

# LA LEGISLACIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN

*Ariadna Matas Casadevall*

*Europeana Foundation*

## Introducción

Durante los treinta años de jornadas, los autores de los textos que he consultado, indicados en la bibliografía de este texto, han hecho una reflexión sobre la relación entre tecnología, archivos, imagen y legislación, haciendo un gran énfasis sobre los derechos de autor. Consultando los textos de autores de diferentes nacionalidades vemos cómo, mientras comentan cómo se organiza el patrimonio fotográfico en sus países, subrayan cuestiones legales muy similares. Aunque a veces están enfocadas desde diferentes ángulos, y que, por supuesto, siguen tradiciones jurídicas o de gestión fotográfica diferentes, los archiveros de toda Europa han estado compartiendo los mismos puntos de controversia en el ámbito del derecho de autor: al principio, entender cómo el derecho define la fotografía y, más tarde, resolver las cuestiones jurídicas planteadas por la tecnología y las nuevas prácticas a medida que se van desarrollando.

Sin embargo, algunos aspectos que actualmente son centrales en las discusiones sobre derecho y archivos han sido poco comentados. Un ejemplo de ello son las excepciones y limitaciones al derecho de autor, es decir, los usos que se pueden hacer de las obras y otros materiales protegidos sin disponer de autorización. Tal vez se ha pasado por alto porque el sector había aceptado que el derecho de autor era y debía ser complicado, y los centros de archivo no deberían tener derecho a ciertos usos, resignados a este marco legal, sin sentirse legitimados para pedir cambios en las leyes. Y por otro lado, el acceso abierto a los contenidos, que ha crecido tanto con las nuevas posibilidades de difusión, un tema tal

vez no tan discutido porque ha sido una revolución más reciente, que no necesariamente se veía a venir.

En cualquier caso, todos los autores han ido coincidiendo, a lo largo del tiempo (que en el caso de estos textos va desde la década de los noventa hasta casi la actualidad), en la importancia de los cambios que impulsan la evolución tecnológica, tanto para los fondos como para la profesión. Según Roger Erlandsen, «Las nuevas tecnologías nos obligan a plantearnos problemas profesionales inéditos». En el año 2000 decía que esta revolución comportaría inevitablemente cambios radicales y profundos, y subrayaba la importancia para el sector cultural de estar al corriente de ello. Entendía que podía aportar soluciones a problemas importantes del sector archivístico, como la preservación y la divulgación de las imágenes fotográficas.

Otros autores se refieren menos directamente al cambio tecnológico, pero siempre está presente, por ejemplo, desde perspectivas prácticas. Es el caso del texto de José Antonio Millán sobre licencias Creative Commons, que han nacido con la difusión de contenido cultural online, o de uno de los de Josep Cruanyes, cuando comenta la fotografía en espacios públicos, una práctica que ha adquirido mucha importancia con la universalización de la fotografía.

Hablando de archivo de imagen, además, los cambios tecnológicos influyen doblemente. La fotografía como expresión artística o documental ha pasado de formatos analógicos a digitales, se ha abaratado, su uso se ha universalizado, ha aumentado su producción y conceptualmente ha pasado a entenderse de manera muy diferente. Según Roger Erlandsen, estos cambios replanteaban el rol que la fotografía tenía o podía tener en la sociedad. Esteban de la Puente García comentaba en 1990 que, con la generalización y vulgarización de la fotografía, su consideración intelectual había disminuido. Explicaba que algunos la veían como el pariente pobre de la propiedad intelectual.

A parte del derecho de autor, a la gestión de fondos fotográficos se añaden más cuestiones, como la protección de los datos personales, y aún más con los cambios legislativos recientes, o el derecho a la propia imagen, que aún así los autores de los textos prácticamente no comentan. El archivero también debe conocer ámbitos, que Michael Harvey enumera como relevantes para el sector, como el depósito legal, la exportación, la salud y

la seguridad. Parece que la profesión tiene que gestionar aspectos legislativos y éticos muy diversos, intrínsecos a la digitalización y difusión de las colecciones. En cualquier caso, el derecho de autor ha tenido siempre una posición preeminente porque impacta directamente en los posibles usos del patrimonio que custodian los archivos y, por lo tanto, en su misión. En este texto, por lo tanto, me centraré especialmente en esta rama del derecho.

En términos generales, explicaré al lector las consideraciones que ha habido entorno a la pregunta que el derecho de autor obliga a hacernos, por suerte o por desgracia, sobre si la fotografía debe considerarse una obra de creación. Continuaré con el impacto que el derecho de autor tiene sobre la gestión de los archivos en actividades como la preservación de los documentos y comentaré los cambios más relevantes que se han producido a nivel legislativo, a veces impulsados por el propio sector, y la dirección que parecen coger. Por último, terminaré examinando el papel que desempeña el derecho de autor en la difusión, ahora tan presente en las actividades del archivo. Trataré de establecer un vínculo entre las aportaciones de muchos autores de las jornadas y mi opinión. De vez en cuando me refiero a frases concretas de los autores, y en el resto del texto están presentes, porque es en gran parte su lectura lo que me ha llevado a hacer estas reflexiones. En cualquier caso, recomiendo revisar el patrimonio que nos han dejado las jornadas y espero que este texto signifique una contribución más.

## **Según el derecho, ¿la fotografía es arte?**

El derecho de autor tiene un gran impacto en actividades fundamentales de los archivos, como la difusión y la preservación, por el hecho de que los elementos que componen los fondos en muchos casos se consideran obras y se reconoce a su autor la exclusividad de decidir si son reproducidas, comunicadas al público, distribuidas o transformadas, entre otras. Aunque el derecho de autor ha tratado principalmente de proteger las expresiones artísticas, su ámbito de aplicación se ha ido ampliando y actualmente protege también realizaciones no necesariamente artísticas, a través de los llamados derechos conexos.

En el ámbito de la fotografía, la opinión de los legisladores ha ido fluctuando: ¿deberíamos considerarla una creación artística, protegerla a través de derechos conexos, o bien no protegerla de ninguna manera? Recordemos que el término fotografía puede referirse, actualmente, a materiales muy diversos, desde la fotografía técnica, la fotografía artística, la familiar, la resultante del fotoperiodismo o la puramente instrumental, como la de la contraseña que hay debajo de un router o el precio de un producto que nos interesa. Es tan fotografía la realizada por un fotógrafo profesional, como la de un amateur.

Esteban de la Puente abrió su texto en 1990, advirtiendo al lector que «El mundo de la protección de las obras de creación literaria y artística, tiende, en nuestro tiempo, a complicarse cada vez más», principalmente debido a los cambios tecnológicos. Según el autor, cuando se trata de fotografía, la opinión estaba dividida. Había quienes lo entendían como una forma de expresión artística, y otros que defendían que no podía ser considerado arte, porque el resultado era una consecuencia de combinaciones químicas, y no de la personalidad del autor. Según Esteban de la Puente, desde el punto de vista legislativo, la fotografía estaba en un estado de equilibrio inestable. Muchos países europeos identificaban atributos que podrían hacer una fotografía merecedora de protección. Hablaban, por ejemplo, de ciertos niveles de calidad o de determinadas finalidades de la fotografía.

Anteriormente, algunos países habían establecido un registro obligatorio sin el cual no se concedía protección. Si este sistema hubiera perdurado, probablemente no sería necesario hablar de obras huérfanas, esta categoría tan problemática en la gestión de los fondos de archivo, porque si la obra está huérfana de autor conocido o localizable, ¿cómo se obtiene la autorización para usarla, incluso para fines archivísticos? Sin registro obligatorio, el derecho de autor ha tenido que definir una serie de criterios objetivos para determinar lo que merece protección, es decir, determinar qué es o puede ser artístico, y dar claridad sobre su ámbito de aplicación. Puede parecer relativamente simple cuando se habla de pintura, escultura, de una novela o de una composición musical, pero en el fondo, decidir qué es expresión artística sigue siendo una cuestión subjetiva, y, por lo tanto, prácticamente imposible de objetivar.

El texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española contiene una lista indicativa y no exhaustiva de tipos de obras que pueden

considerarse originales, entre las cuales consta, actualmente, la fotografía, aunque no siempre ha sido así. Además, en los derechos de autor se habla a menudo de originalidad, o de expresión intelectual del autor. Los jueces, que imagino que a menudo deben haber maldecido al legislador, han ido interpretando estos conceptos, han desarrollado ejemplos a los cuales podemos hacer referencia y han ido perfeccionando unas pautas. Sin embargo, los criterios que se van construyendo deben ser lo suficientemente amplios como para no excluir posibles creaciones artísticas, de manera que decidir qué es una obra y, por lo tanto, qué está protegida por el derecho de autor, sigue siendo una cuestión compleja.

En 1987, se aprobó en España la ley que es la base de la regulación actual. La fotografía se incluyó entre las obras merecedoras de la protección por el derecho de autor, como comentaba anteriormente, y, al mismo tiempo, el legislador español introdujo la protección de las meras fotografías. Esta figura se refiere a fotografías no originales, es decir, no artísticas, a las que se garantizan algunos derechos de propiedad intelectual, pero menos (por ejemplo, no se reconocen derechos morales) y con una menor duración de la protección (desde su realización, durante veinticinco años). La figura convive en la ley de propiedad intelectual con la obra fotográfica, protegida durante setenta años de la muerte del autor. Así, si una fotografía es una obra de creación intelectual y refleja la personalidad del autor, merece el más alto nivel de protección, y si se trata de una fotografía simple, no creativa, merece una menor protección. De la forma como lo plantea la legislación española, la protección de la mera fotografía se reconoce por defecto cuando el nivel superior de protección no es aplicable. Con esto, el legislador español viene a decir que algunas fotografías no pueden ser consideradas artísticas, pero que todavía merecen ser protegidas.

Werner Matt, hablando del ejemplo austriaco, comentó que «Todas las fotografías gozan, como mínimo, de la protección que garantizan los derechos afines». En España, que existan dos niveles de protección de la fotografía, y con los criterios jurisprudenciales que se han ido desarrollado, significa que difícilmente habrá ninguna fotografía que no esté protegida de ninguna manera, aunque sea la fotografía de la contraseña que hay debajo de un router, que utilizábamos anteriormente como ejemplo. Por el simple hecho de pulsar el botón, se puede generar contenido con derechos. En cualquier caso, parece que hay una distancia relativamente grande entre

aquello que regula y como lo regula el derecho de autor, y las prácticas actuales de realización y uso de la fotografía. Cuando se protegió la mera fotografía seguro que no había intención de proteger estos otros materiales más instrumentales. Tal vez el derecho deba simplificar para poder regular, pero, en cualquier caso, se trata de una clasificación que tendría que ser revisada.

Karl Griep describe muy claramente los pasos que siguió Alemania. Comenta que «Las fotografías fueron legalmente protegidas por primera vez en 1876, pero la ley de 1901 estableció un período de sólo diez años, que la de 1940 alargó a veinticinco, contando desde el acto de creación». Más tarde, tal como describe el autor, una enmienda definió tres niveles, que consistían en una protección de setenta años para las fotografías artísticas, contando desde la muerte del autor, de cincuenta años para fotografías que sirvan de documentos y fuentes de información para la historia contemporánea, contando desde su publicación o desde la fecha de creación, y veinticinco años de protección para cualquier otra fotografía.

El reconocimiento de la mera fotografía como una realización diferente de la obra fotográfica a la que también se asignan derechos, se fue desarrollando en otros países europeos, como Italia o los países escandinavos, a medida que exploraban posibles sistemas de protección que respondieran a la realidad de la fotografía. Aunque esta figura no se ha llegado a armonizar nunca a nivel europeo, la Directiva sobre la duración del derecho d' autor <sup>1</sup> reconoce que los estados miembros pueden establecer sistemas de protección para las otras fotografías, y la Directiva sobre el derecho de autor en el mercado único digital <sup>2</sup> indica que no se debería utilizar para reclamar protección sobre digitalizaciones de obras, un tema que exploraré más adelante en el texto.

Si aplicamos esta idea en el ámbito de los archivos, y en particular al archivo de imagen, la sensación es de hacer frente a una gran inseguridad jurídica. ¿Cómo decidimos si las imágenes son obras de arte o meras fotografías, para saber qué derechos exclusivos se aplican a los fondos y desde cuándo? ¿Cómo nos aseguramos que respetamos los derechos de los autores? ¿Cómo evitamos considerarlo todo obra fotográfica por defecto? En el sector archivístico, donde la fotografía se considera y estudia desde muchas perspectivas, la cuestión es aún más compleja. El derecho de autor

ha determinado, tal vez de manera un poco artificial, que cualquier fotografía puede ser arte, incluso cuando la lógica del experto le llevaría a considerar su valor documental principalmente y a no entenderlo como una obra de creación. Sylvie Henguely y Peter Pfrunder hablaban de las tensiones «[...] generadas por la confrontación de las diferentes funciones y formas de expresión de la fotografía, desde su aspecto documental hasta su importancia como medio de expresión artística». Werner Matt comentó en 2006 que, en Viena, hasta no hace muchos años, ninguna escuela de arte ofrecía estudios de fotografía.

Más allá de los derechos de explotación, el derecho de autor reconoce una serie de derechos morales, que quizá representan la parte más romántica de este ámbito legislativo. Aunque no generan tanta controversia, los autores de los textos de las jornadas se refieren a ella desde diferentes perspectivas. Karl Griep, por ejemplo, consideró los derechos morales como una parte importante del derecho de autor y comentaba que «No quisiera conocer ninguna iniciativa europea que pretendiera cambiar o rectificar esta parte de la ley», poniendo como ejemplo el derecho del fotógrafo a decidir el momento y el medio específico de publicación de su obra. Josep Cruanyes, en 1992, se refirió a los derechos morales, por ejemplo, al derecho a la integridad de la obra, y hacía hincapié en la necesidad de respetar el nombre del autor, integrándolo de forma más preeminente en la gestión de los fondos que componen los archivos. En Suiza, y según la experiencia compartida por Sylvie Henguely y Peter Pfrunder en 2002, la Fundación Suiza para la Fotografía trataba las fotografías «[...] como los resultados de un acto de creación individual, es decir, como obras de autor, y las clasifica no por temas sino por autor». El énfasis puesto por el derecho de autor en el reconocimiento de la autoría a través de los derechos morales, en cierto modo tiene un impacto en la gestión de los fondos y ha influido en la perspectiva desde la que se considera y estudia el documento.

## **Consecuencias del derecho de autor para el sector archivístico**

Como mencionábamos anteriormente, los fondos de los archivos a menudo están protegidos por el derecho de autor y, dado que, a grandes rasgos, el derecho de autor parte de la base de que no se puede difundir ni reproducir contenido protegido sin tener los derechos, las actividades de los archivos a menudo se encuentran en tensión con esta rama del derecho.

Karl Griep explicaba que «El objetivo final de la profesión de archivero consiste en hacer posible el acceso a la fuente histórica» y que «Si la fuente histórica, representada por un documento específico, ha desaparecido [...] la razón de existir del archivero y del archivo, también ha desaparecido». Por lo tanto, un derecho de autor que no permite preservar y divulgar, ¿hace desaparecer la función del archivo? El autor comenta que se debe solicitar permiso para hacer uso de una obra «[...] incluso para fines archivísticos». Con esta sencilla frase subraya una cuestión fundamental, para la cual no tengo respuesta: si al archivo no siempre le es posible identificar el titular de los derechos y tratar de acordar con él el uso de la fotografía, ¿qué debe hacer? El derecho de autor pide una cosa, y su función pide otra. Se trata incluso de tener que elegir entre respetar una ley u otra, cuando el tipo de institución tiene, precisamente, la obligación legal de preservar y difundir el patrimonio.

La evolución tecnológica, por otro lado, ha facilitado preservar y difundir más y mejor el patrimonio. Actualmente, por ejemplo, la tecnología permitiría enviar una copia digital al investigador para estudiar los documentos desde casa, incluso desde otro país, o consultarlos desde el archivo, pero con su propio dispositivo; que una actividad educativa dirigida por un archivo pudiera mostrar los fondos digitalizados a través de una proyección en una pantalla durante una presentación; que documentos fueran enviados y digitalizados en otro país si no se cuenta con la tecnología necesaria, o que el archivo pusiera determinadas imágenes en línea para informar a los usuarios de los fondos disponibles de una manera más amena que una descripción. Sin embargo, si el derecho de autor no prevé una excepción o limitación expresa para tales usos, es necesario autorización del titular de los derechos, lo que a menudo es difícil de obtener.

Las posibilidades de hacer uso de los fondos se multiplican, pero para que se materialicen con toda seguridad jurídica, el derecho de autor debe avanzar al mismo ritmo. En muchos países, sin embargo, los cambios

legislativos necesarios para adaptar el derecho de autor a la evolución tecnológica no se han producido, o se han realizado de una manera muy tímida. Para las instituciones patrimoniales, que tanto interés han mostrado en adaptarse al mundo digital, esto ha supuesto una barrera importante. Karl Griep lo resumió muy bien en 1998 hablando de la digitalización: «Qué gran éxito para la restauración. Qué desastre para la veracidad histórica. Qué ventaja tan importante para el acceso a través del correo electrónico, Internet, en línea... Qué dificultad tan enorme para los derechos de autor y de licencia». Consideraba que el sector patrimonial podía tener un nuevo papel con los cambios tecnológicos y que, por ejemplo, los archivos audiovisuales podrían asumir un papel muy importante en los acontecimientos que se acercaban.

El impacto del cambio tecnológico en el sector y las posibles cuestiones relacionadas con el derecho de autor, también las señalaba Roger Erlandsen en el año 2000, cuando resumía los debates que habían existido en Noruega para definir las áreas en las que la imagen electrónica podría sustituir a la física, y entendía que «El uso de imágenes digitales tendrá consecuencias inevitables, tanto para la parte técnica como para la normativa legal reguladora de los derechos de autor». Estaba hablando de un cambio de paradigma.

Por lo tanto, para llevar a cabo actividades de conservación y difusión, el archivo debe conocer el estado de protección de los derechos de autor de los fondos que gestiona. Debe identificar si se trata de fondos protegidos, tal vez evaluando su originalidad, y en caso afirmativo determinar si son de dominio público. Si el contenido está protegido, es necesario identificar al titular de los derechos y solicitarle permiso para los usos que se quieran llevar a cabo. A menudo, los resultados no son concluyentes: no hay suficiente información para determinar si la obra es de dominio público o no, ni para identificar y localizar al titular de los derechos. A nivel mundial, se trata de un proceso difícil, que requiere asesoramiento legal y una gran inversión en tiempo y personal, que muchos archivos no pueden asumir.

Precisamente Michael Harvey señalaba que en Inglaterra «[...] ciertamente hay material, como las películas, sobre el cual a menudo es imposible estar seguro de que todos los aspectos de su producción están fuera de copyright. También hay películas a las que más tarde se añadió una banda sonora, por lo que, esencialmente, se creó una obra nueva -por

ejemplo, añadiendo música a un clásico del cine mudo». Karl Griep comparte el ejemplo de Alemania y comenta los cambios en la duración de protección del derecho de autor que han existido a lo largo del tiempo. Como consecuencia, explica que «Las fotografías que habían estado en el dominio público hoy vuelven a estar protegidas». Werner Matt, hablando desde Austria, comenta cómo los derechos de autor también pueden dificultar el cambio de formato de una fotografía horizontal o vertical, por ejemplo, o aplicarle ciertas técnicas de coloración, actividades que en la restauración de fondos fotográficos pueden ser necesarias.

El fenómeno de las obras huérfanas y de las obras descatalogadas ilustra muy bien lo absurdo de la situación. Según las directivas europeas, que poco a poco están resolviendo estas cuestiones, las obras huérfanas son obras cuyo autor es desconocido o conocido pero ilocalizable, y las obras descatalogadas son obras que ya no están disponibles en el circuito comercial. Aunque los archivos, bibliotecas y museos que las tienen en sus fondos y colecciones son a menudo las únicas instituciones que conservan estos ejemplares, aunque a menudo tienen un gran valor cultural y aunque en muchos casos nunca han sido comercializados o creados con esta intención, el derecho no permite que se difundan sin autorización.

Por otro lado, y en el mundo digital en particular, muchos usos de documentos tienen lugar en más de un país, a través de fronteras y jurisdicciones diferentes. Muchas de las excepciones o limitaciones que autorizan usos de obras sin necesidad de tener permiso, para facilitar actividades de interés público, como por ejemplo la enseñanza, se definen de manera diferente en cada país. El nivel de protección también es muy diverso, si tenemos en cuenta que hay países que protegen la mera fotografía y otros que no lo hacen, y que su duración de protección no está armonizada. Como también señala Karl Griep, una misma fotografía se puede proteger de manera diferente de un país a otro.

Si el objetivo es preservar y dar a conocer el patrimonio, en la mayoría de casos, las actividades de los archivos no dañarán al autor, sino al contrario. Un derecho de autor que por defecto considera cualquier uso realizado sin permiso como una explotación que daña al autor o al titular de los derechos, ignora por completo que los archivos contribuyen a la creación, la innovación y el respeto de la autoría, los mismos objetivos que en principio perseguía el derecho de autor.

## **Tendencias legislativas: más excepciones y limitaciones**

Esta tensión entre el derecho de autor y las actividades de los archivos, provocada por una legislación a veces poco flexible o alejada de la realidad, existe en muchos otros sectores. Los derechos de autor a menudo chocan con los usos en la red, con los usos educativos, o con el disfrute de derechos fundamentales como la libertad de expresión. En el fondo, termina determinando cómo circula o si algo tan fundamental como la información circula. Autores y activistas de todo el mundo han subrayado las consecuencias que un derecho de autor demasiado rígido o demasiado largo puede tener para el acceso a la información, especialmente cuando sólo autoriza usos que pertenecen al mundo analógico y no al digital.

En mi opinión, lo que exige el derecho de autor a los centros patrimoniales es desproporcionado, y es natural hacer patentes estas dificultades. Se trata de una queja legítima, que no se hace en su propio interés, sino para alertar al legislador de que está en juego un servicio público fundamental. No se trata de una cuestión de falta de recursos: la gestión que pide el derecho de autor a veces es imposible de realizar. Se han producido muchos cambios legislativos sin tener en cuenta las particularidades de los fondos archivísticos, por desconocimiento o bien de forma consciente porque otras prioridades pasaron por delante. El derecho de autor es un producto humano y no hay una solución correcta o incorrecta. Hace falta irlo definiendo y perfeccionando, aprendiendo del impacto que tiene a la práctica.

Para minimizar las consecuencias que puede tener la excesiva protección, pero manteniendo el respeto por los derechos exclusivos de los autores, muchos países han estado desarrollando una serie de excepciones y limitaciones a esta protección. Se trata de disposiciones en la ley que identifican situaciones, a menudo justificadas por su interés público, en las que se puede hacer uso de una obra o realización protegida, sin la autorización del titular de los derechos. Hay excepciones y limitaciones para el préstamo, para la preservación, para la investigación y para la enseñanza, por ejemplo.

Mientras que la mayoría de países europeos han definido excepciones y limitaciones para fines concretos y condiciones específicas, otros países, como Estados Unidos, Canadá o Inglaterra, cuentan con los sistemas del uso y el trato justo (fair use y fair dealing), según los cuales el uso se puede llevar a cabo, incluso sin autorización, siempre que sea justo. Por supuesto, pide diversas consideraciones y la evaluación del uso según una serie de criterios, combinados en algunas ocasiones con una limitación por finalidad, pero concede mucha más flexibilidad que las excepciones y limitaciones concretas con qué contamos en España. Como describe Michael Harvey, el uso justo en Inglaterra «[...] da un margen razonable de libertad a la hora de permitir la copia de material para usos didácticos y de investigación. Pero, cada vez más, las instituciones quieren explotar su material más ampliamente, por ejemplo, en la red para permitir el acceso en línea a sus colecciones». En muchos casos, el conjunto de excepciones y limitaciones, incluso cuando se trata del uso o del trato justo, es insuficiente.

El sector archivístico, a menudo junto con el sector documentalista y bibliotecario, se ha movilizado para explicar a los legisladores de todo el mundo las dificultades a las que se enfrenta la profesión y plantear la necesidad de limitaciones y excepciones más amplias, lo suficientemente flexibles como para responder a los cambios tecnológicos y armonizados entre países para eliminar las fronteras artificiales que plantean los límites jurisdiccionales. Por ejemplo, el Consejo Internacional de Archivos ha pedido reiteradamente a los estados miembros de las Naciones Unidas, a través de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que creen un tratado internacional sobre excepciones y limitaciones que establezca un mínimo obligatorio de estas figuras en todos los estados signatarios. El sector también se ha movilizado a nivel europeo durante la adopción de la Directiva sobre el derecho de autor en el mercado único digital, y a nivel nacional hay grupos de profesionales que solicitan cambios legislativos necesarios.

En 1998, Michael Harvey comentaba como «Las medidas adoptadas por la Unión Europea, contrariamente a lo que se piensa de manera mayoritaria, no conducen a la creación de unos derechos de autor válidos para toda la Unión, ni por supuesto implican la derogación, sino tan sólo una armonización de las leyes nacionales» y que esto lo hacía a través de

directivas. El autor ya predijo la importancia que tendría el acercamiento entre legislaciones europeas. En 2011, la Comisión Europea indicaba la importancia que tenía la digitalización de la memoria cultural para Europa. Entre otras cosas, reconocía la necesidad de cambios legislativos para resolver las dificultades para las instituciones patrimoniales de gestionar los derechos de contenido protegido por derecho de autor.

Esta meta fue seguida por un intento fallido, pero sin embargo importante por lo que representa, del legislador europeo de resolver el problema de las obras huérfanas, que comentaba en el apartado anterior. A través de una Directiva, planteaba una excepción al derecho de autor, ahora ya aplicable en España y en el resto de estados miembros, que permite digitalizar y poner estas obras a disposición del público, aunque no se disponga de la autorización del autor. Sin embargo, impone muchas condiciones que deben respetarse antes de poder llegar al punto de poder llevar a cabo estas actividades, reconoce a los titulares de derechos que reaparece el derecho a una compensación por el uso realizado hasta entonces, y excluye las fotografías de su ámbito de aplicación, excepto si forman parte de otra obra. Por todas estas razones, por desgracia, ha sido un fracaso a la práctica. Sin embargo, la última directiva adoptada en materia de derechos de autor, la Directiva sobre derecho de autor en el mercado único digital, define una excepción, combinada con un sistema de licencias, para resolver el problema de las obras descatalogadas, que en gran medida también incluye las obras huérfanas.

Si ha habido este segundo intento de resolver este problema tan presente en el sector patrimonial, con una fórmula aparentemente mejor, es en gran medida gracias a la cooperación con el sector y a su convicción e insistencia en el hecho de que no es aceptable que el derecho de autor entierre e ignore este patrimonio. Así pues, como Karl Griep anunciaba hace unos años, el sector archivístico se enfrenta a desafíos comunes demasiado grandes para resolver individualmente, y la cooperación entre profesionales es indispensable.

## **Tendencias a la práctica: acceso abierto y difusión del patrimonio**

Con las nuevas tecnologías, cuando el derecho de autor lo permite, las posibilidades de divulgar los fondos de archivo se han ampliado radicalmente. Los públicos que consultan los fondos habitualmente lo pueden hacer más fácilmente, y los fondos pueden llegar a públicos más diversos, facilitando el acceso también de forma remota. Las posibilidades llegan tan lejos que actualmente muchas instituciones están presentes en repositorios más allá de lo institucional, es decir, van a buscar al usuario allá donde navega virtualmente, en lugar de esperar a que el usuario encuentre los fondos en casa. Hay muchos ejemplos de páginas de la Wikipedia enriquecidas con imágenes de buena calidad de instituciones patrimoniales, una experiencia que también termina siendo valiosa para el archivo, que a su vez puede enriquecer el repositorio institucional con la colaboración de otras plataformas y otros expertos que han llegado a conocerlo a través de este medio. Michael Harvey comentaba que «Como conservadores y archiveros, un aspecto importante de la creación de colecciones es ser capaces de dar acceso público al material que conservamos, y que este material se difunda tanto como sea posible». Con las nuevas oportunidades tecnológicas, hace falta repensar la forma como se comunica el patrimonio cultural y ver qué opciones contribuyen a los objetivos del archivo. La institución puede contribuir aún más a aumentar el conocimiento y la comprensión del pasado y del presente.

La gran revolución, en este sentido, ha sido dar el paso de dejar ver los fondos, de permitir utilizarlos, en muchos casos sin límites. Puede ser interesante para usuarios que quieren hacer investigación o docencia, compartir a través de redes sociales, transformar como parte de un proceso creativo, incluir en un documental, en un artículo de periódico, u otro. Hace unos años, el Rijksmuseum de Amsterdam y el Metropolitan Museum of Art de Nueva York dieron el salto hacia el acceso abierto, indicando que una gran parte de sus fondos eran libremente utilizables, y cada vez más instituciones adoptan este criterio, con una inercia que va creciendo bajo el término openGLAM. Autorizar el uso de los fondos de una manera generalizada, sin embargo, significa aceptar perder el control sobre quién accede a ellos y cómo los utiliza, una idea que para algunos archivos todavía se hace difícil de aceptar.

Si hasta ahora el derecho de autor era una herramienta que el archivo tenía que gestionar para cumplir con su función, el rol del archivero, en este ámbito, será el de comunicar al usuario de manera sencilla las condiciones de derecho de autor que rodean a los documentos para que se sepa si se pueden utilizar y cómo. La inversión realizada por el archivo para identificar si la obra es de dominio público o no, y para pedir permiso a los titulares para hacer uso de la obra, ahora puede ser útil al usuario final, que tiene mucha menos información que el archivero para averiguar estas condiciones.

Más allá de estas consideraciones, existen, por supuesto, barreras impuestas por el derecho de autor, el derecho a la propia imagen o incluso cuestiones éticas que pueden obstaculizar su difusión. Sin embargo, en algunos casos, como en el caso de algunas obras descatalogadas y obras huérfanas, el riesgo de que exista un titular de derechos que no esté de acuerdo con la difusión es tan pequeño, que hay instituciones que las difunden igualmente, midiendo con cautela las posibles reclamaciones y siendo muy diligentes con la retirada del contenido, si es necesario. La Biblioteca Nacional de Escocia y la Biblioteca Nacional de Gales, por ejemplo, han definido un marco que permite a los profesionales de sus instituciones evaluar en la medida de lo posible (dentro de un esfuerzo razonable) los derechos sobre sus fondos, y con el nivel de información que obtienen, a veces incompleto (porque completarlo supondría, o un esfuerzo desproporcionado, o fracasar en el intento), de entender el nivel de riesgo a qué se enfrentan. Lo hacen teniendo en cuenta el tipo de colección, el tipo de uso, la posibilidad de eliminar el contenido inmediatamente en caso de demanda, y muchos otros factores, anticipando las posibles consecuencias, y definiendo cómo minimizarlas. Cuando es así, es probable que, en la gran mayoría de casos, si hay titulares de derechos que aparecen, como el autor o los herederos, lo hagan para agradecer que se haya hecho el esfuerzo de digitalizar y difundir el fondo.

Para resolver situaciones en las que el derecho de autor se interpone en proyectos de difusión, es necesario tenerlo en cuenta desde el momento en que la colección llega a la institución. Como recuerda Michael Harvey, obtener el soporte físico no da derecho a hacer uso del objeto, con la excepción de su exposición, o de lo que permitan algunas limitaciones. Josep Cruanyes recomendaba negociar directamente con el autor de la

fotografía o con los herederos para adquirir los derechos necesarios. Es más, el archivo puede, desde el primer momento, gestionar la identificación de derechos y titulares, y obtención de permiso, pensando en las posibilidades de la difusión futura. ¿Qué necesita saber el usuario? ¿Qué derechos se deben solicitar para los usos que se quieran hacer más adelante?

Existe una práctica en particular, todavía utilizada, que los defensores de la apertura del patrimonio cultural tratan de corregir: hacer uso del derecho de autor para mantener el control sobre un fondo. Tal vez por miedo a no saber quién y cómo utiliza el contenido, o a no poder cobrar por ciertos usos, se ha ido utilizado el derecho de autor, como por ejemplo todos los derechos reservados, para evitar que cualquier usuario utilice el contenido sin permiso. A veces, no está en manos de la institución autorizar ciertos usos sobre un contenido porque no tiene los derechos. Pero cuando el contenido es de dominio público o sí que se dispone de los derechos, ¿por qué no dejar que sea utilizado de la manera que mejor convenga al usuario?

En particular, hay muchas críticas a la reserva de derechos en materiales que son de dominio público. En los países donde se protege la mera fotografía, como en España, algunas instituciones, considerando la digitalización de una obra como mera fotografía, se han amparado en esta protección para volver a sumergir el contenido en la protección del derecho de autor, esta vez como titulares de los derechos. Esto supone que el contenido que (finalmente) era de dominio público y pertenecía a la sociedad en general, con todos los beneficios que esto conlleva para la innovación y la creación, volvía a estar privatizado. En mi opinión, las instituciones patrimoniales pueden jugar un papel muy importante en presentarse como garantes del dominio público, porque prácticamente no hay nadie más que se preocupe de garantizar que documentos valiosos desde una perspectiva histórica, cultural y social (aunque tal vez no económica), sigan existiendo y sean accesibles, cualquiera que sea su formato, cuando hayan pasado los muchos años de protección. Con esta mala praxis, sin embargo, esta buena oportunidad se pierde.

A través de los textos de las jornadas, se hace muy visible cómo esta reclamación de derechos era una práctica común por instituciones que querían dar acceso y al mismo tiempo mantener el control sobre quién y por qué utilizaba los fondos. Josep Cruanyes, por ejemplo, describía la posibilidad de marcar una imagen con un sello seco para evitar usos

fraudulentos y Andrea de Polo, por su parte, hacía referencia a la existencia de soluciones tecnológicas para salvaguardar y proteger nuestros derechos, y recomendaba formas de combinarlas en el caso de fotografías protegidas por derechos de autor.

Esta reclamación de derechos a través de la mera fotografía se ha dado en otros países europeos, aunque depende en gran medida de cómo se regula o si la mera fotografía está regulada a nivel nacional. Werner Matt consideró que en Austria «[...] en cuanto a las meras reproducciones (fotocopias, etc.), aunque desde el punto de vista técnico tendrían una naturaleza fotográfica, no gozan de ningún tipo de derecho afín, se trate tanto de obras fotográficas como de meras fotografías hablar de mala praxis de aprovechar esta protección para reclamar derechos a más a más». Por otra parte, el uso de esta protección depende en gran medida del conocimiento del derecho de autor de los profesionales del sector. En los países donde no se reconoce la protección a la mera fotografía, hay archivos que reclaman derechos sobre obras de dominio público, aunque muy probablemente no exista ninguna base legal para hacerlo. Además, como ejemplificaba Josep Cruanyes en 1992, es necesario considerar y gestionar un doble nivel de derechos, que podrían existir si se reclaman derechos por la digitalización o por otras reproducciones del documento u obra. «En el caso de fotografías que reproducen obras de arte, es necesario tener en cuenta, además de los derechos del fotógrafo, los del autor de la obra. Si se cede, en caso de poder hacerlo, se ha de hacer constar la reserva de los derechos del artista o de sus herederos».

Aunque hay matices a tener en cuenta, como por ejemplo la naturaleza privada de un archivo, que puede tener intereses más allá de la misión pública que se asigna a un archivo público, el respeto por el dominio público es esencial. Tanto es así que incluso el legislador europeo se ha pronunciado al respecto. La Directiva sobre el derecho de autor en el mercado único digital establece que sobre las obras de dominio público digitalizadas no pueden reclamarse derechos porque la reproducción es una mera fotografía.

Una de las reticencias más importantes que frena a algunas instituciones de avanzar hacia el acceso abierto parece ser el aspecto económico. La gran inversión realizada para digitalizar el contenido patrimonial no siempre cuenta con el apoyo financiero necesario. Hay cierta presión sobre algunas

instituciones patrimoniales para garantizar la sostenibilidad financiera más allá de los fondos públicos. Como comentaba Michael Harvey, en el caso de Inglaterra, «Para llevar a cabo sus actividades, ningún archivo público puede contar exclusivamente con el dinero de las subvenciones. Además, las organizaciones relativamente pequeñas, como los archivos filmicos regionales, simplemente no tienen acceso a fondos públicos regulares y previsibles». El autor era de la opinión que «La tendencia a utilizar las colecciones para generar ingresos se está convirtiendo en un aspecto importante de la gestión de los archivos y, por lo tanto, también en la necesidad de estar al corriente de la ley de propiedad intelectual».

Esta cuestión puede suponer que los incentivos económicos sean más preeminentes que la misión de preservar y difundir. Josep Cruanyes comentaba en 1992 que es necesario tener en cuenta la función de los archivos a la hora de estudiar la propiedad intelectual para su gestión, y que «No podemos enfocar esta materia como lo haría una entidad comercial. Hay que tener en cuenta que, tal y como se establece en la Ley de archivos de Catalunya, los archivos, como depositarios de un patrimonio cultural de interés general, tienen como objetivos su conservación y ponerlo a disposición de los estudiosos para la Investigación». La apertura de los fondos contribuye a la divulgación y no debería pasar detrás de la necesidad de definir un modelo de negocio sostenible. Y en cualquier caso hay que preguntarse, en primer lugar: ¿qué pérdida económica resultaría de dejar de cobrar por ciertos usos de los fondos? Y, en segundo lugar: ¿vale la pena sacrificar parte de la función del archivo, particularmente la función que puede cumplir con lo que nos permite la tecnología hoy en día, por lo que se obtiene vendiendo el acceso al contenido?

Las grandes instituciones que han liderado el movimiento de apertura perseguían el objetivo de difundir las colecciones, y no de buscar un modelo de negocio, probablemente en parte porque se encontraban en una situación mucho más privilegiada económicamente. Han demostrado que la primera no excluye necesariamente la segunda. Algunos han atraído más fondos, otros han atraído a más público y, en general, han sido capaces de hacer visible el impacto positivo que su función tiene en la sociedad. Algunas instituciones que les han seguido se han planteado la apertura de fondos por fases, o por áreas, como los usos para la investigación o la enseñanza o con fondos que consideran particularmente adecuados para el

público en general. Permite hacer una primera evaluación de los efectos, antes de seguir adelante.

El paso hacia el acceso abierto pide al archivo explorar una nueva vertiente: aprender a comunicarse con el usuario, en línea y de manera general, si el contenido se puede utilizar y si existen particularidades a tener en cuenta. Esta información, cuanto más clara, fácil de encontrar y estandarizada, mejor. Es por ello que el uso de las ahora ya tan conocidas licencias y herramientas de Creative Commons, y su sistema para informar de la posibilidad de realizar ciertos usos o de si la obra es de dominio público, ha ido en aumento en el sector patrimonial, tal como describía José Antonio Millán en 2008.

Sin embargo, tal como son actualmente, las herramientas de Creative Commons no ofrecen suficientes opciones para indicar algunas particularidades propias de este sector, como el hecho de que las instituciones patrimoniales a menudo no tienen los derechos o no saben si el documento es de dominio público o no. Para hacer frente a esta situación, Europeana y la Biblioteca Digital de América crearon el Rights Statements Consortium, a través del cual han desarrollado una serie de declaraciones de derechos para las instituciones patrimoniales con la idea, en general, de ofrecer opciones cuando las posibilidades de Creative Commons no son adecuadas para el contexto. Entre las declaraciones hay algunas que indican que la obra está protegida pero que se permiten los usos educativos (porque el titular de los derechos lo ha autorizado), que la obra es de dominio público pero que no se pueden hacer usos comerciales (debido al contrato con la entidad privada que digitalizó el documento), que se trata de una obra huérfana o incluso que no se ha podido hacer una búsqueda concluyente de los derechos que existen.

Estos dos estándares interoperables, con su imagen universal y los códigos legales traducidos a tantas lenguas, eliminan para los usuarios las dificultades que suponían los términos y condiciones específicos, diversos y a menudo complicados que les han estado precediendo.

Andrea de Polo, que tal vez en el momento de escribir el texto de las jornadas mostraba cierta reticencia al acceso abierto, por el tipo de institución en la que trabajaba o bien por la práctica habitual y aceptada que había en el sector, consideraba, entre otras cosas, que «El aspecto ético de los derechos del ciudadano que accede a Internet está llevando a los

usuarios de la red a un convencimiento cada vez mayor de su derecho a utilizar Internet y el mundo multimedia de forma gratuita, con la convicción de que todo lo que se encuentra en formato digital está, en principio, libre de derechos». En cualquier caso, y sea cual sea el hábito del usuario, tal vez sea más importante informar adecuadamente, y poco a poco ir construyendo una conciencia (si es que aún no existe) de respeto hacia el autor, la institución y la obra, que no de tratar de establecer un control que podría terminar limitando las posibilidades de difusión de los fondos y la misión del archivo.

## **Conclusiones**

La evolución tecnológica ha propuesto nuevas formas de preservar y difundir los fondos archivísticos y de servir a los usuarios. Karl Griep decía no tener ninguna duda de la ventaja de estar preparado como sector «[...] para que nuestros documentos -que debemos proteger y preservar, pero que, por otro lado, se utilizan como documentación y fuentes del pasado para intervenir en la planificación y determinación del futuro- puedan ser accesibles a las nuevas tecnologías». Las nuevas tecnologías abren un abanico de oportunidades, y es decisión de los archivistas decidir si contribuirán, y de qué manera, a su misión de interés público. Actualmente se habla de inteligencia artificial, de minería de texto y datos, y otras posibilidades de utilizar la tecnología para estudiar los fondos y difundirlos, sistemas que los primeros escritos de las jornadas ni siquiera podían imaginar. Tendremos que ver el rol que el derecho de autor desempeñará en todo esto y si el legislador entenderá que poner trabas al patrimonio no ayuda a los autores, a la industria, a la creación ni a la innovación.

Mirando hacia atrás a través de los textos de las jornadas, se observa cómo hasta hace unos años, compartir los fondos en línea tenía que ir acompañado de mucha precaución para controlar lo que los usuarios hacían, con el contenido al que tenían acceso, y en cambio la tendencia actual es que cuanto más se comparta el archivo, más vida da a los fondos. Si antes se hablaba de marcas de agua y de vender el acceso al contenido, ahora hablamos de cómo simplificar las condiciones, e incluso la legislación, para

eliminar tantas barreras al acceso como sea posible. Desde la perspectiva del derecho de autor, la tecnología y los archivos, la evolución es constante, y también lo tiene que ser la adaptación. La colaboración entre profesionales es fundamental, para aprender unos de otros y tratar de resolver preguntas complejas que quizá no tienen respuesta, sin decaer en el intento.

Este cambio solo es posible gracias a una reflexión constante, a través de oportunidades como las Jornadas, y el legado que van dejando.

## **Bibliografía**

CASTRO, Bernardino de. El sistema d'arxius audiovisuals a Portugal i la seva legislació genèrica, 2010.

CRUANYES, Josep. Fotografiar en llocs públics: l'experiència des de Catalunya, 2000.

— Ús d'imatges: drets morals i econòmics que se'n deriven, 1992.

ERLANDSEN, Roger. Com ho fem. El sistema d'arxius d'imatges, legislació i interacció institucional en els països Escandinaus, 2000.

GRIEP, Karl. Los Archivos Fotográficos en Alemania - Estructura y Legislación, 1998.

HARVEY, Michael. El Sistema d'Arxius Audiovisuals a Gran Bretanya i la seva legislació genèrica, 2004.

MATT, Werner. El Sistema d'Arxius Audiovisuals a Àustria i la seva legislació genèrica, 2006.

MILLÁN, José Antonio. Les llicències Creative Commons aplicades a la fotografia, 2008.

MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J. Legislació sobre obra audiovisual, 2012.

PFRUNDER, Peter. La Suisse et son patrimoine photographique: Vers une politique nationale, 2002.

POLO, Andrea de. La Protezione Digitale negli Archivi Fotografici: Aspetti Tecnici e Legali sulla Proprietà Intellettuale, 1998.

PUENTE GARCÍA, Esteban de la. La propietat intel·lectual i l'accés i la difusió de la imatge, 1990.

RAULET, Hervé. Fotografiar en llocs públics: l'experiència francesa, 2000.