy Kerrigan presentó una demanda por difamación contra una empresa que vendía fotos pornográficas amañadas para que pareciese que se trataba de ella. En una foto aparecía una mujer desnuda practicando patinaje artístico. La cara de Nancy Kerrigan estaba pegada sobre el cuerpo desnudo. Las fotos se anunciaron en Internet y podían comprarse en formato CD-ROM.

*Ejemplo:* los fotógrafos pueden ser considerados responsables de difamación, publicidad falsa o competencia desleal si ayudan a crear anuncios que dañan la reputación de un personaje de la competencia, sus negocios o sus productos o servicios.

No utilice nunca fotografías de forma que expongan a una persona al odio, el ridículo o el desprecio, o sean negativas para su moralidad o integridad personal. Una persona de la que se da una falsa imagen o a la que se difama puede presentar una demanda contra usted por los daños sufridos (tales como la humillación, la pérdida de un empleo o de su capacidad para ganarse la vida).

#### **Consejos para fotógrafos**

- Probablemente la mejor forma de protegerse contra las demandas, cuando sea factible y apropiado, es conseguir el **consentimiento previo por escrito** del sujeto de la fotografía, o del titular del derecho de autor de cualquier objeto o propiedad que vaya a fotografiar. Sin embargo, no olvide que lo que pueda utilizarse legalmente dependerá de los términos y contexto de ese consentimiento. Aunque sea legal fotografiar sin autorización, puede ser aconsejable conseguir un permiso. De hecho, muchos anunciantes y otros clientes potenciales piden autorizaciones de difusión antes de comprar los derechos de utilización de una fotografía.
- Si se **concede una licencia** a un cliente para utilizar una determinada imagen con fines de producción, venta o publicidad, deberá pedírsele que pague una indemnización por cualquier problema que se derive del uso bajo licencia de la imagen. En general, esto se hace a través de una cláusula de indemnización que contiene el contrato de licencia.
- En caso de que no se haya obtenido el consentimiento escrito para una determinada fotografía, una buena idea puede ser incluir un **descargo de responsabilidad** en el reverso de la fotografía, indicando por ejemplo: “esta fotografía no puede ser modificada para uso comercial o publicitario ni puede ser copiada o reproducida en forma alguna sin el permiso del fotógrafo.” Esto puede limitar la responsabilidad en caso de que alguien haga un uso no autorizado de la fotografía.

#### **D. CONCLUSIONES**

Los **fotógrafos** tienen que conocer las limitaciones jurídicas aplicables a la toma de fotografías, que incluyen el material protegido por derecho de autor, las marcas, las personas identificables o los asuntos privados. En todas las ocasiones necesitan decidir si deberían obtener una autorización previa por escrito o avisar a su cliente de los problemas jurídicos que puedan plantearse.

De la misma forma, las **empresas** que utilizan imágenes creadas por fotógrafos necesitan saber cuáles son las posibles responsabilidades jurídicas. Se recomienda exigir al fotógrafo la garantía de que posee el material que proporciona o que ha obtenido la autorización de utilizarlo, así como la garantía de que el contenido de este material no infringe la ley o la reglamentación aplicable.

No resulta suficiente tener una perspectiva clara de la situación jurídica. Aunque el hecho de conocer las leyes aplicables a la fotografía puede ser útil para abordar los aspectos jurídicos de la realización y utilización de fotografías, resulta muy recomendable que los fotógrafos y usuarios de fotografías también elaboren su propio **código deontológico**. La publicación de fotografías en las que aparecen personas puede hacer sufrir o humillar a las personas presentadas en situaciones embarazosas, dolorosas o privadas. En este tipo de situaciones los fotógrafos y los usuarios deben equilibrar las consideraciones éticas asociadas a la realización o publicación de fotografías y sus obligaciones jurídicas en virtud del derecho de autor y de otras leyes. Quisiera terminar este artículo con una cita de Bert P. Krages:<sup>xix</sup>

*“La elecciones personales de un fotógrafo en lo que respecta a la forma y el objeto de su trabajo no reflejan sólo su visión del mundo sino también la forma en la que el mundo considera al fotógrafo en tanto que ser ético.”*

Copyright Lien Verbauwhede, 2006. Todos los derechos reservados

[Fin del documento]

---

<sup>i</sup> Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de la autora y no representan necesariamente los puntos de vista de la OMPI. Los comentarios, sugerencias o cualquier otra cuestión relacionados con el artículo pueden enviarse a [lien.verbauwhede@wipo.int](mailto:lien.verbauwhede@wipo.int). La autora manifiesta su agradecimiento a Guriqbal Singh Jaiya por sus valiosos comentarios y orientaciones.

<sup>ii</sup> Esta diversidad legislativa entre los países es una fuente de problemas para los fotógrafos que explotan sus obras en todo el mundo, así como para las empresas que emprenden campañas de comercialización a escala internacional o a través de Internet.

<sup>iii</sup> Lo que puede ser fotografiado o publicado puede tener otras limitaciones jurídicas. Por ejemplo, varias leyes prohíben o limitan el fotografiar monedas, sellos, valores, condecoraciones militares, marcas gubernamentales, instalaciones militares, escenas de desnudez y pornografía, fotografías de animales, así como la publicidad engañosa, etc. Además, pueden existir restricciones en el acceso a ciertos sitios, tales como establecimientos residenciales e industrias.

<sup>iv</sup> Las **obras de artes aplicadas** son obras artísticas utilizadas con fines industriales y que se incorporan en productos de uso cotidiano. En algunos países, las obras de artes aplicadas sólo están hasta cierto punto protegidas por el derecho de autor.

<sup>v</sup> En unos pocos países, el plazo de protección por derecho de autor es incluso más largo, de hasta 90 o incluso 95 años después de la muerte del autor.

<sup>vi</sup> El “**uso leal**” o las “**prácticas comerciales leales**” representan un concepto consagrado en los países que utilizan el *commom law*, tales como el Reino Unido, los Estados Unidos de América, el Canadá, Australia y la India. Reconoce que ciertos tipos de utilización de obras protegidas que pertenecen a otras personas no requieren la autorización del titular del derecho de autor. Se presume que la utilización es lo suficientemente limitada para no interferir de forma excesiva en los derechos exclusivos del titular del derecho de autor de reproducir la obra o utilizarla de otra forma. Cuando se fotografía material protegido por derecho de autor, no existe ninguna regla simple para determinar si esta utilización constituye un “uso leal.” Cada caso se evalúa según los hechos y circunstancias que le

[Sigue la nota en la página siguiente]

---

[Continuación de la nota de la página anterior]

atañen, lo que significa que no siempre es posible evaluar con exactitud y de forma previa su responsabilidad. En la práctica, los tribunales recurren a diversos factores para dictaminar sobre esta cuestión, tales como:

- la proporción de trabajo utilizado;
- la naturaleza de la obra protegida por derecho de autor;
- la naturaleza de la utilización; y
- el impacto de la utilización sobre el mercado potencial de la obra original.

vii Esta excepción sólo se aplica de forma general a los edificios, categoría que generalmente incluye las casas, los edificios de oficinas, las iglesias y los pabellones en los jardines. En general, la excepción no se aplica a los monumentos (protegidos en tanto que “obras esculturales”). Además, los elementos artísticos asociados a los edificios tales como ornamentos esculturales pueden disfrutar de una protección independiente en virtud del derecho de autor y puede necesitarse autorización para fotografiarlos.

viii Tome nota de que, aunque tenga autorización para incluir una obra protegida por derecho de autor en aplicación de la regla de “uso leal” o porque disfruta de una excepción, todavía puede estar obligado a indicar el nombre del autor de la obra.

ix En el caso *Mendler v. Winterland Production, Ltd.*, un fotógrafo concedió a una empresa textil una licencia para utilizar sus fotografías en camisetas. La empresa textil digitalizó una de las fotografías y después la modificó a través de medios digitales: se cambió la posición de la imagen, algunos detalles fueron reconstruidos y se cambiaron los colores. El fotógrafo demandó a la empresa por infracción del derecho de autor. El tribunal dictaminó que esa utilización de la fotografía constituía infracción del derecho de autor. Véase: [laws.lp.findlaw.com/9th/9816061.html](http://laws.lp.findlaw.com/9th/9816061.html).

x No siempre resulta fácil distinguir entre copiar la idea de una obra y copiar su expresión. Por ejemplo, si John hubiese fotografiado a una madre y su hijo al borde del río Kwai de una forma especialmente inhabitual y original, es probable que la misma disposición de la escena estuviese protegida por derecho de autor. Por lo tanto, si usted recrea fielmente la escena de la madre y el hijo, con la misma disposición de personas y objetos, las mismas condiciones en lo que respecta al lugar, la misma posición de la cámara, la misma luz, el mismo ángulo, etc., probablemente esto constituirá infracción del derecho de autor.

xi Fuente: Photographers: copyright and moral rights. A Practical Guide, Australian Copyright Council, abril de 2004.

xii La legislación sobre el derecho a la intimidad varía de un país a otro. Si distribuye su obra en todo el mundo, lo más prudente es respetar las disposiciones nacionales más severas.

xiii Sin embargo, algunos países tienen disposiciones especiales en su legislación sobre derecho de autor que autorizan a un fotógrafo a exponer en su estudio fotografías de personas si las personas representadas no han presentado por escrito ninguna objeción.

xiv La duración después de la muerte del **derecho de publicidad** varía de un país a otro, desde algunos años hasta eternamente si la imagen continúa siendo utilizada en el comercio.

xv Se entiende por **apoyo** el hecho de que una persona dé a conocer al público que aprueba el producto o servicio o que le agrada verse asociada a él.

xvi Para más información véase: Lien Verbauwheide, *Comercialización inteligente: explotación de los derechos de propiedad intelectual*, 2004, <http://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising.htm>.

[Sigue la nota en la página siguiente]

---

[Continuación de la nota de la página anterior]

<sup>xvii</sup> El dar una imagen falsa de una persona y difamarla son cosas similares. Un fotógrafo puede dar una **imagen falsa** de una persona cuando la imagen que da de ella sería ofensiva para toda persona razonable. (No es necesario que se dañe la reputación de la persona). Una fotografía puede convertirse en **difamatoria** cuando es utilizada como una falsa declaración que daña la reputación de una persona.

<sup>xviii</sup> En estos casos, no es el hecho de tomar fotografías sino más bien su *utilización* lo que constituye una infracción. Sin embargo, el fotógrafo puede estar implicado en el proceso porque podemos suponer que ha autorizado o permitido esta utilización de la fotografía.

<sup>xix</sup> Bert P. Krages, *Legal Handbook for Photographers*, Amherst Media Inc., Buffalo, Nueva York, Estados Unidos de América, 2002.