

revista
iberoamericana
**DERECHO
DE
AUTOR**

estudios

Año VII - No. 13

Enero - Junio 2013


Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura


CERLALC
*Centro Regional para el Fomento del Libro
en América Latina y el Caribe*
Bajo los auspicios de la UNESCO

*Centro Regional para o Fomento do Livro
na América Latina e Caribe*
Sob os auspícios da UNESCO

Derecho
de Autor
DIVULGACIÓN 

El Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe –CERLALC–, es un organismo intergubernamental que trabaja por la protección de la creación intelectual, el fomento de la producción y circulación del libro, y la promoción de la lectura y la escritura.

En este propósito presta asesoría técnica a los gobiernos de los países miembros en la formulación y aplicación de políticas públicas de lectura, desarrollo de los sistemas de bibliotecas y la formación de lectores en diferentes espacios; fomenta la concertación entre los distintos actores relacionados con la creación intelectual; genera y difunde conocimiento especializado sobre el derecho de autor, y adelanta acciones de formación y actualización en las temáticas de su competencia.

El CERLALC fue creado en 1971 mediante un Acuerdo de Cooperación entre el gobierno de Colombia y la UNESCO. En la actualidad se han adherido al Acuerdo veintiún países de la región iberoamericana.

Revista Iberoamericana de Derecho de Autor



Organización
de las Naciones Unidas
para la Educación,
la Ciencia y la Cultura

Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura



*Centro Regional para el Fomento del Libro
en América Latina y el Caribe*

Bajo los auspicios de la UNESCO

*Centro Regional para o Fomento do Livro
na América Latina e Caribe*

Sob os auspícios da UNESCO

Revista Iberoamericana de Derecho de Autor

ISSN: 1909-6003

Año 7 - No. 13 - enero/junio de 2013

Publicación del Centro Regional para el Fomento del Libro
en América Latina y el Caribe –CERLALC.

Director: Fernando Zapata López
Subdirectora de Derecho de Autor: Mónica Torres Cadena

Coordinación editorial: Mónica Torres Cadena
Fredy Adolfo Forero Villa

Consejo editorial: Eduardo de Freitas
Delia Lipszyc
Felipe Rubio
Santiago Schuster
Fernando Zapata López

Colaboran en esta edición: Mónica Cecilia Herrero
Anita Huss-Ekerhult
Mario Bouchard
Sofía Rodríguez

Corrección de estilo: Azucena Martínez
Diseño: Soporte Editorial
Artes: Mauricio Pardo
Bogotá, Colombia

© 2007 CERLALC
Calle 70 No. 9-52, Bogotá D.C., Colombia
www.cerlalc.org

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra sea
cual fuere el medio electrónico o mecánico, sin el
consentimiento, por escrito, del editor.

Los artículos publicados en esta revista expresan
exclusivamente la opinión de sus respectivos autores,
de manera que no comprometen ni reflejan la posición
institucional del CERLALC.

Impreso en Colombia – Printed in Colombia

Dedicatoria

A la memoria del profesor RICARDO ANTEQUERA PARILLI,
miembro activo del Comité editorial de esta Revista,
cuyo fallecimiento el pasado 13 de junio significa una gran
pérdida para el mundo del derecho de autor, campo
en el que como experto reconocido se distinguió
por el impulso, difusión y transmisión del conocimiento.

En los últimos años venimos oyendo hablar insistentemente en foros, debates, espacios de reflexión, particularmente en el mundo europeo, sobre el tema de la obra huérfana. Declaraciones, principios, recomendaciones se han generado y circulado sobre esta problemática, incluso la Unión Europea expidió en el 2012 una Directiva que busca aportar soluciones al respecto. Pero, ¿por qué hasta ahora se viene a tratar este tema en los diferentes círculos? La denominada obra huérfana ha existido de tiempo atrás, sin embargo, nunca fue tan visible como hoy día, de cara a los proyectos y programas de digitalización masiva de los acervos de bibliotecas públicas.

Independiente del propósito con el que se emprenda la digitalización de este tipo de obras, se trata evidentemente de un tema sensible para diversos sectores del mundo de la cultura, como quiera que está estrechamente relacionado con el acceso a bienes y productos culturales, al conocimiento acumulado, al acervo cultural de las naciones. Por consiguiente, tanto los entes gubernamentales, las bibliotecas, filmotecas, fonotecas, archivos, museos y otras instituciones que protegen y difunden el patrimonio cultural como el sector de la industria de contenidos requieren tener certeza jurídica sobre la titularidad de los derechos, para poder utilizar de forma legítima las obras que formarán parte de sus catálogos y repertorios. Es esta la razón por la que hemos decidido centrar las reflexiones de este número de la Revista Iberoamericana de Derecho de Autor en la llamada obra huérfana y la problemática que esta plantea.

El sistema autoral tiene como eje central al sujeto protegido. Sin embargo, no pude negarse el acaecimiento de singularidades que justifiquen la existencia de obras publicadas sin que se conozca a los titulares de derechos, o que siendo estos identificados no sean localizables, como consecuencia de hechos que bien pueden ser los avatares propios de la guerra, la disolución de personas jurídicas, la falta de inclusión de los bienes intangibles dentro de los procesos de sucesión, los desastres naturales o la ausencia de canales óptimos de identificación de titulares, entre otros. Distintas causas han llevado a declarar la orfandad de una obra,

condición que según la Biblioteca Nacional del Reino Unido distingue al 40% de las publicaciones impresas.

En los países de América Latina esta temática ha tenido poco o nulo desarrollo en el ámbito legal y muy poco en el doctrinario. Esperamos brindar con esta edición una mirada integral al tema planteado y aportar experiencias y mejores prácticas adoptadas en otras partes del mundo.

Abrimos esta edición con un artículo de la profesora argentina Mónica Herrero, quien en su experiencia profesional combina la investigación docente y la agencia literaria. En su artículo *La problemática de la obra huérfana para la industria editorial* nos presenta una mirada práctica y global sobre el asunto en estudio, expone lo que cataloga como un vacío jurídico frente al tema, analiza las soluciones a las que se ha llegado en otras partes del mundo, evalúa las herramientas jurídicas presentes en las legislaciones latinoamericanas aplicables al particular y propone posibles vías de carácter administrativo para brindar una solución ágil que permita el uso de las mencionadas obras.

La presentación de dos de los sistemas de administración de obras huérfanas más importantes del mundo corre por cuenta, primero, de la abogada alemana Anita Huss, directora jurídica y vicesecretaria de la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO), quien resulta una de las personas más calificadas para explicar de manera sencilla no solo la solución acogida por la Comunidad Europea a través de la Directiva 2012/28/EU sino sus principales características, ofreciéndonos a la par un análisis de las fortalezas y debilidades de dicho sistema y del importante rol que podría desempeñar la figura de la gestión colectiva. El análisis del sistema canadiense para la concesión de licencias sobre obras huérfanas nos lo presenta el abogado Mario Bouchard. El haber participado de manera activa en el proceso de configuración legal de este modelo le permite abordar el análisis de la normativa relevante en su país y los recientes desarrollos en materia de digitalización masiva de obras desde una enfoque crítico sumamente interesante, explicar de primera mano el contexto en el que fue estructurado y los elementos de juicio tomados en cuenta por el legislador, así como los distintos procedimientos, instancias y requisitos que se siguen en su país para la consecución de una licencia. Este conocimiento lo lleva a afirmar qué un estatuto de obras huérfanas que no atienda fielmente las causas por la cuales se instituye es en realidad “una solución en busca de un problema”.

Por último, la abogada e investigadora colombiana Sofía Rodríguez nos presenta un meticuloso estudio del problema de las obras huérfanas en el campo de la música y la

fotografía, aclarando de antemano que la dificultad de identificar o localizar a los titulares de derecho se presenta, en igual medida, tanto en el campo de las obras protegidas por el derecho de autor como en el de las prestaciones conexas. En desarrollo de la perspectiva internacional que nos brinda sobre el tema examina la solución europea y en particular su aplicabilidad para esta categoría de obras y prestaciones; presenta un paralelo entre los dos tipos de obras; expone la diferencia en el impacto que tienen las obras huérfanas en cada campo, debido en gran medida a la fuerte presencia de la figura de la gestión colectiva en el ámbito de la música; y finalmente transita por algunas posibles soluciones.

Con estos análisis acuciosos esperamos aportar a la discusión que permita la adopción de modelos en América Latina ajustados a las particularidades socioeconómicas de los países, haciendo de antemano un llamado a determinar las razones que impidan la identificación de titulares, como ejercicio sine qua non para la configuración de una solución legislativa consecuente con la realidad de esta región del continente.

contenido

estudios

11

- 12 La problemática de la obra huérfana para la industria editorial
Mónica Cecilia Herrero
- 50 La Directiva de la Unión Europea sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas: un análisis desde la perspectiva del titular de derechos
Anita Huss-Ekerhult
- 66 El tratamiento de los problemas de las obras huérfanas: el régimen canadiense y los enfoques europeos
Mario Bouchard
- 88 La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía. Una perspectiva internacional
Sofía Rodríguez Moreno

estudios

La problemática de la obra huérfana para la industria editorial

MÓNICA CECILIA HERRERO*

A orillas del Havel vivía, hacia mediados del siglo XVI, un tratante de caballos llamado Michael Kohlhaas, hijo de un maestro de escuela, y una de las personas más honradas a la vez que más terribles de su tiempo. [...] el mundo seguiría bendiciendo hoy su memoria si no se hubiese excedido en una virtud. El sentimiento de justicia lo convirtió en un ladrón y un asesino.

Michael Kohlhaas, de Heinrich von Kleist

INTRODUCCIÓN

Hace poco leí por primera vez la obra *Michael Kohlhaas*, del escritor alemán Heinrich von Kleist (1770–1811). En ella el protagonista de nombre homónimo, tratante de caballos, es un hombre cuya creencia en la justicia lo lleva al extremo de convertirse en alguien terriblemente injusto. El texto de Heinrich resulta una fuente inagotable de ideas para pensar en la administración de justicia y en los mecanismos que la sostienen. En particular, me vinieron a la mente ciertos desafíos que han ido surgiendo en los últimos tiempos y para los que todavía no se ha encontrado una solución apropiada dentro del cuerpo normativo que regula el derecho de autor.

El derecho de autor surge de la necesidad de reconocer la labor de los creadores, a la vez que como forma de estimular el progreso. Por una parte, garantiza a los autores la

* Licenciada en Letras por la Universidad de Buenos Aires; obtuvo el Diploma de Especialista en Educación Comparada y Estudios Culturales por el Institute of Education de la Universidad de Londres y es magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral. Trabaja en el mundo editorial desde 1993, y a partir del 2005 dirige su propia agencia literaria, cuyo trabajo se ha focalizado en la gestión de derechos de autor, la consultoría en temas editoriales específicamente ligados a la contratación de derechos. Es miembro de la Comisión de Profesionales de la Fundación El Libro, socia de la Cámara Argentina del Libro y forma parte del Comité Editorial de la revista *Lenguas Vivas*. Correo electrónico: monica@monicaherrero.com.ar

exclusividad de la explotación de su obra y, por otra, dado que las obras artísticas, literarias y científicas son también patrimonio de la humanidad, les limita en el tiempo ese derecho. Esto significa que, pasado el período de tiempo de protección que establece la ley, tales creaciones pasan a ser patrimonio de la humanidad, que puede usufructuarlas y gozar libremente de ellas sin condicionamientos. Ahora, si bien se reconoce un derecho de autor al creador, a lo largo de la historia los legisladores han entendido que existen determinadas situaciones y circunstancias, muy acotadas, que pueden reclamar una excepción o limitación de ese derecho. Se trata de casos muy contados en los que se puede hacer uso de la obra sin necesidad de solicitar permiso a su titular. Las leyes de los distintos países contemplan estos casos y, en cada situación, les han dado una forma jurídica.

Mientras la obra está en lo que se conoce como dominio privado, si se la quiere utilizar en cualquier forma hay que contar con los permisos correspondientes otorgados por los herederos o derechohabientes. Esta protección les asegura la posibilidad de seguirla usufructuando económicamente y controlar que se la utilice sin que se vulnere su integridad, ni se le deje de atribuir la paternidad al autor. A veces, en la práctica, se observa que estas facultades se extienden también a la posibilidad de controlar qué otras creaciones aparecen asociadas a la obra de cuyos derechos son titulares.

Además del aspecto económico del derecho de autor, los ordenamientos jurídicos de tradición continental, entre los que se cuentan los países de América Latina y del Caribe, tienen en cuenta también lo que se conoce como el aspecto o derecho moral de la obra. Tal como sostienen Villalba y Lipszyc (2006, p. 83), “*derecho moral*” es la expresión

RESUMEN

Este trabajo expone la problemática que representa para la industria editorial el vacío jurídico en torno a la obra huérfana, en su propósito de poner al alcance de todos los lectores interesados una obra de la creación humana y cumplir con uno de sus pilares esenciales: el compromiso con la democracia. En ese sentido, repasa algunas de las discusiones que se han venido dando en la última década acerca de este tema, las soluciones a las que se ha llegado en otras partes del mundo y propone posibles vías para encarar una solución ágil de carácter administrativo que permita una utilización de estas obras sin deponer el respeto por el derecho de autor, teniendo en cuenta una remuneración por si aparece el titular.

1. Las bastardillas pertenecen a los autores.

que designa las facultades de carácter personal del autor; se ha impuesto por la *regla del uso común* y es un “derecho de la personalidad del autor en relación con la existencia, la circulación y la explotación de una obra determinada”. Este derecho no es innato, sino que lo obtienen los creadores por haber sido tales y en relación con la obra creada. Asimismo, a diferencia de los derechos económicos sobre la obra, que son transmisibles a los herederos o derechohabientes, el derecho moral consta de facultades positivas que solo el autor puede ejercer y no son transmisibles, y de facultades negativas que pueden ser ejercidas también por los herederos o derechohabientes.

Ahora bien, muchas veces la extensión temporal de la protección que otorgan las leyes que reglamentan el derecho de autor puede terminar conspirando contra el interés público, ya que el acceso a obras de autores fallecidos se ve obstaculizado por la dificultad para ubicar a quienes controlan esos derechos y cursarles las solicitudes de autorización correspondientes. En este sentido, el caso de la llamada “obra huérfana”, es decir, una obra que todavía está en el dominio privado y a cuyos titulares es difícil ubicar, es de particular interés ya que es un tema que todavía no se ha tratado con la suficiente profundidad.

En el trabajo cotidiano del editor, del agente literario y del gestor de derechos de autor, la situación en que se conoce la identidad del autor de una obra pero no

se puede localizar a los titulares del derecho se ha vuelto cada vez más frecuente. Se genera, entonces, una desventaja para aquellos a quienes les gustaría acceder y disfrutar de esa creación del espíritu humano y, lo que resulta más peligroso aún, se corre el riesgo de que desaparezca del repertorio de obras que se pueden disfrutar y difundir. Por lo tanto, el elenco de las obras intelectuales a las que se podría acceder estaría limitándose cada vez más.

Este trabajo abordará el problema del vacío legal existente para el caso de la obra huérfana y se revisarán las leyes de propiedad intelectual (PI) que protegen el derecho de autor de cuatro países: Argentina, Brasil, Colombia y México. Con el correr de los años esta situación se ha venido convirtiendo en un verdadero escollo para la publicación de obras científicas, literarias y artísticas.

Atendiendo al objetivo de proporcionar un resumen del panorama actual sobre este tema para tratar de encontrarle una solución, este texto se organiza de la siguiente manera. En primer lugar, se ofrece una definición de obra huérfana y se expone la dificultad que plantea para el mundo de la edición. Seguidamente, se presentan las discusiones sobre el tema que han surgido a nivel internacional, principalmente en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y en la Unión y el Consejo Europeos, y algunas propuestas aisladas como las de Estados Unidos, Canadá y, más recientemente, del

Reino Unido. En segundo lugar, se ofrece un análisis sucinto de lo que establece la regulación específica en materia de propiedad intelectual a través de sus leyes para el caso de Argentina, Brasil, Colombia y México². Por último, se propone una línea de trabajo para pensar una solución eficaz a este problema.

DEFINICIÓN DE OBRA HUÉRFANA Y PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA PARA LA INDUSTRIA EDITORIAL

En términos generales, se considera obra huérfana a aquella que está en dominio privado, a cuyos titulares no se puede ubicar. Así la ha definido la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos.

Hay, no obstante, dos concepciones de obra huérfana que circulan. Algunos la consideran como aquella cuya autoría es desconocida (Legars, 2011), es decir, hay un autor, no un seudónimo, pero no se sabe quién es. Por ello, se piensa que la obra es “huérfana de padre”. La otra postura, que es la que se utiliza en este trabajo, considera obras huérfanas a aquellas cuyo autor se conoce, pero no es posible ubicar al titular de derechos.

Esta segunda noción de obra huérfana es la que adopta la International Federation of Reproduction Rights Organizations

(IFFRO), tal como se desprende de la definición que surge de una declaración sobre las obras huérfanas, emitida por su Junta Directiva el 15 de marzo de 2007: “Una obra huérfana es una obra protegida por los derechos de autor en la que un usuario no es capaz de identificar, localizar o ponerse en contacto con el legítimo poseedor de los derechos (‘titular de derechos’), con el fin de obtener autorización para poder utilizarla”. Vale aclarar aquí que ese titular puede ser el propio autor, a quien no se ha podido ubicar, o puede tratarse también de los herederos o derechohabientes del autor ya fallecido.

Por lo general, mientras un autor está vivo, su interés propio es un incentivo que puede facilitar su ubicación. Pero, una vez que ha fallecido, hay herederos o derechohabientes que desconocen cómo proceder en tanto titulares de una obra científica, literaria o artística, ya sea porque ignoran el valor de lo que tienen entre manos o, simplemente, porque se comportan de manera negligente.

En el trabajo cotidiano de quien se encarga de buscar a los titulares de obras científicas, literarias y artísticas con la finalidad de conseguir los permisos para poder publicarlas, la obra huérfana se ha convertido en un verdadero problema no solo en el campo del derecho de autor, sino también en el de la circulación y el acceso

2. Se han elegido estos cuatro países, todos miembros del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), porque tienen industrias editoriales muy vitales y son los que acusan mayor cantidad de ejemplares publicados.

al conocimiento. Es, por tanto, necesario revisar la normativa vigente en materia de derecho de autor para poder encontrar una solución que, si bien siga tutelando los derechos de autor, no atente contra los derechos esenciales amparados por la Constitución de los distintos países, entre ellos, el derecho a la educación, y el acceso a la cultura y la información.

Si el autor está vivo, pero no se lo ubica, ¿qué recursos legales podrían implementarse para continuar publicando su obra? Y, sobre todo, ¿qué hacer con las obras de autores ya fallecidos cuyos herederos o derechohabientes no se localizan y, por lo tanto, resulta imposible contactarlos? ¿Cómo se puede garantizar la circulación de la obra en beneficio del interés público?

Estos son los ejemplos que interesan en este trabajo, sobre todo aquellos en los que el autor de la obra ya ha fallecido y existe una dificultad para determinar quiénes pueden resultar herederos o derechohabientes y ubicarlos.

En síntesis, la obra está en dominio privado, el autor existe o existió, pero no es posible ubicar ni a este ni a sus herederos o derechohabientes. Al estar esa obra protegida por las leyes de propiedad intelectual, cualquier acto de aprovechamiento-explotación deberá contar con la autorización de quien resulte ser titular de sus derechos porque así lo estipulan las leyes específicas de propiedad intelectual.

Además del problema que aquí se plantea —el de la orfandad de una obra como un impedimento para su explotación por parte de aquellos que quieren utilizarla, debido a la imposibilidad de ubicar a sus titulares—, no es menos lícito considerar la orfandad como una situación que afecta al autor, o a sus herederos o derechohabientes, con el consecuente perjuicio de sus intereses. Esto es, si la obra no se publica, no solo deja de estar accesible para todos aquellos a quienes podría interesarles y para el pleno disfrute por parte de la sociedad, sino que tampoco genera beneficios económicos derivados de su explotación.

La complejidad de la obra huérfana tiene un interés dentro del campo económico de los derechos de autor porque interfiere con el normal curso del comercio. Pero también el hecho de que una obra no pueda utilizarse porque no hay a quién pedirle permiso hace que el interés público se vea menoscabado, dado que no se puede acceder a ella a pesar de pertenecer al acervo cultural de la humanidad, lo cual involucra otros derechos, además del de la propiedad privada y los derechos intelectuales.

En el mundo actual, aún con el creciente avance en materia de información y comunicación, las situaciones en las que se ve involucrada una obra huérfana han dejado de ser una anomalía o excepción para convertirse en una realidad bastante frecuente, cuando no la norma. Por lo general, tienen que ver con las dificultades para su reproducción, lo que,

eventualmente, no solo perjudica a quien quiera explotarla sino a la humanidad, por cuanto supone un riesgo de extinción de la obra del elenco de las creaciones artísticas, científicas y técnicas que constituyen su patrimonio.

Es justamente esa aceleración de la dinámica de las comunicaciones actuales, con su lógica implacable, la que determina que si una obra no circula carece de lectores, y si carece de lectores desaparece por completo para las nuevas generaciones. Por lo tanto, deja de pertenecer al universo de obras posibles.

Con la llegada del nuevo milenio esta problemática ha comenzado a tratarse en varios países del mundo. Es así que, en enero de 2006, la U. S. Copyright Office publicó un informe sobre este tipo de obras, y en la sesión del Congreso de los Estados Unidos del 13 de marzo de 2008, donde se discutió este tema, Marybeth Peters –quien dirigió la U. S. Copyright Office durante más de un década y colaboró con los legisladores para dar solución a distintas cuestiones relacionadas con el derecho de autor–, concluyó su declaración de la siguiente manera:

vemos que autores, editores, cineastas, archivos, museos, sociedades históricas locales y otros usuarios descartan muchas obras huérfanas del uso productivo, a pesar de que es posible que nunca se ubique a los titulares de derecho. La solución que la Oficina de Copyright ha propuesto refleja la realidad del problema

y crea un marco para un uso limitado. No genera una excepción ni revoca los derechos del titular. Queremos tener una legislación sobre obras huérfanas y estamos dispuestos a ayudar a conseguir ese objetivo de la forma en que podamos.

Las conclusiones a las que llega Marybeth Peters son muy importantes. Por un lado, porque se trata de una persona con experiencia directa en el tema y en la gestión de una institución como la U. S. Copyright Office. Por otro, porque plantean dos cuestiones que deben ser el motor de cualquier debate tendiente a buscar una solución para el tema de la obra huérfana: una, que la solución a la que se llegue debe reflejar la realidad del problema, esto es, no soslayarla sino tratar de acompañarla y proporcionar un marco para las situaciones que surjan; dos, que de ninguna manera debe concebirse la solución para una obra huérfana como una limitación o excepción al derecho de autor sino, por el contrario, debe respetarlo.

El 24 de mayo de 2011, en Bruselas, la Comisión Europea elaboró una propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo acerca de algunos usos permitidos de las obras huérfanas. Este documento tiene el objetivo de crear un marco legal para asegurar un modo lícito de acceso en línea a obras huérfanas que están en el acervo de las bibliotecas digitales o en los archivos de instituciones que tengan una misión cultural específica.

Dicha propuesta se ha elaborado teniendo en cuenta la necesidad de propiciar la libre circulación del conocimiento y la innovación en el mercado interno, como parte importante de la Estrategia 2020 para Europa. No obstante, todo este trabajo está circunscripto a la Agenda Digital Europea, es decir, a los casos de bibliotecas digitales e instituciones de preservación del acervo cultural. Nada se dice sobre el mundo editorial en tanto emprendimiento cultural pero también comercial.

Tampoco lo hace la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, cuando trata en su artículo 1 el uso de la obra huérfana “por parte de bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros, efectuados con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público”. En síntesis, no se tiene en cuenta la obra huérfana en tanto susceptible de explotación comercial y de generación de recursos y tráfico económico. En ese sentido, para quien trabaja en el mundo editorial y está com-

prometido con las premisas y objetivos de esta actividad, el que la publicación de una obra deje de ser viable porque no se ubica a sus titulares y no exista ningún mecanismo de recaudo legal que permita su utilización mediante el establecimiento de un resguardo para el caso de que estos aparezcan resulta una traba, puesto que tal como lo ha definido la International Publishers Association (IPA) en el apartado de su página oficial dedicado a la libertad de publicación: “La libertad de publicar es un subconjunto fundamental de la libertad de expresión, y es un requisito previo para que la industria editorial sea pujante, lo que en sí mismo es parte esencial de una sociedad democrática y la base de una economía del conocimiento”³.

En síntesis, el objetivo principal de la actividad editorial está comprometido con la democracia y la ampliación de ciudadanía, mediante la puesta al alcance de todos los lectores interesados una obra de la creación humana. Se trata de un pilar esencial de la actividad editorial. La falta de acceso a determinadas obras porque no se ubica a sus titulares, reduce las posibilidades de los lectores interesados en el universo de las creaciones humanas y, sobre todo, restringe su panorama de formación lo cual, eventualmente, también conspira contra

3. Textual en inglés: “The freedom to publish is a subset of the freedom of expression. The right to freedom of opinion and expression is at the basis of democracy and is of fundamental importance to the safeguarding of human dignity. The diversity of sources of knowledge and information is an essential prerequisite for cultural diversity, creativity, prosperity, tolerance, and the development of societies worldwide”. Recuperado de <http://www.internationalpublishers.org/about-freedom-to-publish>

su capacidad crítica y la diversidad de la oferta cultural a la que tienen derecho. Este fenómeno se convierte en un círculo vicioso que atenta decididamente contra una sociedad democrática.

A esto se le suma que, en las últimas décadas, se ha producido una gran concentración de las empresas editoriales, tendencia que se ha acelerado sobre todo a partir de fines del siglo pasado. Este fenómeno ha puesto en riesgo la clásica diversidad de la que esta industria siempre se jactó. Grandes conglomerados, muchas veces provenientes del mundo del entretenimiento y de los medios de comunicación⁴, han adquirido editoriales con sellos que solían ser prestigiosos y muy reconocidos, y han cambiado radicalmente su forma de trabajo.

Frente a este escenario, se puede afirmar con Schiffrin (2000, p. 103) que lo que “está en juego es la naturaleza misma de los libros publicados”. Es así como se han comenzado a publicar más obras en tiradas menores para responder a la creciente rotación que existe en los títulos y al ansia y afán por la novedad, lo que está marcando la vida promedio de un libro en librería en aproximadamente 45 días.

Esta dinámica ha tenido un fuerte impacto en la industria, y no solo está poniendo

en juego la premisa fundamental sobre la que esta se asienta –la ampliación de la ciudadanía y el consiguiente fomento de la democracia mediante una oferta diversa–, sino también la protección del derecho de autor ya que, entendido tal como lo presenta la ley, puede llegar a cumplir un papel desfavorable en la tan ansiada diversidad cultural y, lo que es más preocupante, contribuir a que ciertas obras del intelecto humano no formen más parte del catálogo del patrimonio de la humanidad porque salgan de circulación y no haya forma de que las nuevas generaciones accedan y se nutran de ellas.

Por lo tanto, no solo resulta un desmedro para la creación y su eventual explotación económica, sino que parecería ser que así la humanidad avanza hacia un escenario en el que le estará vedado el acceso a muchas grandes obras.

Frente a este panorama de la industria y a las amenazas que minan los objetivos fundacionales de la actividad editorial, la legislación de derecho de autor debería repensarse no solo como una herramienta para proteger los derechos de los autores y sus herederos o derechohabientes, sino también para favorecer la circulación del conocimiento y el acceso a la cultura.

4. Uno de los casos más ilustrativos es el de la empresa multinacional de medios de comunicación Bertelsmann AG, fundada en Alemania en 1835 que, en la actualidad, cuenta con cuatro divisiones corporativas entre las que se encuentra Random House, que en 1998 adquirió el 60% del paquete accionario de la prestigiosa editorial Sudamericana de Argentina.

Nada más apropiado en este punto que recordar las palabras de Francis Gurry, director de la OMPI, en su conferencia *The Future of Copyright*, ofrecida el 25 de febrero de 2011, al referirse a la tecnología digital y a la Internet: “Creo que necesitamos más simpleza en el sistema de copyright. El sistema de copyright se ha vuelto complicado y complejo (...) Corremos el riesgo de perder nuestro público y el apoyo público si no conseguimos hacer que el sistema sea de fácil comprensión” (Gurry, 2011).

En algún punto estas declaraciones se alinean con lo que Lawrence Lessig, miembro del directorio de Creative Commons, sostiene cuando dice “tanto como se revierte un mercado libre si su propiedad se torna feudal, así también puede una cultura libre desnaturalizarse debido al extremismo en los derechos de propiedad que la definen” (2004, p. 14)⁵.

Estas consideraciones acerca de la industria editorial y de los riesgos que puede generar la dificultad para zanjar cuestiones de derecho intelectual, como sería el caso de la obra huérfana, pueden resultar adversas, tanto desde la perspectiva de

la defensa de los derechos intelectuales como de la circulación de la cultura y el acceso a ella del que todo ciudadano debería gozar.

Por último, si se permite que ciertas obras, por su calidad de huérfanas paulatinamente dejen de difundirse y, por ende, vayan desapareciendo del repertorio de las creaciones del espíritu humano, ello puede interpretarse como contrario a uno de los fundamentos básicos de la PI: incentivar la creación, ya que esas obras dejarán, además, de estar disponibles como parte del acervo del que se nutrirán venideras creaciones. En síntesis, se estaría condicionando la producción futura de obras del intelecto humano.

DISTINTAS DISCUSIONES ACERCA DE LA OBRA HUÉRFANA

A partir de fines del siglo XX la problemática de la obra huérfana comenzó a recibir atención, principalmente de parte de los gobiernos de Estados Unidos, de Canadá, del Parlamento Europeo y del Consejo, y del Reino Unido. Sin embargo, todavía resta mucho por hacer. Por un lado, el

5. Lessig, en el prefacio de la obra citada explica que una “cultura libre” [free culture] lo es en el sentido en que se entienden los términos “libertad de mercado”, “libertad de expresión”, “libertad de comercio”, etc. Se trata de una cultura que apoya y protege a los creadores e innovadores mediante el doble recurso de ofrecerles derechos de propiedad intelectual aunque con ciertas limitaciones y así garantizar que los próximos creadores e innovadores puedan estar tan libres como les sea posible del control que ejerce el pasado sobre ellos, que puedan crear e innovar libremente. Lo opuesto a una “cultura libre” es una “cultura del permiso” en la que creadores e innovadores solo pueden crear con el permiso de los poderosos o de los creadores del pasado.

tratamiento del tema se ha restringido casi en su totalidad a la necesidad de preservar el acervo de archivos e instituciones culturales mediante la digitalización. Por otro lado, todavía casi no ha sido abordado en profundidad en los textos de referencia sobre derechos de autor escritos por especialistas de reconocida trayectoria en América Latina y el Caribe.

A continuación se exponen algunas discusiones y aportes elaborados en Estados Unidos, Canadá y Europa sobre esta materia.

En mayo de 2001, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2001/29/CE en relación con la armonización de derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información. Este documento fue a su vez el producto de un largo proceso que comenzó con la publicación del *Libro verde sobre el derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información* y, si bien reafirmó la necesidad de un elevado nivel de protección de los derechos de autor, incluyó un amplio catálogo de excepciones y limitaciones, y trató el papel de las medidas tecnológicas de protección en el entorno digital. Sin embargo, en aquel momento todavía no había una preocupación expresa por las obras huérfanas.

La cuestión acerca de las obras huérfanas también fue objeto de una declaración conjunta, difundida en junio de 2007 por la International Publishers Association (IPA)

y la International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA), en la que se sostiene que es fundamental que las leyes de derecho de autor se adapten a las circunstancias especiales, en aquellos casos en que sea necesario para lograr el equilibrio correcto entre los titulares y los usuarios. También se alerta acerca del peligro de que las obras huérfanas salgan del ciclo constituido por la creación y el acceso a esa creación (IFLA-IPA, 2007).

En esta declaración se subraya la necesidad de promover el interés público y el respeto por los derechos de autor, y se apoyan los esfuerzos que permitan un marco regulatorio para el uso de obras huérfanas, que deberá ceñirse a los siguientes principios: a) haber llevado a cabo una búsqueda diligente del titular de los derechos, b) atribuir correctamente la autoría a quien corresponda, c) prever una remuneración adecuada en caso de que aparezca el titular, d) limitar posibles acciones contra el editor y e) hacer un uso no exclusivo de la obra.

Unos meses antes, en marzo de 2007, la IFFRO también había hecho una declaración del mismo tenor en la que apoyaba, a su vez, otra declaración anterior hecha por la Unión Internacional de Editores y la Asociación Internacional de Editores Científicos, Técnicos y Médicos. Esta declaración incluyó también la necesidad de que los reguladores propicien y apoyen la creación y mantenimiento de bases de datos sobre obras huérfanas.

En 2010, la OMPI⁶ organizó un Seminario sobre Obra Huérfana. En él se expuso lo costoso que es para un usuario prospectivo el tiempo y el esfuerzo que invierte en la búsqueda infructífera de titulares de este tipo de obras. En términos económicos, la obra huérfana se vuelve prohibitiva porque al tiempo y esfuerzo que hay que invertir en la búsqueda de titulares se le agrega la posibilidad, siempre latente, de un juicio cuyo resultado siempre será incierto, si es que aparece el titular.

En síntesis, ni el titular ni el usuario hacen uso de esa propiedad intelectual, con lo cual se genera una situación de pérdida (*lose-lose*) para ambas partes: el potencial usuario pierde la oportunidad de crear y beneficiarse con una nueva obra y el titular pierde la oportunidad de obtener una remuneración; el público, finalmente, se ve privado de los beneficios de nuevas y futuras obras creadas por ese nuevo usuario.

En el marco de dicho seminario se resaltó la creciente preocupación que este tema está generando en los gobiernos y organizaciones culturales. Sirva como ejemplo de la magnitud del problema el que la British Library estima que el 40% de las obras impresas son huérfanas (Lifshitz-Goldberg, 2010, p. 4)⁷.

El problema de la obra huérfana surge a partir de dos elementos del derecho de autor del siglo XX: uno, la falta de la formalidad registral que estipula la Convención de Berna; dos, la extensión del plazo de protección. Ambos habrían favorecido la dificultad para rastrear a los titulares. Se llegó a la conclusión de que este problema se agravará en el futuro; por lo tanto, urge encontrarle una solución.

Por su parte, Shira Perlmutter, la vicepresidenta ejecutiva de International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), comenzó la exposición *El copyright y los nuevos modelos de negocios*, que presentó en junio de 2011 en el marco del Mercado de Industrias Culturales Argentinas (MICA) de la siguiente manera:

Para empezar quisiera formular la siguiente pregunta: ¿cómo garantizamos que el copyright siga teniendo sentido y siga cumpliendo el rol para el que fue diseñado? En este nuevo modelo digital es clave mejorar los mecanismos de licencias transfronterizas, actualizar derechos de copyright sobre las obras de titulares desconocidos y el principal desafío, efectivizar el cumplimiento del copyright (Perlmutter, 2011, p. 49).

6. Seminario de la OMPI sobre obras huérfanas, dictado por Yael Lifshitz-Goldberg en mayo de 2010.

7. Textual en inglés: "The British Library estimates that 40 per cent of all print works are orphan works".

En noviembre de 2011, en la vigésima tercera sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR) de la OMPI, las delegaciones señalaron once temas comunes de debate entre los cuales se encuentran las “obras huérfanas, las obras objeto de retractación y retiradas, y las obras no disponibles en el comercio”.

Las discusiones expuestas hasta aquí muestran cómo ha venido surgiendo cada vez más la necesidad de abordar el tema, y cómo este ocupa cada vez más lugar entre las cuestiones de derechos de autor que los especialistas identifican como asuntos a los que se les debe ofrecer algún marco regulador. Esta preocupación se alinea con aquellos derechos que aparentemente entran en conflicto o tensión con los de PI y que corresponden al derecho a la educación y al acceso a la cultura y a la información.

También es importante destacar que lo que se comentó hasta aquí se ha cristalizado en actas de seminarios, declaraciones públicas y documentos elaborados para orientar hacia una solución, aunque todavía ninguno de ellos tiene estatus de ley.

En ese propósito, Estados Unidos y Canadá han dado un paso más. En el primero, entre los temas de debate parlamentario se han presentado dos propuestas de enmienda del título 17 de la Copyright Law para limitar las reparaciones que se deban hacer cuando la obra es huérfana: la Orphan Work Act de 2006 y la Orphan Work Act de 2008. Muchos de estos debates se han llevado adelante con la colaboración, asistencia y asesoramiento de los directores de la Oficina de Registro de Derecho de Autor. En términos generales, sin dejar de reconocerle protección a la obra huérfana, se trata de limitar las reparaciones que deba hacer quien la utilice a su titular, en caso de que aparezca, para lo cual se debe demostrar que se llevó a cabo una documentada y razonablemente diligente búsqueda de buena fe para localizar al titular del copyright que se infringe, pero que fue imposible ubicarlo⁸.

Continúa definiendo la Orphan Work Act de 2006 “razonablemente diligente” como que incluye pasos razonables para ubicar al titular para obtener el permiso de uso de la obra⁹. Entre esos pasos se cuenta la consulta a la Oficina de Registros de Derecho de Autor, la consulta con expertos

8. Textualmente: “(...) (i) performed and documented a reasonably diligent search in good faith to locate the owner of the infringed copyright; but (ii) was unable to locate the owner”.

9. Textualmente: “(...) ‘reasonably diligent’ only if it includes steps that are reasonable under the circumstances to locate that owner in order to obtain permission for the use of the work”.

y el uso adecuado de la tecnología para realizar la búsqueda.

Asimismo, estipula que la Oficina de Registros de Derechos de Autor tiene que mantener sus registros completos y actualizados, con información acerca de cómo ubicar a los titulares. En caso de tener que remunerar al titular que aparece, la compensación debe ser razonable y se debe acordar de buena fe.

La Orphan Work Act de 2008 mantiene los lineamientos y propuestas de la anterior a la vez que profundiza en algunas definiciones como la de qué se entiende por compensación razonable: el precio que pagaría de buena gana quien adquiere los derechos y el precio por el que el titular de los derechos los hubiera cedido antes de la infracción.

También ahonda un poco más en cómo considerar los derechos de las obras derivadas de las obras huérfanas utilizadas y vuelve sobre las buenas prácticas, para lo cual le exige a la Oficina de Registros de Derecho de Autor que mantenga y haga disponible al público, incluso a través de Internet, las declaraciones vigentes sobre las buenas prácticas para llevar adelante y documentar una búsqueda.

En Canadá, la Copyright Act que es una ley muy extensa y detallada, contempla en el artículo 77 “Titular que no se puede ubicar” distintas cuestiones relacionadas con el derecho de autor que facilitan la

resolución de innumerables conflictos en el uso de obras protegidas.

Si quien quiere utilizar la obra protegida demuestra que se ha esforzado con razonable diligencia para ubicar al titular y no ha podido localizarlo, existe una institución pública, la Copyright Board of Canada, que puede otorgarle un permiso no exclusivo, sujeto a los términos y condiciones que para el caso especifique. Luego de que la licencia otorgada por la Copyright Board of Canada haya expirado, el titular de la obra protegida a quien no se ha ubicado tiene hasta cinco años para reclamar el pago de sus derechos o, si no se le hiciera efectivo, reclamarlo por vía judicial. La Copyright Act habilita a la Copyright Board para regular la forma en que otorga ese tipo de licencias.

Tanto en Estados Unidos como en Canadá se presupone la existencia y actuación de un organismo competente, encargado de definir en qué consisten las buenas prácticas, qué se considera una búsqueda razonablemente diligente y de ofrecer un registro completo y actualizado de titulares. En Canadá este organismo está legitimado para otorgar un permiso.

Por último, en el Reino Unido hay antecedentes de dos documentos independientes sobre la PI: el Informe Gowers de 2006 (*Gowers Review of Intellectual Property*) y el informe que el primer ministro David Cameron encomendó al profesor Ian Hargreaves en 2011, y que se conoce como

Hargreaves Review of Intellectual Property and Growth o *Digital Opportunity. A review of Intellectual Property and Growth*. Ambos incorporan la necesidad de un tratamiento de la obra huérfana y sugieren enmiendas a la Directiva 2001/29/CE. Es más, el informe del profesor Hargreaves propone una legislación que permita la licencia de las obras huérfanas más allá de la digitalización de los acervos institucionales y en este punto aparece nuevamente el tema de la búsqueda diligente. Finalmente, este año el Reino Unido promulgó la *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*¹⁰, que se ocupa, entre otros, de las licencias colectivas de obras huérfanas y en su artículo 116A determina que la Secretaría de Estado tiene el poder de otorgar licencias de obras que califican como huérfanas, siempre que se haya hecho previamente una búsqueda diligente, con lo cual este Estado parece seguir los pasos de Canadá al darle a la obra huérfana un estatus y un tratamiento que hasta ahora no había recibido.

Frente al panorama expuesto respecto de Europa, Estados Unidos y Canadá, los países de América Latina y el Caribe están muy rezagados en el tratamiento de la obra huérfana y, por lo tanto, no existe ni doctrina ni jurisprudencia que haya abordado el tema en profundidad.

En un recorrido por las leyes que tutelan el derecho de autor en Argentina, Brasil, Colombia y México, es claro que ninguna de ellas menciona la obra huérfana, razón por la que los apartados siguientes están dedicados a las excepciones y limitaciones, como punto de partida para buscar alguna vía que permita una solución del tema en el campo normativo existente.

En la lectura de la Ley 11723 de Propiedad Intelectual de Argentina, promulgada en 1933, pero que ha sufrido numerosas modificaciones, tan solo dos artículos podrían pensarse para el tratamiento de la obra huérfana. Sin embargo, tanto el artículo sexto, que se refiere a los titulares negligentes y permite la publicación de la obra de un autor fallecido cuando han pasado más de diez años sin que circule, como el artículo décimo, que se ocupa del derecho de cita, sirven para abordar este problema.

Brasil, por su parte, tiene la Ley 9610 de 1998, en cuyo Capítulo IV, dedicado a las limitaciones y excepciones al derecho de autor, está el artículo 46 que ofrece simplemente un listado de lo que no constituye una ofensa a los derechos de autor, pero no menciona el caso en que no se ubica a los titulares.

10. Se puede descargar el texto completo de esta ley en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/pdfs/ukpga_20130024_en.pdf

En el caso de Colombia está la Decisión Andina 351 del 17 de diciembre de 1993, Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, cuyo Capítulo VII contempla las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Se destaca que estas se pueden aplicar siempre que sean casos que no atenten “contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”. En particular, cabe señalar la referencia a los “usos honrados”, esto es, aquellos que “no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”, cuando se trata del derecho de cita. Colombia también tiene la Ley 23 de 1982¹¹, en cuya Sección Segunda trata las limitaciones al derecho de reproducción. En el artículo 58 se estipula que cualquier persona individual o jurídica podrá pedir una licencia obligatoria una vez que se hayan cumplido ciertos plazos que también detalla. En el artículo siguiente, se listan las comprobaciones que deberá efectuar la autoridad competente antes de otorgar dicha licencia. No obstante, estas licencias responden a las necesidades de la enseñanza escolar y universitaria según el artículo 66. La noción de licencia obligatoria es muy productiva para pensar la cuestión de la obra huérfana. No obstante, actualmente solo están vigentes las normas referentes a las licencias obligatorias

para reproducir y distribuir una obra, pero no para traducir al español, con lo cual no estarían cubiertas todas las situaciones posibles. Además, estas licencias vuelven a ser restrictas dado que no contemplan la edición comercial para el gran público sino simplemente la escolar y universitaria.

La Ley Federal de Derecho de Autor de México, de 1996, vigente desde 1997, es una disposición más completa ya que cuenta con 238 artículos que, distribuidos en distintos títulos y capítulos, han intentado dar respuesta a cuestiones que comenzaron a surgir con el advenimiento de las tecnologías de la información y la comunicación. En ese sentido, al tratar las limitaciones hace explícita la causa de “utilidad pública”. Si bien su artículo 147 no hace mención a la obra huérfana, estipula entre otras cuestiones lo siguiente: “Cuando no sea posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, y mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción mencionada”. Dentro de “cuando no sea posible obtener el consentimiento” se puede pensar en el caso de la obra huérfana, ya que al no encontrar a los titulares este se torna imposible. De las leyes analizadas, es quizá la de México la que ofrece alguna posibi-

11. Agradezco este aporte acerca de la ley colombiana a la doctora Mónica Torres.

lidad de abordar la obra huérfana a través del recurso al artículo 147. Sin embargo, como ya se dijo, ninguna trata de manera explícita y en profundidad el tema como para permitir resolverlo.

Entre los textos de autores de la región consultados, solo en una obra del doctor Horacio Fernández Delpech (2011, pp. 74 a 75) se encontró un breve apartado que describe el estado del tema en el mundo, pero tampoco propone ninguna solución para la región.

Por último, es importante destacar que sin bien la obra *Estudios de derecho industria y derecho de autor*, del doctor Ricardo Antequera Parilli (2009, pp. 391 a 427) no se ocupa de la problemática de la obra huérfana, contiene elementos que pueden servir para argumentar a favor de un tratamiento y resolución de este asunto, puesto que presta especial atención a la cuestión del interés público.

EL PROBLEMA DEL INTERÉS PÚBLICO¹²

Si bien el interés público no requiere mención expresa en la formulación de las leyes de PI porque surge de la naturaleza misma del derecho regulado, algunas leyes nacionales sobre derecho de autor y derechos

conexos disponen expresamente que sus normas “se reputan de interés público y social” o “de interés social” o “se inspiran en el bienestar social y el interés público”.

Son muchos los ejemplos en los que se reconoce el beneficio social de la producción artística, literaria y científica. De hecho, la actividad artística, literaria y científica tiene siempre algún grado de relación con la sociedad en que surge.

Por un lado, está la esfera de los derechos subjetivos que se caracteriza por el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al reconocimiento del trabajo individual. Por otro, se encuentra la dimensión objetiva, que corresponde a la libertad de expresión y debe interpretarse en conjunto con el reconocimiento del pluralismo y la diversidad cultural como elementos que enriquecen y fundamentan la nacionalidad.

Es así que el legislador debe regular la tensión dialéctica entre la sociedad y el autor, lo cual hace mediante la incorporación de ciertas restricciones para defender la función social de la propiedad, como, por ejemplo, la limitación en el tiempo, una forma de resolver la tensión entre el interés público y el privado. En términos generales, todas las limitaciones y ex-

12. Este apartado debe mucho de su formulación a un capítulo de la obra del doctor Antequera Parilli, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Su lectura ha resultado muy inspiradora para presentar un aspecto de los derechos de PI, en particular del derecho de autor, que puede servir como argumento a favor de una solución legislativa que contemple el caso de la obra huérfana.

cepciones que aparecen en las leyes de PI cumplen con una función social y reflejan la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses del público en materia de acceso a la ciencia y al arte, y los derechos de los autores.

Distintos órganos legislativos y judiciales han reconocido que el acceso a la cultura se relaciona, entre otros, con la obligación de los poderes públicos de promoverla y tutelarla. Respecto al interés público, el Estado no puede permanecer como simple espectador pasivo frente a su protección y a sus violaciones, sino que debe conciliar los intereses de los autores con los de la sociedad. El poder público tiene una función de vigilancia, de equilibrio, de ajustamiento, que permite al final dirimir las dificultades que pueden presentarse en cada caso. La protección del derecho de autor es una responsabilidad del aparato judicial.

En esta discusión, Antequera Parilli sostiene que es importante tener claro que existe una diferencia entre el “interés público” y el “orden público”. Si bien en las leyes de derecho de autor hay disposiciones de orden público como la inalienabilidad e irrenunciabilidad del derecho moral del autor, salvo esos casos, en lo demás parten de la libertad de las partes contratantes. A esto debe sumarse que, en materia de derecho de autor, rige también el principio del derecho común de que todo lo que no está prohibido por ley está permitido, y el de la interpretación restrictiva de los contratos. Por su parte,

los derechos patrimoniales se traducen en el poder del titular para disponer de la obra; por lo tanto, son susceptibles de ser negociados.

En síntesis, las leyes de derecho de autor son normas de interés público, lo cual no descarta que puedan estar sujetas a cuestiones de orden público. Ya sea que se interprete la naturaleza del derecho de autor como una propiedad especial, un derecho de la personalidad o un derecho *sui generis*, la jurisprudencia coincide en que se trata de un derecho privado que está integrado por un conjunto de atributos que se reconocen al autor sobre su obra. Por lo tanto, está regulado por el derecho privado, que es el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares y que afectan su utilidad.

Entonces, el derecho del autor sobre su obra es de carácter privado porque forma parte de un conjunto de normas que atribuyen derechos exclusivos a un particular en sus relaciones con otros particulares, incluso en el caso de que el otro sea un ente público, que en ese caso actuaría como un particular.

Es derecho privado también porque nadie está obligado a usar la obra de un autor ni impelido para adquirir o arrendar el bien cuya propiedad tiene un tercero. Pero en ambos supuestos, si se quiere usufructuar la obra o propiedad ajena, se debe obtener la autorización del titular del respectivo derecho y pagar por ello un precio, salvo que la negociación se haya pactado en

forma gratuita. Es más, en el anexo 1C del *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* (ADPIC), se dispone expresamente en el preámbulo que “los derechos de propiedad intelectual *son derechos privados*”. Nuevamente, debe recordarse que el hecho de que se trate de un derecho privado no implica que en su regulación no haya normas de orden público.

No obstante, nada impide que estos derechos puedan ser expropiados por causa de utilidad pública o interés social. Por lo tanto, Antequera Parilli sostiene muy lúcidamente que los derechos de autor son derechos privados sin menoscabo del interés público.

Si bien el dominio público corresponde privativamente al Estado sobre bienes que se encuentran destinados a un servicio público, las obras científicas, artísticas y literarias pasan al dominio público al extinguirse el plazo de protección legal. Según Antequera (2009, p. 409), en el caso de estas obras del espíritu humano se utiliza a veces la expresión “dominio público” como sinónimo de “obras pertenecientes al patrimonio cultural común por haber fenecido el plazo legal de protección”.

Es más, el derecho de autor satisface el interés público general en mayor medida que la propiedad común al permitir una serie de usos de las obras por terceros, incluso sin previa autorización de los autores.

Este derecho es limitado y se relaciona con el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectual, artística y científica. Por lo tanto, la afectación o no al ejercicio de ese derecho debe ser analizada tomando en cuenta el derecho de propiedad de las creaciones. Debido a esto, los Estados instrumentan dispositivos y mecanismos que aseguran la protección de tales derechos mediante concesiones, licencias, entre otros. Sin embargo, en esos casos, la autoría siempre pertenecerá a la persona física que realiza la creación intelectual.

Como ya se ha expuesto, varias oficinas de derecho de autor sostienen la necesidad de mantener el equilibrio entre el interés individual y el colectivo que demanda el uso de obras, y un libre acceso a estas. En todos estos casos hay que observar cierto protocolo que se conoce como “regla de los tres pasos”, estipulada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna¹³, el artículo 13 de los ADPIC¹⁴, el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

13. “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

14. “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.

(TODA) (WCT por sus siglas en inglés)¹⁵ y el artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), (WPPT por sus siglas en inglés)¹⁶.

El interés público involucrado en la mayoría de esas limitaciones puede verse desde diversas perspectivas, según las características del límite correspondiente y de las razones que han motivado su reconocimiento. Los casos más emblemáticos son el del derecho a la información como derecho fundamental y exigencia imprescindible en cualquier Estado de derecho para la formación de la opinión pública; el derecho a garantizar el libre acceso a la cultura de los ciudadanos permitiendo el beneficio de la difusión de obras; el derecho al acceso a la educación y el estímulo a la actividad artística en los procesos de enseñanza, y las razones humanitarias.

Por último, no debe olvidarse que la limitación temporal se justifica en la función social que cumple la propiedad intelectual,

ya que la creación del espíritu beneficia la cultura de un pueblo, lo que involucra, tanto los derechos del creador como los derechos de la comunidad. Antequera Parilli (2009, p. 393) advierte que “hay que tener en cuenta que un nuevo aporte nunca es un fenómeno individual sino que se nutre de todo lo que lo precedió” y la temporalidad busca resolver la tensión entre el interés privado y el público.

PROPUESTAS PARA DARLE UNA SOLUCIÓN AL TEMA

Entre los varios tratados y concordatos internacionales que reconocen la protección del derecho de propiedad privada y los derechos de propiedad intelectual están, además del artículo 27 de Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

15. “1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

16. “1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas. 2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas”.

Sociales y Culturales (PIDESC) y los artículos 21 y 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR).

En estos tratados internacionales conviven el derecho a la propiedad privada y el acceso a la educación y la cultura. Esta tensión entre el respeto por la propiedad intelectual y el acceso a la educación y la cultura hace necesario encontrar una solución urgente al tema de la obra huérfana, que resuelva de una manera ecuánime para las partes la situación de vacío legal.

De lo contrario, en un escenario en el que cada vez la sensación de muchos es que lo que aparece en Internet está disponible sin necesidad de trámite alguno, la falta de circulación de un bien cultural puede afectar seriamente el derecho de autor que preocupa atender en este caso, ya que esas obras carecen de protección específica y resultan presa fácil para quien quiera explotarlas sin autorización e incluso puede llegar a suceder que algunas personas se autoadjudiquen falsamente su titularidad.

A este respecto, nunca más adecuado lo que dicen Villalba y Lipszyc (2006, p. 8): “Se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede desconocerse”.

Ello no implica ignorar, tal como sostiene Miguel Ángel Emery (2005, p. 93), que “las creaciones intelectuales son, a la vez, tributarias y fuente del arte, de la cultura

y de la información”. De allí que la protección que les da el derecho de autor siempre ha sido limitada en el tiempo.

Como ya se ha señalado, en las creaciones intelectuales conviven un interés público y un interés del autor; ambos pueden dirigirse en el mismo sentido, aunque a veces no están dadas las condiciones que permitan que ello sea así. Si no se tiene en cuenta este aspecto, los argumentos a favor del acceso a la educación y a la cultura, combinados con los de la libre circulación de las producciones intelectuales, se verán fortalecidos por el hecho de que no hay manera de ubicar a titulares de derecho de obras huérfanas ni existen mecanismos que agilicen el trámite o garanticen un ejercicio de esos derechos de modo razonable para las partes.

Como lo reconocen Villalba y Lipszyc (2006), también “la tensión que causa en la sociedad el reconocimiento al autor de derechos exclusivos y absolutos de utilización económica de su obra”, quienes además sostienen que las limitaciones –o excepciones– funcionan como una especie de válvula de seguridad que instituye determinados casos en los que se puede utilizar la obra sin autorización ya sea pagando o no remuneración, según el caso.

Adicionalmente, agregan que las motivaciones para estas limitaciones o excepciones pueden ser de política social y por la necesidad de asegurar el acceso a

las obras y su difusión a fin de satisfacer el interés público general. Según estos autores, esas limitaciones o excepciones no afectan el derecho moral del autor, por lo que siempre se debe mencionar su nombre y la fuente de donde se toma la obra, a la que no se le pueden introducir cambios; insisten en que las limitaciones están sujetas a *numerus clausus* y son de aplicación restrictiva.

Los distintos ordenamientos jurídicos sobre PI otorgan una protección entre cincuenta y cien años a partir del primero de enero del año siguiente a la muerte del autor. Es decir, la obra seguirá en dominio privado durante varias generaciones más, luego de la muerte de su creador.

Ahora bien, muchas veces, cuando un autor fallece no se hace juicio sucesorio, con lo cual comienza una etapa en la que la titularidad de la obra entra en un cono de sombra del que muchas veces no vuelve a salir. Incluso se dan casos en que se ha hecho la sucesión del autor fallecido, pero los herederos o derechohabientes desconocen el alcance de los derechos de los que son titulares o, en el peor de los casos, tienen una conducta negligente respecto de la obra cuyos derechos poseen.

Si se piensa en los tiempos vertiginosos que corren, la demora en ubicar a un titular de derechos equivale a descartar una obra. Los casos que se están discutiendo suelen terminar haciendo que la obra sea huérfana y, por su condición de tal, los

editores prefieran dejarla fuera de sus catálogos por miedo a eventuales reclamos.

Pero, además, hay otra situación que resulta preocupante: a veces, por desconocimiento, muchas de estas obras huérfanas son objeto de apropiación por parte de particulares que hacen de ellas un usufructo indebido, se atribuyen los derechos propios de los titulares y llegan a excluir a terceros de su explotación invocando derechos que no tienen.

En materia específica de propiedad intelectual y, en particular, de derecho de autor, en lo que respecta a la obra huérfana, sigue existiendo un vacío legal.

A pesar de que la obra huérfana no se menciona explícitamente en las leyes, ya vimos cómo todas las leyes de PI incluyen artículos que reglamentan limitaciones al derecho de autor bajo la figura licencias y restricciones no remunerativas.

Villalba y Lipszyc (2006) identifican dos tipos de limitaciones: las que permiten la utilización libre y gratuita, sin necesidad de autorización del autor, y las licencias no voluntarias, sujetas a compensaciones económicas, que pueden ser legales, cuando la remuneración la fija la norma o autoridad, u obligatorias, cuando se debe convenir la remuneración con el autor. Cuando se instituyen licencias no voluntarias, el derecho exclusivo queda limitado a un derecho patrimonial.

¿Pueden servir esos mecanismos para reglamentar las obras huérfanas?

En este punto, es importante reflexionar sobre cómo es la dinámica del mundo del libro en la actualidad y cuáles son las lógicas que se manejan. Hoy, la vida útil promedio de un libro suele oscilar entre los dos y los seis meses, salvo que se convierta en un *best seller* o en un *long seller*.

En el primer caso, se trata de libros de gran venta, lo que les garantiza una exposición en los puntos de venta y un abastecimiento fluido de ejemplares durante un tiempo que puede extenderse hasta dos años. En el segundo caso, califican los libros que se convierten en clásicos dentro de un segmento de lectores y su venta es baja pero continua, ya que nuevas camadas de lectores continúan adquiriéndolos.

Para el resto de los libros, la exposición en vitrina o en mesa de novedades no supera las dos semanas. Si no se ha vendido superado ese corto tiempo, pasa a devoluciones y la librería se queda solo con un par de ejemplares que van a las estanterías. La costumbre de varias editoriales argentinas es que, luego de un año de su publicación, se saldan los libros que no han tenido el desempeño deseado, lo que implica su descatalogación.

Liquidar un libro al año de su publicación es dejar la obra fuera de circulación y condenarla al olvido dentro de la rotación que se produce habitualmente. Está claro

que los tiempos actuales de la industria editorial son mucho más vertiginosos que los contemplados en el artículo de la ley.

Además, a diferencia de lo que sucedía años atrás, ahora los contratos de edición tienen cada vez menor duración. Es más, han pasado de ser contratos originariamente de duración indefinida o por el término de la protección del derecho de autor a durar, en los casos más extremos, tres años. Estos cambios reflejan la realidad de la comercialización.

Debido a la gran cantidad de títulos que se publican, cada vez es más intensa la lucha por el lugar que la obra ocupa en la librería. Entonces, si por un lado la rotación de las novedades editoriales en las librerías físicas es vertiginosa, por el otro esta situación produce canibalismo de unas obras hacia otras, con lo cual los nuevos títulos no gozan de tiempo suficiente para despegar, individualizarse del conjunto de las obras publicadas y exhibidas, y su lapso de vida se reduce drásticamente. A esto se le suma la creciente merma de librerías físicas, y el desafío con que los libreros tradicionales enfrentan al comercio virtual y la, todavía no totalmente consolidada, lectura a través de dispositivos. Todo esto ha puesto en jaque la visibilidad del libro tradicional, con lo cual surge el reclamo por nuevas estrategias de promoción de las obras en general.

Los editores muchas veces suelen incluir una frase que indica que han hecho todos

los esfuerzos posibles para ubicar a los titulares y reconocerles sus derechos de autor.

Pero, ¿qué sucede si el titular aparece y hay descuerdo acerca de la “impresión o retribución pecuniaria”?

En los distintos ordenamientos jurídicos a veces aparecen artículos que contemplan la finalidad de la divulgación de los bienes intelectuales. Se trata nuevamente del interés público que contrapone la exclusividad del derecho de autor y el acceso a los bienes intelectuales. La obra intelectual tiene la doble característica de ser mercancía y bien cultural. Estas dos condiciones que conviven en ella hacen que la tensión entre el derecho de exclusividad del titular y el derecho al acceso a la cultura deban articularse para no perjudicar a ninguna de las dos, pero también para evitar abusos de cualquiera de ellas.

Por lo general, las leyes de propiedad intelectual tienden a proteger los derechos de autor, pero tienen en su espíritu el objetivo de asegurar la circulación de la obra. La circulación y la garantía de plena difusión de la obra evitan que caiga en desuso y que se prive a futuras generaciones del disfrute que como creación y patrimonio de la humanidad está contemplado en la propia ley.

Naturalmente, dejar una obra sin publicar un plazo de tiempo conspira contra su difusión y demuestra desinterés o negli-

gencia por parte de los herederos o derechohabientes. Cabe preguntarse, entonces, si la ley puede obligar a un titular de un derecho a ejercerlo.

Si se hace una analogía con otros bienes se encuentra, por ejemplo, que nadie puede obligar al titular de un derecho de propiedad inmueble a usufructuarlo, otro tanto sucede con los bienes muebles. ¿Cuál sería aquí la diferencia?

Evidentemente, en el caso de los bienes inmuebles y muebles no está en juego el interés público ni estos tienen la característica de la propiedad intelectual de ser patrimonio de la humanidad. Se argumentará que los bienes muebles e inmuebles califican como propiedad privada, pero la propiedad intelectual también es privada por un tiempo limitado antes de tornarse pública.

Ahora, ¿cómo volver pública una obra antes de tiempo si no se ubican los titulares de derecho, cuando en concepto de Villalba y Lipszyc (2006) este no es un derecho automático sino que debe intentarse un acuerdo?

El problema es que, como ya se expuso, la propiedad intelectual es un bien con características muy particulares, entre las que se cuentan la intangibilidad, la ubicuidad, la inagotabilidad y el hecho de poder ser explotado simultáneamente por varios. Ninguna de estas es compartida con los bienes muebles ni los inmuebles,

de allí que resulta difícil establecer analogías con lo que se reglamenta para ese tipo de bienes.

EL RECURSO A OTROS INSTITUTOS DE LA PI

En los ordenamientos jurídicos existen otras leyes que protegen la PI sobre otro tipo de creaciones, por ejemplo, las marcas y patentes, entre otros. Su análisis puede ofrecer elementos para pensar, por analogía, soluciones al caso de la obra huérfana.

En lo que respecta a las marcas, se trata de signos distintivos y su protección no tiene limitación en el tiempo; pasado el período de protección estipulado debe renovarse el registro de la marca, siempre que se pueda probar que esta ha sido utilizada en los últimos cinco años previos a la solicitud de renovación, al menos en alguna de las clases en las que fue inscrita. De aquí surge que la titularidad del derecho de PI sobre la marca está sujeta al uso, lo que podría pensarse para el derecho de autor en cuanto a la obligación del titular de buscar la explotación de ese derecho y de no dejar pasar mucho tiempo sin utilizarlo, porque los titulares negligentes correrían el riesgo de perder ese derecho de exclusividad.

También se puede pedir la caducidad de una marca que por falta de uso permite que un titular pierda su condición de tal si

no ha utilizado la marca en el tiempo que estipula la ley. ¿Podría pensarse en algún mecanismo para el caso de los titulares de derecho de autor negligentes?

Sin llegar al extremo de perder la condición de titular, ¿podría optarse por una suspensión de la titularidad que permita la explotación de la obra huérfana con algún tipo de recaudo por si aparece el titular, e invoca sus derechos? En ese caso la obra no quedaría fuera de circulación sino que, de aparecer el titular, se haría un arreglo de carácter patrimonial por el uso de esos derechos.

En las leyes marcarias suele estar estipulada la prescripción de los plazos para realizar reclamos sobre violaciones del derecho marcario. Los plazos para reclamos podría aplicarse al derecho de autor, como manera de fijar un término a la incertidumbre que pueda generarse cuando se publica una obra huérfana; así, transcurrido cierto tiempo no habría lugar a reclamos por parte de los titulares, lo cual quiere decir que, si llegaran a aparecer, podrían ejercer su derecho de disponer de la obra pero no tendrían la posibilidad de hacer reclamos a terceros que la hayan publicado cuando se la consideraba huérfana. Para pensar esta posibilidad habría que recurrir a los códigos civiles y de procedimientos procesales de cada país.

Por último, las leyes marcarias estipulan que para ser titular de una marca y ejercer el derecho de oposición al registro o al

uso, debe la persona acreditar un “interés legítimo”.

Si bien la figura del “interés legítimo” genera mucha controversia y se la relaciona con un derecho subjetivo, resulta muy atractiva para pensar hasta qué punto podría invocarla, bien un editor que quiere publicar una obra para difundirla y que no caiga en el olvido, bien la propia sociedad como garantía del derecho al acceso a la cultura y a la educación.

Habría que pensar si la sociedad en su conjunto, al verse privada de una obra por negligencia de sus titulares, podría invocar el interés legítimo de acceder a ella y volverla a poner en circulación. De darse esta situación habría que estipular luego cuáles serían los mecanismos y las condiciones para que la obra se pueda utilizar y qué recaudos habría que hacer para el caso de que el titular aparezca.

Si bien el recurso a las leyes marcarias no permite resolver el tratamiento de la obra huérfana, sí aporta conceptos que pueden resultar útiles.

Respecto de las leyes de patentes, en principio el objeto tutelado guarda mayores afinidades con el que protege el derecho

de autor y, por lo tanto, hay algunos aspectos que resultan muy ilustrativos de lo que podría hacerse en caso de no ubicar al titular de una obra.

En primer lugar, se trata de un bien intelectual que es registrable, ya que la patente es un título que puede ser oponible a terceros. No obstante, las leyes suelen tener en cuenta el interés público de modo que la exclusividad que otorga el título de patente no puede ser utilizada para interferir con la construcción de nuevo conocimiento.

Asimismo, las leyes de patentes contemplan la posibilidad de algunas excepciones. Si se analizan los ADPIC, donde se ofrecen los lineamientos básicos que se han respetado al elaborar las normativas específicas de los países miembros, la sección 5 dedicada a patentes estipula en el artículo 30 excepciones al derecho conferido¹⁷. Además, entre los factores que las leyes suelen considerar susceptibles de contarse como excepciones están la falta de respuesta del titular y la falta de uso de la patente, algo que sucede también con la obra huérfana.

En estos casos, los institutos nacionales de propiedad industrial pueden intervenir.

17. El artículo 30 dice: “Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”. Estas estipulaciones son a las patentes lo que la regla de los tres pasos citada en la nota al pie 11 de este trabajo es al derecho de autor.

De aquí surge que, por una parte, los títulos de patentes son registrables, con lo cual siempre es posible ubicar a un titular. Por otra, incluso en esos casos, hay situaciones que hacen necesaria la intervención del organismo correspondiente.

Asimismo, al igual que en el caso de las marcas, la condición de explotación de ese derecho es fundamental para poder conservarlo y evitar reclamos de terceros. Quizá habría que pensar, por analogía, cómo reglamentar este aspecto para el caso de la PI tutelada por el derecho de autor y, de ese modo, encontrar un camino que permita explotar obras cuyos titulares no se ubican.

El tratamiento que se ha dado a las patentes introduce algunos aspectos, como el de las licencias obligatorias, que pueden orientar la búsqueda de una solución en el caso de los derechos de autor de la obra intelectual.

LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

Los países de América Latina y el Caribe son miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, como tal, reconocen el Anexo 1c, más conocido como el Acuerdo sobre los ADPIC, del Convenio por el que se creó dicha organización. En ese anexo se incorporan como principios fundamentales los propios del Convenio de la Unión de París, del Convenio de Berna, del Convenio de Roma sobre Derechos

Conexos y del Tratado de Washington sobre Semiconductores, a los cuales se les suma el principio de nación más favorecida (NMF) propio de la OMC.

El Convenio de Berna es el que reglamenta aspectos relacionados con el derecho de autor, tema de este trabajo. En el apartado 2 de su artículo 9 se tratan las limitaciones y excepciones al derecho de autor y se dice lo siguiente: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

Cada país incluirá en su cuerpo de leyes un capítulo dedicado a las limitaciones de los derechos patrimoniales. Dentro de las legislaciones de tradición continental no hay limitación al derecho moral de los autores, ya que siempre debe asociarse la paternidad de la obra con su autor y no puede vulnerarse la integridad sin consentimiento de este.

El Convenio de Berna admite limitaciones al derecho de autor que sean necesarias para cubrir el interés público en el orden educativo, informativo y cultural. En todos los casos, esas limitaciones o excepciones deberán cumplir con las tres condiciones acumulativas, expresadas en el apartado 2 del citado artículo 9 y que se conocen como la “regla de los tres pasos”: 1) tra-

tarse de casos especiales, 2) no atentar contra la explotación normal de la obra y 3) no causar un perjuicio a los intereses legítimos del autor.

También, siguiendo el modelo del apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, se ha incluido en el artículo 13 del ADPIC la posibilidad de que los Estados miembros contemplen algunas limitaciones y excepciones: “Los miembros circunscribirán las limitaciones y excepciones al derecho exclusivo a determinados casos especiales, que no atenten a la explotación normal de la obra y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de los derechos”. Es casi la misma formulación de la regla de los tres pasos de Berna.

Ahora bien, cabe preguntarse si en el caso de una obra huérfana se estaría perjudicando algún interés legítimo. Por lo general, cuando una obra es considerada huérfana puede suceder que los propios titulares no se hayan ocupado mucho en tratar de difundirla. Si la situación es de negligencia de los titulares, ¿hasta qué punto publicar esa obra sin autorización resulta una infracción severa?

Aquí la tensión entre los derechos exclusivos asignados a los titulares y el derecho de la sociedad de acceder a los bienes culturales debería inclinarse a favor de esta última, por negligencia, descuido o desinterés por parte de los titulares. Esto no quiere decir, en ningún caso, que se deba

desconocer la titularidad o los derechos que de ella se desprenden.

No obstante, tampoco se debería castigar a un editor que, cumpliendo los objetivos de su profesión, publique tal obra. En todo caso, hay que proteger a ambas partes y proporcionarles una solución que tenga en cuenta los derechos de cada una, pero que a la vez permita el libre ejercicio de un oficio y la circulación de una obra patrimonio cultural de la humanidad.

Es aquí en donde el vacío legal atenta contra el ejercicio de los derechos de los titulares, de los editores y quizá contra la aplicación de la regla de los tres pasos.

POSIBLES CAMINOS HACIA UNA SOLUCIÓN

Ya se ha visto cómo la obra huérfana representa uno de los problemas de vacío legal existente en el cuerpo normativo de los países de Latinoamérica y el Caribe, cuya mayor amenaza es la reducción del elenco de obras del espíritu humano disponibles para el usufructo, y la consecuente merma de las posibilidades de construir conocimiento y ampliar el universo intelectual de los destinatarios naturales de esas creaciones.

Se hace necesario, por lo tanto, encontrar una solución a este problema, que sea eficiente y compatibilice los distintos intereses en juego. Esa solución debería,

además de proteger los derechos de autor, responder a las necesidades de las “industrias creativas o del derecho de autor” y a las de los tiempos actuales.

En el caso de las industrias creativas o del derecho de autor debería, por un lado, garantizarles a quienes utilicen las obras intelectuales protegidas que estarán cubiertos de eventuales reclamos y, por otro, determinar un trámite relativamente ágil y rápido, cuyos tiempos no conspiren contra el uso honesto y la explotación de buena fe.

A mi juicio, la solución a este problema no puede pasar por estipular una limitación o excepción al derecho de autor. Coincido con Marybeth Peters, en que la solución no puede crear una excepción ni quitarles los derechos de autor a los titulares.

Esta misma postura ha sido sostenida por la delegación de Italia en la sesión de junio de 2010 del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, cuando expresó que “las obras huérfanas son un tema amplio que no guarda relación con las excepciones. Se trata de obras que, pese a todo, están sujetas al derecho de autor”.

Es fundamental reconocerle a la obra huérfana la protección que se le debe a toda obra intelectual, lo cual no quita la necesidad de estipular un mecanismo para garantizar su explotación.

En principio, ¿cómo determinar que una obra es huérfana? El avance de las tecnologías de la información y la comunicación proporcionan una herramienta valiosísima para realizar búsquedas de toda índole y ofrecen muchos recursos a los que se accede a bajo costo y sin necesidad de desplazarse espacialmente. Simplemente con tener acceso a Internet se puede recurrir a los buscadores existentes, ingresar a foros de interés sobre el rubro que se busca o utilizar las redes sociales tipo Facebook y Twitter. Todos estos caminos pueden proporcionar, de manera ágil, la respuesta a una búsqueda de los titulares de la obra huérfana o, en su defecto, reunir mucha información con la cual continuar la averiguación.

También se puede realizar otro tipo de gestión a partir de las obras que están disponibles en el mercado, que por lo general tienen un editor que ha acordado su publicación con el titular correspondiente. Si se realiza una búsqueda razonablemente diligente se puede comenzar por ubicar un ejemplar de la obra ya publicada y averiguar si ese editor todavía está en actividad. Si lo está, se lo puede contactar y consultarle con quién contrató la publicación de la obra.

De no estar en actividad el editor, o estándolo no saber nada sobre el titular o proporcionar datos que ya no sirvan, se puede recurrir al organismo de cada país encargado de los derechos de autor y pedir una búsqueda en los registros por autor

o por obra, para tener información sobre cuándo, quién y qué se ha publicado. Estos datos permitirían, nuevamente, contactar al editor que figura en el informe y consultarlo acerca de quién es el titular de los derechos. Si bien los registros de los distintos organismos de derechos de autor pueden variar en la información proporcionan un punto de partida válido.

Sería deseable que los datos suministrados por estos organismos incluyeran una forma de contacto vía teléfono o correo electrónico con el editor y el titular de derechos.

En cuanto a autores fallecidos se podría averiguar si se inició una sucesión, aunque aquí se presentan varios problemas, además del tema del costo y del tiempo que debe invertirse.

En primer lugar, ¿cómo determina cada ordenamiento el lugar donde se abre la sucesión?

Luego, puede suceder que dada la extensión temporal de la protección, no solo haya fallecido el autor sino también alguno de los herederos o derechohabientes, con lo cual la búsqueda debe continuar.

Si son varios los herederos o derechohabientes y se presenta una situación así para más de uno, el trámite se complica y no hay un tiempo razonable de resolución de la búsqueda.

La pregunta entonces es si ir por la vía de la sucesión y hacer una búsqueda exhaustiva resulta compatible con el nivel de inversión y riesgo que la industria tiene y con los tiempos actuales.

Además, subsiste la duda de si, por tratarse de particulares que necesitan información sobre un tercero, deberán hacerlo a través de un profesional del derecho, lo que agrega complejidad al asunto cuando, por lo general, en todo lo relativo a búsquedas en los organismos de derecho de autor y otras formalidades cualquier particular puede hacer los trámites siempre que se paguen la tasas correspondientes. Por último, ¿hasta qué punto este esfuerzo resulta viable en términos de costo beneficio?

Otro problema es que si no hay bienes inmuebles o muebles registrables muchas veces no se hace la sucesión porque resulta cara y, lamentablemente, en materia de derecho de autor hay dos situaciones en contra: no necesitar formalidades para su reconocimiento y no tener en cuenta el valor de la propiedad intelectual en juego. Existen muchos casos de autores cuya sucesión nunca se hizo, por lo tanto, no hay un documento de peso legal que diga quiénes son los herederos o derechohabientes.

La falta de formalidad para reconocer la protección de las obras se ha vuelto en contra de estas y de su explotación, ya que no hay instancia registral que permita a un usuario de buena fe ubicar a un titular.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que quien haga esa búsqueda ha recorrido un camino que puede demostrar y presentar como prueba en caso de conflicto. Esto no lo exonerará de sus responsabilidades pero le permitirá demostrar haber llevado a cabo, de buena fe, una búsqueda diligente.

Ahora bien, si esta gestión no arroja resultados, ¿qué se puede hacer para que cese el estado de incertidumbre sobre la cuestión?

Quizá el modelo que haya que buscar sea de carácter administrativo, evitando judicializar el tema¹⁸ y recurriendo a algún organismo de derecho de autor que ya esté a cargo de muchos trámites relacionados con el registro de obras inéditas y publicadas.

Se podría, por ejemplo, estudiar la posibilidad de implementar una ventanilla que se ocupe de las obras huérfanas, con un protocolo que los funcionarios deban seguir para saber en qué casos es viable autorizar su publicación y poder expedir un registro en que conste la autorización otorgada y el carácter de huérfana que se le ha dado a la obra, tal como funciona el Copyright Board of Canada.

También debería preverse un depósito por los derechos, que en todos los casos

se guardaría por el tiempo que se estipule, y de no presentarse ningún titular en ese lapso destinar ese dinero al fomento de las artes.

Faltaría, por último, establecer un protocolo para los funcionarios encargados de determinar cuándo, a partir de la documentación que presente el solicitante, se puede considerar huérfana una obra determinada. En este caso, me parece que lo más adecuado es tomar las sugerencias que las distintas organizaciones internacionales han propuesto para regular la obra huérfana.

En primer lugar, hacer una búsqueda diligente del titular de los derechos, que deberá incluir, además de las citadas consultas en Internet, la solicitud al organismo de derecho de autor de la información que permita verificar si la obra ha sido publicada, cuándo y quién lo hizo. En caso de ser infructífero ese camino, por lo menos se contará con una primera aproximación y con un intercambio por escrito con algún editor.

En segundo lugar, pensar en una remuneración adecuada para ofrecer, según el tipo de explotación que se desea realizar. Siguiendo la propuesta de la Copyright Act de 2008 en Estados Unidos, tal retribución contemplaría: el precio que pagaría de bue-

18. Cabe aclarar que en el ámbito de América Latina y el Caribe pocos casos llegan a juicio en el mundo del libro.

na gana quien adquiere los derechos y el precio por el que el titular de los derechos los hubiera cedido.

En tercer lugar, presentar copia de la documentación de la búsqueda y acompañarla de la propuesta de remuneración.

Quien presente la solicitud deberá comprometerse a atribuir correctamente la autoría de la obra a quien corresponda y consignarla según los usos y costumbres del mundo del libro.

A su vez, la propuesta de publicación deberá estar claramente delimitada en cuanto a los derechos que se desean explotar. A cambio, si los funcionarios que analizan el legajo presentado determinan que la obra puede considerarse huérfana, se le dará una autorización de reproducción no exclusiva solo para los derechos que declare querer explotar y por un determinado número de ejemplares y/o por un tiempo limitado.

Tener ese permiso limitará las posibles acciones de los titulares contra el editor al pago de una retribución que ya habrá sido depositada en custodia y que se habrá calculado según los estándares de la industria.

La ventaja de un protocolo de esta naturaleza radica en que, por un lado, estaría en consonancia con las necesidades y tiempos de la industria editorial y no entorpecería el comercio. Es decir, la balanza costo-

beneficio estaría equilibrada. Por otro, al delimitar el alcance de los derechos explotados, la tirada y el tiempo, y dar un permiso no exclusivo, se protege al titular del derecho de autor porque, en caso de que aparezca, recibirá la remuneración media acorde con el estándar de la industria y la cesión estará lo suficientemente delimitada para que no pase mucho tiempo sin que pueda renegociar la cesión de esos derechos como más le guste.

Además, por tratarse de un permiso no exclusivo, el titular siempre tendrá la posibilidad de explotar en paralelo esos derechos, si surge la oportunidad mientras esté vigente la autorización otorgada por el organismo oficial. Los titulares también podrán pedir que la obra deje de ser considerada huérfana y, entonces, proporcionar los datos de contacto para futuros interesados en explotarla. En esos casos, el organismo oficial deberá llevar un registro lo más actualizado posible con los datos de los titulares que aparezcan con el fin de agilizar futuras búsquedas.

A propósito del registro, también se podría pensar en reglamentar en el derecho sucesorio la exigencia de informar a las direcciones de derecho de autor los resultados de las sucesiones de los autores para saber quiénes son los nuevos titulares de una obra, mantener los datos actualizados y agilizar las búsquedas.

Si bien el modelo propuesto para el caso de la obra huérfana no es el único posible,

me parece mejor respecto de otra solución que sería instituir por ley una sociedad de gestión colectiva con carácter exclusivo.

Las entidades de gestión colectiva, en palabras de Antequera Parilli (2009, pp. 525-527), son

asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión del derecho de autor o derechos conexos de carácter patrimonial por cuenta y en interés de varios titulares de esos derechos, siempre que haya obtenido la autorización de la autoridad administrativa competente para ejercer esas funciones. Están sometidas a la autorización y fiscalización del estado, y muchos las califican como ‘de interés público’, pero siguen siendo personas jurídicas de derecho privado.

En estos casos la autoría siempre pertenecerá a la persona física que realiza la creación intelectual. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que tales sociedades funcionan bien si son monopólicas, representan los repertorios nacionales y mantienen convenios con sociedades hermanas en el extranjero, las cuales a la vez que les administran su repertorio en sus respectivos países las que tienen como sus representantes en el exterior.

Si no se establecen por ley y se les otorga un carácter monopólico, no solo se producirá la fragmentación del repertorio, lo cual hará más complicada la búsqueda de los titulares y la garantía de responderles ante eventuales reclamos, sino que cada sociedad que se cree servirá exclusivamente a sus asociados y solamente podrá otorgar permisos de publicación sobre las obras cuyos derechos administra.

A esto se suma otro problema que observó Eduardo Bautista García, expresidente del Consejo de Dirección de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), en el caso de la música: las entidades de gestión colectiva están compitiendo entre ellas por repertorios y por territorios (excepto el suyo propio), con lo cual “el reparto actual de derechos es una pesadilla costosa y sin lógica económica; la diversidad cultural, en términos musicales, está sufriendo uno de los peores momentos, por el impacto del repertorio de las grandes cadenas angloamericanas, y la piratería continúa creciendo extraordinariamente porque no hay criterios compartidos ni reglas de juego claras”¹⁹.

Lo anterior evidencia que, en la actualidad, también existe un vacío legal en cuanto a las entidades a las que los titulares pueden

19. Tomado de la conferencia magistral que ofreció en el Seminario Internacional sobre Derecho de Autor en Industrias Culturales, en el marco del Mercado de Industrias Culturales (MICA), en Buenos Aires, Argentina, el 3 y 4 de junio de 2011. Recuperado de <http://www.cultura.gob.ar/noticias/comenzo-el-seminario-sobre-derechos-de-autor-en-industrias-culturales/>

asociarse independientemente del país al que pertenezcan, ya que pueden seleccionar el alcance territorial del mandato de los derechos y cuáles se reservan, transferir la gestión multiterritorial y encargarla a otra entidad de gestión colectiva.

Por último, no se puede dejar de mencionar en este apartado la herramienta Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana (ARROW)²⁰, cuya finalidad es identificar titulares y la situación de derecho de las obras. En la página principal de su sitio web se informa: “ARROW es una herramienta para facilitar la información acerca de la gestión de derechos en cualquier proyecto de digitalización que involucre obras basadas en texto e imagen. La infraestructura de ARROW permite agilizar el proceso de identificación de autores, editores y otros titulares de derecho de una obra, sea huérfana o esté dentro o fuera del dominio privado o si está todavía comercialmente disponible”.²¹

Esta herramienta parecería estar más orientada a proyectos de digitalización que a proyectos editoriales. Además, no se trata de una sociedad de gestión colectiva.

En síntesis, dadas las dificultades que están apareciendo con las sociedades de gestión colectiva que no son monopólicas por ley, de adoptar esta vía para la obra huérfana se necesitaría crear por ley una entidad que administre esos derechos, aunque teniendo en cuenta lo costoso en tiempo y esfuerzos que resulta la búsqueda de los titulares, y la duda acerca de qué tan funcional resultaría si el repertorio puede ir cambiando a medida que aparezcan los titulares, estoy convencida de que una acción de carácter administrativo puede resultar menos costosa y absolutamente eficiente.

REFLEXIÓN FINAL

Hasta aquí se ha presentado el panorama de la obra huérfana con las dificultades y desafíos que conlleva. Como actores del mundo editorial ligado al derecho de autor, debemos aunar esfuerzos con los legisladores para lograr, siempre desde el respeto de los derechos de autor, que obras cuyos titulares no se localicen no dejen de circular ni de tener las mismas oportunidades que aquellas cuyos titulares con ubicables.

20. En el sitio oficial de ARROW se puede descargar la presentación estándar del sistema que comenzó a operar en febrero-marzo de 2011. Recuperada de http://www.arrow-net.eu/sites/default/files/ARROWproject_results2.ppt#311,3,Objectives

21. Textual en inglés: “ARROW is a tool to facilitate rights information management in any digitisation project involving text and image based works. ARROW infrastructure allows streamlining the process of identification of authors, publishers and other rightholders of a work, including whether it is orphan, in or out of copyright or if it is still commercially available”. Recuperada de <http://www.arrow-net.eu/>

Es indiscutible que una sociedad justa debe atender las necesidades y los derechos de todos sus integrantes, y que la ley resulta una forma de acordar voluntades y tender hacia la armonía y concordia entre sus distintos miembros. Además de servir para organizar esa convivencia, las leyes permiten a los jueces resolver conflictos dentro de un marco establecido que garantice equidad para todas las partes involucradas.

Desde esa perspectiva, identificar posibles escenarios de conflicto y tratar de pensar soluciones que guarden relación con el cuerpo normativo ya establecido resulta una buena manera de monitorear un orden que ha venido funcionando bien hasta el momento sin desestabilizar todo el sistema del derecho de autor.

El caso de la obra huérfana se hace hoy más visible debido a dos factores que las leyes de derecho de autor han consagrado y cuyas consecuencias no pudieron prever: la ausencia de formalidad para garantizar la protección y la extensión de la protección en el tiempo²². Si bien esas decisiones estuvieron en consonancia con las necesidades de lo que, en su momento, se quiso tutelar, es indiscutible que hoy

comienza a haber problemas que reclaman una solución.

En este trabajo se ha defendido la postura de que la solución no debe entenderse como una limitación, sino que debe ser parte de lo que las leyes contemplan. A la vez, se han propuesto mecanismos que garanticen de una manera ágil la explotación de las obras intelectuales en pro del interés público y permitan a los titulares que aparezcan revertir situaciones que no les resulten adecuadas.

Pero, sobre todo, la intención de este trabajo ha sido ayudar a pensar en una situación que se viene dando dentro del sistema de protección de derecho de autor y que reclama una atención especial en un marco de respeto por los derechos tutelados y de defensa del interés público en el caso de esas obras intelectuales.

Este y otros desafíos que han venido surgiendo reclaman soluciones sensatas que debemos comenzar a pensar. Esto significa no solo hablar a favor de los derechos de acceso a la cultura y a la educación e información, así como al goce y disfrute de estas creaciones, sino también darle a las obras huérfanas la misma oportunidad

22. Resulta importante en este punto mencionar las investigaciones de Paul J. Heald, de la Escuela de Leyes de la Universidad de Illinois, cuyos resultados refutan los reclamos de titulares a favor de extender los plazos de protección para asegurarse una explotación adecuada de una obra. Según sus investigaciones, las obras en dominio público, que cuando estaban en dominio privado circulaban con reconocimiento, gozan de una explotación apropiada que incluso, a veces, es mejor que la de las obras protegidas. Si se piensa en la obra huérfana, una investigación en esta línea podría, ante la falta de respuesta legislativa, abogar por retirarle la protección, lo cual no condice con el espíritu de este trabajo.

que al resto de las obras, de poder estar disponibles para que nuevas generaciones de lectores las conozcan, aprecien su valor y no desaparezcan.

En este punto vuelvo a recordar el personaje de *Micheal Kohlhaas* y espero que no nos suceda como a él, que por excedernos en la virtud, nuestro sentimiento de justicia nos convierta en obstaculizadores de la circulación de obras producto de la creación humana. Cuanto menos tenemos, menos conocemos, menos nos desarrollamos y, lamentablemente, menos voz adquirimos. Es una deuda que debemos tratar de saldar.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo sobre el uso de obras huérfanas de los representantes de titulares de derechos y de instituciones culturales firmado el 4 de junio de 2008 en el Marco de la Agenda Digital para Europa: Iniciativa de Bibliotecas Digitales.

Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). (1994). Recuperado de http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

ANTEQUERA PARILLI, R. (2009). *Estudios de derecho industria y derecho de autor*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Temis, pp. 398 y ss.

Argentina. Ley 11.723 de propiedad intelectual de 1933 y modificaciones.

Argentina. Secretaría de Cultura de la Nación. (2011). *El derecho de autor en industrias culturales. Alcances de la legislación, protección y nuevas tecnologías*. Actas del Seminario Internacional realizado durante el primer Mercado de Industrias Culturales (MICA), realizado en Buenos Aires, Argentina, en 2011. Recuperado el 23 de marzo de 2012, de <http://issuu.com/secretariadecultura/docs/derecho-de-autor-mica2b> Argentina.ar. (10 de agosto de 2011).

Cifras récord en la actividad editorial. Recuperado de <http://www.argentina.ar/es/economia-y-negocios/C8900-cifras-record-en-la-industria-editorial.php>

Brasil. Ley 9610 de 1998.

Center for the Study of the Public Domain. (2005). *Orphan Works. Analysis and Proposal*. Submission to the Copyright Office Duke Law School. Recuperado de <http://www.law.duke.edu/cspd>

Centro de Estudios para la Producción (CEP), Secretaría de Industria, Comercio y de la Pequeña y Mediana Empresa, Ministerio de Economía y Producción. La industria del libro en Argentina. Recuperado de www.industria.gov.ar/cep.

Centro Español de Derechos Reprográficos. (Mayo-junio 2007). ¿Qué es obra huérfana? *Boletín informativo CEDRO*, 60, 22-23.

Comunidad Andina de Naciones. (17 de diciembre de 1993). Decisión 351 de

1993. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
- DAVIES, Gillian. (2002). *Copyright and the Public Interest*. 2ª ed. Londres: Thomson/Sweet & Maxwell.
- DRAHOS, P. y MAYNE, R. (2002). *Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and development*. New York: Palgrave Macmillan.
- EMERY, M. Á. (2005). *Propiedad intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea.
- EPSTEIN, J. (2001). *Book Business. Publishing: Past, Present and Future*. New York: W. W. Norton.
- European Commission. (2001). *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Permitted Uses of Orphan Works*. Brussels, 24.5.2011, Com (2011) 289 Final 2011/0136 (Cod).
- FERNÁNDEZ DELPECH, H. (2011). *Manual de los derechos de autor*. Buenos Aires: Heliasta.
- GOLDSTEIN, M. (2005). *Derecho de autor y sociedad de la información*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- GOLDSTEIN, M. y Torchio, L. 2005. *Nuevos temas jurídicos. Para el editor y el autor*. Buenos Aires: La Isla de la Luna.
- GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (2001). La mundialización de la propiedad industrial y del derecho de autor. En J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *Tecnología y derecho. Estudios jurídicos del Prof. Dr. H.C. José Antonio Segadé recopilados en ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (pp. 31-45. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- HARGREAVES, I. (2011). *Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth*. Recuperado de <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>
- GURRY, F. (25 febrero de 2011). The Future of Copyright. Conferencia ofrecida en la Queensland University of Technology (Sidney), en el marco de la Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law . Recuperado de http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html
- HEALD, P. (enero 2007). *Property Rights and the Efficient Exploitation of Copyrighted Works: An Empirical Analysis of Public Domain and Copyrighted Fictional Best Sellers*. Ponencia ofrecida en la 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper.
- HEALD, P., BUCCAFUSCO, C. (2013). *Do bad Things Happen When Works Enter the Public Domain? Empirical Test of Copyrights Term Extension*. Recuperado de http://www.law.northwestern.edu/faculty/programs/searlecenter/workingpapers/documents/HealdBuccafusco_Audiobooks_Final.pdf
- International Federation of Library Associations and Institutions, International Publishers' Association. (Junio 2007). *Joint Statement on Orphan Works*. Recuperado de <http://www.ifla.org/publications/iflaipa-joint-statement-on-orphan-works>

- KLEIST, H. von (2013). *La marquesa de O. Michael Kohlhaas*, Buenos Aires, El Hilo de Aridana, traducción de Ariel Magnus.
- Laboratorio de Industrias Culturales. (s. f.). *La medición de la economía cultural en Argentina. Informe diagnóstico*, en <http://lic.cultura.gov.ar/investigaciones/medicion/mediciondelaeconomia.pdf>.
- Legars. Propiedad intelectual e industrial. (Marzo 3 de 2011). *Obras huérfanas y abandonware*. Recuperado de <http://www.legars.eu/?p=184>
- LESSIG, L. (2004). *Free Culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Block Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Press. Versión en pdf licenciada bajo Creative Commons.
- LIFSHITZ-GOLDBERG, Y. (Mayo 2010). Conferencia resumida del Seminario OMPI sobre obras huérfanas. Hebrew University, Jerusalén. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf
- México. Ley Federal de Derecho de Autor de México de 1996.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2011). *Objetivos y principios relativos a las excepciones y limitaciones para las bibliotecas y los archivos*. Documento presentado por los Estados Unidos de América en el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Vigésima tercera sesión, Ginebra, 21 a 25, 28 y 29 de noviembre, y 2 de diciembre de 2011.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (22 de mayo de 2001). *Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*. (DOCE L167/10, 22-6-2001). Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=1453>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (25 de octubre de 2012). *Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*. (Diario Oficial de la Unión Europea, 27.10.2012) recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:Es:PDF>
- PERLMUTTER, S. (Junio 2011). *El copyright y los nuevos modelos de negocio*. Texto presentado en el seminario internacional Derecho de autor en industrias culturales. Alcances de la legislación, protección y nuevas tecnologías, organizado dentro del marco del Mercado de Industrias Culturales Argentina (MICA). Buenos Aires: Secretaría de Cultura.
- PETERS, Marybeth. (13 de marzo del 2008). The 'Orphan Works' Problem and Proposed Legislation. Declaración ante el Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Proper-

- ty, Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, 110th Congress, 2nd Session. Recuperado de <http://www.copyright.gov/docs/regstat031308.html>
- POGORILES, E. (11 de septiembre de 2007). Los libros, ante una crisis por exceso de títulos. *Clarín*. Cultura: Debate entre libreros y editores. Recuperado de <http://edant.clarin.com/dia-rio/2007/09/11/sociedad/s-03701.htm>
- Reino Unido. (2003). *Enterprise and Regulatory Reform Act*.
- SCHIFFRIN, A. (2000). *La edición sin editores*. Eduard Gonzalo (Trad.). Barcelona: Destino.
- SIRINELLI, P. (Diciembre 1999). *Excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos*. Estudio presentado en el Taller sobre cuestiones de aplicación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Ginebra: OMPI.
- SMIERS, J., VAN SCHIJNDEL, M. (2008). *Imagine... no copyright*. Roc Filella Escolá (Trad.). Barcelona: Gedisa.
- STORY, A. (2002). Don't Ignore Copyright, the 'Sleeping Giant' on the TRIPS and International Educational Agenda. En P. DRAHOS y R. MAYNE. *Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and development* (pp. 125-143). New York: Palgrave Macmillan.
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) (WCT por sus siglas en inglés)
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), (WPPT por sus siglas en inglés)
- U.S. Copyright Office. (2006). *Report on Orphan Works. A Report of the Register of Copyrights*. Washington DC: Autor.
- United Kingdom. (2006). *Gowers Review of Intellectual Property*. Great Britain: Crown.
- VILLALBA, C. A. (Abril 2004). *Limitaciones al derechos de autor que benefician al autor y al editor*. Ponencia presentada en la II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial. Buenos Aires.
- VILLALBA, C. A., LIPSZYC, D. (2006). *El derecho de autor en la Argentina. Ley 11.723 y normas complementarias y reglamentarias, concordadas con los tratados internacionales, comentadas y anotadas con la jurisprudencia*. 2ª reimpresión. Buenos Aires: La Ley.

La Directiva de la Unión Europea sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas: un análisis desde la perspectiva del titular de derechos

ANITA HUSS-EKERHULT*

La Directiva 2012/28/EU sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas¹ (en adelante, en este texto, la Directiva) fue aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 25 de octubre de 2012.

¿Cuáles son las principales provisiones de esta disposición normativa de derecho comunitario, vinculante para los Estados de la Unión Europea, que podrían también tener un impacto en países de América Latina, y cuáles son sus principales ventajas y desventajas?

ANTECEDENTES, PROCESO DE REDACCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA DIRECTIVA

Antecedentes y objetivo

Como lo explica un comunicado oficial de prensa de la Comisión Europea, la Directiva tiene como objetivo hacer “más seguro y fácil para las instituciones públicas

* Directora jurídica y vicesecretaria general de la Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO) desde 2008. IFRRO es una organización internacional independiente y sin fines de lucro, establecida en Bruselas, que representa los intereses de las sociedades de gestión colectiva y autores y editores en el campo de obras de texto e imagen. Abogada admitida en Alemania, tiene tres maestrías en leyes (LL. M.): en Legislación Internacional (Uppsala University); en Legislación Europea (Stockholm University); en Legislación de Derechos de Autor de Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Europea (King's College, Londres). Correo electrónico: anita.huss@ifrro.org

1. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:EN:PDF> Una directiva es un tipo de legislación comunitaria que obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a adaptar su contenido a la legislación nacional en un tiempo determinado—en este caso, dos años contados a partir de su publicación en el Diario Oficial, lapso que vence el 29 de octubre de 2014— y a revisarla cada cierto tiempo (cada año en el caso de la Directiva en estudio). Las directivas son impuestas por la Comisión Europea y si se considera que su implementación es incorrecta, los Estados miembros pueden ser llevados ante el Tribunal Europeo de Justicia y estar sujetos a multas.

como museos y bibliotecas la búsqueda y el uso de obras huérfanas”.²

En el estudio de impacto³ que acompaña la propuesta de la Directiva⁴, la Comisión justificó la urgencia de una iniciativa legal haciendo referencia, entre otras cosas, a:

- 1) La situación creada por el Acuerdo Google⁵, en particular su formulación original, bajo la cual las obras huérfanas iban a ser incluidas automáticamente en el Acuerdo⁶;
- 2) La necesidad de obtener autorización previa para el uso de las obras huérfanas en Europa; y
- 3) El peligro de un vacío en el sentido de si las obras huérfanas podían o no ser parte de los proyectos de bibliotecas digitales europeas⁷.

El objetivo principal de la Directiva es crear un marco legal para garantizar el legítimo acceso en línea y transfronterizo a las obras huérfanas contenidas en las bibliotecas digitales en línea o archivos gestionados por una variedad de instituciones, cuando tales obras huérfanas se utilizan en función del interés público y sin fines de

RESUMEN

Este artículo pretende explicar y analizar las principales normas de la Directiva de la Unión Europea 2012/28/EU sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, del 25 de octubre de 2012, una pieza podría también tener un impacto en países de América Latina.

En ella, los legisladores han acordado un texto que da certeza legal para el acceso a obras huérfanas que se encuentran en establecimientos y bibliotecas accesibles al público.

Sin embargo, algunas inquietudes legales y prácticas quedan aún sin responder. Esto podría haberse evitado mediante una aclaración en el sentido de que las obras huérfanas deberían ser administradas a través de la gestión colectiva, garantizando el respeto a los derechos e intereses de autores y editores, incluyendo el derecho a ser remunerados.

-
2. <http://www.europarl.europa.eu/news/sv/pressroom/content/20120606IPR46383/html/Orphan-works-informal-deal-done-between-MEPs-and-Council>
 3. http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/docs/ia_2011/sec_2011_0615_en.pdf
 4. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/orphan-works/proposal_en.pdf
 5. <http://www.authorsguild.org/advocacy/authors-guild-v-google-settlement-resources-page/>
 6. Ver los diferentes aspectos del acuerdo alcanzado por Google y los editores franceses, en el artículo publicado por el *New York Times*, disponible en: http://www.nytimes.com/2012/06/12/technology/french-publisher-group-strikes-deal-with-google-over-e-books.html?_r=0
 7. http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm

lucro. Este objetivo se logrará a través de un sistema de reconocimiento mutuo de la condición de orfandad de una obra.

A fin de establecer tal condición, bibliotecas accesibles al público, así como archivos, centros de enseñanza, museos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, deberán realizar una búsqueda diligente—en particular, a través de la consulta de bases de datos relevantes— en el Estado miembro de la Unión Europea (UE) en donde la obra fue publicada por primera vez. Tan pronto como la búsqueda diligente determine el estatus de orfandad de una obra, esta será considerada huérfana en toda la UE y podrá ponerse a disposición, en línea, para fines culturales y educativos sin autorización previa de los titulares de derechos, a menos (o hasta) que el propietario de la obra ponga fin a la condición de orfandad.

Principales correcciones introducidas durante el proceso de redacción

En junio de 2012, cuando el Parlamento y el Consejo firmaron un acuerdo informal para la Directiva propuesta, el proyecto de texto reflejaba las provisiones incluidas en la propuesta inicial de la Comisión, pero se añadieron dos puntos relevantes:

- 1) Si el titular de los derechos reaparece tendrá derecho a reclamar una compensación adecuada por el uso que se hace de su obra;
- 2) Las instituciones públicas deben poder generar algunos ingresos por el uso de las obras huérfanas, los cuales se utilizarán para pagar el proceso de búsqueda y digitalización.

En general, la propuesta inicial de la Comisión ha sido objeto de algunas enmiendas⁸. Las principales disposiciones —que son básicamente positivas— son:

- 1) En los numerales 3, 4, 12 y 14: ‘autor’ fue sustituido por ‘titular de derechos’;
- 2) El artículo 3 ahora dispone que la búsqueda diligente solo requiere que sea desarrollada de “buena fe” consultando las fuentes consideradas como adecuadas en función de la categoría de obra o prestación protegida, siendo pertinentes como mínimo las enumeradas en el anexo de la Directiva.
- 3) De acuerdo con el artículo 5, una obra dejará de ser huérfana solamente si todos los titulares de derechos son identificados y localizados.

8. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0055&language=EN&mode=XML#title1>

Implementación en los Estados miembros de la Unión Europea

Todos los Estados miembros de la UE tendrán dos años para transponer la Directiva a la legislación nacional⁹. Uno de los países que ya ha iniciado los pasos requeridos para tal propósito es Alemania: el 20 de febrero de 2013, el Ministerio de Justicia propuso un nuevo proyecto de legislación para obras huérfanas y fuera del circuito comercial, que fue adoptado el pasado 20 de junio por el Parlamento Alemán¹⁰. El objetivo de la revisión legislativa es la implementación de la Directiva e introducir un sistema colectivo de gestión basado en las obras fuera del circuito comercial¹¹. Las sociedades de gestión colectiva involucradas son los miembros de IFRRO¹², VG Wort (para texto) y VG Bild-Kunst (para imágenes).¹³

Otros Estados miembros de la UE que han comenzado a implementarla han propuesto o están considerando también aplicar el *Memorando de entendimiento sobre los principios clave en materia de digitalización y oferta de obras fuera del circuito comercial*, firmado el 20 de septiembre de 2011 por representantes de bibliotecas, autores, editores y sociedades de gestión colectiva europeos, y atestiguado por la Comisión. Por ejemplo, la ley sobre obras fuera del circuito comercial, de mayo de 2012 en Francia, las acoge a ambas facilitando así el licenciamiento colectivo sobre la base de la gestión colectiva obligatoria con una cláusula de *opt-out*.¹⁴

Se espera que nuevos Estados miembros de la Unión Europea sigan estos ejemplos.

9. http://www.ifrro.org/sites/default/files/final_cons_pdf_cspe_2012_00036_1_en1.pdf

10. Ver (en Alemán únicamente): <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/524/52444.html>

11. Esta parte de la ley se basa en el Memorando de entendimiento (*Memorandum of Understanding*) facilitado por la Comisión Europea, firmado el 20 de septiembre de 2011 por las organizaciones representantes de las partes interesadas (incluida IFRRO), que establece los principios fundamentales sobre la digitalización y puesta a disposición de obras fuera del circuito comercial por parte de bibliotecas públicamente accesibles y entidades similares de la Unión Europea. Se introduce la presunción legal de que una sociedad de gestión colectiva, en el campo respectivo, puede representar a los titulares de derechos que no le han otorgado un mandato (*outsiders*).

12. www.ifrro.org

13. Ver: <http://www.ifrro.org/content/german-draft-proposal-legislation-orphan-and-out-commerce-works>

14. Más información en: <http://www.ifrro.org/content/french-parliament-passed-law-out-commerce-works-22nd-february-2012>; texto de la ley en francés, en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0865.asp>

Otros países que podrían necesitar aplicar la Directiva

Siendo la Unión Europea socio comercial de ochenta países¹⁵ tiene una agenda importante para negociar acuerdos comerciales con los países y regiones de todo el mundo¹⁶.

Los tratados de libre comercio (TLC) están diseñados para aumentar las oportunidades de inversión a través de la apertura de nuevos mercados para bienes y servicios. Considerada como un área política que afecta al comercio, los derechos de propiedad intelectual son un componente en casi todos los tratados¹⁷.

La UE se encuentra negociando diversos tratados de comercio bilaterales que requieren, además de tener en cuenta el nivel de desarrollo de los países en cuestión, garantizar que estos reciban “niveles similares de protección de los derechos de propiedad intelectual a los existentes en la Unión Europea”¹⁸, lo que significa que están obligados a seguir al menos los principios generales de la Directiva¹⁹

Actualmente hay en curso negociaciones de tratados de libre comercio entre la UE y países de la Comunidad Andina, América Central y Mercosur; las negociaciones del TLC entre la Unión Europea y Chile y la Unión Europea y México han concluido ya.

Comunidad Andina

Las negociaciones para un TLC de la Unión Europea con Colombia y Perú se concluyeron en febrero de 2010. El Parlamento Europeo y el Congreso peruano aprobaron el TLC en diciembre de 2012, y el Congreso colombiano lo hizo en junio del presente año. La firma de este TLC permite iniciar los procedimientos de ratificación formales, tanto en la Unión Europea como en Colombia y Perú. En el ínterin, se aplicará provisionalmente entre las partes: entre la Unión Europea y Perú desde el 1 de marzo de

15. <http://ec.europa.eu/trade/policy/eu-position-in-world-trade/>

16. <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/agreements/>

17. <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/intellectual-property/>

18. <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/intellectual-property/>

19. Una lista de los países que tienen o están en el proceso de negociación de acuerdos de libre comercio con la UE, con amplios derechos de propiedad intelectual, está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

2013, y con Colombia el 1 de agosto de 2013. Además, se mantienen contactos para explorar la posibilidad de incluir también a Ecuador y a Bolivia.²⁰

América Central

Las negociaciones entre la Unión Europea y Centroamérica concluyeron en mayo de 2010. El 29 de junio de 2012, el Comisario de Comercio de la Unión Europea y su contraparte en América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) firmaron un Acuerdo de Asociación. El 11 de diciembre de 2012, el Parlamento Europeo aprobó el tratado concerniente a las relaciones de la Unión Europea con Honduras, Nicaragua y Panamá a partir del 1º de agosto de 2013. Nicaragua, Honduras y Panamá han ratificado ya el tratado.²¹

Mercosur

Las negociaciones con Mercosur se reiniciaron oficialmente en la cumbre Unión Europea-Mercosur, en Madrid, el 17 de mayo de 2010. El objetivo es negociar un TLC exhaustivo que también cubra áreas tales como propiedad intelectual, aduanas y promoción del comercio. Nueve rondas de negociaciones han tenido lugar desde entonces, y las dos regiones han comenzado su trabajo de preparación interna para el intercambio de ofertas que se llevará a cabo en el último trimestre de 2013.²²

En paralelo, la Unión Europea también ha concluido, o está en proceso de concluir, una gama de acuerdos de asociación económica (AAE) con socios comerciales²³ (hasta ahora, ninguno de ellos en América Latina).²⁴ El capítulo de propiedad intelectual en estos acuerdos podría requerir el desarrollo de marcos legales y políticos para derechos de propiedad intelectual que concuerden con los estándares internacionales, pero los países no tienen que cumplir con las directivas europeas. Los responsables de las políticas son libres para aprender de las experiencias y diferentes enfoques de otros países

20. Ver: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/andean-community/>

21. Ver: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/central-america/>

22. Ver: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/regions/mercosur/>

23. Ver: http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/economic-partnerships/index_en.htm

24. Ver: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/september/tradoc_144912.pdf

con el fin de elaborar las soluciones que mejor se adapten a sus propias capacidades, circunstancias y necesidades.

PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA DIRECTIVA

Considerandos

La Directiva contiene veinticinco considerandos que ayudan a la interpretación de los artículos. Los principales se destacan a continuación:

Considerando 4

Aclara que la Directiva no afecta las soluciones específicas que se están desarrollando en los Estados miembros para hacer frente a los problemas de digitalización masiva, del Memorando de entendimiento de los principios clave de la digitalización y puesta a disposición de las obras fuera del circuito comercial,²⁵ firmado el 20 de septiembre de 2011 por representantes de bibliotecas, autores, editores y sociedades de gestión colectiva de Europa (incluido IFRRO) y la Unión Europea como testigo.²⁶

Considerando 14

Sugiere la provisión de un enfoque armonizado en relación con la búsqueda diligente de los titulares de las obras antes de considerarlas huérfanas, a fin de asegurar un alto nivel de protección del derecho de autor y derechos conexos en la Unión Europea. Al hacerlo, los Estados miembros podrán referirse a los lineamientos de la búsqueda diligente acordados en el contexto del grupo de trabajo de alto nivel sobre bibliotecas digitales, establecido como parte de la iniciativa de la biblioteca digital i2010²⁷.

25. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf

26. El Memorando pide a los Estados miembros de la Unión Europea y a la Comisión que garanticen que los acuerdos voluntarios celebrados entre los usuarios, titulares de derechos y las sociedades de gestión colectiva licencien el uso de obras fuera del circuito comercial sobre la base de los principios ahí contenidos, para que puedan beneficiarse de la seguridad jurídica necesaria en un contexto nacional y transfronterizo.

27. http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/other_groups/hleg/index_en.htm

Considerando 15

Determina que para evitar la duplicación de esfuerzos, la búsqueda diligente deberá ser realizada en el Estado miembro en donde la obra o fonograma fue publicada por primera vez o, en caso de que no haya sido publicada, en donde fue emitido por primera vez. A la inversa, las búsquedas diligentes de los titulares de derechos de obras y otras prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en otra obra o en un fonograma deben efectuarse en el Estado miembro en el que se realice la búsqueda diligente de la obra o el fonograma que contenga la otra obra o prestación protegida.

Considerando 16

Concluye que es conveniente prever la creación de una única base de datos en línea de la Unión Europea, que contenga información sobre las búsquedas diligentes, sus resultados y, en especial, la constatación de que una obra es huérfana, el cambio de condición y el uso que hacen de estas, de manera que tales datos estén a disposición del público. También se refiere al Reglamento (UE) n° 386/2012, en virtud del cual la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), con sede en Alicante (España), es la encargada de determinadas tareas y actividades relacionadas con la lucha contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Considerando 17

Aclara que lo dispuesto en la Directiva no debe afectar los derechos de los titulares identificados. Si al menos uno de los titulares de derechos ha sido identificado y localizado, una obra o fonograma no deberá considerarse huérfana(o).

Considerando 18

Contiene una disposición importante por cuanto garantiza que los titulares de derechos deben tener la potestad de poner fin a la condición de obra huérfana en el caso de que se presenten a reclamar sus derechos sobre la obra u otro material protegido y, en consecuencia, recibir una compensación justa. Los Estados miembros de la Unión Europea son libres para determinar las circunstancias bajo las cuales el pago de dicha compensación debe realizarse. Algunos factores que deben considerarse son: los objetivos de promoción cultural de los Estados miembros, la naturaleza no comercial del uso por parte de las organizaciones en cuestión y el potencial daño a los titulares de derechos.

Considerando 20

Destaca el principal propósito de la Directiva, dada la limitada lista de excepciones y limitaciones contenidas actualmente en el marco de la legislación de la Unión Europea.

Sin perjuicio de las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, donde se destaca la “prueba de los tres pasos”, se pide a los Estados miembros que establezcan una excepción o limitación adicional en sus leyes nacionales. La excepción o limitación debe permitir a las entidades contempladas en el artículo 5, apartado 2, letra c) y a los organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro que operen sin ánimo de lucro, así como a los organismos públicos de radiodifusión, reproducir y poner a disposición del público obras huérfanas, siempre que dicho uso cumpla con su misión de interés público, en particular la preservación, restauración y la facilitación de acceso a tales obras, incluidas sus colecciones digitales, con fines culturales y educativos.

Considerando 24

Finalmente, este considerando aclara que la Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales relativas a la gestión de derechos, como las licencias colectivas ampliadas, las presunciones legales de representación o transmisión, la gestión colectiva o disposiciones similares, o combinaciones de estos elementos, también para la digitalización a gran escala.

Objeto y ámbito de aplicación: artículo 1

En resumen, la Directiva se aplica a ciertos usos de determinadas categorías de obras huérfanas de instituciones específicas. A continuación se examinan las disposiciones respectivas.

El artículo 1 establece las instituciones incluidas dentro del ámbito de aplicación: las bibliotecas, establecimientos educativos y museos, accesibles al público, así como los archivos, instituciones de patrimonio sonoro o fílmico y los organismos de radiodifusión de servicio público establecidos en los Estados miembros de la UE para alcanzar los objetivos relacionados con sus misiones de interés público.

La Directiva aplica para las siguientes categorías de obras:

- a) obras escritas publicadas por primera vez en un Estado miembro;
- b) obras audiovisuales o cinematográficas y fonogramas (grabaciones de sonido) radiodifundidas por primera vez en un Estado miembro;
- c) obras inéditas de los tipos a) y b) que han sido puestas a disposición del público con el consentimiento de los titulares de derechos, siempre y cuando sea razonable asumir que los titulares no se opondrán al uso de sus obras de acuerdo con los usos permitidos de estas (cf. artículo 6).

De acuerdo con el artículo 1(3), los Estados miembros de la Unión Europea tienen la alternativa de restringir la categoría (c) inclusive limitándola a obras inéditas que hayan sido depositadas en las instituciones arriba mencionadas antes del 29 de octubre de 2014.

Una disposición importante se relaciona con las obras que estén insertadas o incorporadas en las obras o fonogramas o que formen parte integral de estas (cf. artículo 1(4)), como las ilustraciones, por ejemplo, las cuales deberán ser sometidas a una búsqueda diligente porque son tratadas como obras independientes de aquella en que están contenidas.

No obstante, desde un punto de vista práctico, ¿cómo deberían tratarse las fotografías e ilustraciones incluidas en publicaciones dado que son difíciles de describir en palabras, en particular si el trabajo es abstracto o no distintivo, o creado por diferentes titulares de derechos? Una forma sería hacer copias de la obra disponible y publicarla en un sitio web para la inspección, pero esto podría ser visto como una violación de los derechos de autor.²⁸

La realidad es que Internet es un espacio donde los datos de identificación de los titulares normalmente no aparecen. Podría, entonces, cuestionarse si la Directiva va, en efecto, a la par con los avances de la tecnología.

Además, el ámbito de la Directiva está limitado a obras que fueron publicadas o difundidas por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea. Sin embargo, para muchas de las obras huérfanas tal vez esto no sea fácil de determinar.

28. Evaluación del asunto de las obras huérfanas y costos de la autorización de derechos de autor, puede verse en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf, p. 32.

Por otra parte, ¿qué pasa con las obras, diferentes de libros de texto, en las que el país de la primera publicación es difícil de identificar o hay una disputa respecto al lugar de la primera publicación? Por otra parte, tampoco está claro cómo deben tratarse las publicaciones simultáneas en Estados miembros de la UE y en un tercer país. Habría sido útil proveer orientación a los Estados miembros en este sentido.

La Directiva no aborda la administración de obras huérfanas. Si los Estados miembros optaran por un sistema de licencias, ¿quién las otorgaría y cómo garantizarían su correcta aplicación?

Definición de obra huérfana: artículo 2

El artículo 2 define como huérfana aquella obra en que ninguno de sus titulares de derechos puede ser identificado o si, a pesar de serlo, uno o más de ellos no puede ser localizado después de una “búsqueda diligente”. Cuando hay más de un titular de derechos para una obra, y no todos ellos han sido identificados o localizados, la obra puede ser utilizada siempre y cuando el(los) titular(es) de derechos localizado(s) hayan concedido su autorización.

Las obras de varios titulares de derechos no se considerarán huérfanas si tras una búsqueda diligente ha sido posible identificar y localizar a alguno de ellos (cf. artículo 2 (2)). Se puede consultar cómo deben tratarse, desde una perspectiva práctica, las ediciones de obras con varios titulares.

Búsqueda diligente y mantenimiento de registros: artículo 3

El artículo 3 define lo que implica una búsqueda diligente a fin de determinar la orfandad de una obra. Específicamente establece que: las instituciones mencionadas en el artículo 1 podrán decidir cuándo una obra es huérfana después de que la “búsqueda diligente es realizada de buena fe en relación a cada obra a través de la consulta de las fuentes apropiadas”²⁹; la búsqueda diligente deberá llevarse a cabo en el Estado miembro de la primera publicación, antes de utilizar la obra (artículo 3(3)); las fuentes apropiadas para cada categoría de obras deberán ser determinadas por cada Estado miembro, en consulta con los titulares de derechos y usuarios, y deberán incluir al menos las fuen-

29. Consecuentemente, una obra insertada en otra debe considerarse una obra por separado.

tes relevantes citadas en el anexo de la Directiva; las instituciones enumeradas deben mantener registros de sus búsquedas diligentes y reportar a las agencias gubernamentales apropiadas los resultados de estas, el uso de las obras, cualquier evento de que una obra deje de ser huérfana, y los Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de garantizar que la información está disponible en una única base de datos en línea públicamente accesible, manejada por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (cf. considerando 16).

Las consecuencias de no llevar a cabo una búsqueda diligente son potencialmente serias. El considerando 25 indica que si una obra ha sido considerada erróneamente como huérfana, después de una búsqueda que no fue diligente, pueden presentarse recursos por infracción de derechos.

Pero, ¿qué tan preciso es el procedimiento que debe usarse para determinar cuándo una obra debe ser considerada huérfana, si la responsabilidad de la búsqueda diligente es delegada a las instituciones usuarias de las obras y no está previsto ningún tipo de control al respecto? A la luz del considerando 31 de la Directiva 2001/29/CE ¿existe un justo equilibrio entre la protección de los derechos de los titulares y los intereses de los usuarios? ¿No sería preferible que la búsqueda diligente se lleve a cabo, para cada obra, en la forma que decidan sus titulares o sus representantes y en el Estado miembro donde se publicó por primera vez la obra?

Estatus de obra huérfana, usos permitidos y compensación

Artículo 4

Este prevé el reconocimiento mutuo de la condición de obra huérfana en toda la UE, es decir, una obra que ha sido considerada huérfana en un Estado miembro lo será también en todos los Estados miembros y, en consecuencia, puede ser utilizada.

Artículo 5

Garantiza que un titular de derechos puede poner fin a la condición o estatus de orfandad de su obra en cualquier momento. Cualquier reaparición de titulares de derechos significa que el uso de la obra por parte de los beneficiarios puede continuar solamente si estos le otorgan autorización expresa (cf. considerando 17).

Sin embargo, desde un punto de vista práctico, no está claro a qué institución u organización debe dirigirse el titular para reactivar sus derechos y poner fin a la condición

de orfandad de su obra. Habría sido preferible una solución a través de organizaciones centralizadas (tales como las sociedades de gestión colectiva), con las facilidades prácticas requeridas por los titulares.

Artículo 6

El artículo 6 enlista los usos permitidos de las obras huérfanas: (a) ponerlas a disposición del público; y (b) reproducción solamente con fines de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, preservación o restauración. Estos usos deben estar de acuerdo con el fin de interés público de las instituciones referidas en el artículo 1, y el permiso que tienen para generar ingresos solamente con el objeto de recuperación de costos (cf. artículo 6(2); la libertad para negociar contratos a través de asociaciones publico-privadas tampoco es afectada por la Directiva (cf. artículo 6(4)).

Una de las disposiciones fundamentales para los titulares de derechos está en el artículo 6(5): “los Estados miembros preverán que los titulares de derechos que pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras u otras prestaciones protegidas reciban una compensación equitativa por el uso que las entidades a que se refiere el artículo 1, apartado 1, hayan hecho de dichas obras y otras prestaciones protegidas”. Las circunstancias y nivel de compensación serán decididas por la ley del Estado miembro en el que la institución que hace uso de la obra se encuentre establecida.

Idealmente, la remuneración debería asegurarse en la forma que decidan los titulares o sus representantes, en el Estado miembro donde se publicó por primera vez la obra, por ejemplo, a través de la sociedad de gestión colectiva que represente una parte sustancial de los autores y editores de la misma categoría de obras para las que se autorizó la digitalización.³⁰

Además, los titulares de derechos no tienen ninguna posibilidad de verificar que la búsqueda diligente se llevó a cabo. Si no hay obligación de obtener una licencia de derechos de autor, ¿en dónde está la certeza legal si no hay certificación de un tercero acerca de la búsqueda diligente?³¹

30. Ver, por ejemplo, Ficsor, M. (2006). *Collective Management of Copyright and Related Rights in the Digital, Networked Environment: Voluntary, Presumption-Based, Extended, Mandatory, Possible, Inevitable?* En: Daniel Gervais (Ed.). *Collective Management of Copyright and Related Rights* (pp. 38, 47-48). The Hague: Kluwer Law International.

31. La evaluación de impacto de la Comisión Europea dice (con respecto a la opción 2, una excepción legal), supra, p. 38: “La ausencia de un marco de licencias seguras es, sin embargo, una ligera desventaja con esta opción en cuanto a la seguridad jurídica se refiere”.

Provisiones técnicas (artículos 7 a 12)

Artículos 7 a 9

El artículo 7 establece la aplicación continua de otras disposiciones legales (incluyendo requisitos de depósito legal, acceso a documentos públicos y libertad de expresión); los artículos 8 y 9 fijan a los Estados miembros, como fecha límite para la implementación de la Directiva en sus legislaciones nacionales, el 29 de octubre de 2014.

Artículo 10

El artículo 10 es una cláusula de revisión: la Comisión Europea deberá mantener bajo revisión constante el desarrollo de las fuentes de información sobre derechos contenidas en el anexo. Después de un año, a más tardar el 29 de octubre de 2015 (con revisiones anuales posteriores), la Comisión debe preparar un reporte en relación con la posible inclusión de otras obras dentro del alcance de la Directiva, en particular fotografías y otras imágenes³². También designó a la Comisión para presentar un reporte al Parlamento Europeo y a los Estados miembros de la Unión Europea sobre la aplicación de la Directiva en el desarrollo de bibliotecas digitales.

Artículos 11 y 12

Finalmente, los artículos 11 y 12 se refieren a la entrada en vigor de la Directiva y sus destinatarios: los Estados miembros de la UE.

Anexo

Las fuentes adecuadas para una búsqueda diligente para cada categoría de obra huérfana —obras publicadas: periódicos, revistas, diarios y publicaciones periódicas; obras visuales; obras audiovisuales y fonogramas— deben ser determinadas por cada Estado miembro, en consulta con titulares de derechos y usuarios. Los Estados miembros pueden añadir fuentes, sin embargo, como un mínimo, deben ser incluidas las más relevantes enlistadas en el anexo (cf. artículo 3(2)). Para libros publicados, las fuentes incluyen los catálogos de bibliotecas y los archivos mantenidos por las respectivas instituciones, así como también (parcialmente) fuentes financiadas por la Unión Europea, tal como ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works).³³

32. Por ejemplo, fotografías e imágenes independientes están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva actual (artículo 1(2)).

33. ARROW es un proyecto de un consorcio de bibliotecas nacionales europeas, editores y sociedades de gestión colectiva (incluida IFRRO), también en representación de los escritores que trabajan a través de sus principales asociaciones europeas y una serie de organizaciones nacionales.

En lo tocante a las fuentes determinadas en el anexo, las guías del sector específico para obras huérfanas, establecidas por la Iniciativa de Bibliotecas Digitales Europeas, contienen fuentes útiles de búsqueda.³⁴ No obstante, no todas ellas aparecen en el anexo de la Directiva.

Finalmente, ¿significa esto que la Comisión continuará cofinanciando estas fuentes, tales como ARROW? La solución europea propuesta se basa en el establecimiento de bases de datos nacionales financiadas con fondos públicos, que se supone reducen el problema de las obras huérfanas proporcionando información sobre los titulares de derechos;³⁵ esto a pesar de que la Comisión Europea reconoció que la digitalización masiva de obras protegidas no es posible con fondos exclusivamente públicos, sino con asociaciones público-privadas.³⁶

CONCLUSIONES

1. Hay muchos aspectos positivos en la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. Los legisladores han logrado un texto que provee certeza legal para el acceso a obras huérfanas contenidas en bibliotecas y otros establecimientos abiertos al público. Las soluciones nacionales, especialmente si son implementadas involucrando a sociedades de gestión colectiva, facilitarán el acceso a obras de texto e imagen que son protegidas por el derecho de autor, garantizando que los titulares de derechos sean remunerados apropiadamente por el uso de sus obras.
2. IFRRO y sus miembros ya son protagonistas en la provisión de acceso a bibliotecas en línea, a través de su participación y roles en los proyectos ARROW y ARROW Plus financiados por la Unión Europea.³⁷ La Biblioteca Británica (*British Library*), como

34. Ver: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf.

35. Ver: Recomendación de la Comisión de 24 agosto de 2006 sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, 2006/585/ECOL (L. 236), pp. 29-30: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:236:0028:0030:EN:PDF>.

36. Ver: Katharina de la Durantaye. (2010/2011). H Is For Harmonization: The Google Book Search Settlement and Orphan Works Legislation in the European Union. En *New York Law School Law Review*, 55: 157-172.

37. Para más información acerca de ARROW, por favor visite su página web: <http://www.arrow-net.eu/>. Si bien el establecimiento de un registro de obras huérfanas es uno de los objetivos específicos de ARROW, ARROW Plus tiene por objeto el perfeccionamiento

parte del proyecto ampliado ARROW, ha publicado un estudio³⁸ que encontró que, si bien podría tomar 1.000 años a una persona encontrar los derechos de apenas 500.000 libros si lo hiciera manualmente –lo que equivale a 4 horas por libro–, el uso del sistema de ARROW reduce el procedimiento a menos de 5 minutos por título, incluido el trabajo de cargar el registro en el catálogo y comprobar los resultados.³⁹

3. También hay algunas deficiencias. Lo ideal sería que la Directiva aclarara que las obras huérfanas deben administrarse siempre a través de una sociedad de gestión colectiva que asegure el respeto de los derechos e intereses de los autores y editores, entre ellos el derecho a la remuneración. Los miembros de IFRRO ya tienen experiencia en la gestión de los usos de dichas obras.⁴⁰

Por último, vale la pena citar un artículo de varios académicos y miembros del Comité Ejecutivo de la ALAI (Asociación Littéraire et Artistique Internationale)⁴¹:

También debería haber un procedimiento simple para permitir que el titular del derecho pueda presentarse a objetar. Adicionalmente debería quedar claro que incluso los titulares de derechos que llegan tarde pueden evitar futuras explotaciones de la obra, aun si ya no califican para la retribución de las explotaciones anteriores.

La ampliación de los beneficiarios del régimen de una obra huérfana que incluya a usuarios comerciales estaría en conflicto con los tres criterios de la prueba de los tres pasos, sobre todo con el primero.

del sistema ARROW, aumentando el número de países en los que se aplica, la ampliación de los tipos de trabajos para los que se utiliza y la inclusión de material visual.

38. El reporte está disponible en: <http://pressandpolicy.bl.uk/ImageLibrary/detail.aspx?MediaDetailsID=1197>

39. La nota de prensa se encuentra en: <http://pressandpolicy.bl.uk/Press-Releases/Electronic-clearance-of-Orphan-Works-significantly-accelerates-mass-digitisation-524.aspx>

40. Ver más: http://www.ifrro.org/issues_list/638

41. <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/orphan-works-opinion.pdf>

Tratamiento de los problemas de las obras huérfanas: el régimen canadiense y los enfoques europeos

MARIO BOUCHARD*

INTRODUCCIÓN

El derecho de autor dura mucho. En Canadá¹, Las señoritas de Avignon entrarán al dominio público en enero de 2024, es decir, 117 años después de que Picasso pintó la obra. Esto es, nueve años menos que la protección que disfrutarán las primeras composiciones de Joaquín Rodrigo. Por lo tanto, no sorprende que los titulares de derecho de autor desaparezcan.

Algunas de las normas fundamentales del Convenio de Berna dan lugar a ese misterio en cuanto a la identidad de los autores. Dada la prohibición de formalidades, el registro no puede imponerse como requisito para la existencia del derecho de autor. Los autores no tienen que divulgar su identidad: el derecho de autor protege a obras anónimas y seudónimas. Algunos autores conocidos ya no son titulares de los derechos sobre sus obras. Las transacciones de derecho de autor son principalmente privadas y, por lo tanto, no son fáciles de rastrear. Como resultado, los potenciales usuarios algunas veces no pueden ubicar a aquellos cuyo permiso necesitan para negociar legalmente una obra protegida u otra prestación objeto de derechos de autor².

Con frecuencia, intentar ubicar al titular de derechos de autor no tiene sentido, en términos económicos. Como

* Miembro de la barra de abogados de Quebec, con una maestría de la Universidad Laval. Además de distintos cargos de carácter público y académico ha adelantado litigios ante el Tribunal Federal de Apelaciones y la Corte Suprema de Canadá. Es autor de varios artículos relacionados con el derecho de autor, las funciones del Consejo de Derecho de Autor, la gestión colectiva y las obras huérfanas. Participó de manera activa en los procesos legislativos de reforma a la ley de derechos de autor y las nuevas tecnologías, incluida la propuesta de tarifas para el uso de la música a través de Internet y señales satelitales. Es miembro de la junta asesora externa del Programa de Tecnologías y Propiedad Intelectual del Departamento de Leyes de la Universidad de Osgoode.

1. En Canadá, la protección de derecho de autor generalmente dura cincuenta años después del año de muerte del autor: *Copyright Act*, R.S.C. c. C-42, s. 77 [en lo sucesivo, la Ley].
2. En el resto de este artículo, cualquier referencia a una obra incluye la ejecución o interpretación de un ejecutante o intérprete, fonograma o señal de radiodifusión, salvo que el contexto indique lo contrario.

consecuencia, las obras se usan sin permiso, en violación al derecho de autor, o no se usan. Ambos resultados generalmente son desfavorables para el usuario y para el titular. Internet y la digitalización en masa solo sirve para exacerbar las dificultades.

El problema no es nuevo. En Canadá, el asunto ha llamado la atención de dos generaciones. Ya en 1971, el Economic Council predijo que las “búsquedas prolongadas de titulares de derechos de autor [...] serán más intolerables”³. Estos son los orígenes del régimen canadiense sobre obras huérfanas, que data de 1989.

La finalidad de este artículo es brindar una visión general del régimen canadiense, de su alcance y límites y de cómo funciona. Mencionaré los esfuerzos por parte de la Comisión de Derecho de Autor canadiense, ente que lo administra, por abordar los problemas que surgen en el contexto del otorgamiento de licencias masivas. Usando iniciativas legislativas europeas y británicas recientes comentaré algunos de los posibles malentendidos relacionados con las características, propósito y eficiencia de los regímenes de obras huérfanas, así como con la manera en la que dicho régimen puede ser anclado a otra herramienta que pueda facilitar la digitalización masiva y el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas.

Este artículo no ofrece una exploración exhaustiva de nada de lo que describe. Quien esté interesado en aprender más sobre estos asuntos deberá consultar otras fuentes, incluyendo las publicaciones incluidas en la bibliografía.

RESUMEN

El objeto de este texto es proveer un panorama del régimen canadiense de obras huérfanas, que data de 1989, de su ámbito, límites y cómo opera. Analiza los esfuerzos del Consejo de Derecho de Autor de Canadá, ente encargado de administrarlo, para dirimir los conflictos que se suscitan en un contexto de licenciamiento masivo de obras. Refiriéndose a las recientes iniciativas legislativas de Europa y el Reino Unido, aborda distintas miradas respecto a posibles malentendidos en cuanto a las características, propósitos y eficacia de los regímenes de obras huérfanas así como algunos comentarios acerca de cómo estos pueden anclarse a otra herramienta que facilite la digitalización masiva: la licencia colectiva ampliada.

¿TITULAR ILOCALIZABLE U OBRA HUÉRFANA?

Todos los regímenes legales que abordan las “obras huérfanas” se articulan alrededor de la noción de un titular

3. Economic Council of Canada, 1971:147. Para un contexto adicional, véase Bouchard, 2010(1):486-487, Bouchard, 2011(1):140-141.

de derechos de autor que no puede ser ubicado. Dicho de otra forma, una licencia se otorga si: el autor está muerto o se desconoce o no puede ser identificado, o el titular de derecho de autor no puede ser encontrado (India)⁴; después de ejercer la debida diligencia el titular de derecho de autor es desconocido o no puede ser encontrado (Japón)⁵; a pesar de esfuerzos considerables, el titular de derecho de autor no puede ser ubicado (Corea del Sur)⁶; una obra no tiene ningún titular de derecho de autor conocido (Francia);⁷ el solicitante hizo esfuerzos razonables para ubicar al titular de derecho de autor y finalmente este no pudo ser localizado (Canadá)⁸; la obra involucra autores desconocidos o autores con un lugar de residencia desconocido (Hungría)⁹; el titular de derecho de autor no ha sido encontrado después de una búsqueda diligente (Reino Unido)¹⁰.

Hablar de “obras huérfanas” me parece, en el mejor de los casos, una torpe forma rápida de denominarlas y en el peor una

peligrosa inexactitud. Para algunos, la expresión es apropiada porque está referida a la obra que está siendo usada y para la cual se necesita una licencia. Yo, por otra parte, parto de la proposición de que lo que desencadena la aplicación de todos los regímenes de obras huérfanas no es una característica inherente a la obra, sino el hecho de que el titular de derecho de autor no puede ser ubicado después de una búsqueda diligente. Solo la reciente Directiva de la Unión Europea y la legislación del Reino Unido hacen mención a “obras huérfanas”¹¹. Incluso la Directiva se refiere a las “denominadas obras huérfanas”, y solo después de haber dejado claro que aquellas son obras cuyo “titular de derechos no haya sido identificado o, si lo ha sido, esté en paradero desconocido”¹².

Habiendo dicho esto, acepto que la expresión está ahora integrada en el vocabulario común y ganó un lugar tanto en la Directiva de la UE como en la legislación británica. Por esta razón la uso aquí.

4. *Copyright Act 1957*, s. 31A.

5. *Copyright Law*, s. 67.

6. *Copyright Act*, s. 47.

7. *Code de propriété intellectuelle*, art. L.122-9.

8. *Act*, s. 77.

9. *Copyright Law*, art. 57/A.

10. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, s. 116A(3).

11. La ley sobre derecho de autor de Hungría sí usa la expresión en paréntesis en el título de la sección que trata el “otorgamiento de licencias de uso de obras de autores desconocidos o de autores con lugar de residencia desconocido”.

12. Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, Considerando 3 [en lo sucesivo, la Directiva de la UE]

EL RÉGIMEN CANADIENSE

La sección 77 de la Ley establece lo siguiente:

77. (1) Cuando, previa solicitud a la Comisión por parte de una persona que desee obtener una licencia de uso de

- (a) una obra publicada,
- (b) una fijación de la ejecución o interpretación de un artista ejecutante o intérprete,
- (c) un fonograma publicado, o
- (d) una fijación de una señal de comunicación

sobre la cual subsista derecho de autor, y la Comisión estime que el solicitante ha hecho esfuerzos razonables para ubicar al titular de derechos y este no puede ser ubicado, la Comisión podrá otorgar una licencia al solicitante para realizar cualquier acto de los mencionados en las secciones 3, 15, 18 o 21, según sea el caso.

(2) La licencia otorgada de conformidad con la subsección (1) no es exclusiva y estará sujeta a los términos y condiciones que la Comisión pueda establecer.

(3) El titular de derecho de autor podrá, dentro de los cinco años siguientes al vencimiento de una licencia otorgada de conformidad con la subsección (1), cobrar las regalías establecidas en la licencia o, en su defecto, iniciar una acción para recuperarlas ante un tribunal competente.

(4) La Comisión de derecho de autor podrá dictar reglamentos que regulen el otorgamiento de licencias de conformidad con la subsección (1).

En otras palabras, las principales características del régimen canadiense son las siguientes:

El régimen se aplica solo una vez que la licencia es otorgada

El régimen exige una “solicitud a la Comisión [de derecho de autor] por parte de una persona que desee obtener una licencia de uso”. Una búsqueda, diligente o no, no es suficiente. Se necesita la decisión de una autoridad administrativa, la Comisión. La licencia que la Comisión otorga es el documento que brinda al usuario la protección del régimen para los usos que la Comisión autoriza. De todos los demás regímenes existentes, solo la Directiva de la UE dispensa el otorgamiento de una licencia: todo lo que se requiere es una búsqueda diligente, cuya suficiencia puede ser determinada más adelante¹³.

Los solicitantes canadienses han sido de muchos tipos, incluidos editores, productores de televisión y cinematográficos, radiodifusores, maestros y colegios, estudiantes de posgrado, académicos, personas naturales de todo tipo, organismos gubernamentales, galerías, museos, así

13. Véase Considerando 19 de la Directiva de la UE.

como organizaciones comunitarias y sin fines de lucro¹⁴.

Las licencias pueden ser otorgadas para todo tipo objeto de derecho de autor; sin embargo, las obras y los fonogramas deben haber sido publicados

Cualquier objeto de derecho de autor o derecho conexo (obra, fonograma, ejecución o interpretación de ejecutante o intérprete, señal de radiodifusión) puede ser objeto de una licencia. Puede otorgarse una licencia solo con respecto a obras o fonogramas que están publicados y ejecuciones e interpretaciones o señales de radiodifusión que estén fijadas. No es el objeto de este artículo revisar la noción de publicación. Basta con decir que la Comisión ha interpretado en varias ocasiones el término “publicación”¹⁵. Además, en Canadá, según los términos de la Ley, una obra solo se publica si el titular de derecho de autor lo ha consentido¹⁶. Ese consentimiento puede ser difícil de conseguir, especialmente si se desconoce el autor. Por esta razón, la Comisión opera de acuerdo con una serie de presunciones que se fundamentan principalmente en prácticas de la industria. De esta manera, dado que los editores generalmente

reciben un manuscrito solo si el autor lo desea, se presume el consentimiento para la publicación en el caso de obras literarias. En cambio, teniendo en cuenta que los editores canadienses no siempre piden permiso para usar fotos en los libros, el consentimiento para esa publicación no se presume.

A la Comisión le han solicitado licencias o efectivamente las ha otorgado para varios tipos de obras, incluyendo canciones, libros, viñetas editoriales, cartas al editor, fotos, manuales de capacitación, pinturas y grabados, películas y dibujos animados, portadas de revistas y oraciones¹⁷. Las solicitudes para usar otros objetos protegidos se ha limitado a fonogramas; no se han presentado solicitudes por ejecuciones o interpretaciones de ejecutantes o intérpretes o señales de radiodifusión.

Protección y uso protegido

La obra por la cual la Comisión otorga una licencia no debe estar en el dominio público, puesto que debe ser una obra sobre “la cual subsista derecho de autor”.

La transacción deseada con la obra debe involucrar un uso protegido, según las

14. Bouchard, 2010(1):495-496; Bouchard, 2011(1):148.

15. Bouchard, 2010(1):489-490; Bouchard, 2011(1):143-144.

16. Ley, s. 2.2(3).

17. Bouchard, 2010(1):494-495; Bouchard, 2011(1):147-148.

secciones 3, 15, 18 o 21 de la Ley¹⁸. De conformidad con la legislación canadiense, el uso de una obra protegida no procede si involucra una “parte sustancial” de esta¹⁹. Por lo tanto, la Comisión otorgará una licencia si concluye que el uso contemplado implica una “parte sustancial”.

Igualmente, está implícito que no debe otorgarse ninguna licencia cuando no se necesita. No se otorgarán licencias cuando la misma Ley permite el uso contemplado, como el uso honrado con fines de investigación, estudio privado o educación²⁰. Dicho esto, lo que es “investigación”, estudio privado o “educación” a veces dista de ser obvio.

La Comisión ha otorgado licencias para usos como la impresión de un libro de oraciones, la fabricación de un CD de canciones para preescolares que será vendido a los padres o de música de piano para distribuir entre familiares y amigos, producciones cinematográficas y de televisión, presentación archivística, distribución en

Internet, libros de texto y literatura para recaudación de fondos²¹.

El titular de derecho de autor no puede ser ubicado

La Comisión debe estimar que el titular de derechos de autor no puede ser ubicado a pesar de esfuerzos razonables²². En términos generales, la Comisión es bastante exigente antes de decidir que una búsqueda es razonable. El esfuerzo requerido puede variar de acuerdo con la naturaleza del uso contemplado, la sofisticación del solicitante, la notoriedad del autor y otros factores. Por ejemplo, la Comisión puede ser menos exigente con un maestro de preescolar que desea grabar una canción de su clase para recaudar fondos con la venta de un CD a los padres, que con una productora cinematográfica comercial que desee usar la misma canción en un largometraje.

La discrecionalidad interviene en la decisión de lo que significan las palabras

18. Estas disposiciones establecen los usos protegidos de las obras, ejecuciones o interpretaciones de ejecutantes o intérpretes, fonogramas y señales de radiodifusión respectivamente. Nótese que en Canadá, los derechos inherentes a las últimas tres categorías son tratados como derechos de autor, no derechos conexos o afines, aunque el derecho a ejecutar un fonograma publicado solo activa un derecho a remuneración (Ley, s. 19).

19. Véase por ejemplo la Ley, secciones 3(1), 15(1), 18(1), 21(1).

20. Ley, s. 29. Internacionalmente, esta y otras autorizaciones legales para el uso de una obra sin permiso son conocidas como excepciones. La Corte Suprema de Canadá prefiere denominarlas “derechos de los usuarios”: *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 SCR 339 at para. 12.

21. Bouchard, 2010(1):496; Bouchard, 2011(1):149.

22. La versión en francés de la disposición exige que el solicitante “a fait son possible, dans les circonstances” (Ley, s. 77(1)).

“no puede ser ubicado”. La Comisión ha identificado por lo menos dos situaciones en las que un titular de derecho de autor, aunque no se pueda contactar, no es ilocalizable. La primera se presenta cuando el titular de derecho de autor no da respuesta a consultas: una persona puede ser inaccesible y de todas maneras ser ubicable. La segunda ocurre cuando entre un número limitado de personas conocidas se disputa el carácter de titular de derechos de autor: en este caso la solución es obtener una licencia de todos los potenciales titulares.

Debe realizarse una búsqueda razonable para cada obra objeto de licencia y debe evaluarse la razonabilidad de cada búsqueda. La Comisión no otorgará una licencia global. Tampoco decidirá por anticipado que, una vez que se realicen las búsquedas, se otorgará la licencia en todos los casos: el derecho administrativo canadiense exige que los miembros de la Comisión conserven su criterio para decidir el otorgamiento de cada licencia individual. Sin embargo, la Comisión permite que los solicitantes se fundamenten, en alguna medida, en búsquedas anteriores con respecto al mismo titular de derechos de autor.

La Comisión siempre ha sido de la opinión de que puede otorgar una licencia para el

uso en Canadá de una obra cuyo titular es un nacional de otro país. Aunque algunos piensan que el asunto es controversial²³, esta práctica parece consistente con el principio del tratamiento nacional. Claro está, sería una jurisdicción extranjera la que decidiría si tratar como válida una licencia otorgada por la Comisión.

Entre los autores y titulares faltantes, algunos de los cuales fueron encontrados, se cuentan el ex-Primer Ministro fallecido de una provincia, un profesor de derecho, un pintor famoso, el guionista de una serie de televisión muy exitosa y uno de los tres niños de Fátima²⁴.

La Comisión disfruta de una amplia discrecionalidad

Casi todos los pasos del proceso de toma de decisiones dentro del régimen requieren que la Comisión ejerza alguna medida de discrecionalidad, como se evidencia en el texto de la sección 77 de la Ley: la Comisión “podrá” otorgar una licencia, en los términos y condiciones que esta “pueda” establecer, si “estima” que se hicieron esfuerzos de búsqueda “razonables”. Los principios generales del derecho administrativo exigen que esta discrecionalidad sea ejercida razonablemente, y en varios niveles además de los ya mencionados.

23. Rosati, 2012(2):15-16.

24. Bouchard, 2010(1):495; Bouchard, 2011(1):148.

La Comisión usa su poder discrecional para decidir si se han cumplido los requisitos legales. Tal criterio, no como inherente a cualquier potestad de toma de decisiones sino derivado de la necesidad de llegar a una conclusión con base en los hechos establecidos por el tribunal, incluyendo algunas conclusiones razonables como hechos. También lo usa para decidir no solo si la búsqueda del solicitante es suficiente, sino también sobre cómo llegar a dicha decisión. Por esto, raras veces evalúa la razonabilidad de una búsqueda basándose solo en que fue realizada antes de hacer la solicitud, y en oportunidades puede complementar por sí misma la búsqueda del solicitante; incluso, es común que le pida al solicitante realizar indagaciones adicionales. La Comisión también busca la cooperación de sociedades de gestión colectiva relacionadas con el tipo de uso involucrado en la solicitud; en este propósito ha firmado con dos sociedades un memorando que establece que cualquiera de estas recibirá solicitudes de la Comisión, verificará la diligencia de las búsquedas de los solicitantes, discutirá los términos y condiciones de licencia con ellos y hará una propuesta sobre cómo responder a la solicitud.

Dado que la subsección 77(1) de la Ley establece que la Comisión “podrá” otorgar una licencia, esta puede negarse a hacerlo incluso si se ha establecido que se han cumplido las condiciones legales y que el titular de derechos de autor no

puede ser ubicado. Generalmente, la Comisión intenta “ponerse en el lugar del titular” con base en una serie de presunciones que reflejan, en gran medida, las prácticas comerciales de la industria, salvo que la evidencia la lleve a concluir que el titular de derechos de autor habría actuado diferente. De esta manera, si el permiso se otorga generalmente como práctica regular para determinado uso, la Comisión usualmente también lo concederá. Por otra parte, la Comisión también tomará en cuenta si no existe una práctica comercial estándar. Las probables preferencias de la persona que se piense que es el autor (incluyendo las relacionadas con los derechos morales) jugarán también un papel: la Comisión probablemente no otorgará licencias para el uso de una canción que promueva una causa a la que se sepa que el autor se opondría.

Sin embargo, bajo determinadas circunstancias la Comisión ignorará las preferencias del titular de derecho de autor. Como ente público, cree que la política pública algunas veces debe ir por encima de estos deseos conocidos o probables; en consecuencia, no otorgará licencias para un uso socialmente repulsivo, incluso si el autor lo hubiese autorizado o podrá decidir licenciar un uso al que el titular de derechos de autor se hubiese opuesto si ese uso sirve a un propósito importante. El interés público algunas veces se impone a la cosmovisión o weltanschauung del titular de derechos de autor.

Términos y condiciones

La discrecionalidad de la Comisión es absoluta para establecer los términos y condiciones de la licencia.

La sección 77 de la Ley exige que se impongan dos condiciones en la licencia. Una es explícita: la licencia debe ser no exclusiva. La otra es implícita: la licencia debe tener una fecha de vencimiento. Esto está contenido en la subsección (3), que establece que un titular de derechos de autor tiene derecho al cobro de regalías “dentro de los cinco años siguientes a la fecha de vencimiento de la licencia”. Lo anterior no significa que la licencia deba establecer una fecha de vencimiento específica. El vencimiento puede estar ligado a cualquier fecha futura y determinable; por ejemplo, la licencia puede vencerse cuando la obra pase al dominio público. Esto es posible porque aunque la fecha de muerte de un autor (o la fecha de fijación de un fonograma) pueda no ser conocida, es casi siempre determinable, especialmente una vez que aparece el titular de derechos de autor.

Todos los demás términos y condiciones incluidos en las licencias otorgadas por la Comisión son el resultado de decisiones tomadas por esta; algunas casi se han convertido en políticas internas y otras intentan reflejar prácticas comerciales para tipos de licencias similares. A continuación varios ejemplos.

Una licencia siempre es otorgada para obras específicas e identificables. En la mayoría de los casos, las obras son concretamente nombradas en la licencia. Si el número de obras es muy grande, la misma licencia podrá remitir a un documento externo, como un apéndice de la solicitud. Podrían usarse otras formas de identificar las obras autorizadas sin ser específicamente nombradas o designadas, por ejemplo, bastaría con “todas las obras publicadas en [Revista X] entre 2000 y 2002, distintas a las obras cuyos titulares de derecho de autor han sido ubicados”. Al final, la única limitación es que una licencia será otorgada solo si la obra puede ser identificada.

Todas las licencias que la Comisión ha otorgado han sido para un uso específico o serie de usos. La licencia no siempre usa los términos que se encuentran en la Ley (v. g. reproducción, comunicación). En vez de eso, se hacen esfuerzos por usar el lenguaje común del mercado respectivo. Por ejemplo, la licencia para reproducir una obra musical en un comercial de televisión se denominará licencia de sincronización, mientras que la licencia para reproducir la misma obra musical en un CD se llamará licencia para fijación fonomecánica.

Toda licencia indica que es válida únicamente en Canadá. La sección 77 de la Ley no especifica si la Comisión puede otorgar licencias para actos que ocurran fuera de Canadá, sin embargo, esta siempre ha asumido que no puede hacerlo, lo cual es

consistente con la presunción de no aplicabilidad extraterritorial de la legislación canadiense.

Con cada vez más frecuencia, la licencia exige que el producto en el cual se usará la obra (un libro, un CD) incluya una mención sobre la licencia o la obra autorizada. Puede exigir también que el autor sea nombrado si se conoce; que el producto mencione en un lugar prominente (portada de un libro, cubierta de un CD) que la obra está siendo usada de conformidad con una licencia otorgada por la Comisión y que explique cómo el titular de derecho de autor puede cobrar las regalías establecidas en la licencia.

Algunas licencias recientes establecen que el titular de derechos de autor que aparezca después de que la Comisión haya otorgado una licencia tiene derecho a poner fin a la licencia.

Regalías

La Comisión nunca otorga una licencia gratuita. Sin embargo, no siempre exige que los usuarios paguen regalías por adelantado. En aproximadamente un tercio de los casos, la licencia establece que el usuario pagará las regalías solo si el titular de derechos de autor los reclama dentro del lapso perentorio establecido en la Ley

(cinco años desde el vencimiento de la licencia). Después de esa fecha finalizan las obligaciones del usuario con el titular de derechos de autor. Este enfoque del pago de regalías se usa cuando determinados factores llevan a la Comisión a concluir que no debería imponerse una responsabilidad financiera inmediata, y puede incluir el hecho de que el usuario sea una institución pública, un uso contemplado que establezca beneficios públicos o el hecho de que todos los titulares de derechos de autor conocidos, que hayan sido contactados por el mismo uso por la misma persona, hayan otorgado su permiso de manera gratuita²⁵. El mismo enfoque puede seguirse cuando no es posible determinar si se requiere una licencia, o si es altamente probable pero no seguro que la obra esté en el dominio público. Frente a esa incertidumbre, la Comisión algunas veces otorga una licencia “en la medida en que la obra esté protegida por derecho de autor” o “en la medida en que se requiera una licencia” y toma en cuenta la probabilidad de que la licencia pueda no ser necesaria, caso en el cual no pide al licenciatario que pague regalías por adelantado. Este enfoque responde al temor planteado por algunos de que la Comisión pueda otorgar licencias cuando no sea necesario, permitiendo así al licenciatario disfrutar de las protecciones derivadas de la licencia de la sección 77.

25. Esto permite que el titular de derechos de autor que aparezca renuncie a la tasa como todos los demás lo hicieron, si el titular así lo desea.

En la mayoría del resto de los casos el usuario debe pagar por adelantado las regalías establecidas en la licencia. El pago no se hace a la Comisión²⁶ sino a una sociedad de gestión colectiva. La sociedad puede disponer de dicha cantidad como lo considere apropiado para el beneficio general de sus miembros, pero se compromete a pagar las regalías al titular de derechos de autor que aparezca dentro de los cinco años siguientes al vencimiento de la licencia. Esta posición ha generado una controversia²⁷ que sorprende, dado que la mayoría de los demás regímenes exige que las regalías sean pagadas por adelantado en todos los casos (Reino Unido, Japón, Corea del Sur) o para usos comerciales (Hungría), mientras que los otros permiten a la autoridad de decisión opciones similares a las de Canadá (India). Por su parte, la Comisión cree que las licencias de obras huérfanas no deben convertirse en políticas de seguro gratuito contra enjuiciamientos por violación de derecho de autor. Cuando se realice un uso protegido de una obra protegida, el pago de regalías debe ser la norma, no la excepción.

Las regalías generalmente se establecen a precios de mercado, sujeto a los comentarios precedentes.

Limitaciones

Merecen mención tres limitaciones del régimen canadiense. Ocuparse de esas tres limitaciones requeriría una modificación legislativa. La Comisión solo tiene las potestades que le otorga expresamente la ley o que se infieran necesariamente, que no es el caso que nos ocupa.

La sección 77 de la Ley no establece un mecanismo específico para la solución de controversias que surjan del otorgamiento o aplicación de una licencia, incluyendo a quien es titular de derechos de autor y si el usuario cumplió con los términos de la licencia. Corresponde a los tribunales ordinarios resolver estas disputas. La Comisión, que otorga la licencia en primer lugar, podría estar en mejores condiciones para hacerse cargo de esos conflictos y sería apropiado otorgarle la potestad para hacerlo.

La Comisión puede encargarse de velar por los derechos morales de manera indirecta y solo hasta cierto punto²⁸. Como resultado, un licenciatario que haga cualquier uso de una obra que pueda dar lugar a problemas de derechos morales puede terminar infringiendo esos derechos. Sería

26. La Comisión no está habilitada para manejar sumas de dinero de esta manera.

27. Bouchard, 2010(1):500-502; Bouchard, 2011(1):152-154.

28. De Beer and Bouchard, 2009:15-16(E), 16-18(F).

preferible que la responsabilidad del usuario en este aspecto fuese más claramente establecida en la licencia o en la Ley.

Finalmente, la subsección 77(4) de la Ley faculta a la Comisión para dictar un reglamento que rijan el otorgamiento de licencias. El ámbito de esta facultad no está claro; sin embargo, en verdad no es lo suficientemente amplio como para permitir a la Comisión invalidar el principio de derecho administrativo antes mencionado y para considerar por adelantado que determinados tipos de búsqueda satisfacen el requisito del esfuerzo razonable. Dicha potestad reglamentaria brindaría a potenciales usuarios mayor certidumbre cuando se considere si sus esfuerzos han sido suficientes para justificar una solicitud a la Comisión.

Datos de uso

Para finales de 2008 se habían presentado 441 solicitudes con relación a aproximadamente 12.640 obras diferentes. En la mitad de los casos se había otorgado una licencia. Solo hubo un puñado de rechazos formales: generalmente, se cerraba un archivo sin otorgar una licencia cuando las solicitudes eran abandonadas o retiradas después de que el personal de la Comisión informaba al solicitante que, por cualquier razón, la licencia no podría otorgarse. Los titulares fueron encontrados en más del 20 por ciento de las solicitudes. Desde el 1° de enero de 2009 hasta el momento de escribir este artículo se habían hecho

108 solicitudes adicionales y se habían otorgado 42 licencias.

El tiempo requerido para tramitar una solicitud es difícil de determinar. En promedio, las licencias se otorgaron en dos meses o menos. Algunas solicitudes más complejas tomaron un año o incluso más. Las solicitudes se dividieron casi por partes iguales entre las comerciales y las no comerciales. La cantidad total de regalías establecidas fue de alrededor de \$70.000 dólares canadienses, de la cual aproximadamente un tercio era pagadera solo si el titular de derechos de autor las reclamaba.

RÉGIMEN DE CONTROL PREVIO VS. RÉGIMEN DE CONTROL POSTERIOR DE LAS OBRAS HUÉRFANAS

Generalmente, se piensa que las obras huérfanas son de dos tipos.

El régimen canadiense ilustra el primero. Los usuarios deben obtener alguna forma de permiso o licencia para reclamar protección. Sin embargo, una vez que se otorga el permiso, los recursos del titular de derechos de autor se limitan generalmente a lo que establece la licencia; los usuarios no pueden ser enjuiciados por violación de derecho de autor. Yo lo denomino régimen de control previo.

El segundo tipo corresponde al de la Directiva de la UE. No se toma ninguna

decisión por adelantado. Una vez que los usuarios han emprendido alguna forma de debida diligencia, los recursos disponibles para el titular de derechos de autor son limitados. Si el usuario cumplió con el régimen se decide después de que ocurre el uso, y solo si dicho cumplimiento es objetado ante un tribunal de derecho. Esto es lo que denomino régimen de control posterior.

Ambos tienen sus defensores. Parecería que toda la legislación que aborda las obras huérfanas, aparte de la Directiva de la UE, establece regímenes del primer tipo, aunque la mayoría de los doctrinarios parecen favorecer el segundo.

En los siguientes párrafos ofrezco una visión general, breve e incompleta de los elementos del régimen europeo que considero relevantes para este artículo y de lo que percibo como sus limitaciones. Luego esbozo algunas comparaciones entre los regímenes canadiense y europeo. Exhorto a los lectores que deseen entender mejor la Directiva como un todo a consultar otras fuentes²⁹.

La Directiva de la UE

Las instituciones que se benefician de la Directiva se limitan a determinadas bibliotecas, instituciones educativas, mu-

seos, archivos y organismos públicos de radiodifusión. Las obras por las cuales puede reclamarse su beneficio se limitan a las cinematográficas, literarias y fonogramas en las colecciones de una de esas instituciones, siempre que hayan sido primero publicadas o difundidas por un Estado miembro, o si no fueron publicadas, puestas a la disposición del público por una de las instituciones mencionadas con el consentimiento de los titulares de derechos.

La Directiva crea una excepción obligatoria. Permite poner la obra huérfana a disposición del público y reproducirla a efectos de digitalización, indexación, catalogación, conservación o restauración, pero solo para lograr las misiones de interés público de la institución, en particular la preservación, restauración y la facilitación de acceso cultural y educativo a las obras y fonogramas contenidos en su colección.

El titular de derecho de autor debe seguir siendo desconocido o ilocalizable después de una búsqueda diligente con respecto a cada obra o fonograma. La búsqueda debe ser realizada antes de su uso, en el país de la primera publicación³⁰, consultando las fuentes apropiadas para la categoría de obras en cuestión. Debe mantenerse un registro de cada búsqueda y almacenarse

29. Rosati, 2013(1); Rosati, 2013(2):6-19.

30. Aparentemente, nada impediría que una biblioteca holandesa realice una búsqueda por una obra que se publicó por primera vez en Italia, siempre que la búsqueda sea realizada en Italia.

en una base de datos en línea, única, accesible al público y nacional. Una vez que una obra se considera huérfana en su país de publicación, es tratada como tal por todos los Estados miembros.

Los titulares de derecho de autor ilocalizables que reaparezcan tienen derecho a poner fin a la licencia. Si lo hacen, tienen derecho a la compensación justa por usos pasados; si no, parecería que el uso autorizado puede continuar y que el titular de derecho de autor no tiene derecho a nada. Ese es el sorprendente resultado que parece desprenderse de la redacción del artículo 6(5):

Los Estados miembros preverán que los titulares de derechos que pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras y otras u otras prestaciones protegidas reciban una compensación equitativa por el uso...

El titular no tiene otro recurso, al menos en la medida en que la búsqueda que se haya realizado haya sido verdaderamente diligente.

La Directiva no exige que una licencia sea otorgada por una autoridad pública³¹. Como resultado, los usuarios no están protegidos de enjuiciamiento; un juez decidirá si se cumplió con la ley. Esto se reconoce expresamente en el Considerando 19:

Si una obra o un fonograma han sido considerados erróneamente obras huérfanas, a raíz de una búsqueda no diligente, se pueden utilizar las vías de recurso existentes en las legislaciones de los Estados miembros contra las infracciones de los derechos de autor, de conformidad con las disposiciones pertinentes y con el Derecho de la Unión.

Esto ilustra claramente la principal limitación inherente a un régimen de control posterior. La limitación es consecuencia directa de la ventaja que el régimen de control previo busca brindar: exige el cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, pero no exige que una autoridad pública determine previamente sobre dicho cumplimiento. Esa determinación la realizará un tribunal, si alguien denuncia una violación de derecho de autor y, por lo tanto, después de que se ha realizado el uso. Abordar *ex post facto* las consecuencias legales de las acciones humanas es común en la mayoría de las áreas del derecho: los tribunales determinan si se incurrió en responsabilidad extracontractual, o si se cumplió un contrato, después de ocurridos los hechos que llevaron a la controversia. Sin embargo, desde la perspectiva de los usuarios, el régimen viene con riesgos: los usuarios solo se enteran de su incumplimiento al mismo tiempo en que están expuestos a todas las sanciones de la ley. Bajo dicho régimen, la

31. Soy incapaz de decir si la Directiva permitiría a un Estado miembro imponer un requisito para el otorgamiento de licencia: véase, por ejemplo, Rosati, 2013(2):30-32.

dependencia de las masas de las “mejores prácticas” no comprobadas puede plantear significativos problemas de responsabilidad. En jurisdicciones que permiten las acciones colectivas de clase, el riesgo se incrementa en la misma medida.

La Directiva agrava el problema al establecer que una vez que la obra es considerada huérfana en su país de primera publicación se tratará como tal en todos los Estados miembros. Asumamos que una biblioteca en Alemania procede con la debida diligencia en una búsqueda por la obra de un autor alemán. Esta búsqueda es registrada. Una biblioteca en Francia se basa en la búsqueda hecha por la biblioteca alemana que puso la obra a disposición. Más tarde, el autor aparece, objeta la debida diligencia de la búsqueda alemana y gana. Como la biblioteca francesa se basó en la búsqueda alemana, la biblioteca francesa violó el derecho de autor.

Hay que admitir que el problema puede ser más teórico que práctico. Los titulares de derechos de autor de obras huérfanas raras veces aparecen. Cuando lo hacen, generalmente les basta con recibir una cantidad apropiada por regalías. En cuanto al resto, sería posible que los usuarios se aseguren contra el riesgo de enjuiciamiento³².

La Directiva es de fecha 25 de octubre de 2012. Se le exige a los Estados miembros aplicarla a partir del 29 de octubre de 2014. Para esta fecha, no parece haber ninguna información disponible sobre su aplicación o funcionamiento.

Régimen de control previo vs. régimen de control posterior: una comparación

El breve análisis precedente de la Directiva de la UE hace posible extraer algunas comparaciones interesantes entre los regímenes de control previo y control posterior de obras huérfanas.

Un régimen de control previo es un esquema de licenciamiento³³. Brinda certidumbre y elimina riesgos. Un régimen de control posterior es una excepción al derecho de autor; el artículo 6 de la Directiva de la UE reconoce esto expresamente. Esa excepción debe ser interpretada por un tribunal de derecho, después de que se ha hecho un uso normalmente protegido de una obra huérfana, lo cual crea incertidumbre y riesgo.

Un régimen de control posterior no requiere pedir permiso antes del uso. Sin embargo, exige que el usuario realice una búsqueda diligente (y por lo tanto, posiblemente exigente) en cada caso, para cada

32. Bouchard, 2010(2):49-50.

33. Rosati, 2012(2):19-22, alega que todos los regímenes de obras huérfanas, incluyendo los de control previo, son excepciones, no esquemas de otorgamiento de licencia. Mi opinión preliminar es que, en la medida en que el régimen de control previo permita a la autoridad pública “ponerse en lugar” del titular de derecho de autor tenderé a no estar de acuerdo.

obra. En efecto, puede ser que el mayor costo (en dinero y tiempo) de un régimen de control previo sea principalmente por cuenta del ente público encargado del otorgamiento de licencias, no de los usuarios.

Un régimen de control posterior no elimina la necesidad de una decisión por una autoridad pública; simplemente la cambia por un tribunal de derecho que sustancie una acción por violación de derecho de autor. El precio del error es la exposición a todos los recursos disponibles para un titular por violación de derechos de autor. En cambio, si el uso de la obra huérfana es autorizado por una autoridad pública, los usuarios que cumplen con los términos de la licencia no pueden ser demandados³⁴.

Cuando ambos regímenes se observan cuidadosamente, parecería que las desventajas que muchos alegan con respecto al régimen canadiense³⁵ también existen en gran medida en el régimen de la UE: ambos exigen una búsqueda diligente por cada obra; ninguno permite el otorgamiento de licencias globales; los dos licencian solo el uso de obras específicas e identificables y limitan el ámbito de la autorización a su territorio nacional. Dicho de otra forma, las ventajas alegadas por aquellos a favor del régimen de control posterior pueden no ser todas las que se dicen.

LICENCIAMIENTO MASIVO

Cualquier adaptación del régimen canadiense al otorgamiento de licencias masivas debe cumplir con todos los requisitos de este: la obra que será objeto de licencia debe ser identificada o identificable; debe realizarse una búsqueda razonable por cada obra objeto de licencia; no puede haber licencias globales ni predeterminación de que ciertas búsquedas se considerarán suficientes en todos los casos. En general, el proceso podría volverse engorroso y lento, si no abrumador. Parte de la razón de esto puede ser que el régimen fue concebido en 1988; era un mundo analógico, y solo se contemplaban las solicitudes individuales.

No obstante, el régimen canadiense parece capaz de hacerse cargo del otorgamiento de licencias masivas si se usa de manera sensata. La Comisión adaptó exitosamente el régimen de otorgamiento de este tipo de licencias en el ámbito analógico: en un lapso de cuatro años otorgó 11 licencias que autorizaban la reproducción de 6.675 obras a una organización vinculada con la Biblioteca Nacional de Canadá, establecida para preservar y distribuir antiguas obras canadienses impresas³⁶. Debería ser posible lograr el mismo resultado en el entorno digital, como lo evidencian los siguientes ejemplos.

34. Esto puede ser más o menos cierto dependiendo de la medida en que los tribunales que ejerzan control judicial difieran de las decisiones de la autoridad pública relevante. En Canadá, la impugnación de una decisión de la Comisión de otorgar o negar una licencia de obra huérfana tendría muy poca probabilidad de éxito.

35. Véase De Beer and Bouchard, 2009:7-8(E), 8(F).

Originalmente, la Ley incluía una licencia obligatoria que permitía a cualquiera grabar una nueva versión (un cover) de una obra musical que ya se hubiese grabado. Esa licencia obligatoria fue derogada en 1989. Sin embargo, los sellos discográficos canadienses continuaron actuando como si la licencia existiera. Las regalías sobre las reproducciones fonomecánicas no fueron pagadas en una variedad de situaciones, incluyendo no saber quién escribió la canción o quién era titular de los derechos. Esto resultó en asientos en libros, algunas veces denominados listas de pendientes, que documentaban obras que los sellos habían reproducido en fonogramas sin pagar las regalías. Para 2008, se pensaba que las cantidades involucradas eran decenas de millones de dólares.

Ese año, la sucesión del músico de jazz Chet Baker presentó una acción colectiva de clase por las violaciones de derecho de autor documentadas en la lista de pendientes de Canadá³⁷. En 2011, los tribunales de Ontario aprobaron una transacción en esta causa, que finalizaba los términos de uso de todas las grabaciones sacadas al mercado para finales de 2012 y establecía un proceso de otorgamiento de licencias más sólido, sofisticado y transparente para

todas las grabaciones hechas después de esa fecha. La existencia del régimen de obras huérfanas canadiense y la capacidad de la Comisión para hacerse cargo del otorgamiento de licencias masivas jugaron un papel significativo en este aspecto.

De conformidad con la transacción, una sola entidad de gestión colectiva, CMRRA-SODRAC Inc. (CSI), administrará el programa³⁸. Los sellos discográficos pagarán regalías a CSI por todas las grabaciones, salvo si los titulares de derechos negaran su permiso, si el sello obtiene una licencia de otra forma o si la obra está en el dominio público. CSI está a cargo de confrontar las grabaciones con los titulares de derechos sobre la obra musical grabada; las grabaciones sin titular serán publicadas en una base de datos pública. Si como resultado de dicha confrontación se logra una correspondencia, se pagarán las regalías a los titulares de derecho. Si no, CSI solicitará licencias para obras huérfanas actuando como representante de los sellos discográficos.

La Comisión y CSI actualmente discuten un protocolo que especificará cómo se realizarán las solicitudes, cómo se otorgarán las licencias y cuáles serán los términos estándar. Las regalías que no puedan distribuirse

36. Véase v. g. *Re Canadian Institute for Historical Microreproductions*, (18 September 1996), 1993-UO/TI-5, <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/27-b.pdf>

37. *Baker (Estate) v. Sony BMG Music (Canada) Inc. et al.* CV-080036065100 CP (Ontario Superior Court of Justice).

38. CSI es una creación de las dos sociedades canadienses de gestión colectiva que abordan la reproducción de obras musicales en fonogramas: SODRAC y CMRRA.

se mantendrán en un fideicomiso. Se espera que para optimizar el proceso, el protocolo establezca por adelantado tantos parámetros como sea posible para la solicitud que se está presentando. Estos parámetros no pueden ser obligatorios; como se explicó anteriormente, la Comisión no puede limitar su discrecionalidad a tramitar solicitudes individuales. De todas maneras, los parámetros facilitarán considerablemente la investigación, el análisis y el proceso de toma de decisiones. El protocolo determinará cuáles son las expectativas de la Comisión en asuntos como usos previstos, tipos de obras involucradas, esfuerzos de búsqueda esperados, formulario de las solicitudes, términos propuestos de licencia y formas de pago. Disposiciones específicas podrían identificar fuentes de referencia a utilizarse para ubicar al titular de derecho de autor, establecer qué notificaciones se enviarán o publicarán y permitir a los titulares de derecho de autor que aparezcan poner fin a la licencia.

El protocolo, una vez finalizado, probablemente se aplicará como sigue. El personal de la Comisión revisará exhaustivamente las primeras solicitudes para asegurarse de que las presunciones reflejadas en el protocolo sean razonables. Una vez revisadas, las solicitudes serán sometidas a un panel que decidirá si la licencia debe otorgarse o no, y en qué términos. El protocolo será modificado según las necesidades. En el tiempo, la

revisión de las solicitudes subsiguientes será menos rigurosa a medida que la Comisión desarrolle confianza en que las búsquedas individuales de CSI son suficientemente confiables. Un proceso de auditoría permitirá a la Comisión un nivel de satisfacción y de confiabilidad. A medida que el equipo de búsquedas de CSI desarrolle experiencia, el proceso se volverá algo menos exigente.

De acuerdo con los párrafos precedentes, el hecho de que una autoridad pública esté involucrada en el proceso de autorización de solicitudes antes de que se use una obra huérfana, más que ser una carga puede demostrar ser una razón práctica clave para favorecer un régimen de control previo de obras huérfanas para el otorgamiento de licencias masivas, siempre que tal autoridad pueda tomar medidas administrativas para facilitar dicho otorgamiento de licencias. El que no se involucre una autoridad pública, característica inherente al régimen de control posterior, podría imposibilitar esa facilitación.

ARTICULACIÓN DE RÉGIMENES DE OBRAS HUÉRFANAS Y CONCESIÓN DE LICENCIAS COLECTIVAS AMPLIADAS: ¿EL CAMINO A SEGUIR?³⁹

Ya debería estar claro que los regímenes de obras huérfanas no ofrecen una solución mágica a los problemas de concesión de licencias en masa. Los regímenes de

39. Véase Axhamn and Guibault, 2011; Bouchard, 2011(2); Riis and Schovsbo, 2010; van Gompel and Hugenholtz, 2010.

control previo parecen más adaptables, pero aún requieren esfuerzos considerables de los usuarios. Puede que los legisladores necesiten considerar otras soluciones si desean permitir el uso de vastas cantidades de obras con poco o ningún esfuerzo por parte de los usuarios. Una solución, el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas, es especialmente útil cuando los titulares de derechos de autor y los usuarios acuerdan minimizar las barreras a los usos masivos asociados con la dificultad de acceder al repertorio completo.

Una licencia colectiva ampliada es un acuerdo de licencia libremente negociado entre una sociedad de gestión colectiva y un usuario, cuya aplicación se amplía para permitir el uso de obras de titulares de derechos que no son miembros de la sociedad. Dicha licencia se genera en el mercado y es voluntaria: debe existir un acuerdo entre una sociedad y los usuarios antes de que la ampliación del repertorio sea autorizada, generalmente, por una autoridad pública. La ampliación solo se permitirá si se declara que la sociedad representa a una parte sustancial del repertorio relevante sin la ampliación.

Las licencias colectivas ampliadas se originaron en los países nórdicos. Existen mecanismos similares en varias jurisdicciones⁴⁰. Algunas sociedades colectivas

canadienses han practicado el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas de forma contractual por décadas⁴¹.

El otorgamiento de licencias colectivas ampliadas ofrece varias ventajas: puede ser idóneo para la digitalización de grandes volúmenes de obras, siempre que la sociedad de gestión colectiva tenga un mandato para autorizar masivamente los usos relevantes del repertorio correspondiente; su utilidad aumenta a medida que se incrementa el número de usos y disminuye el valor de cada uso; puede ayudar a reducir o eliminar algunos costos de transacción asociados con las licencias individuales o el ejercicio de la debida diligencia en las búsquedas; y desplaza el costo de encontrar a los titulares faltantes de los usuarios, quienes con frecuencia están mal equipados para realizar esas búsquedas, a una sociedad de gestión colectiva que ya está encargada de adjudicar regalías entre sus miembros en circunstancias en las que a veces es difícil determinar quién es el titular legítimo.

El Reino Unido puede ser la primera jurisdicción con herramientas legislativas para permitir la articulación de un régimen de control previo de obras huérfanas con el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas, y para posiblemente lograr lo mejor de los dos mundos. La Enterprise

40. Malawi, Zimbabue, República Checa, Hungría, Letonia y Ucrania, entre otros.

41. Bouchard, 2011(2):448. Arreglos contractuales similares existen en los Países Bajos (*Pictorights*) y en Alemania (*Bild-Kunst*): *ibíd.*

and Regulatory Reform Act de 2013 le otorga al Secretario de Estado la potestad de introducir ambos regímenes mediante reglamentos⁴². El Reglamento aún está bajo consideración. Una ficha técnica publicada en agosto de 2013 por la Intellectual Property Office establece lo que se esperaba para ese momento que fueran las principales características de los regímenes⁴³.

Por otra parte, una autoridad independiente nombrada por el gobierno otorgará licencias no exclusivas sobre las obras huérfanas; es muy posible que esa autoridad sea un ente público, pero nada impediría al Secretario de Estado nombrar a una sociedad de gestión colectiva para este propósito. Resta por determinar el papel que se le vaya a asignar a estas sociedades. Se exigirá una búsqueda diligente: el Reglamento y otras directrices podrán establecer qué es una búsqueda diligente en diferentes sectores. Puede ser necesaria una búsqueda amplia, especialmente si el titular de derecho de autor es extranjero. El organismo que autorice verificará la búsqueda antes de otorgar la licencia, mantendrá un registro de las obras sujetas a una búsqueda diligente y de aquellas sobre las cuales se han otorgado licencias. Se tendrán en cuenta los derechos morales antes de tomar la decisión. Se acreditará la autoría cuando sea

posible. Las licencias serán para usos específicos y obras específicas. Se impondrá una tasa de licencia, pagadera por adelantado. La tasa quedará en manos del organismo que autorice pagar a los titulares que aparezcan. Aparentemente, es posible que el Reglamento establezca que los titulares de derechos tienen la potestad de terminar la licencia⁴⁴. Queda por verse si este es el caso y en qué medida: aquellos que inviertan en usar una obra huérfana no dudarán en insistir tener algún nivel de certidumbre de que podrán usar la obra por cierto tiempo.

Por su parte, se permitirá a las sociedades de gestión colectiva solicitar la operación voluntaria de esquemas de otorgamiento de licencias colectivas ampliadas cuando no sea posible acudir a opciones como la autorización directa de los titulares de derechos. Se le exigirá a la sociedad demostrar que ya representa a un número significativo de titulares de derechos relevantes o demostrar el respaldo de la solicitud por sus miembros. La sociedad designada podrá autorizar el uso de todas las obras dentro del ámbito de una autorización, salvo cuando los titulares de derechos decidan excluirse del esquema. Luego se cobrará la remuneración para todos los titulares de derechos para cualquier uso de las obras bajo el esquema.

42. Copyright, Designs and Patents Act 1988, ss. 116A to 116D.

43. <http://www.ipo.gov.uk/orphanworks-licensing.pdf>

44. "El reglamento deberá establecer las circunstancias en las que una autorización para otorgar licencias deba ser retirada, y para determinar los derechos y obligaciones de cualquier persona si una autorización es retirada". Sección 116C(5) de la *Enterprise and Regulatory Reform Act*.

Queda sin saberse de manera precisa cómo se armonizarán ambos regímenes. De acuerdo con la ficha técnica, el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas no se “usará para el otorgamiento de licencias masivas de obras huérfanas, porque hasta que se realice una búsqueda diligente no estará clara la medida en la que el otorgamiento de licencias colectivas ampliadas ayudará a reducir el número de asuntos de obras huérfanas hasta que se publique el Reglamento.

CONCLUSIÓN

Existen muchos mitos sobre los regímenes de obras huérfanas. El otorgamiento de licencias bajo el régimen de control previo, como en Canadá, puede ser más engorroso que el control judicial del régimen de control posterior, como en la UE, pero no mucho. Los regímenes de control previo son teóricamente mucho más seguros que los de control posterior, pero en términos prácticos no. Los regímenes de control previo pueden adaptarse al otorgamiento de licencias masivas, como está en proceso de probarlo la Comisión canadiense.

Es fácil concluir que el régimen canadiense es un fracaso si uno solo mira la superficie: el número de solicitudes sigue siendo muy pequeño y el monto total de regalías es insignificante. Pero esa conclusión puede ser, precisamente, superficial. El régimen tiene el mérito de existir. Probablemente su existencia puede ser

un estímulo para cumplir con el derecho de autor. Como lo demuestra el ejemplo de la lista de pendientes, puede incluso demostrar ser valioso para lograr el cumplimiento de las leyes de derecho de autor en mercados donde ese incumplimiento puede ser impráctico, ineficiente e incluso impensable anteriormente.

Los regímenes de obras huérfanas no son una panacea. Parecen más idóneos para la previa autorización de usos extensos de alto costo. El otorgamiento de licencias colectivas ampliadas parece más idóneo cuando el objeto es la digitalización en masa de colecciones del patrimonio. Al respecto será instructivo el éxito relativo de la Directiva de la UE y de la legislación del Reino Unido en lograr sus fines previstos.

En este como en otros asuntos, siempre es preferible definir claramente el problema a tratar y los resultados a lograrse antes de buscar una solución. De lo contrario, es alto el riesgo de terminar con una solución en búsqueda de un problema.

BIBLIOGRAFÍA

Johan AXHAMN and Lucie GUIBAULT
2011, Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe’s cultural heritage? Final report prepared for European Connect Universiteit van Amsterdam, electronic version available at <http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/>

- ECL_Europeana_final_report092011.pdf
- Mario BOUCHARD 2010(1), *Le régime canadien des titulaires de droits d'auteur introuvable*, 22 *Cahiers de propriété intellectuelle*, 483-511.
- Mario BOUCHARD 2010(2), *An Essai on Monetizing Copyright over the Internet*, 11 *Internet and E-Commerce Law in Canada* 45-52.
- Mario BOUCHARD 2011(1), *The Canadian Unlocatable Copyright Owners Regime*", in ALAI (ed.), *Copyright Board of Canada - Bridging Law and Economics for 20 Years*, Montreal, Carswell, 137-162.
- Mario BOUCHARD 2011(2), *Extended Collective Rights Management as a Possible Solution to Current Copyright Dilemmas*, in *Competences in Culture*, Expert Conference of the Polish Presidency, July 18-20, 2011, Post Conference Publication 446-449.
- Jeremy DE BEER & Mario BOUCHARD 2009, *Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Copyright Owners and the Copyright Board*, <http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/2010-11-19-newstudy.pdf> (English); *Le régime canadien des «œuvres orphelines» : les titulaires de droit d'auteur introuvables et la Commission du droit d'auteur*, <http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/2010-11-19-nouvelletude.pdf> (français).
- Jeremy DE BEER & Mario BOUCHARD 2010, *Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Copyright Owners and the Copyright Board*, 10(2) *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 215-254.
- Economic Council of Canada 1971, *Report on Intellectual and Industrial Property*, Ottawa, Information Canada.
- Thomas RIIS and Jens SCHOVSSBO 2010, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?* 33 *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 33 471, electronic versions available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535230.
- Eleonora ROSATI 2013(1), *The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand* *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 303-310.
- Eleonora ROSATI 2013(2), *The Orphan Works Provisions of the ERR Act: are they Compatible with UK and EU Laws?* *European Intellectual Property Review* (forthcoming), abstract available at <http://ssrn.com/abstract=2323393>.
- Stef VAN GOMPEL and P.B. HUGENHOLTZ 2010, *The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve It*, *Popular Communication: The International Journal of Media and Culture*, Vol. 8, No. 1, 61-71, electronic version available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986876.

La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía. Una perspectiva internacional

SOFÍA RODRÍGUEZ MORENO *

CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La obra huérfana es una obra protegida por el derecho de autor¹, respecto de la cual es imposible identificar o localizar al autor o al titular de derechos². Se trata, por lo tanto, de una creación intelectual original en el campo literario, científico y artístico, susceptible de ser divulgada

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. LL. M. en Derecho Comercial de la University of Pennsylvania, Law School (Filadelfia, Estados Unidos). LL. M. en Propiedad Intelectual de la Universidad de Turín-WIPO-ILLO. Especialista en Derechos de Autor, Propiedad Industrial y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a doctora en Derecho Privado de la Universidad de Pavia (Italia). Abogada en Colombia e Italia.

1. El problema de las obras huérfanas no se limita a las obras protegidas por el derecho de autor sino que comprende además las prestaciones intelectuales amparadas por los derechos conexos. La doctrina, los documentos oficiales y los estudios realizados por instituciones internacionales sobre la materia utilizan indistintamente la expresión “obra huérfana” para referirse, tanto a las obras protegidas por el derecho de autor como a las prestaciones intelectuales tuteladas por los derechos conexos; el presente trabajo sigue dicha orientación. Véanse, entre otros, IVIR. Axhamn, J., Guibault, L. (2011, p. 162). *Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy*. Recuperado de http://www.ivir.nl/publications/other/IVIR_Recast_Final_Report_2006.pdf. VAN GOMPEL, S. Van. (2007, p. 3); *Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?*. 2007. Disponible en: http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/IIC_2007_6_orphan_works.pdf. P.3. CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE CSPLA, COMMISSION SUR LES ŒUVRES ORPHELINES. (2008, p. 9); VAN EECHOU, M. van. (2009, p. 264); VUOPALA, A. (2010, p. 11); SAPP, C. (2011, p. 271); KEA EUROPEAN AFFAIRS. (2011).
2. Esta definición de obra huérfana, que se centra en la identificación y localización del autor y de los derechohabientes, es generalmente compartida por la doctrina. Véanse, entre otros: HUANG, O. (2006, p. 265 ss.); LANG, B. (2010-11(55), p. 116); HANSEN, D. (2011, pp. 1-4)..

En Estados Unidos la definición más común de obra huérfana es la propuesta por la *U. S. Copyright Office*, de conformidad con la cual: “[O]rphan works’ [is] a term used to describe the situation where the owner of a copyrighted work cannot be identified and located by someone who wishes to make use of the work in a manner that requires permission of the copyright owner”. Véase REGISTER OF COPYRIGHTS. (2006, p. 1). La primera vez que fue usada la expresión “obra huérfana” para identificar las obras protegidas por el derecho de autor respecto a las cuales no pueden identificarse o localizarse los titulares de derechos fue en 1999. Véase:

o reproducida en cualquier forma³. Al autor de una obra huérfana, como generalmente ocurre con todas las obras protegidas por el derecho de autor, le son reconocidos derechos de carácter patrimonial y moral a partir del acto de creación y en virtud de su esfuerzo intelectual. Tales derechos permiten al autor, entre otros aspectos, controlar la utilización económica de su obra, autorizando o impidiendo determinados actos en relación con esta, tales como su reproducción, la distribución de ejemplares, la interpretación o ejecución pública, la radiodifusión o comunicación al público, la traducción o adaptación. Ahora bien, en el caso de las obras huérfanas, el autor no puede ser ubicado y, por lo tanto, no es posible obtener su autorización para poder llevar a cabo una de estas actividades.

Hemos dicho que se considera huérfana la obra respecto de la cual no es posible saber quiénes son los actuales titulares de derechos, o cuando sabiéndolo estos no son localizables. En el primer caso, aunque el autor resulta identificable no se puede establecer quién sea el actual derechohabiente que pueda autorizar la utilización de la obra. En el segundo caso, en cambio, el derechohabiente resulta identificable, pero no puede ser ubicado por falta de información o porque la información existente sobre dicha persona no ha sido actualizada⁴.

LOREN, L. (2012, pp. 5-8). Loren critica la metáfora de la orfandad de las obras y sugiere en cambio denominarlas "*hostage works*" (obras rehenes).

Antes de la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas no existía una definición armónica de la expresión "obra huérfana" en la Unión Europea, ya que eran pocas las legislaciones que habían regulado la materia. Véase VUOPALA, A. (2010, p. 11). Actualmente, el artículo 2 de la Directiva señala que: "Se considerará que una obra o un fonograma son obras huérfanas si ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos debidamente registrada con arreglo al artículo 3".

3. Artículo 2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

4. Véase: KHONG, D. W. K. (2007, pp. 5 ss.), VUOPALA, A. (2010, pp. 11 ss.).

RESUMEN

El propósito de este documento es realizar una aproximación al problema de las obras huérfanas en el campo de la música y la fotografía, y analizar en modo sucinto algunas de las soluciones de *iure condito* y de *iure condendo* que han sido formuladas a nivel internacional. El escrito comienza por abordar la definición de obra huérfana. Seguidamente explora las causas de "orfandad" y la importancia del problema en el campo de la música y la fotografía. Finalmente, examina sucintamente la licencia colectiva ampliada y la licencia otorgada por un ente público; la Directiva Europea sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas; las propuestas estadounidenses sobre la limitación de la responsabilidad del infractor y la iniciativa orientada a reintroducir las formalidades en materia de derecho de autor.

Por otro lado, a fin de delimitar el concepto de obra huérfana que consideramos en el presente escrito, es conveniente hacer una distinción entre obras huérfanas y otras categorías de obras tuteladas por el derecho de autor, con las cuales aquellas podrían confundirse. Tal es el caso de la (i) obra en dominio público, (ii) la obra anónima, (iii) la obra inédita y (iv) la obra agotada.

Hemos recordado que los derechos reconocidos al creador son de tipo moral y patrimonial. Si bien los derechos morales son generalmente imprescriptibles, los derechos patrimoniales en cambio se caracterizan por ser limitados en el tiempo⁵. Una vez transcurrido el periodo de duración de tales derechos, la obra pasa al dominio público⁶. Desde este punto de vista, las obras huérfanas no hacen parte del dominio público pues el plazo de duración de los correspondientes derechos exclusivos no se ha agotado y la imposibilidad de encontrar al autor (o a sus derechohabientes) no comporta un agotamiento anticipado del término de duración de tales derechos de explotación económica⁷.

En segundo lugar, las obras huérfanas no son necesariamente anónimas; la condición de anónima de una obra generalmente presupone la voluntad del autor de que no sea mencionado su nombre, lo cual no significa que su identidad sea desconocida para todos⁸. El autor de una obra anónima mantiene la facultad de revelar su identidad en cualquier momento. Tal voluntad de permanecer en el anonimato no siempre caracteriza las obras huérfanas.

Mientras la obra sea anónima el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra es considerado representante del autor y, en consecuencia, se encuentra legitimado para defender y hacer valer los derechos de este⁹. Ahora bien, también en las obras anónimas puede ocurrir que el autor no pueda ser identificado o localizado. En este caso la obra, además de anónima, podría considerarse huérfana.

5. El art. 2 del Convenio de Berna establece que la protección a los autores se extenderá durante su vida y cincuenta años después de su muerte. Dicho plazo es generalmente considerado razonable y equitativo para favorecer al autor y sus descendientes, y permitir el acceso de la sociedad a las creaciones culturales. Un plazo similar es contemplado en el art. 18 de la Decisión 351 de 1993. En cambio, el art. 11 de la Ley 23 de 1982 de Colombia señala un plazo de protección mayor correspondiente a la vida del autor y ochenta años más.

6. La noción de dominio público no guarda relación con el concepto de bienes de uso público. Su significado se basa precisamente en la naturaleza temporal de los derechos patrimoniales de autor. Véase RENGIFO, E. (1997, p. 193).

7. DUSOLIER, S. (2011, p. 95).

8. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (1980).

9. Art. 15.3 Convenio de Berna. Véase así mismo el art. 25 de la Ley 23 de 1982 de Colombia.

En tercer lugar, la obra huérfana se diferencia de la obra inédita. El autor tiene el derecho de divulgar su obra o de no darla a conocer al público¹⁰. Si la situación fuera esta última, después de su muerte la obra puede ser publicada por sus herederos a menos que el autor haya dispuesto en su testamento que la obra no sea divulgada luego de su muerte¹¹. Puede ocurrir que con el paso del tiempo la información que permite identificar y localizar al autor o sus derechohabientes se pierda, sobre todo cuando la obra inédita constituye un único ejemplar. En tal situación, la obra inédita podrá considerarse, además, huérfana.

Finalmente, las obras huérfanas pueden diferir de las obras agotadas. Las obras que se encuentran agotadas normalmente no están disponibles para la venta, sin embargo, los titulares de derechos resultan identificables¹². En el caso de las obras huérfanas, en cambio, los derechohabientes no son identificables o localizables, independientemente del hecho de que la obra se encuentre en el mercado. En consecuencia, muchas obras huérfanas pueden constituir obras agotadas, pero no todas las obras agotadas deben considerarse huérfanas, sino solo aquellas respecto a las cuales los titulares de derechos aunque resulten identificables, no sean localizables¹³.

Teniendo en cuenta la definición antes planteada de obra huérfana, el propósito de este documento es realizar una aproximación al problema de las obras huérfanas en el campo de la música y la fotografía, y analizar en modo sucinto algunas de las soluciones *de iure condito* y *de iure condendo* que han sido formuladas a nivel internacional. Vale anotar que este trabajo no pretende abordar todas las soluciones que han sido propuestas en los diversos ordenamientos sino solamente aquellas que resultan más relevantes y actuales respecto al tema que nos ocupa.

10. En el ordenamiento colombiano este es un derecho moral perpetuo, inalienable e irrenunciable de conformidad con el art. 30 Ley 23 de 1982. En el ámbito de la Comunidad Andina véase el art. 11 de la Decisión 351 de 1993.

11. Así lo dispone, por ejemplo, el art. 30 de la Ley 23 de 1982 de Colombia.

12. En el informe final de la iniciativa *i2010 Digital Libraries*, el Copyright Subgroup propuso la siguiente definición de obra agotada: "A work which is "out-of-print" means that the right holder concerned has declared it not to be commercially available". Véase *i2010 Digital Libraries*. High Level Expert Group – Copyright Subgroup. (2008, p. 17).

13. LÜDER señala cómo, también para los editores las obras agotadas y las obras huérfanas son cosas distintas. Véase LÜDER, T. (2010, pp. 678 ss.). En la Unión Europea las obras huérfanas y las obras agotadas han tenido un tratamiento separado en los proyectos de digitalización, véanse al respecto, *i2010 Digital Libraries*. High Level Expert Group – Copyright Subgroup. (2008, p. 17); HANSEN, D. (2011, p. 5). Las obras agotadas han sido excluidas del ámbito de aplicación de la reciente Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, véase, por ejemplo, el considerando 4 de la Directiva.

LAS CAUSAS DE ORFANDAD

Para comprender el problema de las obras huérfanas es necesario evaluar las causas o factores inherentes al sistema de derecho de autor que parecen aumentar la probabilidad de que un autor o titular de derechos no pueda ser identificado o localizado o que dificultan el proceso de búsqueda e identificación.

Una primera causa parece tener origen en uno de los grandes principios del derecho de autor: el de la protección ausente de formalidades. El derecho de autor nace a partir del acto de creación intelectual, ningún tipo de formalidad es por lo tanto exigible¹⁴.

Este principio, resultado de una evolución normativa compartida a nivel internacional, ha determinado la superación de un sistema de carácter medieval¹⁵. Dicho resultado parece aumentar el riesgo de que una obra se convierta en huérfana. En efecto, sin la obligación de registrar las obras protegidas por el derecho de autor en un sistema central de fácil acceso y consulta, es probable que los datos sobre la identidad de los autores (y sus derechohabientes) se pierdan, no puedan encontrarse ni mucho menos actualizarse¹⁶. Este riesgo, por otra parte, no se elimina mediante los sistemas de registro declarativo de los derechos de autor que no tienen la capacidad de ofrecer una visión global de las obras protegidas, como ocurre en cambio en otras disciplinas, con los registros existentes en materia de marcas o patentes¹⁷.

Una segunda causa podría derivarse de la coexistencia de derechos en una misma obra. Por regla general se identifica a un autor con su obra, sin embargo, la producción de esta puede haber involucrado la contribución de diversos sujetos, la cual resulta protegida. Tal es el caso de la obra en colaboración, que es producida conjuntamente por dos o más creadores cuyos aportes no pueden separarse¹⁸.

14. Art. 5.3 del Convenio de Berna. Arts. 52 y 60 de la Decisión 351 de 1993 y art. 9 de la Ley 23 de 1982.

15. Sobre el tema véase GOMPEL, S. van. (2010, pp. 169 ss.).

16. LÜDER, Tilman. *Ob. cit.* Pp. 4 ss. HANSEN, D. (2012, p. 5 ss.). Un doctrinante ha señalado que resulta una ironía establecer que el término de protección de las obras sea determinado con base en la vida del autor, si no existe un registro actualizado que pueda indicar si los autores están vivos o muertos, véase, KOMAN, R. (2004).

17. UBERTAZZI, L. C. (1994, p. 210).

18. Véase el art. 8 de la Ley 23 de 1982 de Colombia.

Así ocurre, por ejemplo, con las obras musicales, en las que existe un autor de la letra y otro de la música. Igual sucede en el campo de la fotografía cuando la obra constituye el resultado unitario de la colaboración de varios autores¹⁹. En tales casos la utilización de la obra requiere la autorización de cada uno de sus creadores. Ahora bien, la búsqueda e identificación de cada uno de los diversos titulares de derechos para llevar a cabo una utilización económica de la obra puede ser una tarea compleja y costosa, principalmente en materia de obras del pasado que aún no pertenecen al dominio público. Esto puede conducir a que tales creaciones no sean utilizadas a pesar del valor potencial que tal uso podría generar²⁰.

Una ulterior regla que puede complicar la operación de búsqueda de los titulares de derechos es aquella que permite la transmisión del derecho de autor *inter vivos* y *mortis causa*.

Con el paso del tiempo, determinar en quién recae la titularidad de los derechos se hace más difícil debido a que su transferencia no en todos los países debe efectuarse por escrito o ser obligatoriamente inscrita en un registro²¹.

Además, después de la muerte del autor y de la correspondiente sucesión hereditaria, no siempre existen instrumentos simples que permitan acceder a la información sobre la herencia u obtener datos de los herederos²². Adicionalmente, si el titular de derechos es una persona jurídica, el ente puede ser objeto de diversos eventos que aumentan ulteriormente las posibilidades de que una obra se convierta en huérfana. Así por ejemplo, pueden presentarse fusiones, escisiones, fenómenos de quiebra o liquidación, que dificultan la búsqueda del actual titular de derechos²³.

19. Sobre el tema véase BONDÍA ROMÁN, F. (2006, p. 9 ss.).

20. Lo que una parte de la doctrina denomina “*the tragedy of the anticommons*”. Véase, por ejemplo, BUCHANAN, J., y YOON, Y. (2000, p. 1 ss.). Esto parece además contrario a la reciente cultura del remix y de las reutilizaciones que facilita la tecnología. Sobre el punto, véase LESSIG, L. (2009).

21. En el caso colombiano (art. 183 de la Ley 23 de 1982) y en gran parte de las legislaciones iberoamericanas, la cesión de derechos patrimoniales de autor es un negocio jurídico solemne.

22. REGISTER OF COPYRIGHTS. (2006, p. 28); LÜDER. (2010, p. 680).

23. REGISTER OF COPYRIGHTS. (2006, p. 26 ss.); LÜDER. (2010, p. 681).

Una última causa parece encontrarse en el aumento de la duración de los derechos patrimoniales de autor²⁴. La ampliación del plazo de protección incrementa el número de obras protegidas y, en consecuencia, el número de obras en riesgo de convertirse en huérfanas. En efecto, con el transcurso del tiempo no solo es más probable que la información sobre el autor o sus derechohabientes se pierda o no sea actualizada²⁵, sino que aumente el número de titulares y se intensifique la fragmentación de los derechos²⁶.

EL PROBLEMA DE LAS OBRAS HUÉRFANAS

Normalmente la utilización de obras protegidas por el derecho de autor, requiere la autorización de su titular²⁷. Si el autor o sus derechohabientes no pueden ser identificados o no resultan localizables, la persona o el ente que desee utilizar la obra enfrentará un dilema: usar la obra con la consiguiente violación de los derechos de autor o bien, no usarla²⁸. Esta última alternativa impide una utilización que puede ser productiva y beneficiosa para el autor y para el público, principalmente cuando el titular del derecho, de haber sido localizado, no se habría opuesto a tal utilización²⁹.

Dicho problema no es nuevo³⁰, sin embargo, temas como la facilidad de convertir las obras de formato analógico al formato digital; la posibilidad de crear obras derivadas; las nuevas oportunidades para la reutilización y explotación de las obras existentes a través de proyectos de digitalización masiva de obras sin fines de lucro por parte de bibliotecas y archivos digitales o mediante nuevos modelos de negocios; al igual que los bajos costos de producción y difusión de contenidos digitales y los beneficios que

24. BARD, R. y KURLANTZICK, L. (1999, p. 59).

25. HUANG, O. (2006, p. 270).

26. IVIR, *Op. cit.* p.165 ; GOMPEL. (2007, p. 7).

27. Excepcionalmente, si tal utilización se halla dentro de ciertos casos especiales, determinados por la ley a través de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, la utilización de obras protegidas no requiere la autorización del autor, véase RODRÍGUEZ MORENO, S. (2004, pp. 65-66).

28. A menos que se trate de un beneficiario de una limitación o excepción al derecho de autor, véase al respecto la nota anterior.

29. GOMPEL, S. van. *Ob. cit.* P. 1.

30. La legislación del Imperio Otomano en 1910 contenía una norma en materia de obras huérfanas, que establecía que las obras cuyos autores hubiesen muerto sin dejar herederos no podían ser publicadas, reproducidas o traducidas, véase BIRNHACK, M. D. (2012, p. 6 ss.).

esto puede traer para la expansión del conocimiento y el desarrollo económico, han acentuado en los últimos años la importancia del problema de las obras huérfanas³¹.

Los estudios realizados por instituciones internacionales, al igual que la doctrina, han señalado que la intensidad del problema de las obras huérfanas varía según el tipo de obra protegida³². En el campo de la música la existencia de los mecanismos de gestión colectiva permite, por regla general, identificar los titulares de derechos y localizarlos³³. Esto ocurre principalmente en el ámbito de la música comercial, puesto que normalmente los titulares de derechos están afiliados a sociedades de gestión colectiva. No sucede lo mismo con las obras de creadores de obras musicales que no pertenecen a dichas sociedades, con obras musicales muy antiguas que aún se encuentran protegidas por el derecho de autor o con obras musicales de pequeñas casas de producción, o de casas de producción que han sido liquidadas y cuyos productos no se encuentran actualmente en el mercado³⁴.

En el Reino Unido se ha estimado que podría existir entre un 5 y un 10% de grabaciones sonoras huérfanas³⁵. La *British Library* ha señalado que un 40% de su catálogo está constituido por obras huérfanas, lo que incluye libros, fotografías y grabaciones sonoras³⁶. Recientemente, el proyecto de digitalización masiva de alrededor de 45.000 grabaciones sonoras llevado a cabo en ese Estado, denominado *Archival Sound Recording Project*, puso a disposición del público en Internet un 80% de materiales respecto

31. GINSBURG, J. (2009, p. 14); LES ARCHIVES FRANÇAISES DU FILM. (s. f.); COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (2005, p. 5 ss.); COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. (2010, pp. 2, 8 ss).

32. Sobre el tema, véanse: GINSBURG, Jane. Op. cit. P.12. VETULANI, Agnieszka. *The Problem of Orphan Works in the EU, an Overview of Legislative Solutions and Main Actions in this Field*. European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information. 2008. Consultable en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/report_orphan_v2.pdf. P 7.

33. COMMISSION STAFF WORKING PAPER. Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works. SEC (2011) 615 final. Consultable en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/orphan-works/impact-assessment_en.pdf. P 12. Así lo corrobora además el informe preparado por CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE CSPLA, Ob. cit. P 13.

34. VUOPALA, Anna. Op. cit., 33.

35. UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, IPO. *Orphan Works. Impact Assessment, IA. No.: BIS 1063*. 2012. Consultable en: <http://www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf>. P 11.

36. BRITISH LIBRARY. 2009. "Copyright- what is the future for education and research?". En: *Press and Policy, Press Releases*. London. Consultable en: <http://pressandpolicy.bl.uk/Press-Releases/Copyright-what-is-the-future-for-education-and-research-2bb.aspx>

a los cuales fueron efectuadas búsquedas de los titulares de derechos, que resultaron infructuosas en muchos casos. En cuanto a la utilización de obras huérfanas se decidió conservar la documentación relativa a las búsquedas de los titulares y asumir el riesgo legal de una eventual demanda por la violación de derechos de autor³⁷.

En el ámbito de la fotografía, el número de obras huérfanas es bastante elevado. En el Reino Unido se ha estimado que los titulares de derechos del 90% del total de las colecciones de fotografías existentes en los museos no pueden ser identificados³⁸.

La dificultad para identificar el titular de derechos en el campo de la fotografía es, a menudo, debida a la frecuente inclusión de fotografías en otras obras, así como a su difusión sin autorización o con la simple mención de “derechos reservados”, sin ninguna indicación del autor³⁹. Adicionalmente, en muchos países existe una distinción entre la protección otorgada a la obra fotográfica que tiene originalidad y la acordada a las meras fotografías⁴⁰. En el primer caso la protección es otorgada mediante el derecho de autor, con un mayor plazo de duración respecto a la tutela acordada a través de los derechos afines a las meras fotografías. En Europa, las bibliotecas, archivos y museos han manifestado que en muchas situaciones no cuentan con los mecanismos para evaluar si una imagen constituye una obra fotográfica o una mera fotografía, determinar el plazo de protección respectivo o establecer si se encuentran en el dominio público. En consecuencia, prefieren considerarlas protegidas y en muchos casos, debido a la falta de información sobre los titulares de derechos, estimarlas huérfanas⁴¹. Solo algunas de estas obras son usadas en procesos de digitalización y en proyectos de acceso a Internet con avisos específicos dirigidos a los titulares de derechos que puedan presentarse, o bien utilizadas por los usuarios que lo solicitan y que asumen la tarea de obtener las autorizaciones del caso⁴².

37. VUOPALA, Anna. *Op. cit.*, 35.

38. HM TREASURY. *Gowers Review of Intellectual Property*. Final Report. 2006. Consultable en: <http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>. P. 73.

39. Véanse CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE CSPLA, *Ob. cit.* P. 14. REGISTER OF COPYRIGHTS. *Report on Orphan Works*. *Ob. cit.* Pp. 24-25. En materia de obras fotográficas, en Colombia el artículo 89 de la Ley 23 de 1982 señala que toda copia o reproducción de la fotografía que tenga mérito artístico para ser protegida por dicha ley, llevará impresos de modo visible el nombre de su autor y el año de su realización.

40. Así ocurre por ejemplo en España, sobre el tema véase BONDÍA ROMÁN, Fernando. *Ob. cit.* Pp. 1 ss.. Igual sucede en Italia, véase AUTERI, Paolo. 2009. “Diritto di autore”, en AA.VV. *Diritto industriale*. Torino. Giappichelli. Pp. 548 ss.

41. VUOPALA, Anna. *Op. cit.* P. 32.

42. VUOPALA, Anna. *Op. cit.* P. 29.

Con respecto a la complejidad y a los costos involucrados en el procedimiento de búsqueda e identificación del autor o del actual titular de derechos, a fin de obtener la autorización para utilizar una obra protegida (también llamado en inglés *right clearance*), un estudio reciente demostró que para un gran proyecto de digitalización de 500.000 fotografías y 5.000 películas llevado a cabo en los Países Bajos, fue estimado un costo total de 625.000 euros para obtener las autorizaciones de los titulares de derechos y una duración del proceso de cuatro años⁴³. En el Reino Unido se ha calculado que el proceso de *right clearance* de una grabación sonora puede requerir una hora con un costo de 12,76 libras esterlinas, mientras que el de una fotografía puede requerir 3,5 horas con un costo de 12,76 libras esterlinas por foto⁴⁴.

El procedimiento orientado a obtener la autorización del titular de derechos, además de resultar complejo y en muchos casos oneroso, puede ser frustrante para un porcentaje significativo de obras. A pesar de la inversión de tiempo y recursos, muchas veces no es posible identificar o ubicar al autor de la obra o a sus derechohabientes.

La falta de una solución simple al problema de las obras huérfanas, que pueda facilitar su utilización principalmente en los grandes procesos de digitalización masiva de obras llevados a cabo a través de bibliotecas, archivos, museos y otros entes públicos o privados, ha llevado a algunos doctrinantes en materia económica a identificar el tema con una particular falla de mercado denominada “pérdida de mercado” (*missing market*)⁴⁵. Una solución eficaz parecería solo obtenerse, por ejemplo, si el usuario que desea digitalizar una obra y el titular de derechos pueden entrar en contacto para determinar si es posible establecer entre ellos un acuerdo sobre las condiciones de utilización de la obra o para que el titular de derechos pueda manifestarse en sentido opuesto⁴⁶. En el caso de las obras huérfanas se produce una pérdida de mercado que depende de causas externas a la lógica del intercambio, lo que conduce a la denomi-

43. VUOPALA, Anna. *Op. cit.* P. 6.

44. UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, IPO. *Orphan Works. Impact Assessment. Op. cit.* Pp. 8 y 23.

45. Véase FARCHY, Joëlle Y PETROU, Jessica. 2012. “Optimizing Use of Orphan Works While Respecting Intellectual Property Rights: a Law and Economics Perspective”. En: *Queen Mary Journal of Intellectual Property*. También disponible en: http://www.jace.gr.jp/ACEI2012/usb_program/pdf/1.3.4.pdf. P. 5.

46. FARCHY, Joëlle Y PETROU, Jessica. *Op. cit.* P. 5. Véanse también URBAN, Jennifer. 2012. “[How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem](#)”. En: *Berkeley Tech. L.J.* 27: 21 ss.. KHONG, Dennis W. K. *Op. cit.* P. 10 ss.; LOREN, Lydia. *Op. cit.* 22. VAN EECCHOUD, Mireille. *Op. cit.* P. 272 ss.

nada *lose-lose situation*⁴⁷: el potencial usuario pierde la posibilidad de utilizar la obra y el autor pierde la oportunidad de beneficiarse de las eventuales ventajas económicas de tal utilización⁴⁸. Estas reflexiones, fruto de la falta de una respuesta clara por parte del sistema de derecho de autor al problema de las obras huérfanas, unidas al enorme potencial de desarrollo económico, educativo y social que puede derivarse de la digitalización de las obras del ingenio, ha dado lugar a que algunas legislaciones internacionales desarrollen propuestas de reforma a las normas de derecho de autor, algunas de las cuales analizaremos a continuación, principalmente en cuanto respecta al ámbito de la música y la fotografía⁴⁹.

ALGUNAS SOLUCIONES EXISTENTES APLICABLES AL CAMPO DE LA MÚSICA Y LA FOTOGRAFÍA

La licencia colectiva ampliada y la licencia otorgada por un ente público

Varias soluciones han sido propuestas en ámbito internacional para hacer frente al problema de las obras huérfanas, teniendo en cuenta principalmente el tipo de obras, las posibles formas de utilización, las necesidades de autores y usuarios y el objetivo de evitar que dichas creaciones sean abandonadas en una especie de limbo inaccesible⁵⁰. Examinaremos a continuación brevemente algunas de ellas.

47. LIFSHITZ-GOLDBERG, Yael. *Orphan Works, Lecture Summary*. WIPO Seminar. OMPI. Ginebra. Mayo 2010. Consultable en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf, 4.

48. COPYRIGHT OFFICE, LIBRARY OF CONGRESS. *Orphan Works and Mass Digitization, Notice of Inquiry*, octubre 22, 2012, 64555, disponible en: <http://www.copyright.gov/fedreg/2012/77fr64555.pdf>.

49. Si bien el problema de las obras huérfanas afecta principalmente las creaciones ya existentes y principalmente las obras antiguas aún no convertidas a formatos digitales, un problema similar se produce también respecto a las obras que nacen en formato digital. Las nuevas tecnologías han facilitado la creación de muchas más obras respecto al pasado, obras que pueden circular a través de los canales de distribución digital sin que quede rastro de su titular. Sobre el tema véanse CENTER FOR THE STUDY OF THE PUBLIC DOMAIN. *Orphan Works Analysis and Proposal*. Duke Law School ("Duke #2") (597). 2005, disponible en: <http://web.law.duke.edu/cspd/pdf/cspdproposal.pdf>. P. 4. HUANG, Olive. *Ob. cit.* P. 274. La información que permite identificar al autor puede además ser fácilmente removida de los contenidos digitales que en consecuencia, se propagan sin que aparentemente pertenezcan a un autor. Véase GINSBURG, Jane. *Op. cit.* P.14. Así las cosas, si no ha sido incluida la información sobre los titulares de derechos, la gran cantidad de nuevos contenidos y obras digitales estará fuera del alcance de los usuarios que quieran reutilizar legalmente las creaciones.

50. Para un detallado análisis de las soluciones, véase, VAN GOMPEL, *Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe*, *Ob. cit.* Uno de los estudios más recientes sobre el tema ha sido efectuado en

Desde una perspectiva de *iure condito* la licencia colectiva ampliada, bastante difundida en los países nórdicos, parece ofrecer una solución adecuada sobre todo para las utilidades de obras huérfanas que caen dentro del campo de aplicación de la gestión colectiva de derechos, como ocurre con las obras musicales protegidas por el derecho de autor y las prestaciones intelectuales amparadas por los derechos conexos.

Así por ejemplo, en Dinamarca, cualquier interesado puede obtener una autorización para utilizar obras huérfanas mediante un sistema de gestión colectiva ampliada, de conformidad con el art. 50 (2) de la ley danesa de derechos de autor⁵¹. En términos generales, la ley autoriza a las sociedades de gestión colectiva, bajo determinadas condiciones, a conceder licencias para el uso de obras pertenecientes a una determinada categoría, independientemente de si se trata de las obras de autores o titulares de derechos afiliados al ente de gestión colectiva. En ese orden de ideas, la licencia puede cubrir obras de autores extranjeros, fallecidos, desconocidos o no identificables⁵².

En el actual sistema existente para las obras huérfanas en Dinamarca, los efectos de la gestión colectiva se extienden *ex lege* a los autores que no han confiado la gestión de sus derechos a la sociedad de gestión. Dicha extensión de efectos puede tener lugar siempre y cuando el ente sea suficientemente representativo de los autores o titulares de derechos de una determinada categoría de obras⁵³.

el Reino Unido, véase UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, IPO. *Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation*. Newport. 2013. Consultable en: <http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-orphan-201307.pdf>

51. Además del art. 50, resultan relevantes los arts. 51 y 52 de la ley danesa de derecho de autor (*Bekendtgørelse af lov om ophavsret*). El sistema de gestión colectiva ampliada también es aplicado en Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia para otorgar licencias a usuarios respecto a algunos derechos exclusivos. Las leyes de estos países sin embargo, no prevén una licencia general para las obras huérfanas como ocurre en cambio en Dinamarca.

El sistema de gestión colectiva ampliada no es extraño al derecho comunitario, sobre el tema véanse FICSOR, Mihály. 2010. "Collective Management of Copyright and Related Rights from the viewpoint of international norms and the *acquis communautaire*", en GERVAIS (ed.). *Collective Management of Copyright and Related Rights*. La Haya. Kluwer Law International. Pp. 62 ss. IVIR, *Cross-border Extended Collective Licensing: a Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage?* Final Report Prepared for EuropeanaConnect. 2011. Consultable en: http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf. Pp. 53 ss. Así mismo, véanse el art. 3.2 de la Directiva 93/83/CEE sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, y el considerando 18 de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

52. Art. 50 (2) e (3) de la *Bekendtgørelse af lov om ophavsret*.

53. RIIS, Thomas Y SCHOVSBO, Jens. 2010. "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?". En *Columbia Journal of Law & the Arts*, 33, disponible también en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers>.

Para poder llevar a cabo una gestión colectiva ampliada, el ente de gestión debe estar autorizado por el Ministerio de Cultura danés, el cual antes de conceder la autorización debe verificar si este es suficientemente representativo de los titulares de derechos de una específica categoría de obras. Esto ocurre cuando un número significativo de autores de obras que estén siendo actualmente utilizadas en un determinado sector, haya confiado a la sociedad la gestión de sus derechos. Cabe destacar que el significado de las expresiones “suficientemente representativa” o “número significativo” no es definido con precisión por la ley, dejando así espacio para una aplicación flexible del sistema⁵⁴.

Para la distribución de los montos recaudados derivados de las licencias, las reglas establecidas por el ente de gestión para sus socios son aplicables a los autores no afiliados a él. Ahora bien, estos últimos pueden pedir una remuneración individual, calculada con base en el grado de utilización de sus obras, o si tal grado de utilización no puede ser probado, con base en muestras estadísticas obtenidas de la sociedad de gestión⁵⁵. La solicitud debe enviarse al ente de gestión dentro de un cierto periodo de tiempo, y si no es posible llegar a un acuerdo sobre el valor de la remuneración que corresponde al autor, cualquiera de las partes puede presentar una demanda ante el Tribunal Especial de Derechos de Autor (*Ophavsretslicensnævnet*)⁵⁶.

Un elemento esencial del sistema de licencia colectiva ampliada es el denominado *right to opt-out*. Los autores y titulares de derechos no representados por el ente de gestión pueden optar por prohibir el uso de sus obras y evitar la gestión colectiva ampliada para volver a la gestión individual de sus derechos exclusivos⁵⁷. Esto significa que los titulares de derechos que decidan ejercitar el *right to opt-out* no quedan incluidos en las licencias concedidas a los usuarios y podrán ejercer individualmente sus derechos⁵⁸.

[cfm?abstract_id=1535230](#). Pp. 1ss. Ahora bien, esta extensión de efectos no puede llevar a presumir la afiliación del titular de derechos a la sociedad de gestión colectiva.

54. Sobre el tema véase IVIR, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*. Ob. cit. Pp. 31 ss.

55. Art. 51 (2) de la *Bekendtgørelse af lov om ophavsret*.

56. La solicitud de remuneración debe ser enviada a la sociedad de gestión colectiva dentro de los tres años a partir de la fecha en que ha sido explotada la obra. Véase al respecto IVIR, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Ob. cit. P. 36. Véase además el art. 51 (2) de la *Bekendtgørelse af lov om ophavsret*.

57. Art. 50 (2) de la *Bekendtgørelse af lov om ophavsret*. Sobre el tema véase RIIS, Thomas Y SCHOVSBØ, Jens. Ob. cit. P. 5.

58. Esto no proporciona certeza a los usuarios potenciales, sobre el tema véase SAPPA, Cristiana. Ob. cit., 289, quien resalta que: “no sería fácil establecer si un tercero de buena fe puede continuar utilizando una obra ante un opt-out masivo por parte de los titulares de derechos”.

Otro modelo de licencia aplicable a las obras huérfanas ha sido desarrollado en Canadá. El artículo 77 de la ley canadiense de derechos de autor permite a cualquier persona presentar una solicitud ante la oficina canadiense de derechos de autor (*Copyright Board of Canada*) con el fin de solicitar una autorización para utilizar ciertas obras huérfanas. Si el solicitante demuestra que ha hecho esfuerzos razonables para encontrar al titular de derechos, el *Copyright Board* le concede una licencia no exclusiva⁵⁹. La licencia es aplicable a cualquier tipo de obras que ya hayan sido objeto de publicación o grabaciones sonoras que hayan sido comunicadas al público con el consenso del titular de derechos⁶⁰.

Un requisito esencial para la obtención de la licencia es la búsqueda diligente, que debe ser exhaustiva, por lo tanto, el usuario debe haber llevado a cabo todos los esfuerzos posibles para encontrar al titular de derechos. El *Copyright Board* ha establecido ciertos parámetros para realizar la búsqueda, que incluyen contactar a las sociedades de gestión colectiva, el examen de los sistemas de registro de la oficina de derechos de autor y la solicitud de información a las casas editoriales, bibliotecas, museos, entre otros⁶¹.

La licencia concedida al usuario determina el monto de las regalías que deberá pagar, al momento del otorgamiento de la licencia, a una sociedad de gestión colectiva. El valor generalmente corresponde a la suma que debería haber cancelado si el titular de derechos hubiese autorizado el uso. La finalidad comercial o sin ánimo de lucro es generalmente irrelevante. Las sociedades de gestión colectiva asumen la obligación de entregar la suma recaudada a título de regalías, al eventual titular de derechos que aparezca y solicite dicho pago antes de que expire un periodo de cinco años desde la concesión de la licencia⁶².

El modelo canadiense ha sido bastante criticado por ser costoso, requerir el pago de regalías previo a la utilización de la obra y por ser un sistema ineficiente. Desde su introducción en 1998, solo han sido concedidas alrededor de 266 licencias. Algunos doctrinantes han sostenido que este reducido número de licencias se debe a que la

59. La licencia puede permitir, entre otros usos, la reproducción, la comunicación pública y la distribución de obras o prestaciones intelectuales.

60. Art. 77 (1) literales (a) y (c) del *Canadian Copyright Act*. Sobre el tema véase COPYRIGHT BOARD OF CANADA. *Unlocatable Right Owners Brochure*. Consultable en: <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure2-e.html>.

61. COPYRIGHT BOARD OF CANADA. *Ob.cit.*

62. COPYRIGHT BOARD OF CANADA. *Ob.cit.*

licencia concedida únicamente tiene valor en Canadá, ya que el *Copyright Board* no puede otorgar licencias para utilizaciones fuera de ese país⁶³.

La Directiva Europea 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de obras huérfanas

La Directiva Europea 2012/28/UE fue el resultado de un largo proceso de discusión que empezó en el año 2005. Entre los antecedentes que dieron origen a la iniciativa europea en materia de obras huérfanas cabe destacar la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas 2006/585/CE, que buscaba promover la digitalización de las obras existentes en bibliotecas, archivos y museos, con el fin de permitir a todos los ciudadanos europeos el acceso a tales contenidos a través de Internet. Posteriormente, en el 2010, la Comisión lanzó la estrategia Europa 2020 con el objetivo de preparar la economía europea a los desafíos del próximo decenio, por medio de proyectos como la Agenda Digital Europea. En dicha agenda, la Comisión determinó entre sus acciones fundamentales la creación de un cuadro normativo que facilitara la digitalización y la difusión de las obras en Europa; sucesivamente fue propuesta una directiva en materia de obras huérfanas.

La Directiva 2012/28/UE introduce un enfoque armonizado a la atribución del estatus de obra huérfana, establece el reconocimiento recíproco de la condición de obra huérfana en los Estados miembros (después de que haya sido efectuada una búsqueda diligente y de buena fe), e insta una excepción a los derechos exclusivos del autor.

La nueva norma define la obra huérfana como aquella respecto a la cual ninguno de los titulares de derechos ha sido identificado o si, de haberlo sido, no ha podido ser localizado a pesar de la realización de una búsqueda diligente según determinadas modalidades⁶⁴.

63. VAN EECHOUD, Mireille. *Ob. cit.* P. 286. Algunos países han decidido adoptar un esquema complejo que además de incluir la licencia no exclusiva otorgada por un organismo público para utilizaciones individuales de obras huérfanas, comprende también la licencia colectiva ampliada para autorizar el uso masivo de tales obras, así ocurre por ejemplo en Hungría con la reciente reforma de la ley Húngara de derecho de autor y en el Reino Unido con el nuevo *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

64. Artículo 2, numeral 1 de la Directiva 2012/28/UE. El segundo numeral establece que "si existen varios titulares de derechos sobre una misma obra o un mismo fonograma y no todos ellos han sido identificados o, a pesar de haber sido identificados, no han sido localizados tras haber efectuado una búsqueda diligente, debidamente registrada con arreglo al artículo 3, la obra o el fonograma se podrán utilizar de conformidad con la presente Directiva, siempre que los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados hayan autorizado, en relación con los derechos que ostenten, a las entidades a que se refiere el

El ámbito de aplicación de la Directiva es bastante restringido e incluye solo ciertas creaciones huérfanas protegidas por el derecho de autor o los derechos afines, “que hayan sido publicadas por primera vez en un Estado miembro o, a falta de publicación, cuya primera radiodifusión haya tenido lugar en un Estado miembro”⁶⁵. En ese orden de ideas, resultan comprendidos en el campo de aplicación de la Directiva los fonogramas que figuren en las colecciones de bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, así como en las colecciones de archivos o de organismos de conservación del patrimonio sonoro. Igualmente, la Directiva incluye los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta el 31 de diciembre de 2002 que figuren en sus archivos. Así mismo, la norma se aplica al tipo de fonogramas antes mencionados que nunca hayan sido radiodifundidos, pero que hayan sido puestos a disposición del público por las bibliotecas, centros de enseñanza y organismos análogos, con el consentimiento de los titulares de derechos, si es razonable suponer que tales titulares no se opondrían a los usos autorizados.

No resultan mencionadas por la directiva las fotografías. Sin embargo, el legislador europeo ha establecido que la Directiva comprende también las obras y otras prestaciones protegidas que estén insertadas o incorporadas en las obras o los fonogramas antes señalados⁶⁶. Esto parecería comportar una nueva división en materia de fotografías: por un lado estarán las fotografías “huérfanas” que hayan sido incorporadas en las obras mencionadas por la Directiva, las cuales podrán ser utilizadas dentro de los parámetros establecidos por la norma y, por otro, las fotografías que no han sido incorporadas en otras creaciones, las cuales quedan por fuera del ámbito de aplicación de la Directiva⁶⁷.

Algunos ordenamientos europeos podrían encontrar una especie de solución a tal vacío a través de la presunción de pertenencia de los derechos de autor y conexos contenida en ciertas normas nacionales que establecen, por ejemplo, que la cesión del negativo de una fotografía o de un medio similar de reproducción comprende, salvo pacto en

artículo 1, apartado 1, a realizar los actos de reproducción y puesta a disposición del público contemplados, respectivamente, en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE”.

65. Artículo 1, numeral 2 de la Directiva 2012/28/UE.

66. Artículo 1, numeral 4 de la Directiva 2012/28/UE. La Directiva por otro lado no interfiere con las disposiciones relativas a la gestión de los derechos a nivel nacional.

67. Sobre el punto véase, RODRIGUEZ, Juan Carlos. 2012. “Libros huérfanos en libre disposición”. En: *Delibros*, 270: 20.

contrario, la cesión de los derechos reservados al fotógrafo⁶⁸. Esto significa que, si por ejemplo, un archivo ha recibido los negativos de una colección de fotografías, podría hacer valer dicha presunción frente a una eventual demanda por violación de los derechos de autor⁶⁹.

El objetivo de definir un cuadro normativo europeo en materia de obras huérfanas es perseguido principalmente mediante la identificación de criterios homogéneos para el reconocimiento de la condición de obra huérfana⁷⁰. Para establecer si una obra es huérfana, las bibliotecas y las demás organizaciones señaladas por la Directiva deberán realizar una búsqueda diligente y de buena fe respecto a cada obra o fonograma, con el fin de identificar los titulares de derechos, incluidos los titulares de derechos de obras y otras prestaciones contenidas o incorporadas en la obra o fonograma. La Directiva señala algunas fuentes que podrán ser consultadas con el fin de llevar a cabo la búsqueda de titulares⁷¹. La calificación de una obra como huérfana debe hacerse antes de utilizar las obras o prestaciones del caso.

Si al menos uno de los titulares es localizado, la obra no será considerada huérfana⁷². Los titulares de derechos que hayan sido identificados y localizados podrán autorizar el uso de la obra o del fonograma solamente respecto a los derechos que ostentan y no podrán autorizar ninguna utilización a nombre de los titulares de derechos no identificados o no localizados⁷³.

Los organismos indicados por la Directiva deberán conservar archivos de la búsqueda diligente que realizaron y la información adquirida durante esta deberá ser recopilada y puesta a disposición del público. A tal propósito, la Directiva dispone que los entes

68. Así por ejemplo el artículo 89 de la ley italiana de derechos de autor. Sobre este punto véase, GALLI, Paolo. 2008. "Archivi, banche dati ed opere o prodotti culturali orfani". En *Le Carte e le immagini*, 10: 227 ss. Cabe destacar que en Colombia existe una norma similar contenida en el artículo 186 de la Ley 23 de 1982.

59. GALLI, Paolo. *Ob. cit.*

70. Artículo 3 de la Directiva 2012/28/UE.

71. El Anexo al artículo 3 de la Directiva, establece las fuentes mínimas para llevar a cabo la búsqueda diligente. Esta búsqueda deberá ser llevada a cabo en el Estado miembro en el que la publicación de la obra o el fonograma haya tenido lugar por primera vez. Si no se ha procedido a la publicación, la búsqueda diligente tendrá lugar en el Estado miembro en el que la radiodifusión haya tenido lugar por primera vez.

72. Considerando 17 de la Directiva 2012/28/UE.

73. Considerando 17 y art. 2 de la Directiva 2012/28/UE.

interesados comuniquen a las autoridades nacionales competentes una serie de datos que los Estados, a su vez, transmitirán sin dilaciones a la Oficina para la armonización del Mercado Interno (OAMI). Esta información será incorporada en una única base de datos en línea accesible al público, instituida y administrada por la OAMI de conformidad con el Reglamento (UE) 386/2012. Dicha base de datos tiene como ventajas la posibilidad de ser consultada no solo por las organizaciones interesadas sino también por los titulares de derechos. Por otro lado, evita la duplicidad de búsquedas y podría jugar un importante papel en la prevención y erradicación de eventuales violaciones a los derechos de autor⁷⁴.

El artículo 4 de la Directiva establece el principio del reconocimiento mutuo de la condición de obra huérfana. Con base en dicho principio, las obras y fonogramas considerados obras huérfanas después de una búsqueda diligente en un Estado miembro, se considerarán como tal y podrán ser utilizados y consultados de conformidad con la Directiva, en todos los Estados miembros. Este reconocimiento mutuo de la condición de obra huérfana elimina la necesidad de repetir la búsqueda diligente en cada Estado miembro.

Ahora bien, el titular de una obra o fonograma considerado huérfano, tendrá la posibilidad de poner fin a dicha condición en cualquier momento, en cuanto se refiere a sus derechos⁷⁵ y, en consecuencia, podrá recibir una compensación equitativa por la utilización que se haya efectuado de la obra o fonograma⁷⁶. Los Estados miembros son libres de determinar las circunstancias de acuerdo con las cuales se podrá organizar el pago de dicha compensación, incluido el plazo de vencimiento del pago⁷⁷.

Por otro lado, si la obra o fonograma fueron considerados huérfanos con base en una búsqueda no diligente, será necesario utilizar los mecanismos existentes en las legislaciones de los Estados miembros para contrarrestar las violaciones de los derechos de autor, de conformidad con las normas nacionales y de la Unión⁷⁸.

74. Considerando 16 de la Directiva 2012/28/UE.

75. Artículo 5 de la Directiva 2012/28/UE.

76. Considerando 18 y artículo 6, numeral 5 de la Directiva 2012/28/UE.

77. Considerando 18 de la Directiva 2012/28/UE.

78. Considerando 19 de la Directiva 2012/28/UE.

Con respecto a los usos consentidos de las obras huérfanas, la Directiva dispone, en manera restringida, que su utilización por parte de las entidades interesadas deberá efectuarse únicamente para los fines relacionados con su misión de interés público y estar orientada a la conservación, restauración y a permitir el acceso a las obras y fonogramas que hacen parte de sus colecciones para propósitos culturales y educativos. La Directiva introduce una excepción o limitación al derecho de reproducción y de puesta a disposición al público, adicional a las previstas por el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE. Las utilidades permitidas por la Directiva consisten particularmente en: (i) la puesta a disposición del público de la obra huérfana, con base en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE y la (ii) reproducción, de conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, “a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración”⁷⁹.

En cuanto a los sistemas de concesión de licencias como las licencias colectivas ampliadas, la Directiva no afecta las disposiciones existentes en los Estados miembros en materia de gestión colectiva⁸⁰. En consecuencia, si bien no fue previsto un papel particular para las sociedades de gestión colectiva, los sistemas de gestión existentes no se consideran en conflicto con las normas de la Directiva⁸¹.

Las obras huérfanas en el campo de la música y la fotografía y algunas soluciones de iure condendo

Aunque el modelo de licencia colectiva ampliada es frecuentemente destacado como una solución para los casos de utilización masiva de obras protegidas, otros sistemas han sido considerados más eficientes y menos costosos, sobre todo en materia de utilidades individuales de obras huérfanas en el campo de la música y la fotografía⁸². En Estados Unidos, como resultado de un largo proceso de consultas y estudios en materia de obras huérfanas, en el 2008 fueron presentados dos proyectos de ley de conformidad con los cuales la responsabilidad de un usuario “diligente” por el uso de

79. Art. 6 de la Directiva 2001/29/CE.

80. Considerando 24 de la Directiva 2001/29/CE.

81. Sobre el tema véase UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, IPO. *Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation*. Ob. cit. Pp. 24 ss.

82. DE LA DURANTAYE, Katharina. 2011. “Finding a Home for Orphans. Google Book Search and Orphan Works Law in the United States and Europe”. En: *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 21: 287.

una obra huérfana resulta atenuada⁸³. Es decir, la utilización de una obra huérfana sin autorización del titular de derechos constituye una violación del derecho de autor y quien utiliza la obra es considerado un *infringer*, sin embargo, en caso de que el autor o el titular de derechos formule una demanda alegando tal violación, tendrá lugar una limitación de la responsabilidad del infractor⁸⁴. Como condición para que pueda operar esta limitación de la responsabilidad, los proyectos de ley antes mencionados requieren que el usuario haya actuado de buena fe y pueda demostrar que ha efectuado una *qualifying search*, es decir, un esfuerzo diligente por encontrar al autor o titular de derechos antes de utilizar una obra. Esto implica la consulta de los registros existentes en la *U.S. Copyright Office* así como de otras fuentes y bases de datos que contienen información sobre los titulares de derechos⁸⁵.

La limitación de la responsabilidad del *infringer* surte efecto en dos ámbitos. Por un lado, con respecto a la obligación de cesar la violación, los proyectos de ley establecen que el autor o titular de derechos no podrá impedir la utilización de su obra si esta ha sido utilizada para crear una obra derivada. Por otro lado, existe una limitación en cuanto a la indemnización, la cual, por lo general, según las normas estadounidenses, comprende *actual damages*, *statutory damages*, *costs* y *attorney's fees*. Los proyectos de ley prevén la limitación del pago de la indemnización por parte del infractor a una compensación razonable (*reasonable compensation*) al autor o titular de derechos, correspondiente al valor que habría sido determinado como resultado de un acuerdo entre el usuario y el titular de derechos, antes de que tuviera lugar la violación.

En consecuencia, si el autor o titular de derechos aparece y notifica al infractor la demanda por la violación de sus derechos, el infractor tendrá que negociar en buena fe el compenso razonable con el titular de derechos y proceder al pago. De lo contrario, la limitación de la responsabilidad no es aplicable⁸⁶.

83. Los proyectos de ley fueron: *Orphan Works Act*, HR. 5889, 110th Cong., 2008 y *Shawn Bentley Orphan Works Act*, S. 2913, 110th Cong., 2008.

84. Sec. 2 (proposed section 514 (c) (1), (2)), HR. 5889, 110th Cong., 2008; Sec. 2 (proposed section 514 (c) (1), (2)), S. 2913, 110th Cong., 2008.

85. Sec. 3, HR. 5889, 110th Cong., 2008; Sec. 3, S. 2913, 110th Cong., 2008.

86. Sec. 2 (proposed section 514 (b) (1)(B)), HR. 5889, 110th Cong., 2008; Sec. 2 (proposed section 514 (b) (1)(B)), S. 2913, 110th Cong., 2008.

Ahora bien, ninguna compensación resulta necesaria cuando el uso de la obra se ha realizado sin ánimo de lucro o para finalidades educativas, religiosas o caritativas, a condición de que después de recibir la notificación de la violación, el *infringer* cese la violación.

A pesar de que la solución americana no fue adoptada en ese país, el sistema diseñado habría podido cubrir un gran número de obras y prestaciones intelectuales huérfanas. El modelo ha sido considerado menos costoso respecto a otros sistemas como el canadiense, pues el usuario de una obra no es obligado a pagar una regalía anticipadamente, sino solo en caso de que el titular aparezca solicitando la tutela de sus derechos⁸⁷. Si el titular de derechos sigue siendo desconocido, el uso de la obra huérfana podría continuar libremente. Por otro lado, el sistema propuesto no impone un sistema de gestión colectiva de derechos, sino que permite la aplicación de los mecanismos del mercado una vez que el autor o el titular de derechos se manifiesten⁸⁸. Se trata, además, de una solución que no excluye la existencia de una violación al derecho de autor, pues reconoce al usuario como infractor.

Sin embargo, los proyectos de ley dejan abierto el tema de la seguridad jurídica de los usuarios de las obras huérfanas, pues siempre existe el riesgo de una tutela completa del titular de derechos. En efecto, ante una búsqueda que no pueda alcanzar el nivel de *qualifying search*, si el autor o titular de derechos aparece y no llega a un acuerdo con el infractor, es probable que esto dé lugar a un litigio y a los respectivos costos que ello puede implicar⁸⁹.

Por último, para evitar la proliferación de obras huérfanas, sobre todo en el campo de la fotografía, han sido propuestas soluciones cuyo propósito es el de aumentar la información disponible en relación con los autores y sus obras. Así, por ejemplo, varias voces se han manifestado a favor de la reintroducción de las formalidades constitutivas en el derecho de autor o de subordinar la conservación de los derechos de autor al cumplimiento de formalidades o como condición para el ejercicio de los derechos exclusivos⁹⁰.

87. REGISTER OF COPYRIGHTS, Report on Orphan Works. *Ob. cit.* P. 121.

88. DE LA DURANTAYE, Katharina. *Ob. cit.* P. 232.

89. VAN-EECHOU, Mireille. *Op. cit.* P. 291.

90. Así por ejemplo: LANDES, William M. y POSNER, Richard A. 2003. "Indefinitely Renewable Copyright". En: *University of Chicago Law Review*, 70: 471-518. SPRINGMAN, Christopher. 2004. "Reform(aliz)ing Copyright Law". En *STAN. L. REV.*, 57: 485-568; KHONG, Dennis W.K. *Ob. cit.* P. 36 ss.; LESSIG, Lawrence. *Ob. cit.* Pp. 260-65; LANG, Bernard. *Ob. cit.* Pp. 151 ss.

Esta propuesta se basa principalmente en el hecho de que las dificultades prácticas que en el pasado llevaron a abolir el sistema de formalidades porque resultaba en otros aspectos ineficiente, no existen hoy en día ya que la tecnología digital puede facilitar la recopilación y actualización de la información de los autores y titulares de derechos de manera simple y a bajo costo. La propuesta de reintroducir las formalidades en materia de derecho de autor ha dado lugar a un amplio debate, y a discutir sobre la necesidad de replantear las normas internacionales y nacionales en vista de que tal alternativa, si bien en abstracto no puede resolver el problema de las obras huérfanas existentes, podría en concreto contribuir a evitar el desarrollo del fenómeno de la “orfandad”.

CONCLUSIÓN

Las obras huérfanas en el campo de la música y la fotografía pueden encontrar nuevas formas de utilización, de difusión y conservación a través de las nuevas tecnologías. Esto ha despertado el interés de diversos entes y sujetos, entre ellos las bibliotecas, archivos y museos, que encuentran la posibilidad de poner a disposición del público en línea sus colecciones mediante la creación de bibliotecas digitales; los autores, productores, organismos de radiodifusión y los proveedores de servicios de Internet, que ven en las nuevas tecnologías la posibilidad de reutilizar los materiales del mundo analógico de diferentes maneras, por ejemplo, mediante la producción de enciclopedias multimedia, colecciones de música, colecciones de fotografías; al igual que investigadores, estudiantes y usuarios en general, quienes tienen en las nuevas tecnologías nuevas alternativas que facilitan el estudio, la investigación, la actividad profesional y la recreación.

Diversas soluciones han sido planteadas para permitir la utilización de las obras huérfanas e impedir que continúe creciendo el número de ellas. Es claro que, si bien en el campo de la música los mecanismos de gestión colectiva contribuyen a disminuir el número de obras huérfanas, no ocurre lo mismo en otros ámbitos como el de la fotografía y en general con obras antiguas aún protegidas por el derecho de autor. Las diferencias existentes entre las distintas categorías de obras no permiten pensar en una única solución al problema sino en una mezcla de soluciones que puedan ofrecer una respuesta eficiente y acorde con los nuevos desafíos tecnológicos.

En este escrito hemos expuesto algunas de las soluciones propuestas a nivel internacional al problema de las obras huérfanas, principalmente en el terreno de la fotografía y de la música. Tales soluciones, normalmente, han sido el resultado de amplios procesos de discusión que han incluido a autores, titulares de derechos y usuarios. Se espera que

un fenómeno similar se lleve a cabo en nuestros países latinoamericanos antes de optar por importar modelos que no sean acordes con la realidad y las necesidades locales de nuestros creadores y usuarios.

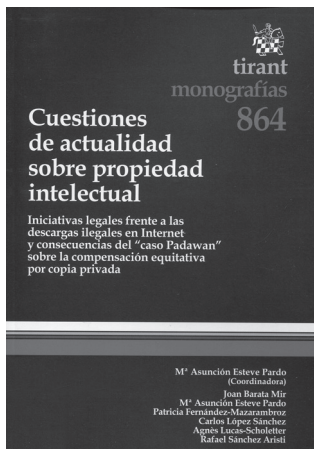
BIBLIOGRAFÍA

- AUTERI, Paolo. 2009. “Diritto di autore”, en AA.Vv. *Diritto industriale*. Torino. Giapichelli.
- BARD, Robert y KURLANTZICK, Lewis. *Copyright Duration, Duration, Term Extension, The European Union and the Making of Copyright Policy*. Austin & Winfield. San Francisco. 1999.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando. 2006. “Los derechos sobre las fotografías y sus limitaciones”, en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo, LIX, Fascículo III, disponible en: <http://www.caborian.com/wp-content/uploads/2009/11/Los-derechos-sobre-las-fotograf%C3%ADas-y-sus-limitaciones.pdf>
- BIRNHACK, Michael D. 2012. “Mandatory Copyright: From Pre-Palestine to Israel, 1910-2007”, en SUTHERSANEN, Y y GENDREAU, U (eds.). *A Shifting Empire: 100 years of the copyright Act 191*, Londres, 2013, disponible en <http://ssrn.com/paper=2039247>.
- BRITISH LIBRARY. 2009. “Copyright- what is the future for education and research?”. En: *Press and Policy, Press Releases*. London. Consultable en: <http://pressandpolicy.bl.uk/Press-Releases/Copyright-what-is-the-future-for-education-and-research-2bb.aspx>
- BUCHANAN, James y YOON, Yong. 2000. “Symmetric tragedies: commons and anticommons”. En J.L. & Econ., 43. Consultable en: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/BuchananYoon.pdf>.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, ‘i2010 Digital Libraries’*, 2005, COM(2005) 465 final.
- COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Una agenda digital para Europa*, COM (2010) 245 final/2.
- CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE CSPLA, COMMISSION SUR LES ŒUVRES ORPHELINES. *Rapport*. 2008. Consultado en: <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>.
- COPYRIGHT BOARD OF CANADA. *Unlocatable Right Owners Brochure*. Consultable en: <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure2-e.html>
- DE LA DURANTAYE, Katharina. 2011. “Finding a Home for Orphans. Google Book Search

- and Orphan Works Law in the United States and Europe". En: *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 21: 229-289.
- DUSOLLIER, Séverine. 2011. "(Re)introducing formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain", GUIBAULT, Lucie Y ANGELOPOULOS, C.J. (eds.). *Open Content Licensing: From Theory to Practice*, Amsterdam, Amsterdam University Pres. P. 95.
- FARCHY, Joëlle Y PETROU, Jessica. 2012. "Optimizing Use of Orphan Works While Respecting Intellectual Property Rights: a Law and Economics Perspective". En: *Queen Mary Journal of Intellectual Property*. También disponible en: http://www.jace.gr.jp/ACEI2012/usb_program/pdf/1.3.4.pdf
- FICSOR, Mihály. 2010. "Collective Management of Copyright and Related Rights from the viewpoint of international norms and the *acquis communautaire*", en GERVAIS (ed.). *Collective Management of Copyright and Related Rights*. La Haya. Kluwer Law International.
- GALLI, Paolo. 2008. "Archivi, banche dati ed opere o prodotti culturali orfani". En *Le Carte e le immagini*, 10: 227 ss.
- GINSBURG, Jane. 2009. "Contracts, Orphan Works, and Copyright Norms: What Role for Berne and TRIPS?". En: *Columbia Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 09162, disponible en http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/09162.
- HANSEN, David. 2011. "Orphan Works: Definitional Issues". En: Berkeley Digital Library Copyright Project, White Paper: 1-13.
- HANSEN, David. 2012. "[Orphan Works: Causes of the Problem](#)". En *Berkeley Digital Library Copyright Project*, White Paper, 3: 5 ss.
- HM TREASURY. *Gowers Review of Intellectual Property*. Final Report. 2006. Consultable en: <http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>
- HUANG, Olive. 2006. "U.S. Copyright Office Orphan Works Inquiry: Finding Homes for the Orphans". En: Berkeley Tech. L.J., 21: 265 ss.
- I2010 DIGITAL LIBRARIES. HIGH LEVEL EXPERT GROUP – COPYRIGHT SUBGROUP, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*. 2008.
- IVIR, *Cross-border Extended Collective Licensing: a Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage?* Final Report Prepared for EuropeanaConnect. 2011. Consultable en: http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf.
- IVIR. *Recasting of Copyright and Related Rights for the Knowledge Economy*. Disponible en: http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf.
- KEA EUROPEAN AFFAIRS. *Audiovisual Orphan Works in Europe – national survey, Report prepared for the W Study KEA, Report prepared for the British Film Institute*.

2011. Disponible en: <http://www.keanet.eu/docs/ORPHAN%20WORKS%20STUDY%20KEA.pdf>.
- KHONG, Dennis W. K. 2007. "Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copy righted Goods". En: IJL&IT: 5 ss.
- KOMAN, Richard. *Free the Orphans: A look at the Case of Kahle v. Ashcroft*, O'Reilly Pol'y. 2004. Disponible en: <http://www.oreillynet.com/pub/a/policy/2004/05/06/kahleversusashcroft.html?page=last>
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A. 2003. "Indefinitely Renewable Copyright". En: *University of Chicago Law Review*, 70: 471-518.
- LANG, Bernard. 2010-11. "Orphan Works and the Google Book Search Settlement: An International Perspective". En: N.Y. L. SCH. L. REV., 55: 111-155.
- LES ARCHIVES FRANÇAISES DU FILM, *Orphan Works*, disponible en http://www.cnc-aff.fr/internet_cnc/Internet/ARemplir/Docs/Klimpel_en.pdf
- LESSIG, Lawrence, *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, A&C Black, 2009.
- LIFSHITZ-GOLDBERG, Yael. *Orphan Works, Lecture Summary*. WIPO Seminar. OMPI. Ginebra. Mayo 2010. Consultable en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf.
- LOREN, Lydia. 2012. "Abandoning the Orphans: An Open Access Approach to Hostage Works". En: Berkeley Tech. L.J., 27: 1431.
- LÜDER, Tilman. 2010. "The "orphan works" challenge". En: *GRUR Int.*: 678 ss.
- OMPI. *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra. 1980.
- REGISTER OF COPYRIGHTS. *Report on Orphan Works*. 2006. Consultable en: <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>
- RENGIFO, Ernesto. *Propiedad Intelectual, El moderno Derecho de Autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.
- RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. *La Era Digital y las Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.
- RIIS, Thomas y SCHOVSO, Jens. 2010. "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?". En *Columbia Journal of Law & the Arts*, 33, disponible también en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535230
- SAPPA, Cristiana. *La propriété littéraire et artistique au service des institutions muséales à l'ère du numérique: analyse comparée en droit français et italien*. ANRT. Lille. 2011.
- SPRINGMAN, Christopher. 2004. "Reform(aliz)ing Copyright Law". En *STAN. L. REV.*, 57: 485-568.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo, 1994. "Registri di Pubblicità", en Luigi Carlo Ubertazzi (ed). *La legge sul software – Commentario sistematico*, Milano, Giuffrè.

- UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, IPO. *Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation*. Newport. 2013. Consultable en: <http://www.ipso.gov.uk/ipresearch-orphan-201307.pdf>
- UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE, IPO. *Orphan Works. Impact Assessment, IA. No.: BIS 1063*. 2012. Consultable en: <http://www.ipso.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf>.
- URBAN, Jennifer. 2012. "[How Fair Use Can Help Solve the Orphan Works Problem](#)". En: *Berkeley Tech. L.J.* 27: 1379 ss.
- VAN EECHOU, Mireille. 2009. *Orphan Works*, en AA.VV., *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Law Making*, Kluwer Law International. The Hague.
- VAN GOMPEL, Stef. 2010. "Les formalités sont mortes, vive les formalités! Copyright formalities in nineteenth century Europe and their significance for current discourse", en DEAZLEY, M. KETSCHMER Y L. BENTLY (eds.). *Privilege and Property, Essays on the History of Copyright*, Cambridge, Open Book Publishers.
- VAN GOMPEL, Stef. *Unlocking the Potential of Pre-Existing Content : How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?*. Disponible en: http://www.ivir.nl/publicaties/vangompel/IIC_2007_6_orphan_works.pdf
- VETULANI, Agnieszka. *The Problem of Orphan Works in the EU, an Overview of Legislative Solutions and Main Actions in this Field*. European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information. 2008. Consultable en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/report_orphan_v2.pdf.
- VUOPALA, Anna. *Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Right Clearance*, European Commission DG Information Society and Media, Unit E4 Access to Information. 2010. Disponible en http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf.



Cuestiones de actualidad sobre propiedad intelectual

Autor: María Asunción Esteve Pardo

Editorial: Tirant lo Blanch

Año de publicación: 2013

Iniciativas legales frente a las descargas ilegales en Internet y consecuencias de caso "Padawan" sobre la compensación equitativa por copia privada.

La presente obra recoge un conjunto de ponencias y contribuciones de diferentes especialistas sobre las dos cuestiones que han centrado en los últimos años el debate en materia de propiedad intelectual: las descargas ilegales de música en Internet y la polémica en torno al canon digital.

A su vez el libro incluye un análisis de la denominada "Ley Sinde" desde la óptica de un reconocido ad-ministrativista así como un comentario a la conocida "Sentencia Padawan" de la Audiencia Provincial de Barcelona, detonante de la discutida reforma del canon digital en España.

Fuente: www.intercodex.com



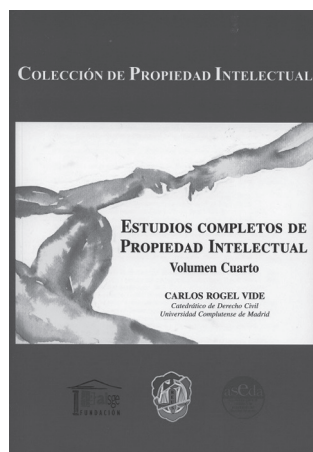
Estudios completos de propiedad intelectual, volumen cuarto

Autor: Carlos Rogel Vide

Editorial: Reus

Año de publicación: 2013

En la presente obra se recogen distintos estudios sobre temas actuales de Derecho de autor como son, el devenir de la propiedad intelectual, la autoría y titularidad de las obras integradas



en la cultura popular, las obras en colaboración y comunidad de bienes, los esbozos, bocetos y derecho de autor, el derecho de acceso del autor a su obra, la exposición pública de obras plásticas, la autoría plural de la obra cinematográfica, la constitución de entidades de gestión de derechos, la autorización requerida, condiciones y criterios de valoración, el derecho de autor y derecho subjetivo y los límites y contenido esencial.

Fuente: www.intercodex.com

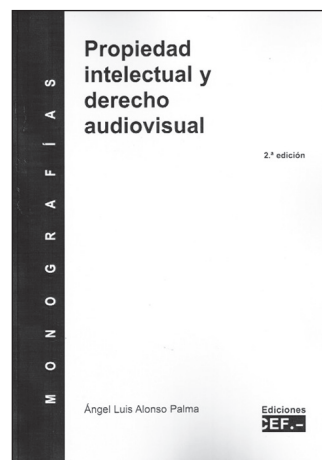
Propiedad Intelectual y Derecho Audiovisual

Autor: Ángel Luis Alonso Palma

Editorial: Centro de Estudios Financieros

Año de publicación: 2013

El objetivo de esta obra es realizar una aproximación a la legislación de propiedad intelectual, una de las disciplinas jurídicas que ha experimentado un mayor desarrollo en las dos últimas décadas como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías y de la existencia de nuevos canales para la explotación de las obras. Contando con un amplio módulo de derecho audiovisual que pretende acercar al lector a la práctica contractual más relevante en este ámbito y a algunos de los nuevos conceptos creativos aparecidos en el mismo.



La *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor* publica estudios, investigaciones, artículos; comentarios o análisis de normas, casos, sentencias; reseñas bibliográficas, herramientas o instrumentos técnicos inéditos, resultado de un esfuerzo investigativo, académico o de análisis sobre el tema de su especialidad: el derecho de autor.

A la vez que medio informativo su misión es aportar conocimiento actualizado sobre el dinámico asunto del derecho de autor y, además, ofrecer a las autoridades, investigadores y estudiosos de Iberoamérica un espacio donde puedan divulgar sus trabajos y contribuir al debate del tema que aborda la revista en cada edición.

La recepción de los trabajos no implica compromiso de publicación. El Comité Editorial seleccionará aquellos que cumplan con los criterios formales y de contenido, y los remitirá para su evaluación a dos expertos titulares de la Cátedra Unesco de Derecho de Autor, quienes actuarán como árbitros. La aceptación, rechazo o sugerencia de modificaciones se comunicará al autor(es) quien, en el caso de estas últimas, tendrá un plazo de 15 días calendario para revisar el archivo y enviar la versión definitiva.

La extensión de las colaboraciones es libre. Sin embargo, el CERLALC se reserva el derecho de decidir la publicación íntegra, por entregas o un extracto, así como la revisión y los ajustes que se requieran en atención a las pautas editoriales de la revista.

Las colaboraciones deberán enviarse a:
revistaderechodeautor@cerlalc.org

REQUISITOS GENERALES

1. Todos los trabajos deben estar en castellano, en fuente Arial de 12 puntos y a doble espacio.
2. En hoja aparte se indicará: 1. El título del trabajo; 2. Los datos del autor o autores: nombre, dirección, teléfono, correo electrónico y una breve reseña biográfica (máximo ocho líneas); 3. Un resumen de máximo 20 líneas, en las que se sintetice el trabajo.
3. Los cuadros, gráficos e imágenes se integrarán al texto debidamente numerados. Adicionalmente deberán enviarse en archivo aparte, en el programa en que originalmente fueron elaborados. No en pdf.
4. Las notas irán a pie de página y numeradas. Las citas en el texto se colocarán dentro de un paréntesis en el siguiente orden: apellido del autor, año de la publicación y página según corresponda a una obra o parte de esta, un artículo en revista, una publicación seriada, una tesis de grado, etcétera. Ejemplo: (Garnett, 1994: 45). Tratándose de ponencias en seminarios, congresos u otros eventos, debe especificarse: nombre del evento, la institución(es) patrocinadora(s), el lugar y la fecha.
5. Las referencias bibliográficas se insertarán al final del texto siguiendo el orden alfabético de los autores. Su estructura debe ser la siguiente:
 - Libro: autor(es). Año de la publicación. Título de la obra. Ciudad de publicación. Editorial. Ejemplo: Foucault, Michel. 1997. El pensamiento del afuera. Valencia: Pre-Textos.
 - Revista: autor(es), año de la publicación. Título del artículo. Nombre de la revista, Número de la edición. Páginas del artículo. Ejemplo: Bonilla, Elisa. 2006. “Leer y escribir en la escuela” En: *Pensar el libro*, 03: 25-31.
 - Capítulo de un libro: autor. Año de publicación. Título del capítulo. Nombre del editor, compilador, si lo tiene. Título de la obra. Ciudad de publicación. Editorial. Ejemplo: Zuckerman, Harriet. 1978. “Theory Choice and Problem Choice in Science”, en Jerry Gaston (ed.). *The Sociology of Science*, San Francisco: Jossey-Bass.

Centro Regional
para el Fomento del Libro
en América Latina y el Caribe
-CERLALC-

Calle 70 No. 9-52
Bogotá (Colombia)

PBX (571) 5402071
Fax - Ext. 201

www.cerlalc.org
revistaderechodeautor@cerlalc.org

 @cerlalc

 cerlalc

CONTENIDO

La problemática de la obra huérfana para la industria editorial. <i>Mónica Cecilia Herrero</i>	12
La Directiva de Obras Huérfanas de la Union Europea: un análisis desde la perspectiva del titular de derechos. <i>Anita Huss-Ekerhult</i>	50
La problemática de la obra huérfana para la industria editorial. <i>Mario Bouchard</i>	66
La obra huérfana en el campo de la música y la fotografía – Una perspectiva Internacional. <i>Sofía Rodríguez Moreno</i>	88

estudios