

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Fotografía. Obra fotográfica. Originalidad.

Distinción con las meras fotografías. Apreciación en concreto.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI

FECHA: 11-3-2010

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto original de la Resolución, cortesía de la Sala

OTROS DATOS: Resolución 0601-2010/TPI-INDECOPI

SUMARIO:

“... Luisa María Vetter Parodi (Perú) interpuso denuncia por infracción a la legislación sobre Derecho de Autor en contra del Instituto Nacional de Innovación Agraria manifestando lo siguiente:

(i) Es titular de los Derechos de Autor de la obra literaria «LA COCINA EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DEL PERÚ», inscrita bajo Partida Registral N° 983-2005 del 14 de noviembre de 2005, la cual incluye una serie de fotografías que son también de su autoría en las que se aprecia una variedad de platos típicos a base de cultivos nativos y silvestres.

(ii) La denunciada sería responsable de reproducir, comunicar al público, distribuir y modificar sin su autorización previa y expresa, veintinueve fotografías de su autoría que forman parte de su obra, en los folletos titulados «Recetario 1. Platos Típicos de frijol» y «Recetario 2. Platos Típicos de maíz», los mismos que forman parte de la serie «Recetario de platos típicos de cultivos nativos», cuya primera edición en el año 2006 tuvo un tiraje de 500 ejemplares. Asimismo, han sido puestos a disposición en la dirección electrónica: www.inia.gob.pe/recetas.

(iii) La denunciada ha infringido sus derechos morales de paternidad, al no consignar su nombre como autora, y el derecho de integridad, ya que se han modificado y adulterado sus obras”.

[...]

“... para determinar el grado de originalidad de una fotografía deberá tenerse en cuenta si constituye una creación intelectual del autor, un reflejo de su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio, tal como el mérito o la finalidad”.

“En consecuencia, no cualquier fotografía puede ser objeto de protección por el Derecho de Autor”.

“La Sala conviene en señalar que para que una fotografía sea protegida por la Ley de la materia, debe tener elementos creativos individuales que permitan identificar la parte de la personalidad del autor que éste ha plasmado en su creación y así permitir su distinción respecto de cualquier otra fotografía. Atendiendo a ello, una fotografía, para ser obra, no puede constituir sólo una simple reproducción de objetos ya existentes”.

[...]

“... no cabe duda que aquellas fotografías que tienen rasgos de originalidad son protegibles por el Derecho de Autor; sin embargo, el problema se plantea cuando se intenta decidir sobre la protección que merecen la inmensa cantidad de fotografías que, a diario, se toman y revelan en forma casi mecánica y que no tienen originalidad alguna”.

[...]

“En el Perú, en el artículo 144 del Decreto Legislativo 822 establece que quien realice una fotografía u otra fijación por un procedimiento análogo que no tenga el carácter de obra, de acuerdo a la definición contenida en la ley, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos ...”

“Esta distinción no pretende negar la protección a aquellos bienes o actividades que son fruto del esfuerzo de quien los produce o realiza y que, por su contenido, pueden tener un elevado valor económico sino que lo que se busca es proteger cada una de estas creaciones o actividades de acuerdo a su naturaleza y a la regulación jurídica que le corresponde”.

“De lo expuesto, se puede concluir que la legislación peruana protege a la fotografía ya sea por el área del Derecho de Autor – cuando ésta goce de originalidad – como por los derechos conexos, en los casos en los que no se cumpla con esta última exigencia. En este último caso, se reconoce al titular sólo derechos de carácter patrimonial (derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía) mas no derechos de naturaleza moral, como sí sucede en el caso de las obras fotográficas”.

[...]

“... la Sala considera que las fotografías en cuestión no poseen rasgos creativos en su elaboración y producción puesto que, en la generalidad de los casos, es común que las fotografías que retratan platos o imágenes platos en concursos gastronómicos a fin de exhibir determinadas características o elementos que componen dichos platos tengan las mismas características y no se advierta un trabajo de producción como en los casos en que se toman fotos con determinadas escenografías, paisajes o implementos de utilería, etc. y/o una específica tonalidad de colores a fin de recrear una idea o situación, no presentando las fotos materia de la presente denuncia dichas

características”.

“En efecto, las fotografías en cuestión, de manera simple, reflejan un plato de comida encima de una mesa, sin ninguna característica, detalle o producción especial que pudiera permitir identificar la personalidad del fotógrafo en ellas, tal como se aprecia a continuación:

Escabeche de frijoles



Sango de maíz



Colado de frijol



Sopa de chochoca o sara lawa



Sopa de frijoles



Sanco de calabaza con maíz



Sopa de pituca



Sopa de chupefruta



Humita de maíz y calabaza



Shacta pariahuanquino



Mazamorra de calabaza



Sopa de frijol con arracacha



Lagua de jala (sopa de maíz)



Sopa de chahui



Biscochuelo de raíz inca o arracacha



“En tal sentido, las fotografías materia de la denuncia no poseen características ni rasgos que permitan calificarlas como obras fotográficas, por lo que no ameritan ser protegidas por el Derecho de Autor”.

“Por las consideraciones expuestas, al haberse considerado que las fotografías no poseen originalidad las mismas estarán protegidas por los Derechos Conexos, por lo que se le reconocerá al titular sólo derechos de carácter patrimonial (derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía) mas no derechos de naturaleza moral. En efecto, sólo las creaciones intelectuales personales y originales, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma, conocida o por conocerse gozan de protección con relación a los derechos morales contemplados en la legislación vigente”.

COMENTARIO: No toda fotografía es una obra fotográfica, porque como en cualquier otra producción intelectual protegida por el derecho de autor, es necesario el requisito de la originalidad, si se define a la obra, al estilo de muchas legislaciones, como *“toda creación intelectual original en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento”*. En relación específica a la fotografía, la jurisprudencia ha expresado, por ejemplo, que *“la fotografía, en la cual están presentes la técnica y la inspiración, y a veces la oportunidad, tiene la naturaleza jurídica de una obra intelectual, por demandar una actividad típica de creación, una vez que el autor escoge el ángulo correcto, la mejor toma, la lente apropiada, la posición de la luz, la mejor localización, la composición de la imagen, etc.”*¹ o bien que *“... la fotografía 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 el mérito o la finalidad. Si bien esta originalidad, ... puede resultar tanto de su captación como de su ejecución ..."

2. Ahora bien, son varias las legislaciones que han reconocido un derecho *sui generis* a las fotografías no originales o meras fotografías, sobre las cuales solamente se reconocen derechos de carácter patrimonial pero no derechos de orden moral. Lo que parece justificar esa protección es la posibilidad de que una fijación fotográfica no tenga características creativas (incluso que por venturas de la casualidad, pueda captar un acontecimiento importante), pero que sea susceptible de tener un valor económico apreciable, cuya explotación libre y gratuita por terceros podría considerarse un aprovechamiento parasitario o un enriquecimiento injusto en perjuicio de quien realizó la fijación. La jurisprudencia comparada arroja otros ejemplos de fotos carentes de originalidad, como las de "... imágenes cuya concepción y ejecución no implique un esfuerzo intelectual relevante"³; las que "... se limiten a recoger de forma ordinaria o común escenas, figuras o acontecimientos de la realidad, aunque sea con gran precisión técnica y perfección de imagen"⁴; "... las simples fotografías destinadas a complementar las noticias o reportajes del periódico, exigiéndose para ello que se acomode al contenido del texto y una normal calidad técnica ..." ⁵. Se trata de una cuestión de hecho, que debe ser resuelta de acuerdo a las características del caso concreto, porque como también se ha decidido en estrados, "la distinción entre las fotografías «artísticas» y las fotografías vulgares solamente puede ser hecha casuísticamente, teniendo en cuenta, especialmente, la escogencia del objeto y las condiciones de su ejecución, que reflejen la marca intelectual y la personalidad del autor"⁶. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

Lima, once de marzo de dos mil diez.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de noviembre de 2008, Luisa María Vetter Parodi (Perú) interpuso denuncia por infracción a la legislación sobre Derecho de Autor en contra del Instituto Nacional de Innovación Agraria manifestando lo siguiente:

(i) Es titular de los Derechos de Autor de la obra literaria "LA COCINA EN LAS COMUNIDADES

CAMPESINAS DEL PERÚ", inscrita bajo Partida Registral N° 983-2005 del 14 de noviembre de 2005, la cual incluye una serie de fotografías que son también de su autoría en las que se aprecia una variedad de platos típicos a base de cultivos nativos y silvestres.

(ii) La denunciada sería responsable de reproducir, comunicar al público, distribuir y modificar sin su autorización previa y expresa, veintinueve fotografías de su autoría que forman parte de su obra, en los folletos titulados "Recetario 1. Platos Típicos de frijol" y "Recetario 2. Platos Típicos de maíz", los mismos que forman parte de la serie "Recetario de platos típicos de cultivos nativos, cuya primera edición en el año 2006 tuvo un tiraje de 500 ejemplares. Asimismo, han sido puestos a disposición en la dirección electrónica: www.inia.gob.pe/recetas.

(iii) La denunciada ha infringido sus derechos morales de paternidad, al no consignar su nombre como autora, y el derecho de integridad, ya que se han modificado y adulterado sus obras.

1 Superior Tribunal de Justicia de Brasil. Sentencia del 22-6-2010.

2 Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de la Sección 15ª (20-1-2003).

3 Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de la Sección 15ª (24-1-2008).

4 Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de la Sección 15ª (20-1-2003)

5 Tribunal Supremo español. Sentencia de la Sala de lo Civil (31-12-2002)

6 Tribunal da Relação de Coimbra. Sentencia del 10-5-2011.

(iv) El detalle de las fotografías adulteradas es el siguiente:

Nº	Título de la fotografía	Nº página ubicado en la obra	Folletos del denunciado en el cual se reprodujo la fotografía	Nº página en el folleto
1	Escabeche de frijoles	37	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	14
2	Colado de frijol	39	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	22
3	Sopa de frijoles	40	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	8
4	Sango de maíz	46	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	12
5	Sopa de chochoca o sara lawa	85	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	8
6	Sanco de calabaza con maíz	85	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	13
7	Sopa de pituca	86	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	9
8	Shacta Pariahuanquino	86	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	15
9	Sopa de chupefruta	87	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	15
10	Mazamorra de calabaza	89	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	14
11	Humita de maíz y calabaza	90	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	15
12	Sopa de frijol con arracacha	90	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	13
13	Lagua de jala (sopa de maíz)	91	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	9
14	Sopa de chahui	92	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	10
15	Patasca a la pariahuanquina	93	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	13
16	Shakta	94	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	16
17	Pastel de maíz	94	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	17
18	Mazamorra de maíz de palo	96	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	18
19	Mazamorra de maíz negro	96	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	19
20	Mermelada de frijol	97	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	21
21	Mondongo con gallina	97	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	10
22	Mazamorra de Airampo	108	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	20
23	Mazamorra de maíz blanco	112	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	21
24	Torreja de vicarra	172	Recetario 2. Platos Típicos de maíz	11
25	Saltado de poroto	179	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	19
26	Frijol con Inguiri	253	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	18
27	Sara Api	254	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	17
28	Challua pango o frijol allpa	255	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	20
29	Biscochuelo de raíz inca o arracha	87	Recetario 1. Platos Típicos de frijol	14

(v) *Las fotografías reproducidas han sido modificadas utilizando algún programa de ordenador (Adobe photoshop, por ejemplo), el cual permite editar y retocar las fotografías. Dicha modificación se puede apreciar por la posición idéntica de los productos que componen cada plato fotografiado, así como por los utensilios y otros elementos que figuran en las fotografías originales.*

Solicitó lo siguiente:

- *Imponer una multa.*
- *Publicar la resolución en el diario de mayor circulación a expensas de la denunciada.*
- *Ordenar el pago de costos y costas derivados del presente procedimiento.*

Adjuntó medios probatorios a fin de acreditar sus argumentos.

Mediante proveído de fecha 23 de diciembre de 2008, la Comisión de Derecho de Autor admitió a trámite la denuncia por presunta infracción a los derechos morales de paternidad e integridad y los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública, y corrió traslado de la misma al denunciado.

Con fecha 20 de enero de 2009, Instituto Nacional de Innovación Agraria –INIA cumplió con presentar sus descargos manifestando lo siguiente:

- (i) *Las fotografías cuya autoría reclama la denunciante son de su propiedad, ya que se le contrató para que efectuara dichas fotografías para el proyecto denominado “Conservación in situ de los cultivos nativos y sus parientes silvestres”, desarrollado entre los años 2001 y 2005.*
- (ii) *No se ha cometido ninguna infracción a los Derechos de Autor de la denunciada con la publicación de las producciones denominadas “Recetario 1. Platos típicos de frijol” y Recetario 2. Platos típicos de maíz”, las cuales contienen, como complemento, material*

gráfico compuesto por quince fotografías del plato de cada receta detallada, en cada producción que son de su propiedad.

(iii) *Todas las fotografías han sido captadas por la denunciante, a quien se le contrató para dicho fin, habiéndosele proporcionado el material de trabajo correspondiente, por lo que considera que la titularidad sobre dichas fotografías le corresponde.*

(iv) *En el registro de la obra denominada “LA COCINA EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DEL PERÚ”, la denunciante no ha mencionado la forma en que obtuvo las fotografías o quién le encargó dicho trabajo. Cabe señalar que en el año 2003, solicitó a la denunciante que recolectara recetas y fotografías, pagándole viáticos y entregándole material de trabajo, remitiendo ésta informes sobre cada sitio visitado con sus respectivas fotografías.*

(v) *En el año 2004, la denunciante sugirió elaborar un libro el cual llevaría el título “La cocina en las Comunidades Campesinas del Perú”, el mismo que sería el resultado del trabajo para lo cual se le contrató. Posteriormente, la denunciante solicitó que se le devuelva el material fotográfico elaborado por ella, el cual le fue entregado.*

(vi) *En virtud del contrato que habría suscrito con la denunciante, ésta habría recibido la suma de S/. 9 000,00 nuevos soles.*

Adjuntó medios probatorios a fin de acreditar lo expuesto.

Con fecha 14 de abril de 2009, se llevó a cabo la audiencia de conciliación programada para esa fecha, no llegando las partes a ningún acuerdo conciliatorio.

Mediante Resolución N°0243-2009/CDA-INDECOPI de fecha 21 de mayo de 2009, la Comisión de Derecho de Autor determinó lo siguiente:

- *Declarar fundada en parte la denuncia por infracción a los derechos patrimoniales de*

reproducción y comunicación pública; en consecuencia, aplicar a la denunciada la sanción de multa de 2,9 UIT.

- Declarar improcedente la denuncia en el extremo referido a una presunta afectación a los derechos morales de paternidad e integridad de la denunciante.
- Denegar la solicitud de publicación de la presente resolución.
- Denegar la solicitud de pago de los costos y las costas derivadas del presente procedimiento.
- Ordenar la inscripción de la presente resolución en el Registro de Infractores a la Legislación sobre Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

Consideró lo siguiente:

- (i) Respecto de cada una de las 29 fotografías, se advierte que la denunciante únicamente se ha limitado a captar con su cámara fotografías de platos exhibidos en diversos pueblos que visitó, sin que se verifique un cuidado en detalles, por lo que éstas carecen de originalidad que denote la personalidad de la fotógrafa, En ese sentido, las 29 fotografías no serán consideradas obras a efecto de su protección por el Derecho de Autor.
- (ii) Las fotografías de la denunciante no tienen calidad de obras fotográficas, por lo que éstas no generan derechos morales; en tal sentido, corresponde declarar improcedente la denuncia en el extremo referido a una presunta afectación a los derechos morales de paternidad e integridad de la denunciante.
- (iii) De la revisión de las reproducciones tituladas “Recetario 1. Platos típicos de frijol” y “Recetario 2. Platos Típicos de maíz”, se verificó que la denunciada ha reproducido, con varias modificaciones, las fotografías de la denunciante. Asimismo, de la revisión de la página web de la denunciada (www.inia.gob.pe/recetas), se ha acreditado también la comunicación pública de las mismas a través de dicho medio.
- (iv) En virtud de los medios probatorios

presentados, la Comisión concluye que existió una relación previa entre la denunciante y la denunciada, toda vez que existió un encargo por parte de la denunciada a la denunciante a fin de que realice, entre otras labores, una investigación que incluía material fotográfico sobre los platos que son utilizados en las Comunidades Campesinas visitadas. Así, de acuerdo con el Oficio N° 1029-2007-INIA-J, el propio Jefe de INIA señala que existirían dos clases de fotografías que obran en su poder: las de su propiedad y las de propiedad de la denunciante, sin precisar cuáles poseen la calidad de una o de otra.

- (v) Se ha acreditado que la denunciada ha reproducido y comunicado al público producciones fotográficas de titularidad de la denunciante, sin haber acreditado la existencia de una transferencia de los derechos patrimoniales sobre las mismas o la correspondiente autorización para hacerlo, por lo que corresponde declarar fundada la denuncia en este extremo.
- (vi) Dado que la infracción cometida por la denunciada ha tenido una gran difusión debido a que comunicó al público las fotografías de titularidad de la denunciante sin su autorización en el Internet, consideró pertinente aplicar una multa de 1 UIT por cada 10 fotografías que hayan sido reproducidas y comunicadas al público, por lo que corresponde aplicar una multa de 2,9 UIT (sic).
- (vii) Se considera que la sanción interpuesta al infractor es suficiente para cumplir con el fin disuasivo, por ende, es de la opinión que no procede sancionarlo adicionalmente con la publicación de la resolución.
- (viii) Respecto a los costos y costas solicitados, considerando la conducta procesal de la denunciada y la naturaleza de la infracción, se considera pertinente denegar la solicitud de la denunciante en dicho extremo.

Con fecha 24 de junio de 2009, Luisa Maria Vetter Parodi interpuso recurso de apelación en el extremo que se declaró improcedente la denuncia respecto a

la afectación a los derechos morales de paternidad e integridad. Manifestó lo siguiente:

- (i) No está de acuerdo con el criterio utilizado en la Primera Instancia, en cuanto a que las fotografías de su autoría no serían “obras fotográficas” a efectos de su protección por el Derecho de autor, por carecer de originalidad. Cabe precisar que para calificar una obra se supone la utilización de un proceso de abstracción subjetiva de valores morales, estéticos e intelectuales que son sumamente variables y cambiantes; por ello, el Derecho de autor ha optado por no exigir algún mérito especial o particular a la obra intelectual para brindarle su protección.
- (ii) Cualquier consideración relativa a la originalidad de las fotografías para determinar si se está frente a una obra fotográfica o ante unas meras fotografías, lo cierto y concreto es que los realizadores de las meras fotografías tienen el mínimo y elemental derecho moral de ser reconocidos como los realizadores de tales fotografías, lo que se expresa en la obligación, de parte de quien reproduce la obra, produce o realiza, de consignar en la reproducción el nombre del autor, productor o realizador.
- (iii) En cuanto al pago de costas y costos del procedimiento, precisa que los costos del proceso son aquellos gastos comprobados que deben ser por justicia reconocidos a favor de la parte vencida en un procedimiento.

Con fecha 7 de agosto de 2009, el Instituto Nacional de Innovación Agraria-INIA (Perú) absolvió el traslado de la apelación reiterando sus argumentos relacionados a que no ha infringido derecho alguno de la denunciante. Asimismo, solicitó la adhesión al recurso de apelación interpuesto por Luisa María Vetter Parodi.

Mediante proveído de fecha 24 de agosto de 2009, se comunicó a las partes que los Vocales de la Sala de Propiedad Intelectual, en su sesión de fecha 19 de agosto de 2009, determinaron no admitir a

trámite la adhesión a la apelación planteada por la denunciada, ya que no ha cumplido con los requisitos exigidos en la Directiva N° 002-1999/TRI-INDECOPI. En efecto, la denunciada debió apelar porque era la principal agraviada; en tal sentido, Instituto Nacional de Innovación Agraria-INIA no le corresponde adherirse a la apelación presentada por Luisa María Vetter Parodi.

Con fecha 2 de septiembre de 2009, el Instituto Nacional de Innovación Agraria-INIA presentó un escrito reiterando sus argumentos vertidos en el presente procedimiento.

II. CUESTION EN DISCUSION

La Sala de Propiedad Intelectual deberá determinar:

- a) Si Instituto Nacional de Innovación Agraria ha afectado los derechos morales de paternidad e integridad de Luisa María Vetter Parodi.
- b) De ser el caso, pronunciarse sobre las sanciones.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

1. Cuestión previa

Previamente a realizar el análisis de la cuestión en discusión, la Sala conviene en realizar las siguientes precisiones:

Mediante Resolución N° 243-2009/CDA-INDECOPI de fecha 21 de mayo de 2009, la Comisión de Derecho de Autor determinó lo siguiente:

- Declarar fundada en parte la denuncia por infracción a los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública; en consecuencia, aplicar a la denunciada la sanción de multa de 2,9 UIT.
- Declarar improcedente la denuncia en el extremo referido a una presunta afectación a los derechos morales de paternidad e integridad de la denunciante.
- Denegar la solicitud de publicación de la presente Resolución.

- Denegar la solicitud de pago de los costos y las costas derivadas del presente procedimiento.
- Ordenar la inscripción de la presente resolución en el Registro de Infractores a la Legislación sobre Derechos de Autor y los Derechos Conexos.

En ese sentido, atendiendo a que la denunciante ha formulado recurso de apelación respecto a la posible afectación de sus derechos morales de paternidad e integridad, así como que la denunciada asuma los costos y costos del procedimiento, únicamente corresponde a la Sala pronunciarse respecto a dichos argumentos.

Cabe señalar que no obstante haberse declarado fundada en parte la denuncia interpuesta por Luisa María Vetter Parodi contra Instituto Nacional de Innovación Agraria la denuncia por infracción a los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública, se advierte que Instituto Nacional de Innovación Agraria no ha presentado recurso de apelación, por lo que dichos extremos han quedado consentidos.

2. La originalidad como requisito de protección por derechos de autor

Según el artículo 3 de la Decisión 351 concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822 se entiende por obra toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

A diferencia de los países de tradición jurídica anglosajona, en la cual se exige que la obra provenga del autor y que no haya sido copiada (como la jurisprudencia inglesa lo formula: la obra es el resultado de “judgement, skill and labour”), en los países de tradición jurídica latina como el nuestro, se exige que la obra refleje la personalidad del autor, que sea individual y tenga altura creativa.

En este contexto, la Sala es de la opinión que la originalidad de la obra reside en la expresión – o

forma representativa – creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad⁷. No se requiere que la obra sea novedosa en sentido objetivo.

Si bien toda obra es el producto del esfuerzo de su creador, no todo lo producido con esfuerzo merece protección por Derecho de Autor. Ello sólo será posible en la medida que la creación tenga elementos de originalidad suficientes para ser considerada como obra. Admitir lo contrario, implicaría proteger incluso aquello que no es objeto de protección por Derecho de Autor, como la elaboración de la lista de películas que se exhiben en los cines de Lima.

El requisito de originalidad o individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor. Lo que ya forma parte del patrimonio cultural – artístico, científico o literario – no puede ser individual. Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por el Derecho de Autor de las banales, de la vida diaria, rutinarias. Tampoco puede decirse que una creación es original si la forma de expresión se deriva de la naturaleza de las cosas o es una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas o por lógica o si la forma de expresión se reduce a una simple técnica que sólo requiere de la habilidad manual para su ejecución. Sin embargo, de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original, individual.

Así, en la lista enunciada de manera ejemplificativa en el artículo 4 de la Decisión 351 concordado con el artículo 5 del Decreto Legislativo 822 sobre las obras que merecen protección por Derecho de Autor, la originalidad constituye un filtro para la concesión de la protección en cada caso en concreto.

⁷ Como señala Lipszyc (Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO 1993, p. 65) algunos autores prefieren utilizar el término de individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección.

Pero el requisito de originalidad o individualidad no sólo sirve para determinar qué cosa es una obra y qué no, sino también para determinar el alcance de la protección del Derecho de Autor. Sólo se protege contra plagio aquella parte de la obra que refleje la individualidad del autor.

3. Protección de las fotografías en la legislación nacional

La fotografía es una imagen fija producida sobre una superficie sensible a la luz o a otra radiación, cualquiera que sea la naturaleza técnica del procedimiento (químico electrónico, etc.) utilizado para realizar la imagen⁸.

3.1 Protección de las fotografías por Derecho de Autor

El artículo 4 inciso h) de la Decisión 351 concordado con el artículo 5 literal h) Decreto Legislativo 822 establece que están comprendidas entre las obras protegidas, las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.

Como cualquier otra forma de manifestación susceptible de tutela por el Derecho de Autor, la forma de expresión debe contener elementos creativos, es decir, con suficientes características de individualidad, y la fotografía no constituye una excepción. En tal sentido, la Sala considera que la originalidad en una fotografía debe circunscribirse a la originalidad de cualquier obra, de acuerdo a los presupuestos anteriormente expresados.

Al respecto, resulta conveniente señalar lo que la Comunidad Europea ha manifestado en su Directiva 93/98/CEE de fecha 29 de octubre de 1993⁹, respecto al análisis de la originalidad de las

fotografías. Así, se menciona que para determinar el grado de originalidad de una fotografía deberá tenerse en cuenta si constituye una creación intelectual del autor, un reflejo de su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio, tal como el mérito o la finalidad.

En consecuencia, no cualquier fotografía puede ser objeto de protección por el Derecho de Autor.

La Sala conviene en señalar que para que una fotografía sea protegida por la Ley de la materia, debe tener elementos creativos individuales que permitan identificar la parte de la personalidad del autor que éste ha plasmado en su creación y así permitir su distinción respecto de cualquier otra fotografía. Atendiendo a ello, una fotografía, para ser obra, no puede constituir sólo una simple reproducción de objetos ya existentes.

Debe tenerse en cuenta que algunas veces el tomar una fotografía implica el desarrollo del talento del fotógrafo, ya que es él quien selecciona el material sensible que va a utilizar, observa, elige el motivo, encuadra o compone la imagen, busca el ángulo preciso, la perspectiva, mide la luz, elige el tipo de película, prepara la cámara fotográfica (velocidad y apertura del objetivo) y dispara, una y otra vez, desde el mismo ángulo o desde distintos¹⁰.

En este contexto se puede afirmar que la originalidad en las fotografías puede radicar, por un lado, en el encuadre o en la composición o en cualquier otro elemento importante de la imagen (juego de luz, perspectiva, combinación de tonalidades)¹¹ de la

de las obras fotográficas, en particular de aquella 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 el mérito o finalidad⁹.

¹⁰ Ver Lipszyc (nota 1), p. 84.

¹¹ En Lipszyc (nota 1), pp. 84 y 85.

⁸ Documento Unesco/OMPI/CGE/SYN/3-II. Citado por Lipszyc (nota 1), p. 83.

⁹ Considerando 17 de la Directiva 93/98/CEE:

“Considerando que la protección de los fotógrafos en los estados miembros es objeto de diversos regímenes; que, para conseguir una armonización suficiente del plazo de protección

fotografía o de la toma fotográfica; y, por otro lado, en la fase de su ejecución, ello en la medida que la originalidad puede radicar en el procedimiento de revelado de la película, fotomontajes, retoques, etc.¹²

3.2 Protección de las fotografías por derechos conexos

De lo desarrollado en el punto anterior, no cabe duda que aquellas fotografías que tienen rasgos de originalidad son protegibles por el Derecho de Autor; sin embargo, el problema se plantea cuando se intenta decidir sobre la protección que merecen la inmensa cantidad de fotografías que, a diario, se toman y revelan en forma casi mecánica y que no tienen originalidad alguna.

En Alemania, se protege tanto la obra fotográfica como la fotografía con valor histórico y las simples fotografías; en estos dos últimos casos se protegen por derechos conexos, variando la protección en cuanto a su plazo. Así, cuando se trata de las obras fotográficas, el plazo de protección es de 70 años, en el caso de las fotografías con valor histórico el plazo es de 50 años y en las simples fotografías es de 25 años¹³.

En Austria e Italia, se establecen regímenes distintos según se trate de obras de arte – en ese caso protegidas por el Derecho de Autor – o bien de simples fotografías, sobre las cuales sólo se reconoce un derecho conexo.

En la misma línea se hallan las normas españolas¹⁴,

12 Fernández-Albor Baltar, Los derechos afines a los derechos de autor en el Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual. En: Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor, Marcial Pons, Tomo XVII, España 1996, p. 139.

13 Schricker (Coordinador), Urheberrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich 1987, § 72. 1 y ss, pp. 853 y ss.

14 Artículo 128 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.- 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

las que protegen con el Derecho de Autor a la obra fotográfica y con otro derecho de propiedad intelectual, similar a aquél (derechos conexos o afines), a la mera fotografía. Así, el realizador de una mera fotografía queda fuertemente protegido con un derecho de exclusiva sobre la explotación de la fotografía, similar en lo patrimonial al que se atribuye a los autores, aunque de duración claramente inferior. Sin embargo, dicho realizador no recibe reconocimiento alguno, en principio, dentro del campo de los derechos morales¹⁵.

El artículo 6 de la Directiva 93/98/CEE, antes citado, señala que las fotografías que constituyan originales, en el sentido que sean creaciones intelectuales propias, serán protegidas con arreglo al artículo 1. No se aplicará ningún criterio para determinar su derecho a la protección. Los Estados Miembros podrán establecer la protección de las demás fotografías. De ello se puede deducir que, a nivel de la Comunidad Europea, también se plantea la distinción entre obra fotográfica y la mera fotografía; sin embargo se deja en libertad a cada País Miembro determinar la forma cómo protegerá (si es que así lo decide) a las simples fotografías.

En el Perú, en el artículo 144 del Decreto Legislativo 822 establece que quien realice una fotografía u otra fijación por un procedimiento análogo que no tenga el carácter de obra, de acuerdo a la definición contenida en la ley, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos a los autores fotográficos. La duración de este derecho será de 70 años contados a partir del primero de enero del año siguiente a la realización de la fotografía.

Esta distinción no pretende negar la protección a aquellos bienes o actividades que son fruto del

derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

15 Bercovitz Rodríguez-Cano, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid 1997, p. 1711.

esfuerzo de quien los produce o realiza y que, por su contenido, pueden tener un elevado valor económico sino que lo que se busca es proteger cada una de estas creaciones o actividades de acuerdo a su naturaleza y a la regulación jurídica que le corresponde.

De lo expuesto, se puede concluir que la legislación peruana protege a la fotografía ya sea por el área del Derecho de Autor – cuando ésta goce de originalidad – como por los derechos conexos, en los casos en los que no se cumpla con esta última exigencia. En este último caso, se reconoce al titular sólo derechos de carácter patrimonial (derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía) mas no derechos de naturaleza moral, como sí sucede en el caso de las obras fotográficas.

4. Análisis del caso concreto

En el presente caso, la Sala debe evaluar si las fotografías, que se encuentran incluidas en la obra registrada “LA COCINA EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DEL PERÚ”, sustento de la denuncia contienen elementos de originalidad que merezcan ser protegidos por la normativa de Derecho de Autor, de acuerdo a lo establecido por la Sala en la Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 1998¹⁶, que estableció, con carácter de precedente de observancia obligatoria, el requisito de originalidad en Derecho de Autor.

Cabe agregar que sólo se protege la fotografía mas no el elemento fotografiado, ya que admitir lo contrario determinaría que ninguna otra persona pueda tomar una fotografía de una persona, animal u objeto fotografiado con anterioridad o en otras circunstancias.

16 Recaida en el Expediente N° 633-96-ODA-AI relativo a la denuncia por infracción a la legislación de Derecho de Autor interpuesta por Agrotrade S.R.Ltda. contra Infutecca E.I.R.L. por el supuesto plagio de la etiqueta publicitaria correspondiente al producto ALPHA CPL 10 CE, la misma que fue declarada infundada.

En el presenta caso, la Sala considera que las fotografías en cuestión no poseen rasgos creativos en su elaboración y producción puesto que, en la generalidad de los casos, es común que las fotografías que retratan platos o imágenes platos en concursos gastronómicos a fin de exhibir determinadas características o elementos que componen dichos platos tengan las mismas características y no se advierta un trabajo de producción como en los casos en que se toman fotos con determinadas escenografías, paisajes o implementos de utilería, etc. y/o una específica tonalidad de colores a fin de recrear una idea o situación, no presentando las fotos materia de la presente denuncia dichas características.

En efecto, las fotografías en cuestión, de manera simple, reflejan un plato de comida encima de una mesa, sin ninguna característica, detalle o producción especial que pudiera permitir identificar la personalidad del fotógrafo en ellas, tal como se aprecia a continuación:

Escabeche de frijoles



Sango de maíz



Colado de frijol



Sopa de chochoca o sara lawa



Sopa de frijoles



Sanco de calabaza con maíz



Humita de maíz y calabaza



Sopa de frijol con arracacha



Sopa de pituca



Shacta pariahuanquino



Lagua de jala (sopa de maíz)



Sopa de chahui



Sopa de chupefruta



Mazamorra de calabaza



Biscochuelo de raíz inca o arracacha



En tal sentido, las fotografías materia de la denuncia no poseen características ni rasgos que permitan calificarlas como obras fotográficas, por lo que no

meritan ser protegidas por el Derecho de Autor.

Por las consideraciones expuestas, al haberse considerado que las fotografías no poseen originalidad las mismas estarán protegidas por los Derechos Conexos, por lo que se le reconocerá al titular sólo derechos de carácter patrimonial (derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía) mas no derechos de naturaleza moral. En efecto, sólo las creaciones intelectuales personales y originales, susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma, conocida o por conocerse gozan de protección con relación a los derechos morales contemplados en la legislación vigente.

4. Costas y costos

De acuerdo al criterio establecido en la Resolución N° 135-2000/TPI-Indecopi del 26 de enero del 2000¹⁷, la facultad de ordenar el pago de costas y costos no debería encontrarse relacionada con los costos que irroga a las empresas perjudicadas la comisión de una infracción, sino que más bien debería estar relacionada con la razonabilidad o no de que la materia controvertida sea discutida y resuelta dentro de un procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, al momento de evaluar si corresponde ordenar el pago de las costas y costos del proceso al infractor, se debe tomar en cuenta, en primer lugar, la gravedad de la infracción. A manera de ejemplo, podría suceder que la infracción cometida fuese tan flagrante que pudiera considerarse evidente para quien la comete que será objeto de una denuncia ante algún órgano funcional del Indecopi. De darse este supuesto, queda claro que quien llevó

¹⁷ Recaída en el expediente N° 280-98/ODA-AI relativo a la denuncia por infracción sobre derechos de autor interpuesta por Alicia Soledad Gómez Valdez contra Javier Luna Elías, Instituto Peruano de Administración de Empresas - IPAE y Banco J. P. Morgan por haber utilizado la obra musical CANCION DE LA SIRENA DE HUACACHINA y la obra teatral ESCENIFICACIÓN DE LA SIRENA DE HUACACHINA Y DE LA FIESTA DE ICA DE ANTAÑO.

a cabo el acto es consciente de que su conducta puede dar origen al inicio de un procedimiento, que va a demandar costos para el denunciante o para la propia Administración. Este supuesto justificaría ordenar que el infractor asuma el pago de costas y costos del proceso.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta la conducta procesal demostrada por el infractor a lo largo del procedimiento. En este sentido, una conducta renuente u obstruccionista por parte del infractor ante la autoridad administrativa podría complicar y elevar los costos del proceso, lo que justificaría que se le condene al pago de costas y costos del mismo. Mientras que, por el contrario, una voluntad conciliadora y una conducta procesal idónea de la emplazada podrían evitar que a éste se le condene al pago de las costas y costos del proceso.

En el presente caso, la Sala considera que si bien la infracción cometida puede calificarse como grave, debido a que se han infringido los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública de Luisa María Vetter Parodi, de la revisión del presente caso, no se puede concluir que a la denunciada le era evidente la comisión de la infracción materia del presente procedimiento, por lo que no se han configurado los supuestos necesarios para imponer a la denunciada el pago de los costos y costas incurridos por Luisa María Vetter Parodi desde que intervino en el presente procedimiento.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero.- CONFIRMAR la Resolución N° 0243-2009/CDA-INDECOPI de fecha 21 de mayo de 2009, en los extremos que declaró (i) improcedente la denuncia por una supuesta afectación a los derechos morales de paternidad e integridad de la denunciante y (ii) denegó la solicitud de pago de costas y costos.

Segundo.- Dejar FIRME la Resolución N° 0243-2009/CDA-INDECOPI de fecha 21 de mayo de

2009, en los demás que contiene.

Con la intervención de los Vocales: María Soledad Ferreyros Castañeda, Néstor Manuel Escobedo Ferradas, Teresa Stella Mera Gómez, Virginia María Rosasco Dulanto y Edgardo Enrique Rebagliati Castañón

MARIA SOLEDAD FERREYROS CASTAÑEDA

Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual