

# Propiedad intelectual y museos en la contemporaneidad: reflexiones en torno a una relación polémica desde la óptica española

---

Adriana Hurtado-Jarandilla



Edición 11 (enero-junio de 2020)

E-ISSN 2389-9794



# Propiedad intelectual y museos en la contemporaneidad: reflexiones en torno a una relación polémica desde la óptica española\*

Adriana Hurtado-Jarandilla\*\*

**Resumen:** la contemporaneidad ha llevado a la institución museística a experimentar numerosos cambios; entre otros, podemos referir el auge de museos de arte contemporáneo o la incorporación de herramientas tecnológicas —la tantas veces abordada transformación digital—. Ambas tendencias tienen en común que, además de caracterizar al museo contemporáneo, resultan conflictivas en términos de propiedad intelectual. El objetivo del presente artículo es exponer dicha problemática; concretamente, algunos de los conflictos más significativos que ambos aspectos

---

\* **Recibido:** 10 de febrero de 2020 / **Aprobado:** 23 de julio de 2020 / **Modificado:** 8 de agosto de 2020. Este artículo es resultado de la tesis de doctorado “La dimensión digital de los museos de arte españoles. Una cuestión ubicua”. La investigación no contó con financiación adicional.

\*\* Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España). Estudiante de doctorado en Humanidades de la Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, España)  <https://orcid.org/0000-0001-5181-6972>  [adriana.hjarandilla@gmail.com](mailto:adriana.hjarandilla@gmail.com)

---

**Cómo citar:** Hurtado-Jarandilla, Adriana. “Propiedad intelectual y museos en la contemporaneidad: reflexiones en torno a una relación polémica desde la óptica española”. *Revista Colombiana de Pensamiento Estético e Historia del Arte*, no. 11 (2020): 49-75.





generan desde la perspectiva de los derechos de autor. Ello se hará en relación a la legislación española actualmente vigente, sin que eso impida que en algunos casos se realicen menciones al tratamiento que otros ordenamientos dan a las cuestiones que aquí se plantean. No obstante la óptica nacional, este estudio nos permitirá trazar algunas de las líneas rojas de la propiedad intelectual que encontramos hoy en los museos de España y, también, de otros entornos geográficos, sin perjuicio de las particularidades de cada país. Unas líneas rojas que deben ser tenidas en cuenta por los profesionales y gestores de estas instituciones en tanto que está en juego el ejercicio pacífico por los ciudadanos del derecho al acceso a la cultura y, más específicamente, al patrimonio cultural.

**Palabras clave:** museos; propiedad intelectual; digitalización; legislación española; derechos culturales.

## **Intellectual Property and Museums in Contemporaneity: Reflections on a Controversial Relation According to Spanish Legislation**

**Abstract:** contemporaneity has led museum institutions to experiment multiple changes. Among others, we can think of the creation of contemporary art museums and the introduction of technology into museums –the famous digital transformation of museums–. Both trends have in common that they characterize contemporary museums and that they are controversial in terms of copyright. The aim of this paper is to present the above-mentioned problem; namely we want to expose some of the most significant issues that both aspects involve from the scope of copyright. This will be carried out according to Spanish legislation, nevertheless, when possible, it will be accompanied by mentions to the way other legislations address the topics we discuss here. Despite the national perspective, this research will allow us to lay down some of the red lines of IP that can be found at museums nowadays, not only at the Spanish ones but also at institutions from all over the World, without prejudice to the particularities of each country. Red lines that must be taken into account by museum professionals and administrators since what it is at stake is the peaceful exercise of the right of citizens to access culture and, specifically, to cultural heritage.

**Keywords:** museums; intellectual property; digital technology; Spanish legislation; cultural rights.

## Propriedade intelectual e museus na contemporaneidade: considerações sobre uma relação polêmica desde a perspectiva espanhola

**Resumo:** a contemporaneidade tem levado a instituição museológica a experimentar numerosas mudanças. Entre elas estão o auge de museus de arte contemporânea ou a incorporação de ferramentas tecnológicas –a tantas vezes abordada transformação digital–. Ambas tendências têm em comum que, além de caracterizar o museu contemporâneo, resultam conflitivas em términos de propriedade intelectual. O objetivo do presente artigo é expor tal problemática; concretamente, alguns dos conflitos mais significativos que ambos aspectos geram desde a perspectiva dos direitos autorais. Isto será realizado em relação a legislação espanhola atualmente vigente, sem que isso impeça que em alguns casos sejam realizadas menções ao tratamento que outros sistemas dão a questões que aqui são consideradas. Não obstante à ótica nacional, este estudo nos permitirá traçar alguns dos pontos conflituosos da propriedade intelectual que se dão hoje nos museus da Espanha e, também, de outros entornos geográficos, a despeito das particularidades de cada país. Alguns dos pontos que devem ser tidos em conta pelos profissionais e gestores de tais instituições é o quanto está em jogo o exercício pacífico do direito de cidadãos ao acesso à cultura e, mais especificamente, ao patrimônio cultural.

**Palavras-chave:** museus; propriedade intelectual; digitalização; legislação espanhola; direitos culturais.

### Introducción

Si nos propusiéramos llevar a cabo una revisión de los cambios experimentados en la institución museística en la actualidad, no pocos serían los aspectos o características que nos veríamos en la obligación de comentar. Entre todos ellos, destacaremos el auge de los museos planeados, diseñados, construidos e inaugurados para albergar colecciones de arte contemporáneo. En efecto, el siglo XX, entre otras cuestiones, trajo consigo un interés por la preservación y exhibición de todo ese arte desarrollado a partir de las vanguardias históricas<sup>1</sup>.



1. María-Luisa Bellido-Gant, *Arte, museos y nuevas tecnologías* (Asturias: Trea, 2001), 174-186.



La otra cuestión que podríamos tildar de definitoria del museo en la actualidad es la incorporación de tecnología en sus estancias. La introducción de instrumentos tecnológicos ha sido considerada por algunos museólogos –por ejemplo, la española Aurora León– como la nueva revolución museológica, tras el revuelo que implicó en materia de acceso social a los museos la *nouvelle museologie*<sup>2</sup>. El inicio de esta revolución de que habla León se produjo cuando la tecnología se hizo un hueco en los museos a través de su aplicación a los procesos de gestión documental y, desde que eso sucediera, no hay función que no se haya servido –de una u otra manera– de los adelantos técnicos para su perfeccionamiento<sup>3</sup>. Hasta la irrupción de la tan polémica visita virtual, la cual, a partir de la digitalización de las obras, ha ampliado el radio de acción de la difusión cultural en los museos.

Ambos fenómenos tienen en común que, además de definir al museo en nuestros días, resultan controvertidos desde el punto de vista de la propiedad intelectual. En particular, los problemas que identificamos en este terreno y que desarrollaremos en este artículo son aquellos que surgen a raíz de, por un lado, la conservación del arte contemporáneo y, del otro, la difusión y comunicación digital de los bienes culturales. Unas controversias que serán estudiadas, además, desde la óptica del Derecho español –esto es, a la luz del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril<sup>4</sup>, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando,

2. Aurora León, *El museo: teoría, praxis y utopía* (Madrid: Cátedra, 1978), 59. Otro investigador sostiene algo similar cuando afirma que “aunque la tecnología de por sí no ha modificado los objetivos de los museos, sí que ha facilitado un cambio de prioridades, que ya se había ido produciendo paulatinamente desde los años 70 con la aparición de la nueva museología”. Ver Cèsar Carreras-Monfort, “Museos enredados. Nuevos dilemas, nuevos horizontes en Internet”, en *Patrimonio Cultural y Tecnologías de la Información y la Comunicación: a la búsqueda de nuevas fronteras*, ed. Cèsar Carreras-Monfort (Cartagena: Concejalía de Cultura - 3000 Informática, 2005), 162.

3. Eva-María Alquézar-Yáñez, “Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y su repercusión en los museos”, en *As novas tecnoloxías ó servizo do usuario: III Xornadas de Arquivos, Bibliotecas, Centros de Documentación e Museos de Galicia, Ferrol, 23-25 setembro 1999* (Coruña: Xunta de Galicia, 1999), 431. La museóloga Aurora León ya hablaba de esto cuando afirmaba que “Las ciencias que apoyan la Museología son de dos tipos: las ciencias humanas y sociales [...] y las experimentales [...]. Todos los métodos que estas ofrecen proporcionan un material insustituible en una civilización necesitada de facilidades en la rapidez de aportaciones e informaciones previas al trabajo de investigación. La utilización de estos medios extra-artísticos ha levantado serias polémicas en el seno del campo museológico lo cual es exponente, por una parte, de la inadaptación del museo al ritmo del progreso actual y, por otra, del excesivo abuso que en ocasiones se ha hecho de estos recursos técnicos. De todas formas, la realidad es que las ciencias auxiliares han entrado en el museo para cumplimentar unas funciones que le atañen, lo que no supone un decrecimiento ‘creativo’ en el quehacer artístico ni un modo de operación mental rígido, sometido a unos resultados mecánicos e impuestos con frialdad sino un lógico progreso concatenado al avance de las actividades científicas y una ayuda complementaria, a menudo de un valor inapreciable, al absorbente complejo trabajo de la mente humana”. León, *El museo: teoría*, 101-102.

4. Ministerio de Cultura de España, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *Boletín Oficial del Estado* núm. 97.



aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia<sup>5</sup> (“Ley de Propiedad Intelectual”)– en la medida en que la relación entre museos y propiedad intelectual en la actualidad es tan compleja que no resulta viable pretender su estudio con vocación universal dentro de los confines de un artículo<sup>6</sup>.

En consonancia con lo anterior, este artículo consta de tres apartados. En el primero analizaremos la conservación del arte contemporáneo desde la perspectiva de los derechos de autor en España, enfatizando no solo en los obstáculos que esta materia conlleva para las tareas conservadoras-restauradoras de este tipo de arte sino también en las posibles vías para remediarlos. En el segundo, se abordan los dilemas que presenta la difusión del arte digitalizado en materia de derechos de autor en este país, identificando para ello dos situaciones a las que se reservan dos subcapítulos: de un lado, las trabas legales con las que se topa frecuentemente la accesibilidad en línea del patrimonio digitalizado y, del otro, la eventual existencia de derechos de propiedad intelectual sobre el material digitalizado. El tercer apartado, conclusivo, contiene una recopilación de todo lo expuesto, de los resultados de la investigación y de los diferentes caminos que se perfilan para dar respuesta a las dificultades que presentan estas cuestiones.

La metodología adoptada para llevar a cabo este artículo es, fundamentalmente, descriptiva en el sentido que en que Jesús Gutiérrez-Cillán y Ana-Isabel Rodríguez-Escudero describen este tipo de investigación<sup>7</sup> pues se desea conocer los problemas de derechos de autor con los que lidian en la actualidad los museos españoles, contraponiendo sus posibles soluciones. Para ello, se ha hecho una revisión de fuentes primarias –como planes elaborados por las instituciones, normativa nacional y europea vigente– y de fuentes secundarias –literatura científica relevante sobre la cuestión y artículos publicados por instituciones de interés en la temática (como Europeana)–. Esta lectura crítica se complementó con la

5. En este sentido, cabe matizar que el ordenamiento jurídico español –y, por tanto, el cuerpo legal mencionado– entiende que el concepto de “propiedad intelectual” comprende los derechos de autor (del Libro I) y otros derechos de propiedad intelectual que se consideran afines (del Libro II). Por consiguiente, “propiedad intelectual y derechos de autor” no son términos equivalentes; no obstante la distinción, para facilitar la lectura, en lo sucesivo cuando hablemos de “propiedad intelectual”, haremos referencia a los “derechos de autor”, así como emplearemos ambos términos indistintamente.

6. También hubiera sido pertinente extender el análisis y estudiar cómo inciden los derechos de autor en el desarrollo de las demás funciones del museo –y, muy particularmente, en los procedimientos de información y documentación de las colecciones, altamente influenciados por el auge de las herramientas tecnológicas, como comentábamos–. Sin embargo, esto hubiera excedido los límites del artículo y, por ello, nos hemos visto en la necesidad de acotar la investigación a tan solo dos funciones: la de conservación-restauración, y la de difusión.

7. Jesús Gutiérrez-Cillán y Ana-Isabel Rodríguez-Escudero, “Tipos de investigación científica”, en *Métodos de investigación social y de la empresa*, coord. Francisco-José Saravia-Sánchez (Madrid: Pirámide, 2013), 47-66.



voz de los profesionales del museo público estatal de referencia para el arte contemporáneo en España: el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía<sup>8</sup>; por ello, se ha entrevistado a sus trabajadores sobre la temática del artículo.

Todo lo anterior se ha llevado a cabo en pos de los siguientes objetivos: presentar algunos de los desafíos o líneas rojas a los que se enfrentan los museos de España en la actualidad desde la perspectiva de los derechos de autor; exponer cómo estas dificultades son abordadas normativamente, a nivel nacional pero también en el ámbito europeo, con el objetivo de ser solventadas; esgrimir soluciones aportadas por la historiografía a las problemáticas presentadas; plantear el caso español como estudio de caso de una problemática que se da en otras regiones el mundo, con sus particularidades; y contribuir a la concientización de los diversos actores, públicos y privados, del patrimonio cultural sobre los conflictos generados por la legislación de derechos de autor y la urgencia de encontrar soluciones para garantizar el derecho al acceso a la cultura de los ciudadanos.

## Conservación de arte contemporáneo y derechos de autor: una disputa candente

El primer tipo de problemas a los que haremos referencia es a los que surgen como consecuencia de la conservación-restauración del arte contemporáneo. Unos conflictos cuyas dimensiones no se entienden si antes no recordamos lo que caracteriza a este tipo de arte: la experimentación. Esta se remonta a finales del siglo XIX, cuando los artistas asumieron la novedad como horizonte e iniciaron una carrera de innovación con los materiales, rompiendo los lazos con las técnicas tradicionales<sup>9</sup>. Esta inquietud se potenció con las vanguardias históricas, las cuales perseguían nuevos soportes y nuevos objetos artísticos<sup>10</sup>. Así pues, en el arte contemporáneo confluyen tres cuestiones: la ruptura con los valores tradicionales de creación, la pérdida de las tradiciones artesanales y la introducción de materiales industriales en el proceso creativo<sup>11</sup>.

8. En la medida en que este artículo se encuadra en una tesis doctoral que tiene por objeto el estudio de la transformación digital de los museos españoles, para la presente investigación se ha entrevistado a miembros del museo de arte contemporáneo que integraba el grupo de museos analizados. Somos conscientes, no obstante, de que hubiese sido interesante mantener conversaciones con otras instituciones de arte contemporáneo del país, pero no era realista marcarse un objetivo así por las limitaciones temporales.

9. María-José Martínez-Justicia, *Historia y teoría de la conservación y restauración artística* (Madrid: Tecnos, 2001), 427-428.

10. Bellido-Gant, *Arte, museos*, 21-47.

11. Mikel Rotaeché-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración de materiales contemporáneos y nuevas tecnologías* (Madrid: Síntesis, 2011), 144.



A diferencia de lo que sucede con el arte tradicional, en el que el artista selecciona el material que más le interesa para su obra en función de las características —exhaustivamente estudiadas— de aquel, la obra de arte contemporáneo “es única en su concepción y materialización” y el artista “hace uso de los materiales que mejor encajan en su proyecto de comunicación y expresión, sin importarle cómo se comporten estos materiales entre sí y a lo largo del tiempo”<sup>12</sup>. Además, no se puede perder de vista otro factor: la perdurabilidad del objeto no es lo que el artista contemporáneo necesariamente desea —cuando no la descarta o desprecia premeditadamente<sup>13</sup>—, sino que frente a ella prevalece la constante experimentación<sup>14</sup>. Desde el punto de vista de la conservación y la restauración, la consecuencia que este nuevo paradigma artístico desplegó es notable puesto que, mientras que en el arte tradicional el mayor estudio de los materiales permite diseñar “un abanico de tratamientos” que resultan efectivos tras efectuar unas mínimas adaptaciones, para el arte contemporáneo esa posibilidad desaparece<sup>15</sup>. En primer lugar, porque los materiales son unos grandes desconocidos<sup>16</sup>, pero también porque una conservación “tradicional”<sup>17</sup>, en el caso de que la perdurabilidad no fuera el objetivo de la creación, podría generar “un conflicto entre la intención original del artista o el mensaje de la obra y la forma de preservar la misma y, por tanto, de exponerla”<sup>18</sup>.

El resultado es una conservación que no puede atender exclusivamente al estado de los materiales<sup>19</sup> y que es “muy diferente a la de las obras llamadas ‘tradicionales’, pues carece de la tradición práctica secular y, por supuesto, de una teorización propia”<sup>20</sup>. Por tanto, el profesional de la conservación y restauración de los objetos artísticos de nuestro siglo “se encuentra en un terreno desconocido en el

12. Rotaèche-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 144.

13. Glenn Wharton, “The Challenges of Conserving Contemporary Art”, en *Collecting the New: Museums and Contemporary Art*, ed. Bruce Altshuler (Princeton: Princeton University Press, 2006), 167, <http://glennwharton.net/wp-content/uploads/2015/07/Wharton-Challenges-Conserving-Contemporary-Art.pdf>  
Traducción de la autora.

14. Rotaèche-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 148.

15. Rotaèche-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 148.

16. En este sentido, se dice que los museos de arte contemporáneo han evolucionado “desde lo predecible hasta lo desconocido”. Wharton, “The Challenges of”, 166. Traducción de la autora.

17. Énfasis de la autora.

18. Rotaèche-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 148. Otros autores entienden que la divergencia entre la doctrina de la preservación de los objetos y la intención del artista es la verdadera causa del conflicto. Wharton, “The Challenges of”, 163. Traducción de la autora.

19. Rotaèche-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 148.

20. Martínez-Justicia, *Historia y teoría*, 443.



que no sabe con certeza cuáles son las guías maestras a la hora de trabajar”<sup>21</sup>. A la incertidumbre se suma, asimismo, una disparidad en las prácticas que se deriva de esta ausencia de una metodología para la intervención<sup>22</sup>.

Una de las respuestas ante este problema ha sido la que defiende, entre otros, Mikel Rotaache-González-de-Ubieta, quien sostiene que para la conservación del arte contemporáneo es necesario partir del estudio pormenorizado del artista y de los materiales de la obra y atender especialmente a los posibles derechos de autor que aún estén vigentes, para lo que resulta útil involucrar a dicho artista activamente<sup>23</sup>. Con esto trata de evitarse la posible vulneración del derecho moral del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, que, en su apartado cuarto, reconoce el derecho del autor a “exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”. Tal vulneración es factible porque esta redacción no incluye referencia alguna a la finalidad conservadora-restauradora; es decir, en el derecho a no ver modificada su obra —el derecho a la integridad— no se prevé que el mismo pierda operatividad cuando el cambio se produzca por razones de conservación.

No obstante, esta solución no es la panacea en la medida en que la participación del artista, si bien soluciona el problema de la vulneración de sus derechos de autor, acarrea a su vez otro tipo de problemas en materia de propiedad intelectual. Y es que, aunque el artista puede ofrecer información de gran utilidad sobre la ejecución de la obra y sus pormenores<sup>24</sup>, pudiera ser que aconseje estrategias que suponen cambios sobre la obra y, por ende, perjudique a los propietarios de las mismas —afectando, por ejemplo, al valor económico de la pieza—, así como estrategias que las transformen radicalmente o contravengan los principios éticos de la conservación y restauración, como indica Glenn Wharton<sup>25</sup>.

21. Rotaache-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 12.

22. Rotaache-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 13.

23. Se explican estos aspectos y otros accesorios de la metodología en Rotaache-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 148 y ss.

24. No falta quien crea que esta participación llevaría a un empleo más consciente de los materiales en las creaciones que lleven a cabo en adelante los artistas, mitigándose con ellos los problemas ligados al soporte —inestabilidad, obsolescencia, por ejemplo— porque esta colaboración artista-conservador incrementaría los conocimientos del primero. Esther Moñivas-Mayor, “Un proyecto interdisciplinar para la conservación y restauración de arte contemporáneo”, *Pátina*, nos. 13/14 (2006): 220.

25. Wharton, “The Challenges of”, 165. Traducción de la autora.



Ahora bien, en el caso español hay que matizar: los derechos morales del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual son intransferibles –“irrenunciables e inalienables”–, y pueden ser transmitidos únicamente los derechos de explotación –como se expresa en el artículo 43–. En el contenido de dichos derechos morales se encuentran el ya comentado derecho a la integridad –del apartado cuarto– y el derecho a la modificación de la obra respetando “los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural” –apartado quinto–. Así pues, la legislación española protege el derecho del artista a no ver alterada su obra al tiempo que le obliga a observar, en sus modificaciones, los derechos de explotación de terceros –que podrían verse vulnerados en caso de cambiar el valor económico del bien– y los requisitos –de conservación– de su obra si ha sido reconocida como bien de interés cultural. Esta previsión aclara parcialmente dicha problemática: el artista, al pronunciarse sobre estrategias de preservación de su obra, si prevé alguna modificación en la misma, deberá respetar a terceros y la legislación sobre patrimonio cultural.

Entre el contenido de estos derechos morales no figura explícitamente, en cambio, el derecho a ser consultado por el conservador-restaurador de obra, de manera que el conservador-restaurador no se ve legalmente obligado a ello. Si lo hace, es como resultado de “una preocupación profunda por honrar el significado simbólico, que se encuadra en los principios éticos de su profesión”, nos recuerda Glenn Wharton<sup>26</sup>. La contrapartida de este respeto hacia el artista por parte del conservador debiera ser la no injerencia del autor en la labor conservadora que defienden otros estudiosos como el citado Mikel Rotaache-González-de-Ubieta. Este entiende que los datos aportados por el artista no tienen que, en ningún caso, afectar la labor del conservador-restaurador, quien ha de ser capaz de aislarse de las interferencias del artista en pos de un tratamiento respetuoso con la obra<sup>27</sup>. O, lo que es lo mismo, el artista no debe ser tomado “como una fuente de criterios o de metodologías para intervenir sobre cualquier tipo de obra”<sup>28</sup>. En este sentido, Joana-Cristina Moreira-Teixeira y Rosario Llamas-Pacheco sostienen que, dado que quien conoce los materiales y cuenta con la formación y la experiencia es el conservador-restaurador, su participación no puede menospreciarse a favor de la participación del artista<sup>29</sup>.

26. Wharton, “The Challenges of”, 166. Traducción de la autora.

27. Rotaache-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 177.

28. Rotaache-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 177-178.

29. Joana-Cristina Moreira-Teixeira y Rosario Llamas-Pacheco, “El artista y su papel en la conservación del arte no convencional”, en *Conservación de arte contemporáneo*, 8.º *Jornada del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía* (Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2007), 71.



Así las cosas, y mientras el legislador español no resuelva explícitamente este problema<sup>30</sup>, la solución que parece más conveniente para resolver este potencial conflicto pasa, pues, por alcanzar una colaboración que, según María-del-Carmen Bellido-Márquez, logre “ajustar las necesidades materiales de conservación de la obra y su concepción artística, sin alterar sus valores conceptuales, renovando su soporte material”<sup>31</sup>. Para ello, habrá que buscar el equilibrio entre los datos que aporte el autor consultado y los conocimientos técnicos del conservador-restaurador, quienes deberán analizar aquella información “de forma responsable, con rigor y sin olvidar que lo verdaderamente importante es la conservación de la obra”, en opinión de Mikel Rotaache-González-de-Ubieta<sup>32</sup>.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando los derechos de autor están vigentes pero el artista ya no está vivo, y no dejó escritas su voluntad en este sentido?<sup>33</sup> ¿O, por ejemplo, si el artista se niega frontalmente a colaborar porque no desea que la obra sea perpetua? Los caminos del conflicto son, como se ve, múltiples, y los métodos para solventarlos, insuficientes y relativos.

30. Para entender cómo podría dar solución a este tema el ordenamiento jurídico español, resulta ilustrativo acudir al Derecho comparado. Por ejemplo, en Estados Unidos, la legislación en materia de *copyright* (Visual Arts Right Act) incluye el derecho del conservador a modificar la obra con vistas a la preservación, salvo que esta suceda por negligencia. Con esta previsión o sin ella, lo cierto es que, en la práctica, si existe conflicto, la buena fe del hacedor –del conservador-restaurador– hace que invocar los derechos morales se vuelva difícil. Wharton, “The Challenges of”, 165-166. Traducción de la autora. Gobierno de Estados Unidos. 17 U.S. Code § 106A. Visual Arts Right Act of 1990. Pero es que los mismos artistas no suelen ejercitar este derecho a la no modificación. Moñivas-Mayor, “Un proyecto interdisciplinar”, 214. Es más, la Convención de Berna, en su artículo 6 bis, explica que para que puedan oponerse estos derechos debe haberse perjudicado efectivamente la reputación del artista, dando pie a una ponderación entre los derechos del artista y el de los propietarios que conlleva que las alegaciones de los artistas no siempre resulten exitosas. Annemarie Beunen, “Moral Rights in Modern Art: an International Survey”, en *Modern Art: Who Cares?: an Interdisciplinary Research Project and an International Symposium on the Conservation of Modern and Contemporary Art*, eds. Ijsbrand Hummelen, Dionne Sillé y Marjan Zijlmans (Ámsterdam: Foundation for the Conservation of Modern Art - Netherlands Institute for Cultural Heritage, 1999), 222-232. Traducción de la autora.

31. María del Carmen Bellido-Márquez, “Renovarse o morir. Actualización de la obra visual a las nuevas tecnologías artísticas como estrategia de conservación”, *Estudios sobre Arte Actual*, no. 1 (2013): 4, [http://estudiosobrearteactual.com/wp-content/uploads/2015/02/5\\_1.pdf](http://estudiosobrearteactual.com/wp-content/uploads/2015/02/5_1.pdf)

32. Rotaache-González-de-Ubieta, *Conservación y restauración*, 207.

33. Para arrojar luz a esta cuestión, los museos de arte contemporáneo podrían adoptar la política de realizar las entrevistas de forma simultánea a la adquisición de obras contemporáneas de artistas vivos, para registrar la entrada de la obra y, también, instrucciones de cara a su intervención futura. Es decir, podrían ser previsores y anticiparse a la aparición de este conflicto.

## La propiedad digital como límite a la digitalización de la obra y a la difusión digital

Dejando a un lado el patrimonio contemporáneo, pero no la contemporaneidad de nuestro tiempo, cabe exponer lo que sucede en España, en materia de propiedad intelectual, cuando un museo digitaliza o difunde digitalmente una obra de su colección. La Ley de Propiedad Intelectual establece que:

Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.<sup>34</sup>

De conformidad con estas palabras, la reproducción –acto que, según el tenor literal del artículo 18.º, sería toda digitalización de los bienes culturales– está permitida –o, en otras palabras, debe ser tolerada por los titulares de los derechos de autor– siempre que no exista finalidad lucrativa y responda a un objetivo investigador o conservador. En consecuencia, la digitalización realizada para la documentación gráfica o técnica de las piezas quedaría exenta de problema; no así la reproducción para difundir. Por un lado, porque esa finalidad no consta expresamente en el precepto citado. Por el otro, porque la puesta a disposición del público de copias digitales de las obras –la difusión del material digitalizado– supondría, además de la reproducción de las obras –necesaria para poder difundir–, un acto de comunicación pública del artículo 20.º de la Ley de Propiedad Intelectual, al cual tampoco autoriza el artículo 37.2 de este mismo cuerpo legal. Entonces ¿cómo utilizar las copias digitalizadas para dar a conocer al público el patrimonio de los museos sin menoscabar los intereses legítimos de los titulares de derechos de autor sobre las obras originales, cuando los hubiera?

Lo anterior no es, tampoco, el único conflicto en materia de propiedad intelectual pues coexiste con otro que se deriva de las propias tareas de digitalización: ¿tienen los responsables de las copias digitales –los que han llevado a cabo las digitalizaciones– derechos de propiedad intelectual sobre el resultado de su trabajo, sobre las digitalizaciones? ¿Hay alguna creación artística en el proceso

34. Ministerio de Cultura de España, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *Boletín Oficial del Estado* no. 97, apartado 2, artículo 37.





de digitalización que deba ser protegida? Esto es, ¿se ha dado en este trabajo un hecho generador del artículo primero de la Ley de Propiedad Intelectual que justifique la existencia de propiedad intelectual sobre la copia digital?

## Digitalización, acceso en línea y propiedad intelectual de las obras originales

Toda vez que la digitalización con fines de investigación y conservación no es problemática, de conformidad con el precepto 37.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, corresponde centrarnos en la coexistencia de dos acciones opuestas desde la perspectiva de los derechos de autor: de un lado, la digitalización de las obras y la difusión de las copias digitalizadas; del otro, el pleno respeto de los derechos de propiedad intelectual vigentes sobre las obras originales. Para poder estudiarlo, utilizaremos como hilo conductor precisamente la existencia de tales derechos en tanto que esto nos hará distinguir cuatro tipos de situaciones que requieren tratamientos diferentes.

En primer lugar, hemos de ver qué ocurre con las obras que se encuentran en dominio público, es decir, aquellas obras cuyos derechos de explotación se han extinguido y que pueden ser utilizadas por cualquiera y sin ninguna condición más allá del respeto a la autoría y la integridad de la obra, tal y como señala el artículo 41.º de la Ley de Propiedad Intelectual. La propia explicación de lo que constituye el dominio público nos da la clave de lo que sucede en la digitalización de las obras que forman parte de él y zanja el debate: la realización de copias digitales de este tipo de obras, así como su difusión, no constituye controversia alguna al no haber legítimos terceros con derechos de explotación —los derechos de la Sección Segunda del Capítulo III de la Ley de Propiedad Intelectual, entre los que se encuentra la reproducción y la comunicación pública—. Podrán ser reproducidas digitalmente así como difundidas a través de la red sin ninguna excepción siempre que se respete al autor y a la integridad de la obra.

En el extremo diametralmente opuesto a las obras en dominio público se sitúan lo que se conocen como obras protegidas, esto, es las creaciones sobre las cuales recaen derechos de propiedad intelectual vigentes dado que, en este caso, toma materialidad el conflicto con el que abríamos este apartado. A nivel europeo, la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo<sup>35</sup> y del Consejo de 26 de junio de

35. Parlamento Europeo y Consejo de Europa, Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 175/1.



2013 por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público (“Directiva 2013”) se muestra rotunda al respecto y, en su considerando noveno, afirma que:

Habida cuenta del Derecho de la Unión y de las obligaciones internacionales de los Estados miembros y de la Unión, en particular el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Convenio de Berna) y el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual por parte de terceros deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/98/CE. En caso de que un tercero fuese el titular inicial de los derechos de propiedad intelectual de un documento en poder de una biblioteca (incluidas las universitarias), museo o archivo, y el período de protección esté aún vigente, a los efectos de la presente Directiva debe considerarse que sobre dicho documento existen derechos de propiedad intelectual por parte de terceros.<sup>36</sup>

La Directiva 2013 no es, pues, un instrumento legal que habilite a los museos a ofrecer al público las copias digitalizadas para su reutilización cuando existan terceros con derechos de propiedad intelectual sobre ellas. Y no lo es, precisamente, porque para que lleven a cabo esto es necesario que se produzcan antes la reproducción y la comunicación pública de las obras –dos actos de explotación que precisan del consentimiento de los titulares– y que se observen otros requisitos como el respeto a su integridad, la mención de la autoría, el aviso de que los derechos de propiedad intelectual están vivos y la gestión adecuada de los derechos de explotación sobre tales obras<sup>37</sup>. Las principales instituciones en que este conflicto surge son, precisamente –y conectando con el primer apartado de este artículo–, aquellas con patrimonio contemporáneo; al respecto, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía se ha pronunciado en alguna ocasión. Por ejemplo, en las Terceras Jornadas sobre Bibliotecas de Museos –celebradas en Madrid en 2015–, en las que referenció el problema en relación con sus obras documentales y reconoció que el reto se encuentra “en cómo poder facilitar el acceso en línea, libre y sin restricciones, a este tipo

36. Parlamento Europeo y Consejo de Europa, Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013.

37. Laura Asín-Martínez e Isabel Gargallo-García-Denche, “La difusión en la gestión museística con DOMUS. Colecciones en web”, en *Gestión y planificación museística. Domus en Aragón*, coords. María Lorente-Algora y José-Fabre Murillo-Alquézar (Zaragoza: Gobierno de Aragón, 2009), 110.



de documentos sin por supuesto socavar los derechos a los que están sujetos<sup>38</sup>. O en una entrevista con la autora de este artículo a propósito del portal Europea<sup>39</sup>, en la que nos reconocieron desde esta institución que la apertura digital de este museo y sus diversas colecciones viene fuertemente condicionada por los derechos de propiedad intelectual que se encuentran vigentes, lo que hace que sus proyectos digitales tengan menos viabilidad<sup>40</sup>.

En una posición igualmente peliaguda encontramos otros dos tipos de obras: las obras huérfanas y las obras que se encuentran fuera de comercio. La primera tipología está formada, en virtud del artículo 33.º bis de la Ley de Propiedad Intelectual, por aquellas obras “cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos”. Se trata, pues, de obras sobre las cuales los derechos de propiedad intelectual se encuentran vivos pero, sin embargo, la atribución de los mismos resulta compleja. Estamos ante obras que han sido realizadas desde inicios del siglo XX —por consiguiente, aún no han entrado en dominio público— que, además, son bastante frecuentes y generan una situación que dificulta la ejecución de acciones sobre las obras, como la digitalización y la puesta en línea del material digitalizado que ahora nos ocupa y tal y como lo indica Luis-Fernando Ramos-Simón<sup>41</sup>.

El segundo grupo, el de las obras fuera de comercio, comprende las obras descatálogadas o agotadas en las que

Los problemas afectan a la explotación de la obra, por cuanto se trata de conseguir un acuerdo que permita su acceso en Internet y al tiempo satisfaga las expectativas del titular en cuanto a la explotación de su obra, ya tenga interés comercial o no.<sup>42</sup>

38. Félix Alonso-Sánchez, “El Archivo Digital en red del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Armonización de las colecciones digitales”, en *Terceras Jornadas sobre Bibliotecas de Museos: hacia una integración de colecciones y servicios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte* (Madrid: Secretaría General Técnica. Subdirección General de Documentación y Publicaciones, 2017), 134, <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/terceras-jornadas-sobre-bibliotecas-de-museos-hacia-una-integracion-de-colecciones-y-servicios/museos-bibliotecas/21231C>. Aunque estas palabras hacen mención a su patrimonio documental, podemos extrapolarlo a toda la colección en conjunto.

39. Europea Collections, acceso 27 enero de 2020, <https://www.europeana.eu/>

40. Isabel Bordes-Cabrera (Jefa del Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, Madrid, España), correo electrónico a Adriana Hurtado-Jarandilla. 10 octubre de 2019.

41. Luis-Fernando Ramos-Simón, “Lo viejo y lo nuevo: el patrimonio cultural digitalizado. Preguntas de investigación”, ponencia presentada en la VI Jornada Profesional de la Red de Bibliotecas del Instituto Cervantes: la investigación española en Documentación, ¿en qué liga jugamos?, Madrid, España, diciembre de 2013, 10, [http://www.cervantes.es/imagenes/File/ponencia\\_fernando\\_ramos\\_rbic.pdf](http://www.cervantes.es/imagenes/File/ponencia_fernando_ramos_rbic.pdf)

42. Ramos-Simón, “Lo viejo y lo nuevo”, 11.



Desde la Unión Europea, se ha tomado conciencia de los obstáculos que acarrearán estos dos grupos de obras para la digitalización de los bienes culturales y así, la Recomendación de la Comisión, de 24 de agosto de 2006<sup>43</sup>, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital y la Recomendación de la Comisión, de 27 de octubre de 2011<sup>44</sup>, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital de que hablamos en el capítulo previo contienen previsiones relativas a los derechos de propiedad intelectual para este tipo de obras. También el Comité de Sabios creado por la Comisión Europea y centrado en el estudio de los procesos de digitalización del patrimonio cultural europeo, en su informe de 2011, reserva un espacio a tratar esta problemática y realiza recomendaciones en pos de la reproducción digital y la puesta en línea de las obras huérfanas y de las que se encuentran fuera de comercio<sup>45</sup>. Ambas tipologías son, para la Comisión Europea, “un ‘agujero negro del siglo XX’ en el que caen la mayoría de las obras tradicionales del último siglo”<sup>46</sup>. Es por ello que se toman iniciativas para paliar la situación. Primero, en 2011 se firmó un acuerdo para facilitar la digitalización de obras fuera de comercio, de aplicación al sector editorial y a la prensa<sup>47</sup>. Posteriormente, se adoptó la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo<sup>48</sup> y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (“Directiva 2012”), que busca, como señala su considerando tercero,

Establecer un marco jurídico que facilite la digitalización y divulgación de las obras y otras prestaciones, que estén protegidas por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor, y cuyo titular de derechos no haya sido identificado o, si lo ha sido, esté en paradero desconocido.<sup>49</sup>

43. Comisión Europea, Recomendación de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 236/28.

44. Comisión Europea, Recomendación de la Comisión, de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 283/39.

45. Comisión Europea, *The New Renaissance: Report of the “Comité des Sages”: Reflection Group on the Bringing Europe’s Cultural Heritage online* (Bruselas: Comisión Europea, 2011), 17, [https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/final\\_report\\_cds\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/final_report_cds_0.pdf)

46. Comisión Europea, *The New Renaissance*, 16.

47. VV.AA, “Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2, no. 3 (2011), <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3180/mou.pdf>

48. Parlamento Europeo y Consejo de Europa, Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 299/5.

49. Parlamento Europeo y Consejo de Europa, Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 299/5, considerando tercero.



En nuestro país, esta Directiva 2012 fue transpuesta mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre<sup>50</sup>, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. A través de este cuerpo legal, se añadió el artículo 37 bis, dedicado a las obras huérfanas. Dicho precepto fue desarrollado dos años después por el Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo<sup>51</sup>, por el que se desarrolla el régimen jurídico de obras huérfanas (“Real Decreto 224/2016”), regulando su articulado el sistema que toda institución ha de activar para buscar a los legítimos titulares de derechos de propiedad intelectual y los usos autorizados que pueden darse a las obras huérfanas tras dicha búsqueda diligente —como se ha tenido a bien llamar al sistema en el Capítulo II del Real Decreto 224/2016— y si concurre buena fe. Respecto a los usos legítimos, debemos indicar que el artículo 2.º del Real Decreto 224/2016 en relación con el artículo 3.2 de este mismo cuerpo legal habilita a los museos a reproducir tales obras y ponerlas a disposición del público. Es decir que, a tenor del Real Decreto 224/2016, los museos podrían digitalizar y difundir sus obras huérfanas<sup>52</sup>.

Los cuatro escenarios arriba descritos no suponen sino un entramado que dificulta en gran medida la gestión de la digitalización de las colecciones de los museos y de otras entidades culturales. Ello llevó a que desde Europeana, en 2015, se firmara un documento<sup>53</sup> para efectuar un llamamiento a las autoridades europeas, a quienes se las instaba a regular la situación de la digitalización en lo concerniente a los derechos de propiedad intelectual; en particular, se pedía el establecimiento de un marco:

Que garantice que el patrimonio cultural pueda ser compartido y disfrutado por todos; apoyando tanto el rol de las instituciones de compartir y dar acceso

50. Jefatura de Estado de España, Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* no. 268.

51. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de obras huérfanas, *Boletín Oficial del Estado* no. 141.

52. Del mismo modo que autoriza a estos usos, el cuerpo legal prevé que las obras huérfanas pierdan dicha condición cuando el titular de los derechos solicite el fin de la misma previa acreditación de su titularidad; en ese caso, podría exigir al museo una compensación por el uso realizado de su obra hasta el momento —artículos 6 y 7 del Real Decreto 224/2016—. No falta quien se haya mostrado crítico con esta regulación a pesar de que la valoración general sea positiva, como José-Luis González-San-Juan, quien —no obstante las críticas— insta a que las obras descatalogadas reciban un tratamiento legal similar. José-Luis González-San-Juan, “Régimen jurídico de las obras huérfanas en España”, *Ibersid: revista de sistemas de información y documentación* 11, no. 2 (2017): 35-40, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140275&orden=0&info=link>

53. Europeana, “Open Letter on Copyright Reform”, *Europeana Pro* (página web), 26 octubre 2015, <https://pro.europeana.eu/page/open-letter-on-copyright-reform>



a los trabajos de otras personas como salvaguardando los intereses legítimos de los creadores y distribuidores, quienes son claves para fomentar e inspirar el intercambio cultural.<sup>54</sup>

Mientras se soluciona la cuestión desde las instancias superiores, ¿qué papel juegan los museos en este asunto y, específicamente, respecto a la digitalización y puesta en línea de obras protegidas por derechos de autor<sup>55</sup>? Estas instituciones se encuentran en una encrucijada de caminos dado que, por un lado, deben respetar los derechos de propiedad intelectual —la individualidad de los artistas— y, por el otro, deben preservar el y dar acceso al patrimonio cultural<sup>56</sup>. En consonancia, deberán encargarse de obtener los permisos pertinentes respecto de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, como comentan Cèsar Carreras-Monfort y Gloria Munilla-Cabrillana<sup>57</sup>. Y, cuando se trate de obras huérfanas, recordamos que será necesario que realicen la búsqueda diligente de los posibles titulares de derechos, exigida por la regulación vigente. Asimismo, a la hora de difundir el material digitalizado a través de los nuevos canales electrónicos, desde la historiografía se recomienda la implantación de sistemas de gestión de los derechos de propiedad intelectual que permitan conciliar los intereses de los titulares con el acceso digital a los bienes culturales por parte de la población<sup>58</sup>.

54. Europea, “Open Letter on”.

55. Toda vez que, como decíamos, las obras en dominio público no presentan complejidad.

56. Sobre la delicada situación en que se encuentran los museos en materia de propiedad intelectual se manifiestan Rina Elster-Pantalony, “Los museos y las tecnologías de gestión de los derechos digitales”, *Museum Internacional* 54, no. 4 (2002): 16 y 20; y José-Nicolás Del-Río-Castro, “Museos de arte en la Red. Cronología crítica”, *Revista TELOS: cuadernos de comunicación e innovación*, no. 90 (2012): 67, <https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf-generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2012013112140001&idioma=es>

57. Cèsar Carreras-Monfort y Gloria Munilla-Cabrillana consideran que la negociación y eventual obtención de permisos, “al ser una institución de la memoria que tiene como objetivo proporcionar el acceso a los materiales digitalizados a usuarios con finalidades de investigación, educación y de aprendizaje, etc., puede resultar más fácil y quizás con un coste más reducido puesto que se ofrecen garantías en su uso”. Cèsar Carreras-Monfort y Gloria Munilla-Cabrillana, *Patrimonio digital. Un nuevo medio al servicio de las instituciones culturales* (Barcelona: UOC, 2005), 64.

58. Elster-Pantalony, “Los museos y las tecnologías”, 17-18, 20 y 22; y Del Río Castro, “Museos de arte”, 67. Uno de los sistemas instaurados en la escena internacional es el adoptado por la red Art Museum Image Consortium (AMICO), que permitía un acceso limitado al material digitalizado a quien estuviera suscrito. Carreras-Monfort, “Museos enredados”, 164-165. También el sistema español DOMUS de gestión documental, consciente de la importancia de la gestión correcta de derechos de propiedad intelectual, preveía un instrumento específico de control de las mismas. Andrés Carretero-Pérez, Marina Chinchilla, Pilar Barraca, Dolores Adellac, Isabel Pesquera y Eva Alquezar, *Normalización documental de los museos: elementos para una aplicación informática de gestión museográfica* (Madrid: Secretaría General Técnica - Centro de Publicaciones - Ministerio de Educación y Cultura, 1998), 226. Carreras-Monfort y Munilla-Cabrillana, en lugar de hablar de sistemas, sostienen la necesidad de planificar el tipo de uso que los usuarios harán de las copias digitales y de controlar “el uso de las copias y tomar las decisiones acerca de la seguridad de la red”. Carreras-Monfort y Munilla-Cabrillana, *Patrimonio digital*, 65.



## Los derechos y licencias sobre las obras digitalizadas

Cuando se quiere descargar una obra digitalizada de los catálogos en línea de las instituciones españolas, es muy frecuente encontrar ciertas condiciones de uso. Unas condiciones que, además, no dependen de si la obra original se encuentra en dominio público o si está protegida por los derechos de propiedad intelectual pues no tienen tanto que ver con los derechos de propiedad intelectual de los bienes culturales de la colección sino con la imagen digitalizada de los mismos. ¿Significa esto que las digitalizaciones son creaciones que deban ser protegidas desde el punto de vista legal? ¿Las reproducciones digitales de las obras son hechos generadores de propiedad intelectual, de los del artículo primero de la Ley de Propiedad Intelectual?

En 1994, David Bearman, fundador de Archives & Museums, se pronunció sobre este tema y aseveraba que los museos debían entender “que las representaciones numéricas que están creando constituyen bienes culturales únicos que han de protegerse por medio del derecho de autor y licencias”<sup>59</sup>. Sin embargo, este no es un enunciado que pueda ser afirmado con rotundidad en tanto que hay autores, como Luis-Fernando Ramos-Simón, para quienes las copias de obras originales merecerán o no protección según el grado de creatividad u originalidad mostrado en la ejecución en las copias<sup>60</sup>. Siguiendo con este último autor, el caso de las reproducciones llevadas a cabo por los museos —fruto de procesos eminentemente técnicos— raramente podría equivaler a un acto creador, a un hecho generador del artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual. Posición que compartimos y asumimos en el presente artículo al entender que la versión digital de una obra original no es en sí una creación artística protegible —en virtud del primer precepto de la Ley de Propiedad Intelectual— sino una fijación de la obra original —una reproducción del artículo 18.º— y, por lo tanto, un material enteramente dependiente del bien cultural originario<sup>61</sup>.

Así las cosas y si sostenemos la hipótesis de la inexistencia de derechos de propiedad intelectual respecto a las obras digitales, ¿a qué se refieren los museos en sus condiciones de uso de las imágenes digitales de su colección? Descartados los derechos de autor, podemos buscar la explicación en la Directiva 2013. En

59. David Bearman, “Automatizando el futuro”, *Museum Internacional* 46, no. 1 (1994): 40.

60. Ramos-Simón, “Lo viejo y lo nuevo”, 11. De conformidad con este autor, es más difícil negar la creatividad y originalidad cuando la reproducción es tridimensional porque se trata de un procedimiento que requiere de mayor ingenio.

61. Esta asunción no es, en cualquier caso, categórica dado que es probable que ni tan siquiera el análisis estrictamente jurídico que correspondería aplicar a esta cuestión —y que no es objeto del presente artículo— nos permitiera afirmar o negar con vehemencia la existencia de derechos de propiedad intelectual sobre las digitalizaciones.



ella se habilita a las instituciones culturales a poner a disposición de los usuarios la colección digitalizada a cambio de unas tarifas. En este contexto se ha de leer el hecho de que los museos prevean habitualmente que cuando el usuario quiere hacer un uso comercial, deba contactar previamente con el banco de imágenes de la entidad y pagar una cantidad establecida.

La posibilidad de licenciar las imágenes digitales de sus colecciones<sup>62</sup>, además de ser una decisión que encuentra amparo en la Directiva 2013, materializa una de los beneficios de la difusión a través de los nuevos medios digitales y, particularmente, mediante las páginas web: la de suponer otra vía de financiación. En efecto, se trata de una nueva forma de obtener recursos para sufragar los gastos en que incurrir estas instituciones para poder mantener su actividad, entre los cuales se sitúa la propia digitalización de los materiales digitales que se ofrecen bajo licencia de uso. Dados los altos medios económicos y personales que consume esta actividad, es lógico que se hayan dado —y se recomienden— acuerdos entre instituciones públicas y socios privados para llevar a cabo tales digitalizaciones. Estos acuerdos, en algunos casos, pueden ser exclusivos —la Directiva 2013 no se opone *prima facie* a los mismos—, lo cual significa que la entidad privada tendrá derecho a explotar de forma exclusiva las imágenes digitales que surjan tras la digitalización. Pese a no oponerse, la Directiva sí es restrictiva ya que en su considerando 31.º advierte que el período de exclusividad “debe tener un límite temporal lo más corto posible con el fin de respetar el principio según el cual el material de dominio público debe permanecer en el dominio público tras su digitalización”. Asimismo, continúa ese considerando y replica el artículo 10. b), que el plazo “no debe ser superior, por regla general, a diez años”<sup>63</sup> y, si es superior, ha de ser susceptible de “revisión, teniendo en cuenta los cambios tecnológicos, económicos y administrativos que se produzcan en el entorno desde la celebración del acuerdo”. Una vez finalizado el acuerdo, la institución cultural tendrá el derecho pleno a utilizar los recursos digitalizados —considerando 31.º y artículo 10. b) de la Directiva 2013—.

62. Algunos autores defienden que estas licencias se vehiculen a través de Creative Commons, es decir, con un sistema más flexible que permita a los usuarios distribuir, copiar o modificar las obras; por ejemplo, Carlos Romero-Moragas, “Propiedad intelectual y cultura libre: ‘copyleft’ y licencias ‘Creative Commons’. El ‘copyright’ y la propiedad intelectual”, *Mus-A: Revista de los museos de Andalucía*, no. 11 (2009): 84, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3078940> Este tipo de licencias constituyen una alternativa al tradicional sistema de propiedad intelectual y, por lo tanto, solamente tendría cabida si se alegara y se sostuviera que sobre las obras digitalizadas existen derechos de propiedad intelectual, postura que, como decíamos, no compartimos en este artículo.

63. Sin perjuicio del régimen de transitoriedad que prevé la Directiva.



Partiendo de la idea de que “el material de dominio público debe permanecer en el dominio público tras su digitalización” que menciona la Directiva 2013, no falta quien se oponga a tales acuerdos exclusivos<sup>64</sup>. Este planteamiento resulta coherente con la propia lógica del dominio público: si para su digitalización no era necesaria la obtención de permisos, no tendría sentido que, una vez reproducido, una entidad o empresa o privada pudiera lucrarse de forma exclusiva con la explotación de su copia digital. En este sentido, Luis-Fernando Ramos-Simón nos expone diferentes escenarios que podrían darse como consecuencia de dicha exclusividad y, entre otros, plantea la aparición de una posible “posición dominante que restringirá o impedirá el acceso a las obras, asunto muy grave si están en dominio público”<sup>65</sup>.

Cuando estemos ante obras protegidas, corresponde indicar –aun a riesgo de resultar reiterativos– que la situación es diferente en la medida en que la firma o no de acuerdos exclusivos entre operadores públicos y privados y los términos en que estos eventualmente se produzcan deberán quedar condicionados al resultado de la fase previa: la negociación de los permisos de propiedad intelectual de los titulares de dichos derechos a la que nos referimos en el anterior epígrafe.

En conclusión, aunque pongamos en tela de juicio que las digitalizaciones constituyan creaciones artísticas dignas de protección bajo el paraguas de la propiedad intelectual, sí hemos de reconocer la posibilidad de que sea necesaria la obtención de licencias para el uso de ese material digital. Bien sea porque los museos buscan recuperar parte del capital invertido en tales digitalizaciones, bien porque son resultado de una colaboración público-privada que ha habilitado al organismo privado a explotar el contenido digital.

## Conclusiones

Para finalizar, debemos señalar que lo que hemos pretendido con este artículo es poner sobre la mesa algunas de las líneas rojas en materia de propiedad intelectual de dos aspectos del museo de arte español en la contemporaneidad: la conservación de la colección de arte contemporáneo y la digitalización y difusión digital de las colecciones. En ningún caso hemos perseguido la exhaustividad en

64. Por ejemplo, en Comisión Europea, *The New Renaissance*, 14; y Europea, “Carta del dominio público de Europea”, *Europeana Pro* (página web), abril de 2010, [https://pro.europeana.eu/files/Europeana\\_Professional/Publications/Public\\_Domain\\_Charter/Public%20Domain%20Charter%20-%20ES.pdf](https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Public_Domain_Charter/Public%20Domain%20Charter%20-%20ES.pdf)

65. Ramos-Simón, “Lo viejo y lo nuevo”, 9-10.



tanto que son dos materias que deben ser conjugadas en términos jurídicos, económicos y culturales, algo que excede a todas luces los objetivos del artículo. La intención era explicitar dos cuestiones que no pueden perderse de vista cuando abordamos el museo de nuestros días porque ambas lo condicionan.

En el caso de la conservación del arte contemporáneo, el problema se encuentra en armonizar los derechos de autor que todavía están vigentes con la legítima actuación de los profesionales y técnicos de la conservación y restauración artística. La redacción actual de la legislación española no aborda este problema ni directa ni indirectamente, de modo que una de las maneras más idóneas de eludir el eventual conflicto consiste en hacer partícipe al propio artista de la tarea conservadora-restauradora. Esto requiere, a su vez, que el artista sea consciente de que quien tiene mejor idea sobre la técnica es el equipo de conservación-restauración y que esté dispuesto a que sus opiniones sean moduladas por este.

La anterior solución propuesta no es, en cambio, omnipotente en la medida es que es inoperable ante múltiples supuestos; por ejemplo, cuando los derechos de autor están vigentes pero el artista ya no vive y no dejó instrucciones al respecto, o cuando el artista se niega rotundamente a que la obra resista al paso del tiempo.

La digitalización y la difusión del arte contemporáneo, por otra parte, son conflictivas en dos sentidos. En primer lugar, porque aquellas obras con derechos de autor vigentes requerirán, para su digitalización con fines de difusión, del permiso de sus autores, con los problemas de operatividad que esto conlleva. Estos son especialmente invalidantes en la difusión de obras huérfanas —cuyos autores se desconocen y, por lo tanto, pueden estar sometidas a derechos de autor— y de obras fuera de comercio —descatalogadas, en las que hay que convencer a los autores de las ventajas de volver a distribuir las— y, por ello, han sido tratados desde la Unión Europea a través de instrumentos normativos que han sido traspuestos al Derecho español.

En segundo lugar, nos encontrábamos con la controversia de la posible existencia de derechos de los promotores de las digitalizaciones, es decir, de derechos de explotación de la copia digital —sea de la institución museística, sea del ente privado digitalizador—. La posibilidad de licenciar las copias digitales está amparada en la normativa europea y, por eso, resulta lícita su práctica, la cual es inclusive fomentada como mecanismo de financiación de los museos. Esta problemática persiste incluso cuando se afirma que la digitalización de un bien cultural no es en sí misma un acto creador sujeto a derechos de autor.



Todo lo anterior, aunque vaya referido al caso español, constituye un conflicto supranacional que afecta de forma genérica –sin perjuicio de las minuciosidades que en cada ordenamiento nacional se den– al museo en la actualidad y a su papel como institución al servicio del público. Y, más especialmente, al derecho de acceso a la cultura de los ciudadanos. En efecto, se torna necesario idear instrumentos que habiliten a los museos a resolver las cuestiones latentes, no tanto como sujetos con intereses propios –que sean, por ejemplo, el mantenimiento de las obras contemporáneas de sus colecciones o el empleo sin restricciones del material digitalizado para fines de difusión– sino, fundamentalmente, como garantes del interés ciudadano en el patrimonio cultural que se encuentra entre sus paredes. En el ámbito español pero también en otras regiones del globo, debemos ser conscientes de la disyuntiva existente entre la individualidad de los autores y los artistas –sus derechos de propiedad intelectual– y el derecho que tienen todos los ciudadanos de acceso al patrimonio cultural que se encuentra en los museos, encrucijada en la que se encuentran estas instituciones y que tal vez pueda ser resuelta a través de una flexibilización de los derechos de autor sobre el material depositado en nuestras instituciones para no obstaculizar el correcto desenvolvimiento de los profesionales a cargo de las funciones del museo. Una flexibilización que tenga como contrapartida un mecanismo de compensación a tales autores. Pero esta es tan solo nuestra sugerencia.

En conclusión, la problemática es candente, así como casi inabarcables las posturas que encontramos cuando buscamos cómo resolverlas. Sin embargo, urge que se tomen medidas no solo normativas sino también instrumentales, en cuyo diseño se involucre todos a los actores de los museos, públicos y privados y, también, a los artistas. Una cuestión tan marcada por la diversidad y con tantos factores influyentes únicamente puede ser resuelta desde la cooperación entre el mayor número de agentes y desde la puesta en valor de todos intereses en juego.

## Bibliografía

---

### Fuentes primarias

#### Documentos impresos y manuscritos

- [1] Comisión Europea. Recomendación de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 236/28.



- [2] Comisión Europea. Recomendación de la Comisión, de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 283/39.
- [3] Europeana. “Carta del dominio público de Europeana”. *Europeana Pro* (página web), abril de 2010, [https://pro.europeana.eu/files/Europeana\\_Professional/Publications/Public\\_Domain\\_Charter/Public%20Domain%20Charter%20-%20ES.pdf](https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Publications/Public_Domain_Charter/Public%20Domain%20Charter%20-%20ES.pdf)
- [4] Europeana. “Open Letter on Copyright Reform”. *Europeana Pro* (página web), 26 octubre 2015. <https://pro.europeana.eu/page/open-letter-on-copyright-reform>
- [5] Gobierno de Estados Unidos. 17 U.S. Code § 106A. Visual Arts Right Act of 1990.
- [6] Jefatura de Estado de España. Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado* no. 268.
- [7] Ministerio de Cultura de España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado* no. 97.
- [8] Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de obras huérfanas. *Boletín Oficial del Estado* no. 141.
- [9] Parlamento Europeo y Consejo de Europa. Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 299/5.
- [10] Parlamento Europeo y Consejo de Europa. Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público. *Diario Oficial de la Unión Europea* L 175/1.

### Entrevistas y comunicaciones personales

- [11] Bordes-Cabrera, Isabel. Correo electrónico a Adriana Hurtado-Jarandilla. 10 octubre de 2019.

### Fuentes secundarias

- [12] Alonso-Sánchez, Félix. “El Archivo Digital en red del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. Armonización de las colecciones digitales”. En *Terceras Jornadas sobre Bibliotecas de Museos: hacia una integración de*



- colecciones y servicios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 124-136. Madrid: Secretaría General Técnica. Subdirección General de Documentación y Publicaciones, 2017. <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/terceras-jornadas-sobre-bibliotecas-de-museos-hacia-una-integracion-de-colecciones-y-servicios/museos-bibliotecas/21231C>
- [13] Alquézar-Yáñez, Eva-María. “Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y su repercusión en los museos”. En *As novas tecnoloxías ó servicio do usuario: III Xornadas de Arquivos, Bibliotecas, Centros de Documentación e Museos de Galicia, Ferrol, 23-25 setembro 1999*, 407-431. Coruña: Xunta de Galicia, 1999.
- [14] Asín-Martínez, Laura e Isabel Gargallo-García-Denche. “La difusión en la gestión museística con DOMUS. Colecciones en web”. En *Gestión y planificación museística. Domus en Aragón*, coordinado por María Lorente-Algora y José-Fabre Murillo-Alquézar, 91-113. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 2009.
- [15] Bearman, David. “Automatizando el futuro”. *Museum Internacional* 46, no. 1 (1994): 38-41.
- [16] Bellido-Gant, María-Luisa. *Arte, museos y nuevas tecnologías*. Asturias: Trea, 2001.
- [17] Bellido-Márquez, María del Carmen. “Renovarse o morir. Actualización de la obra visual a las nuevas tecnologías artísticas como estrategia de conservación”. *Estudios sobre Arte Actual*, no. 1 (2013). [http://estudiosobrearteactual.com/wp-content/uploads/2015/02/5\\_1.pdf](http://estudiosobrearteactual.com/wp-content/uploads/2015/02/5_1.pdf)
- [18] Beunen, Annemarie. “Moral Rights in Modern Art: an International Survey”. En *Modern Art: Who Cares?: An Interdisciplinary Research Project and an International Symposium on the Conservation of Modern and Contemporary Art*, editado por Ijsbrand Hummelen, Dionne Sillé y Marjan Zijlmans, 222-232. Ámsterdam: Foundation for the Conservation of Modern Art - Netherlands Institute for Cultural Heritage, 1999.
- [19] Carreras-Monfort, Cèsar. “Museos enredados. Nuevos dilemas, nuevos horizontes en Internet”. En *Patrimonio Cultural y Tecnologías de la Información y la Comunicación: a la búsqueda de nuevas fronteras*, editado por Cèsar Carreras-Monfort, 161-181. Cartagena: Concejalía de Cultura - 3000 Informática, 2005.
- [20] Carreras-Monfort, Cèsar y Gloria Munilla-Cabrillana. *Patrimonio digital. Un nuevo medio al servicio de las instituciones culturales*. Barcelona: UOC, 2005.
- [21] Carretero-Pérez, Andrés, Marina Chinchilla, Pilar Barraca, Dolores Adellac, Isabel Pesquera y Eva Alquezar. *Normalización documental de los museos: elementos para una aplicación informática de gestión museográfica*. Madrid: Secretaría General Técnica - Centro de Publicaciones - Ministerio de Educación y Cultura, 1998.



- [22] Comisión Europea. *The New Renaissance: Report of the “Comité des Sagés”: Reflection Group on the Bringing Europe’s Cultural Heritage online*. Bruselas: Comisión Europea, 2011. [https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/final\\_report\\_cds\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/final_report_cds_0.pdf)
- [23] Del-Río-Castro, José-Nicolás. “Museos de arte en la Red. Cronología crítica”. *Revista TELOS: cuadernos de comunicación e innovación*, no. 90 (2012): 61-70. [https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf\\_generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2012013112140001&idioma=es](https://telos.fundaciontelefonica.com/url-direct/pdf_generator?tipoContenido=articuloTelos&idContenido=2012013112140001&idioma=es)
- [24] Elster-Pantalony, Rina. “Los museos y las tecnologías de gestión de los derechos digitales”. *Museum Internacional* 54, no. 4 (2002): 15-23.
- [25] González-San-Juan, José-Luis. “Régimen jurídico de las obras huérfanas en España”. *Ibersid: revista de sistemas de información y documentación* 11, no. 2 (2017): 35-40. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140275&orden=0&info=link>
- [26] Gutiérrez-Cillán, Jesús y Ana-Isabel Rodríguez-Escudero. “Tipos de investigación científica”. En *Métodos de investigación social y de la empresa*, coordinado por Francisco-José Saravia-Sánchez, 47-66. Madrid: Pirámide, 2013.
- [27] León, Aurora. *El museo: teoría, praxis y utopía*. Madrid: Cátedra, 1978.
- [28] Martínez-Justicia, María-José. *Historia y teoría de la conservación y restauración artística*. Madrid: Tecnos, 2001.
- [29] Moñivas-Mayor, Esther. “Un proyecto interdisciplinar para la conservación y restauración de arte contemporáneo”. *Patina*, nos. 13/14 (2006): 213-220. <http://revista-patina.esrcbc.com/Patina13-14.pdf#page=6>
- [30] Moreira-Teixeira, Joana-Cristina y Rosario Llamas-Pacheco. “El artista y su papel en la conservación del arte no convencional”. En *Conservación de arte contemporáneo, 8.a Jornada del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía*, 65-74. Madrid: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, 2007.
- [31] Ramos-Simón, Luis-Fernando. “Lo viejo y lo nuevo: el patrimonio cultural digitalizado. Preguntas de investigación”. Ponencia presentada en la VI Jornada Profesional de la Red de Bibliotecas del Instituto Cervantes: la investigación española en Documentación, ¿en qué liga jugamos?, Madrid, España, diciembre de 2013. [http://www.cervantes.es/imagenes/File/ponencia\\_fernando\\_ramos\\_rbic.pdf](http://www.cervantes.es/imagenes/File/ponencia_fernando_ramos_rbic.pdf)
- [32] Romero-Moragas, Carlos. “Propiedad intelectual y cultura libre: ‘copyleft’ y licencias ‘Creative Commons’. El ‘copyright’ y la propiedad intelectual”. *Mus-A: Revista de los museos de Andalucía*, no. 11 (2009): 81-84. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3078940>
- [33] Rotaache-González-de-Ubieta, Mikel. *Conservación y restauración de materiales contemporáneos y nuevas tecnologías*. Madrid: Síntesis, 2011.



- [34] VV.AA. “Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce”. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2, no. 3 (2011). <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3180/mou.pdf>
- [35] Wharton, Glenn. “The Challenges of Conserving Contemporary Art”. En *Collecting the New: Museums and Contemporary Art*, editado por Bruce Altshuler, 163-178. Princeton: Princeton University Press, 2006. <http://glennwharton.net/wp-content/uploads/2015/07/Wharton-Challenges-Conserving-Contemporary-Art.pdf>