

# Originalidad es la clave. Propiedad Intelectual, Dominio Público y el acceso a las colecciones culturales

*Originality is the key. Intellectual property, public domain and access to cultural collections*

ANABEL FERNÁNDEZ MORENO

afermo@correo.ugr.es

PAI- Grupo HUM 806. Universidad de Granada

Recibido: 12/06/2016 · Revisado: 02/09/2016 · Aceptado: 31/10/2016

## Resumen

El propósito principal de este artículo es proporcionar una visión general sobre la expansión de los derechos de autor hacia la reproducción de obras artísticas o piezas históricas en dominio público. La propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la mente protegidas por los derechos de autor siempre que se demuestre su originalidad. Por tanto, la definición de originalidad juega un papel fundamental para solucionar estas disputas e influir en las políticas de acceso a las colecciones.

**Palabras clave:** Propiedad intelectual; Dominio público; Acceso; Preservación; Originalidad

## Abstract

The main purpose of this article is to provide an overview on the extension of copyright for the reproduction of historic or artistic works which are in the public domain. Intellectual property refers to those creations of the mind which are protected as long as they are original. In this case, the definition of originality plays a fundamental role in order in settling these legal disputes and on influencing the policies for access to the collections.

**Keywords:** Intellectual property; Public domain; Access; Preservation; Originality

---

## CÓMO CITAR ESTE TRABAJO | HOW TO CITE THIS PAPER

---

Fernández Moreno, A. (2016). Originalidad es la clave. Propiedad Intelectual, Dominio Público y el acceso a las colecciones culturales. *Cuadernos de Arte de la Universidad de Granada*, 47: 131-146.

---

“No hay, no existe obra propia ni o-ri-gi-nal..., todas las obras... son ajenas... pertenecen a los ocultos ecos, y las lucimos como propias, prestadas o robadas, mientras pasa el siglo”.

(J. M. Ruiz García. “El arte de la piratería”, 2007)

## Introducción

Los museos surgen de la lenta maduración del espíritu europeo, que los concibe como custodios de un legado común bajo los auspicios de la Revolución Francesa, lo que dará lugar a la constante presencia de la idea de utilidad pública en estas instituciones. Esta misión inherente ha determinado muchas de sus actuales funciones. Los museos exhiben los recursos que conservan y promueven la educación, la ciencia y el conocimiento, al tiempo que participan en el mantenimiento de la diversidad y contribuyen al progreso. En definitiva, visibilizan un patrimonio que da sentido a nuestra identidad cultural. Esta idea puede ser utópica, pues no todo el mundo está interesado en la historia, el arte o la cultura. Sin embargo, es indispensable preservar<sup>1</sup> y hacer accesible<sup>2</sup> ese patrimonio para intentar alcanzar estas metas.

La reproducción posibilita ambas misiones, pero también ha supuesto la proliferación y diversificación de unos bienes intelectuales que, en innumerables ocasiones, precisan de los tribunales para esclarecer su codificación jurídica. La explicación estaría en el hecho de que los trabajos derivados de la conservación, restauración y digitalización podrían tener *copyright*, lo que inevitablemente interferiría en el derecho de acceso a las colecciones (Derclaye, 2010: ix-x). Por ese motivo, en el artículo se analizará brevemente el concepto de propiedad intelectual y dominio público, haciendo hincapié en la noción de originalidad<sup>3</sup> y en el modo en el que esta afecta al acceso a unos recursos que se ubican en la periferia de la ley.

## Sobre la propiedad intelectual y el dominio público

La legislación de Propiedad Intelectual<sup>4</sup> se instaure como un modo de incentivar la innovación que permite a los creadores lucrarse de su trabajo, pero dicho monopolio temporal siempre estará sujeto a la función social. La red de influencias que la integra

- 1 El Código de Deontología para museos establece: “Los museos que poseen colecciones las conservan en beneficio de la sociedad y de su desarrollo” (ICOM, 2013: 3)
- 2 El mismo código indica: “Los museos tienen la obligación específica de facilitar en la medida de lo posible el libre acceso a la colección y la información pertinente relacionada con éstas...” (*Ibidem*: 6).
- 3 La originalidad es subjetiva cuando es la consecuencia lógica del carácter creativo del autor; y objetiva si éste crea una obra que no existía previamente (López, 2006: 229).
- 4 “La propiedad intelectual (P.I.) se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio... Al equilibrar el interés de los innovadores y el interés público, el sistema de P.I. procura fomentar un entorno propicio para que prosperen la creatividad y la innovación” (OMPI, s.f.).

está encabezada por la tradición anglosajona –*Common Law*<sup>5</sup>– y la europea o continental<sup>6</sup>, al margen de algunas variaciones posteriores. La primera, mediada por el concepto de laboriosidad lockeana<sup>7</sup>, reclama los derechos sobre la propiedad creativa comerciable, reconociéndose estos sobre cualquier trabajo intelectual que sea originado por su autor y se produzca gracias a su habilidad y trabajo –*skill and labour*– (Mossoff, 2015). Por su parte, la tradición continental, terciada por Kant y Hegel<sup>8</sup>, aplica una norma subjetiva de originalidad que refleja la personalidad del autor, desdoblado sus derechos en morales –atribución e integridad–; y patrimoniales –reproducción, transformación, comunicación... – (García López, 2006: 215-219).

Aunque ambas tradiciones tienen efectos similares sobre las creaciones artísticas genuinas; cuando se trata de bienes en la periferia de la propiedad intelectual –bases de datos, compilaciones, mapas, enciclopedias, diccionarios, reproducciones fotográficas y restauraciones – surgen notables diferencias. Debido a que los trabajos útiles difícilmente reflejan la personalidad del autor, los tribunales continentales entienden que este tipo de obras no tienen suficiente mérito creativo como para dotarlas de *copyright*, aunque se le reconozcan derechos conexos.

En cambio, en el ámbito anglosajón la tradicional expresión “habilidad y trabajo” sigue siendo el principal argumento empleado ante los tribunales cuando se trata de compilaciones, bases de datos o reproducciones fotográficas. Esta línea, que también se adoptó en Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Singapur y Sudáfrica, ha experimentado algunas variaciones (Gervais & Judge, 2009: 394–399). A causa de la dificultad de definir “laboriosidad”, Canadá la ha reemplazado por “un ejercicio de habilidad y juicio”; mientras que, en Estados Unidos la doctrina *Feist* establece que la originalidad demanda una creación independiente y un mínimo de creatividad (Gervais, 2002: 951–957).

Una parte esencial de la propiedad intelectual es la constante búsqueda de equilibrio entre los intereses del autor y la sociedad. Por este motivo, una vez finalizado el periodo de explotación de las obras protegidas, estas integrarán un espacio común – dominio público – donde está la mayor parte de nuestra memoria cultural. Dicho espacio es un instrumento fundamental para preservar las sinergias creativas de la sociedad y garantizar el acceso a la cultura. Sin embargo, las sucesivas ampliaciones en los márgenes temporales y tipológicos de los bienes protegidos han roto dicho equilibrio (Fernández Moreno, 2014: 237-241).

Especialmente interesantes se revelan una serie de leyes que tienen el efecto de modificar los límites de la zona propietaria a nivel global. Al margen de la seguridad

5 Es el derecho creado por decisiones de los tribunales derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, utilizado en los territorios de influencia británica.

6 Sistema jurídico cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento ilustrado. Se caracteriza porque prevalece la ley, contenida en cuerpos legales unitarios y sistematizados, sobre la jurisprudencia.

7 Para Locke, sobre la laboriosidad se edifican los derechos de propiedad material. Esta idea influirá en las legislaciones civiles venideras (Moore, 2012)

8 Kant, Fichte y Hegel vinculan la creatividad con la autonomía personal, dando gran importancia a la expresión artística personal (García López, 2006: 217-218)

nacional, la blasfemia, la difamación, la obscenidad o la defensa del interés público, la mejor herramienta se encuentra en el marco de los derechos humanos<sup>9</sup>.

A nivel más local, mientras en el mundo anglosajón el *fair use*<sup>10</sup> –uso justo o legítimo– contempla la posibilidad de utilizar material protegido sin permiso del autor, por ejemplo, para uso académico o informativo; la Unión Europea, sentó un precedente en cuanto a la cita visual de obras protegidas al afirmar que, si se han puesto legalmente a disposición del público, pueden ser citadas mencionando la fuente (*Court of Justice of the European Union*, 2011)<sup>11</sup>.

## Bienes culturales en la periferia de la propiedad intelectual. Algunos ejemplos

Las obras útiles – bases de datos, compilaciones, mapas, enciclopedias y diccionarios, reproducciones fotográficas, restauraciones,... – son las que más problemas presentan, siendo las “elecciones creativas” tomadas por el autor en su ejecución la alternativa más viable para determinar si estas tienen protección o no. Este tipo de selecciones son las que el creador realiza y que no están dictadas por la costumbre o la buena práctica (por ejemplo, el orden alfanumérico en un diccionario no sería una elección creativa). Dicho de otra forma, la originalidad emanaría de un conjunto de opciones –técnicas, funcionales y creativas– que no vienen impuestas por la naturaleza del trabajo y cuyo resultado habría sido diferente si lo hubiese ejecutado otra persona (Gervais & Judge, 2009: 377).

Si bien la copia de piezas artísticas no supuso ninguna novedad durante los siglos precedentes, es verdad que, la deferencia por el objeto original y la consideración romántica del autor del siglo XIX, acabarán por afectar también a las réplicas. No faltarán ejemplos en los que se reconozca la condición de autor al ejecutor de la alguna, dependiendo de si el tribunal ante el que se interponga la demanda considera que se trata de una copia servil o no<sup>12</sup>.

En Francia, la importancia dada a la aportación personal conduce normalmente a aceptar la originalidad de las copias de obras de arte<sup>13</sup>. Y en Italia, los derechos de autor son reconocidos cuando el creador realiza una actividad particularmente compleja que implica un conocimiento técnico, artístico y cultural. Por el contrario, la réplica tallada

9 Declaración universal de los derechos humanos, artículos 1, 2, 6 y 8.

10 Disponible en: <https://copyright.columbia.edu/basics/fair-use.html>

11 Algo parecido solicitaba el *Manifiesto de Soria sobre las reproducciones de obras de arte en libros y artículos de carácter histórico, crítico y didáctico* (2005).

12 La sentencia en el caso del escultor Rodríguez Montilla contra Mitra establecía que nadie podía arrogarse la propiedad intelectual de obras que pertenecen al patrimonio histórico y están en dominio público. Los propietarios de la tienda fueron acusados por el escultor de plagiar sus reproducciones en bronce de Mitra y Ceres. Sin embargo, éstos siempre arguyeron que sus piezas eran réplicas de obras expuestas en el Museo Nacional de Arte Romano de Mérida (Peguero, 2005).

13 Un tribunal de París reconoció la condición de autor a Serge Bloch por realizar, para su restitución, la copia escultórica de uno de los cuatro trofeos que decoraban originalmente la fachada del Palacio de Versalles. Bastó con invocar la existencia de «originalidad y creatividad» (Casas Vallés, 2008: 83).

en madera de una Madonna del siglo XV – *Apfelmadonna*– no obtuvo la concesión de los derechos de autor en Alemania porque el contenido creativo en la formación y estructura de la pieza era reducido (Rahmatian, 2010: 67).

Otra de las situaciones a las que se enfrenta una obra en dominio público es la restauración. Se trata de una operación técnica sobre la pieza que pretende devolverle su legibilidad, sin afectar a su integridad histórica o estética. Esto, *a priori*, implica que el restaurador no obtendrá derechos morales ya que, deontológicamente, debe abstenerse de aportaciones personales. No obstante, se le reconocerán otros derechos conexos sobre los materiales generados durante el proceso (cuadernos de notas, apuntes, esquemas, libros, fotografías, filmaciones...).

Sin embargo, la sentencia *Eisenmann v. Quinrom* sentó un precedente al concedérsele los derechos de autor sobre el trabajo de restauración de un rollo del mar Muerto (Birnhack, 2001). La reintegración de los fragmentos que formaban el conjunto inicial y las 121 líneas de manuscrito completadas según el contexto de la obra, fue el resultado del conocimiento académico especializado lo que, en opinión del Tribunal Supremo israelí, indicaba que había una aportación intelectual de Quinrom. Cuanto más reparadora sea la intervención, mayores posibilidades de reconocimiento. Irónicamente, la preservación de la integridad de la obra cultural en dominio público deniega el acceso a ella debido a la aplicación de un nuevo *copyright*.



1. Reproducción digital de La Gran Ola de Kanagawa (1831). Imagen 92. Colección Smithsonian. Fuente: Public.Resource.Org

Unida a las anteriores hay que referirse a una de las facetas más extendidas en las colecciones, la reproducción de las piezas mediante técnicas como la xilografía, el aguafuerte, la litografía, la fotografía, el dibujo o la digitalización. Particularmente, la fotografía causó un fuerte impacto en el público que aprendió a valorar una imagen en constante evolución técnica. En la actualidad, la fotografía plantea problemas específicos en la esfera de la propiedad intelectual, donde no se establece acuerdo alguno sobre su consideración como obra original o “mera fotografía”. Esta afirmación comprende implicaciones jurídicas, culturales y éticas cuando se trata de fotografías realizadas sobre piezas en dominio público, donde lo lógico sería tratarla como proceso puramente mecánico con derechos afines por tiempo limitado.

Cuando las fotografías reproducen fielmente las piezas no se consideran creativas pues el fotógrafo reitera el mensaje visual de la obra bidimensional fotografiada, tan solo ha cambiado un formato por otro (Petri, 2014: 6-7). En esa dirección apuntaba la sentencia del caso *Bridgeman Art Library v. Corel Corp* (1999) formulada por un Tribunal de Nueva York. El juez falló a favor del demandado –*Corel Corp*– señalando que las copias fotográficas exactas no pueden estar protegidas por derechos de autor debido a la falta de originalidad (Allan, 2006: 963).



2. Reproducción digital del Desnudo I de Matisse (1907). Imagen 122. Colección Smithsonian. Fuente: Public.Resource.Org

Por otra parte, la Unión Europea estipula que una fotografía goza de la misma protección que confiere el derecho de autor a cualquier otro trabajo siempre y cuando se exprese la capacidad creativa del autor (Directiva 2006/116/CE). En los países de la Unión la directiva ha sido adaptada de forma desigual. Por ejemplo, los tribunales españoles denegaron la condición de obra artística a unas fotos de insectos publicadas en una enciclopedia. Aspectos como la selección de las lentes, el filtro o la iluminación eran habilidades técnicas insuficientes para considerarla hija de la inteligencia, el ingenio o la inventiva del hombre (Margoni, 2014:37). Sin embargo, en el Reino Unido, la sentencia del caso *Antiquesportfolio.com v Rodney Fitch & Co Ltd* reconoció los derechos de autor de unas fotografías de obras en dominio público sobre la base de que la fidelidad no excluía la originalidad. El juez, utilizando argumentos similares a los del caso anterior (luz, filtro, enfoque...), determinó que el fotógrafo requería de ciertas habilidades para exhibir las características particulares de los muebles y antigüedades reproducidas, por lo que concluyó que en dichas fotografías el sujeto había hecho algo más que seguir el curso objetivo, por lo que se beneficiaban de los derechos de autor<sup>14</sup> (McIlwaine, s.f.).

Lo cierto es que el tema de las reproducciones constituye un área de especialización legal muy intrincada donde, en ocasiones, los tribunales no aplican homogéneamente la ley ni siquiera en un mismo país. A pesar de que el Tribunal Supremo de Suecia había establecido que la Ley de Propiedad Intelectual sueca permitía a cualquiera fotografiar el arte público para cualquier propósito, un tribunal de Estocolmo determinó que la publicación y alojamiento de estas fotografías en Wikipedia constituía una infracción de los derechos de autor. El tribunal justificó esta decisión afirmando que no es lo mismo el consumo privado que la puesta a disposición global de imágenes sin que los titulares de derechos reciban remuneración alguna (Geigner, 2016). Una situación parecida al caso sueco se presentó en *Théberge v Galerie d'Art du Petit Champlain Inc*<sup>15</sup> (2002). La cuestión a resolver era determinar si la reproducción de una obra de papel sobre lienzo violaba los derechos morales del autor por una reproducción no autorizada. En esta ocasión, el tribunal canadiense consideró que la transferencia de la tinta al lienzo constituía una modificación de la técnica y, por lo tanto, era una obra derivada con sus propios derechos.

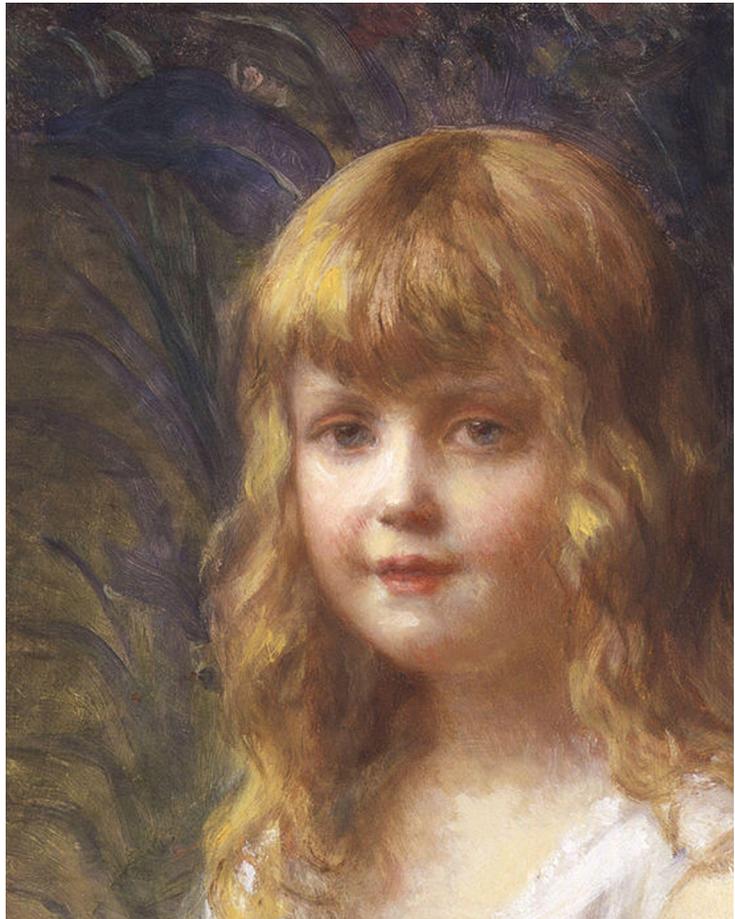
## Digitalización de dominio público en instituciones culturales

Las discusiones en torno a los derechos de autor sobre imágenes electrónicas y otros tipos de bienes digitalizados, han puesto de manifiesto la necesidad de adaptar la legislación a las nuevas complejidades tecnológicas. Por ejemplo, la imagen digital y virtual debe analizarse en múltiples niveles de propiedad: la obra en sí, la fotografía de la obra

14 En opinión de Petri, el reconocimiento del copyright a estas fotografías podría deberse al hecho de que el fotógrafo tenía que hacer un ejercicio creativo para trasladar la tridimensionalidad de la obra a la bidimensionalidad fotográfica (2014: 6).

15 Disponible en: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1973/index.do> [20.03.2016]

de arte, y, por último, la imagen electrónica de la misma que también podría ser objeto de protección mediante el uso de marcas de agua, huellas digitales y baja resolución. En esta situación se hallaban las obras digitalizadas de la *National Portrait Gallery* de Londres, cuyas imágenes de obras en dominio público utilizaban una protección rudimentaria que consistía en subdividir la pieza en cuadrículas, de tal modo que solo se podían observar los detalles si se hacía *zoom* sobre una tesela concreta. En 2009, Coetzee creó un programa con el que unificó las piezas, mejorando la resolución de 3000 imágenes y subiéndolas a *Wikimedia Commons*<sup>16</sup>. La galería en una carta le comunicó que había infringido los derechos de propiedad intelectual de las obras y la base de datos (Petri, 2014:2). La disputa nunca fue resuelta aunque, en la actualidad, la NPG ha cambiado la política de uso de sus imágenes permitiéndolo para fines no comerciales (Atkinson, 2012).



3. Reproducción digital de *Ava, Vizcondesa de Waverley*. N. Parisani (1902).  
Fuente: Wikimedia Commons

<sup>16</sup> Disponible : [https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Images\\_from\\_the\\_National\\_Portrait\\_Gallery,\\_London](https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Images_from_the_National_Portrait_Gallery,_London)

Contra la introducción de marcas de agua o los formatos poco adecuados en imágenes de obras en dominio público se rebeló *Public.Resource.Org*, una organización sin ánimo de lucro con especial interés en la digitalización y puesta a disposición universal de este tipo de materiales. En 2007 lanzó una misiva a Internet<sup>17</sup> en la que exponía los motivos por los que liberaban 6.288 imágenes procedentes de la Institución Smithsonian que se encontraban a la venta en su ciberpágina con restricciones de uso (*Public.resource.org*, 2007). No obstante, la institución es un instrumento fletado por el Congreso de Estados Unidos para difundir el conocimiento, administrada por el presidente del Tribunal Supremo y sustentada por más de 650 millones de dólares de fondos públicos. En dicho país, al igual que en otras naciones occidentales, este tipo de fundaciones son de carácter público, por lo que no se debería aplicar el *copyright* en obras digitalizadas por empleados pagados con fondos federales (Browne, 2005).

## Obras huérfanas

El tema de las obras huérfanas, protegidas por unos derechos de autor con períodos de exclusividad extremadamente longevos, se vuelve interesante en la era digital. Se encuentran en esta situación fotografías, filmaciones y otros materiales depositados en archivos, bibliotecas y museos. Son piezas de enorme valor pedagógico, histórico o cultural que podrían distribuirse a un coste relativamente bajo. Diferentes países –Canadá<sup>18</sup>, Estados Unidos<sup>19</sup> o la Unión Europea<sup>20</sup>– han intentado afrontar el problema de manera muy similar, creando sistemas de licencias suplementarios que permitan usar las obras después de haber hecho un esfuerzo razonable por localizar a los titulares de derechos.

En la Unión Europea, la presión social a través de colectivos como *Communia*<sup>21</sup>, logró que se promulgase una directiva dónde se expresa que cualquier institución cultural o educativa puede solicitar la declaración de orfandad para obras cuyo autor no aparezca en los registros establecidos por la Oficina de Armonización del Mercado Interno –OHIM–. Tal declaración será válida en todo su territorio, lo que significa que otras instituciones también podrán poner la obra a disposición del público para su contemplación (no para su reutilización). En caso de aparecer el titular de derechos, la institución se verá obligada a compensarle (Directiva N° 2012/28/UE). Esto último puede representar una traba tanto para su puesta a disposición en línea como para los trabajos de restauración de las obras (Zeinstra, 2016).

17 Disponible en: <https://public.resource.org/memo.2007.05.19.html>

18 Copyright Board of Canada (2016). Unlocatable copyright owners. Disponible en: <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences-e.html>

19 United States Copyright Office (2006). Report on Orphan Works. Register of Copyrights.

20 Observatorio de Propiedad Intelectual de la UE. Disponible en: <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/orphan-works-database>

21 Disponible en: <http://www.communia-association.org>

Además, la búsqueda en todos los registros plantea otro reto considerable para unas instituciones cuyas colecciones alcanzan decenas de millones de obras individuales y cuyos recursos, en términos de personal y financiación, están muy menguados. La tarea de localizar a los titulares de derechos a través de una multitud heterogénea de colaboradores reduciría costes y aportaría la experiencia contenida en ella (Erickson, 2016). A este respecto, ya existen algunas iniciativas, como *Red Een Portret*, un proyecto llevado a cabo en los archivos de Ámsterdam cuya finalidad es digitalizar e identificar la colección de negativos en vidrio del Instituto María de Austria. El mismo se vale de una combinación de microfinanciación colectiva para la digitalización; y *crowdsourcing*<sup>22</sup> para la recopilación de historias, la identificación de piezas y su descripción (Noordgraaf & Eveleigh, 2013).

## Bases de datos y registros

La amplia gama de documentos generados por el museo en el ejercicio de sus funciones, constituye un instrumento muy valioso para la educación, la investigación o la creación que no siempre es accesible. Esto, que podría entenderse en el caso de archivos que contengan datos personales de cualquier índole amparados por la ley de protección de datos, resulta incomprensible en un material descriptivo como los inventarios y catálogos. El acceso a dicha documentación no resulta fácil pues el sector cultural acusa una falta de flexibilidad cuando se trata de permitir la reutilización de estos datos. El problema es que alegan una pérdida considerable de ingresos<sup>23</sup> y la disolución del valor del objeto<sup>24</sup>.

A ese respecto, Europeana - un punto de acceso abierto a los recursos culturales digitalizados de Europa- recomienda el acceso abierto para favorecer la innovación y la diversidad, y mantener los objetos en su contexto, pues de lo contrario, las instituciones culturales como fuente de información serán relegadas a un segundo plano por iniciativas más abiertas como Wikipedia (Ferrer-Sapena y Peset, 2012).

22 El término *Crowdsourcing* lo usó por primera vez la revista *Wired* para describir nuevas prácticas de gestión mediante el uso de herramientas de comunicación digital, que facilitan la colaboración y permiten contribuir con información a un proyecto colectivo (Howe, 2006).

23 Elster (2013), Tanner (2004) o Shapiro (2001) consideran que el museo formaría parte de una economía de la experiencia, por lo que sería lícito obtener ingresos haciendo uso de la Propiedad Intelectual.

24 Lo cierto es que se hace necesario que el museo se desenvuelva con fluidez en esa multiplicidad de opiniones, valores, identidades e inquietudes pues sus contenidos crecen y adquieren sentido mediante el continuo proceso de reappropriación social.

A pesar de la normativa<sup>25</sup>, en los últimos años los museos han puesto en práctica políticas de promoción de acceso abierto a los catálogos<sup>26</sup> y datos<sup>27</sup> financiados con fondos gubernamentales. Se trata de un servicio de interés público que promueve nuevas formas de difusión, recopilación y análisis de las selecciones de piezas, además de proporcionar una nueva perspectiva gracias a que las colecciones de los museos y los investigadores procedentes de diferentes disciplinas interactúan entre sí. Sin embargo, han añadido otra preocupación en cuanto a las políticas de derechos de autor de los medios de comunicación sociales, pues la mayoría de estas empresas también reclaman el *copyright* de las imágenes que se comparten en sus plataformas.

## Análisis

Todo lo expuesto en las líneas anteriores influyen de manera absoluta en la forma en la que percibimos los museos como un activo financiero<sup>28</sup>, erigiéndose en la continuación de un proceso que aplica soluciones tecnológicas novedosas, pero que sigue rezagado en cuanto a las medidas éticas y legales.

El actual estado de los derechos de autor complica la misión social del museo, ya que la mayoría de sus servicios son susceptibles del *copyright* de alguien. Estamos ante una contracción del dominio público que no solo amenaza al acceso a la cultura, sino que también afecta a la libertad de expresión, las creaciones de los propios artistas y el derecho de estos a que sus trabajos sean conocidos. En el caso de las organizaciones del patrimonio cultural, las reproducciones de obras culturales constituyen una de sus mejores herramientas para hacerlas accesibles a la sociedad.

Paradójicamente, la ley de propiedad intelectual alienta a las instituciones de la memoria a adoptar regímenes de propiedad y eso puede propiciar que, en un futuro, la conservación y el acceso a la cultura no se puedan conseguir fuera del mercado (Pessach, 2008: 101). Existen otros riesgos significativos asociados a la privatización. En primer lugar, los bienes accesibles serán seleccionados por los medios corporativos<sup>29</sup> que impondrán un modelo homogéneo y cuyo concepto de preservación cultural no coincide con el de las entidades orientadas al público. Además, las empresas comerciales podrían replicar su dominio cultural de una generación a otra, suprimiendo el discurso crítico (Pessach, 2008: 114–122).

25 De acuerdo con la normativa, una base de datos estará protegida, siempre que la selección y disposición de los contenidos sea una creación intelectual (Directiva 96/9/CE, art. 3) o muestre un nivel mínimo de creatividad (en virtud de la ley EE.UU.)

26 Algunos ejemplos de websites con catálogos que usan licencias Creative Commons: Museo Victoria & Albert; el Rijksmuseum de Ámsterdam; el Museo Nacional de Estocolmo, la Galería Nacional de Arte de Washington o el Museo Zumalacáregui (España).

27 Algunos ejemplos de museos que han liberado sus metadatos: Cooper-Hewitt Museum data; Tate collection metadata; Finnish National Gallery API; Amsterdam Museum linked open data; Danish Museet for Søfart API

28 "...this industrialized museum will have much more in common with other industrialized areas of leisure—Disneyland say—than it will with the older, preindustrial museum...will be dealing with mass markets..." (Krauss, 1990:17)

29 Google Arts & Culture posee la titularidad sobre la base de datos o cualquier software subyacente, ya sea como el autor de las obras pertinentes o como cesionaria de los derechos de autor.

Esta situación amenaza con condenar a la invisibilidad a una parte esencial del patrimonio. Ante la complejidad del sistema, García Sanz propone reducir los derechos exclusivos a una sola acción que se limite “al acto de autorizar la entrada de la obra en la Red para su transmisión” (2008:113). En esa línea simplificadora y genérica también se han manifestado los profesionales de museos europeos a través de una encuesta realizada por NEMO<sup>30</sup> –*Network of European Museum Organizations*–, quienes, además, hacían notar la necesidad de actualizar las excepciones de las que se benefician las instituciones para facilitar el acceso *online* y la reutilización de piezas digitalizadas, datos e hipervínculos en su poder (Ennaert, 2015: 5-9).

Por otra parte, la digitalización es una copia en otro formato que carece de la independencia creativa suficiente como para que le sean reconocidos los derechos morales del autor. Tal y como muestran los ejemplos precedentes, no hay garantía de que esto se reconozca en todas las ocasiones debido a que ningún derecho subjetivo tiene carácter absoluto. Esto ha originado que, en caso de pugna entre propiedad intelectual y el derecho de acceso a la cultura, no sea inusual que adquieran relevancia ambos aspectos, generándose nuevas incertidumbres jurídicas. Todo dependerá de cómo se interprete la “originalidad”, aunque Gervais y Judge aprecian cierta tendencia a igualar resultados en los mismos tipos de casos debido a la introducción del matiz moral en la legislación anglosajona<sup>31</sup> (2009: 405).

Pero, ¿hasta qué punto es ético que una institución pública reclame *copyright* sobre reproducciones de obras en dominio público? Algunos autores hablan de prácticas abusivas del museo en este sentido. Crew y Brown los acusan de incumplir la Ley de Propiedad Intelectual (2010:12); García López expone que se trata de una sobre-apropiación del dominio público donde “la propiedad demuestra a la propiedad”, lo cual es absurdo (García López, 2006: 233); mientras que Mazzone llama fraude –*copyfraud*– a la reclamación de derechos de autor sobre reproducciones digitales de obras en dominio público (2006: 1052–1058). Ante esas acusaciones, los museos se defienden arguyendo que la exhibición digital contiene su propia visión personal de lo que muestran (Tove, 2014:35).

Pese a todo lo dicho en los párrafos anteriores, la encuesta realizada por NEMO revela que los profesionales de estas instituciones, conscientes de estas limitaciones y de su función social, solicitan a los legisladores tener presente el hecho de que la sobreprotección puede ser contraproducente para los intereses culturales, sociales o económicos en una sociedad que ya es digital, por lo que recomiendan menos trabas tecnológicas y burocráticas para promover el acceso abierto (Pagel, 2015: 36).

30 Disponible en: <http://www.ne-mo.org/about-us.html>

31 Desde el año 2001 se ha introducido en esta legislación adjetivos como “habilidad artística y trabajo original” para hacer referencia a la originalidad. Esto tiende a armonizarla con las legislaciones europeas (“personalidad del autor”), canadiense (“habilidad y juicio”) y estadounidense (“mínimo de creatividad”) (Gervais, 2002: 958).

## Conclusión

Los museos se perfilan como parte significativa de nuestra memoria colectiva, son custodios de muchas piezas creadas en una época donde el *copyright* sencillamente no existía. Sus contenidos crecen y adquieren sentido mediante el continuo proceso de reappropriación social gracias a la accesibilidad. Sin embargo, la legislación sobre propiedad intelectual interfiere en esos derechos de acceso a las reproducciones de las colecciones del museo que no son propiedad intelectual sino dominio público.

Nuestra incapacidad para predecir el futuro junto con la tendencia a subestimar el potencial cívico del museo puede hacernos actuar precipitadamente. Sin embargo, es evidente que la restauración del equilibrio entre propiedad intelectual y dominio público exige una reforma legal y tecnológica en la que se armonicen conceptos internacionalmente y se favorezca el acceso a las colecciones culturales.

## Referencias bibliográficas

- Allan, R. J. (2006). After Bridgeman: Copyright, Museums, and Public Domain Works of Art. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 961–989.
- Atkinson, R. (2012). NPG changes images licensing to allow free downloads. *Museum Journal*. Disponible en: <http://www.museumsassociation.org/museums-journal/news/22082012-npg-changes-image-licensing-to-allow-free-downloads>
- Birnhack, M. D. (2001). The Dead Sea Scrolls Case: Who Is an Author? *European Intellectual Property Review*, 23 (3), 128.
- Borghini, M. et al. (2016). Enhancing access to 20th Century cultural heritage through Distributed Orphan Works clearance. *Heritage Plus and EU Commission (JPI Cultural Heritage and Global Change)*. Disponible en: <http://diligentsearch.eu/about/>
- Browne, R.V. (2005). Statement submitted to the U.S. Copyright Office. Disponible en: <http://www.copyright.gov/orphan/comments/reply/OWR0136-Smithsonian.pdf>
- Casas Vallés, R. (2008). La propiedad intelectual en los museos. *Museos* (4), 76–97.
- Court of Justice of the European Union (2011). A portrait photograph enjoys the same protection as that conferred by copy right on any other work. *Judgment in Case C-145/10: Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and others*. Disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-12/cp110132en.pdf>
- Crew, K. y Brown, M. (2010). Control of Museum Art Images: The Reach and Limits of Copyright and Licensing. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1542070>
- Declaración universal de los derechos humanos (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas. París: ONU. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Derclaye, E, (ed.) (2010). *Copyright and cultural heritage preservation and access to works in a digital world* (pp. viii–xvii). Cheltenham: Edward Elgar.

- Elster Pantalony, R. (2013). *Guía de la OMPI para la gestión de la propiedad intelectual en los museos*. Ginebra: OMPI.
- Ennaert, P. (ed.) (2015). *Survey Museums and Copyright*. EU: Network of European Museum Organizations.
- Erickson, K. (2016). How crowdsourcing might solve the astronomical challenge of copyright clearance. *CREATE*. Disponible en: <http://www.create.ac.uk/blog/2016/01/08/how-crowdsourcing-might-solve-the-astronomical-challenge-of-copyright-clearance/>
- España, I.C.O.M. (2013). *Código de Deontología del ICOM para museos*. Disponible en: [http://icom.museum/fileadmin/user\\_upload/pdf/Codes/code\\_ethics2013\\_es.pdf](http://icom.museum/fileadmin/user_upload/pdf/Codes/code_ethics2013_es.pdf)
- Europeo, Parlamento (1996). *Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos*.
- Europeo, Parlamento (2006). *Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinado*. Estrasburgo: CE, 2006.
- Europeo, Parlamento (2012). *Directiva N° 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*. Estrasburgo: UE, 2012.
- Fernández Moreno, A. (2014). *El museo que se hace a sí mismo*. Tesis doctoral inédita. Granada: Universidad de Granada.
- Ferrer-Sapena, A. y Peset, F. (2012). Reutilización de datos culturales. *Anuario ThinkEPI* (6), 193-196
- García López, D. J. (2006). Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor para la democracia. *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)* 10, (9), 207-244
- García Sanz, R. (2008). *El derecho de autor en internet*. Universidad Complutense. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/7662/1/t27502.pdf>
- Geigne, T. (2016). Swedish Court: Wikipedia hosting photos of public artwork is copyright infringement for some reason. *Techdirt*. Disponible en: <https://www.techdirt.com/articles/20160404/07175734096/swedish-court-wikipedia-hosting-photos-public-artwork-is-copyright-infringement-some-reason.shtml>
- Gervais, D. y Judge, E. (2009). Of Silos and Constellations: Comparing Notions of Originality in Copyright Law. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 27 (2), 375-408.
- Gervais, D. (2002). Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law. *Journal of the Copyright Society of the USA* (49), 949-981
- Howe, J. (2006). The Rise of Crowdsourcing. *Wired Magazine*. Disponible en: <http://www.wired.com/2006/06/crowds/>

- Krauss, R. (1990). The cultural logic of the late capitalist museum. *October* (54), 3–17.
- Manifiesto de Soria sobre las reproducciones de obras de arte en libros y artículos de carácter histórico, crítico y didáctico (2005). *Contraindicaciones*. Disponible en: [http://contraindicaciones.net/manifiesto\\_de\\_soria\\_sobre\\_las/](http://contraindicaciones.net/manifiesto_de_soria_sobre_las/)
- Margoni, T. (2014). *The digitisation of cultural heritage: originality, derivative works and (non) original photographs*. Disponible en: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1507>
- Mazzone, J. (2006). Copyfraud. *NYUL Review*, 81, 1026–1100.
- Mcilwaine, D. (s.f.). Antiquesportfolio.com v Rodney Fitch & Co Ltd. *Out-Law*. Disponible en: <http://www.out-law.com/page-8688>
- Moore, A. (2012). A lockean theory of intellectual property revisited. *San Diego Law Review* 50, Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2099073>
- Mossoff, A. (2015). Why Intellectual Property Rights? A Lockean Justification. *Library of law and liberty*. Disponible en: <http://www.libertylawsite.org/liberty-forum/why-intellectual-property-rights-a-lockean-justification/>
- Noordegraaf, J. y Eveleigh, A. (2013). *MOCCA: Modeling Crowdsourcing for Cultural Heritage*. Ámsterdam: Universiteit van Amsterdam.
- OMPI (s.f.). ¿Qué es la propiedad intelectual? Disponible en: <http://www.wipo.int/about-ip/es/>
- Pagel, J. (2015). El museo y los derechos de autor en Europa: una encuesta y unas recomendaciones, *Revista PH* (88), 36–40.
- Peguero, C. (2005). Absuelven a Mitra de un delito contra la propiedad intelectual. *El periódico de Extremadura*. Disponible en: [http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/merida/absuelven-mitra-delito-propiedad-intelectual\\_200184.html](http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/merida/absuelven-mitra-delito-propiedad-intelectual_200184.html)
- Pessach, G. (2008). [Networked] Memory Institutions: Social Remembering, Privatization and its Discontents. *Cardozo Arts & Ent. LJ* 26, 71–149.
- Petri, G. (2014). The Public Domain vs. the Museum: The Limits of Copyright and Reproductions of Two-dimensional Works of Art. *Journal of Conservation and Museum Studies* 12(1), 1–12
- Public.resource.org (2007). To the Internet. Disponible en: <https://public.resource.org/memo.2007.05.19.html>
- Rahmatian, A. (2010). Copyright protection for the restoration, reconstruction and digitization of public domain works. En Derclaye, E, (ed.). *Copyright and cultural heritage preservation and access to works in a digital world* (pp. 51-76). Cheltenham: Edward Elgar.
- Ruiz García, J. M. (2007). El arte de la piratería. *Archipiélago: Cuadernos de crítica de la cultura* (55), 34.

- Shapiro, M. S. (2001). Introduction: Museums and the digital future. *WIPO*. Disponible en: [http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/iipi\\_digital\\_museum.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/iipi_digital_museum.pdf)
- Tanner, S. (2004). *Reproduction charging models and rights policy for digital images in American art museums*. Disponible en: [http://msc.mellon.org/research-reports/Reproduction 20charging%20y 20models 20rights 20policy.pdf/at\\_download/file](http://msc.mellon.org/research-reports/Reproduction%20charging%20models%20rights%20policy.pdf/at_download/file)
- Tove, A. (2014). *Museums claims of copyrights in digital reproductions of public domain works of art - a conflict with the right to access culture?* Disponible en: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4450467&fileId=4457675>
- Zeinstra, M. (2016). Research: Orphan Works Directive does not work for mass digitization. *Communia*. Disponible en: <http://www.communia-association.org/2016/02/16/orphan-works-directive-does-not-work/>