

Bogotá, junio 20 de 2014

Señores
Biblioteca Nacional
Ciudad

Asunto: Comentarios al documento “Lineamientos generales para la gestión y manejo de obras huérfanas con miras a la construcción de una política pública” del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC-UNESCO.

La Fundación Karisma es una organización de la sociedad civil dedicada a apoyar y difundir el buen uso de las tecnologías en procesos sociales y en las políticas públicas colombianas y de la región, desde una perspectiva de protección y promoción de los derechos humanos. En desarrollo de esta misión, en los últimos años hemos buscado el impulso y consideración de garantías para el ejercicio de estos derechos en las políticas públicas sobre derecho de autor. Esta visión se ha desarrollado desde la óptica de los usuarios de las obras, en la búsqueda de un sistema de protección más equilibrado que considere la importancia de autores y titulares de derechos, pero además reconozca y responda a las necesidades e intereses de la sociedad de acceder al conocimiento y a la información.

En diferentes oportunidades hemos señalado cómo el marco legal colombiano constituye un obstáculo para que las bibliotecas y archivos cumplan con su misión de recopilar, preservar y facilitar el acceso al conocimiento y a la información. Esto es aún más evidente cuando se vincula los usos de las obras protegidas con el entorno digital. En este sentido, hemos presentado proactivamente propuestas para cambiar esta situación¹, hemos apoyado al Grupo de Derecho de Autor, Bibliotecas y Archivos, conformado por representantes de entidades tanto públicas como privadas, y desde diciembre de 2013 estamos asistiendo en calidad de observadores al Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR, por sus siglas en inglés) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en donde se discute actualmente sobre un instrumento jurídico en favor de bibliotecas y archivos.

En esta oportunidad presentamos nuestros comentarios al documento “Lineamientos generales para la gestión y manejo de obras huérfanas con miras a la construcción de una política pública” elaborado por el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC-UNESCO, en aras de contribuir a la discusión sobre el complejo problema de las obras huérfanas y sus posibles soluciones. Con frecuencia las bibliotecas y archivos enfrentan importantes barreras jurídicas, pues ante la imposibilidad de identificar y localizar a los titulares de derechos estas importantes entidades quedan impedidas para poner en línea sus colecciones

¹ Propuestas de la Fundación Karisma presentadas en las mesas de trabajo convocadas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en julio de 2013. Disponibles en: <http://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/08/PropuestaKarismaVF.pdf>

patrimoniales. Por ello, creemos que resolver esta situación resulta fundamental para el acceso al conocimiento, la ciencia y la educación de la sociedad colombiana.

Cordialmente,



Carolina Botero Cabrera
Directora del Grupo de Internet, Derecho y Sociedad
Fundación Karisma



Luisa Fernanda Guzmán Mejía
Investigadora
Fundación Karisma

----- o -----

Comentarios al documento “Lineamientos generales para la gestión y manejo de obras huérfanas con miras a la construcción de una política pública” del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC-UNESCO

El derecho de autor protege las creaciones originales del intelecto humano en el campo artístico, científico y literario², independientemente de su modo o forma de expresión y de su mérito o valor, sin necesidad de formalidad alguna o del reconocimiento de una autoridad administrativa. Este sistema jurídico otorga prerrogativas de carácter patrimonial, permitiéndole al autor o titular de derechos de una obra controlar los distintos actos de explotación económica. También ofrece prerrogativas de carácter moral, exclusivamente en cabeza del autor, que protegen su relación con la obra y su personalidad.

Partiendo del presupuesto fundamental de que los autores y titulares tienen el derecho a autorizar y prohibir los usos de sus obras, grandes dificultades se presentan cuando no se conocen los titulares de derechos de las obras, o cuando, pese a que estos se encuentran identificados, no es posible contactarlos para solicitar las autorizaciones respectivas. A estas obras se las ha denominado como “obras huérfanas”.

² Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Artículo 2.

Esta situación resulta bastante problemática, y aunque no es nueva, tiene un impacto más agudo teniendo en consideración los beneficios que ofrecen las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y el entorno digital para la disseminación de las obras y su preservación. Las obras huérfanas se tornan prohibitivas y disuasorias en razón al tiempo, esfuerzo y recursos que deben dispensarse para la búsqueda de los titulares, además de la posibilidad latente de un juicio en caso que estos aparezcan (ausencia de seguridad jurídica)³.

Bibliotecas, archivos, museos, hemerotecas, fonotecas, filmotecas y otras organizaciones que desean emprender proyectos de digitalización de sus colecciones patrimoniales, y los usuarios en general, resultan privados de la posibilidad de usar las obras, corriendo éstas el riesgo de desaparecer; los titulares pierden la posibilidad de obtener regalías, e incluso, la misma industria editorial también resulta afectada al generarse una interferencia en el curso normal del comercio⁴. Ocurre, entonces, un situación en la que todas las partes pierden (*lose-lose situation*)⁵ sean éstas titulares o usuarios, un freno al progreso económico y social⁶ y, además, se favorecen las infracciones al derecho de autor.

Las obras huérfanas son un problema real, no son un mito. Importantes reportes e informes lo han constatado empíricamente⁷. Ejemplo de ello, como bien lo trae a colación la propuesta del CERLALC sobre “Lineamientos generales para la gestión y manejo de obras huérfanas con miras a la construcción de una política pública”, en el Reino Unido en el año 2010 se estimaba que el 40% de las obras impresas de la Biblioteca Británica eran obras huérfanas⁸. Aunque en América Latina no se cuenta con cifras que dimensionen la magnitud del problema, resulta innegable que éste existe en la región. No obstante, la cuestión de fondo es cómo resolverlo.

³ Herrero, Cecilia. La problemática de la obra huérfana para la industria editorial. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor. CERLALC-Unesco. p. 22. Disponible en: <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2014/04/Revista-13-Derecho-de-Autor-final-prottegido.pdf>

⁴ *Ibid.* p. 16.

⁵ *Ibid.* p. 22.

⁶ de Beer, Jeremy and Bouchard, Mario. Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Owners and the Copyright Board (2010). Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 10, No. 2, p. 215. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1916840>

⁷ Al respecto: Gowers, Andrew. (2006). Gowers Review of Intellectual Property. p.40-ss. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228849/0118404830.pdf; Hargreaves, Ian. (2011). Digital opportunity: a review of intellectual property and growth. p. 38-4. Disponible en <https://ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>; European Commission. (2011). The new renaissance: report of the “comité des sages”. Disponible en http://bookshop.europa.eu/en/the-new-renaissance-pbKK7911109/downloads/KK-79-11-109-EN-C/KK7911109ENC_002.pdf;pgid=y8dIS7GUWMdSR0EAIMEUUsWb0000V2dCbLuo;sid=f19xOeJVD5VxNbIe8tFvnoBwMjxvS0CWAw8=?

[File Name=KK7911109ENC_002.pdf&SKU=KK7911109ENC_PDF&CatalogueNumber=KK-79-11-109-EN-C](http://www.ifrro.org/upload/documents/i2010%20Copyright%20Subgroup_Final%20report.pdf); i2010: Digital libraries high level expert group, copyright subgroup. (2008). Final report on digital preservation, orphan works, and out-of-print works. Disponible en

http://www.ifrro.org/upload/documents/i2010%20Copyright%20Subgroup_Final%20report.pdf; United States Copyright Office. (2006). Report on orphan works: a report of the Register of Copyrights. Disponible en:

<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>; IViR. (2006). The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Disponible en

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf

⁸ Lifshitz-Goldberg, Yael. (2010). Orphan works — WIPO seminar. p. 4. Disponible en

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_ge_10/wipo_smes_ge_10_ref_theme11_02.pdf

El documento del CERLALC propone una aproximación mixta al problema de las obras huérfanas que vale la pena analizar, discutir y socializar públicamente con todos los sectores interesados. La Biblioteca Nacional y la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) tienen en esto una importante misión.

En este contexto, nos hacemos partícipes en estos espacios preliminares de discusión, ofreciendo en el presente documento algunas observaciones en forma no exhaustiva sobre la propuesta del CERLALC, y otras recomendaciones que pueden ser pertinentes, sin perjuicio de formular nuevos comentarios o plantear otras propuestas alternativas conforme avance el proceso.

1. Síntesis de la propuesta del CERLALC

De la propuesta de “Lineamientos generales para la gestión y manejo de obras huérfanas con miras a la construcción de una política pública” del CERLALC, se colige que existen dos grandes modelos para manejar y gestionar las obras huérfanas: el enfoque basado en el licenciamiento y el enfoque basado en la limitación.

El primero de ellos, el basado en el licenciamiento, corresponde a una autorización otorgada por un tercero (sociedad de gestión colectiva⁹ -en adelante SGC-, o por una entidad pública¹⁰) que por mandato de la ley está legitimado para autorizar el uso de una obra¹¹. Por su parte, el segundo enfoque no parte de la necesidad de contar con una autorización previa al uso de una obra huérfana, sino de una limitación al derecho de autor o a la responsabilidad en la que podría incurrir quien hace uso de la obra¹². Ambos modelos requieren como condición a satisfacer, la búsqueda diligente del titular de la obra.

Debido a que Colombia no cuenta con herramientas legales que den solución al problema de las obras huérfanas, el CERLALC en su documento considera que es necesaria la promulgación de una normativa en particular¹³, y plantea la posibilidad de optar por un **sistema mixto**¹⁴ según el cual las solicitudes individuales se tratarían conforme a un enfoque basado en el licenciamiento previo (en cabeza de las SGC), mientras que, a los requerimientos de licencias masivas se les aplicaría un enfoque basado en la limitación.

En el siguiente cuadro se presenta en forma resumida algunas características particulares de la propuesta del CERLALC, teniendo en cuenta si se trata de solicitudes individuales o masivas de uso de obras huérfanas.

	Usos individuales de obras huérfanas a cargo de SGC	Usos masivos de obras huérfanas (sistema de
--	---	---

⁹ Esta aproximación es originaria de los países nórdicos.

¹⁰ Éste es el caso de Canadá, Japón, Corea del Sur y Hungría.

¹¹ Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC-UNESCO. (2013). Lineamientos generales para la gestión y manejo de obras huérfanas con miras a la construcción de una política pública. p. 27.

¹² *Ibíd.* p. 31.

¹³ *Ibíd.* p. 49.

¹⁴ *Ibíd.* p.51.

	(sistema de control previo o enfoque basado en el licenciamiento)	control posterior o enfoque basado en la limitación)
Características generales de la licencia	La SGC evalúa en forma previa las solicitudes de autorización de manera individual y expide una licencia según los intereses del solicitante y el ánimo del legislador ¹⁵ .	No hay revisión previa de cumplimiento de requisitos que anteceda el uso de la obra.
Beneficiarios	No habría necesidad de definirlos previamente. La SGC tendría un margen de discrecionalidad ¹⁶ para analizar cada caso en particular, al incluir un elemento dinámico de valoración que permita evaluar los beneficiarios de la autorización.	Para efectos prácticos, según el CERLALC, este esquema comporta mayores riesgos pues el análisis del cumplimiento de requisitos por parte de los usuarios de forma unilateral, por lo anterior, sería apropiado limitar el uso de las obras huérfanas a ciertas entidades que pueden ser bibliotecas, museos y archivos sin ánimo de lucro ¹⁷ .
Usos permitidos	No habría necesidad de definirlos previamente. La SGC tendría un margen de discrecionalidad ¹⁸ para analizar cada caso en particular, al incluir un elemento dinámico de valoración que permita evaluar el uso de la obra.	Los usos permitidos deben ser definidos previamente por el legislador ¹⁹ y deben estar limitados a fines estrechamente relacionados con el objeto misional ²⁰ de las entidades autorizadas.
Búsqueda diligente	Requiere búsqueda diligente previa. SGC podría tener un margen de discrecionalidad amplio para evaluar la búsqueda diligente, cuya exigencia podría variar de	Requiere búsqueda diligente previa.

¹⁵ Ibid. p. 50.

¹⁶ Ibid. p. 50.

¹⁷ Ibid. p. 51.

¹⁸ Ibid. p. 50.

¹⁹ Ibid. p. 53.

²⁰ Ibid. p. 51.

	acuerdo con la naturaleza del uso contemplado o la notoriedad del autor ²¹ .	
Derechos morales	Debe resguardar derechos morales. Debe tener en cuenta (si es posible) la posición política y religiosa del autor, y todo elemento de juicio que permita determinar si hubiera permitido cierto uso o no ²² .	Debe resguardar derechos morales.

Pese a las diferencias de cada uno de los sistemas, en la propuesta del CERLALC existen a su vez cuatro puntos en los cuales ambos coinciden, a saber: la no exclusividad de las licencias de uso, la búsqueda diligente de los titulares de las obras, el respeto a los derechos morales, y el pago de regalías. Así:

A. La licencia de uso que se otorgue de una obra huérfana debe ser no exclusiva. Con el fin de evitar usos monopólicos que restrinjan la amplia difusión de la obra, la licencia de uso que se otorgue debe ser no exclusiva; a su vez, también debe ser intransferible, evitando uso por personas diferentes a las autorizadas; estar limitada al territorio colombiano, y debe contemplar la revocabilidad en caso que aparezca el titular de derechos, resguardando los actos realizados de buena fe y permitiendo la distribución de ejemplares previamente producidos²³. Por otra parte, la propuesta del CERLALC no plantea un plazo determinado por el cual deba concederse la licencia para ninguno de los sistemas, antes bien, éste parece limitarse a la aparición del titular de derechos.

B. Búsqueda diligente. La siguiente tabla sintetiza la información provista por el CERLALC sobre cómo se entiende una búsqueda razonable en diferentes países.

País	¿Qué es una búsqueda diligente?	Consideraciones
Canadá	Esfuerzos razonables para localizar al titular	La Copyright Board tiene un margen de discrecionalidad para calificar los esfuerzos razonables, dependiendo del uso que se le quiere dar a la obra, la sustitución del usuario o la notoriedad del autor ²⁴ .

²¹ *Ibíd.* p. 53.

²² *Ibíd.* p. 54.

²³ *Ibíd.* p. 53.

²⁴ *Ibíd.* p. 38.

Corea del Sur	Esfuerzos considerables de búsqueda	Estos esfuerzos incluyen averiguaciones en sociedades de gestión colectiva, publicación de avisos en diarios y páginas web ²⁵ .
Estados Unidos (proyectos de ley)	Razonable diligencia	a) Revisar en los registros de la oficina de derecho de autor, b) uso razonable de expertos o tecnología disponible.
Unión Europea	Búsqueda diligente y de buena fe	Búsqueda de buena fe por cada obra u otra prestación protegida en función de la categoría de obra o prestación a utilizar. Cada Estado Miembro determinará las fuentes que deban consultarse, pero como mínimo las que aparecen en el Anexo de la Directiva: bases de datos de SGC, registros ISBN, ISSN, ISWC, ISRC, ISAN, catálogos de biblioteca, depósito legal, ARROW, etc ²⁶ .

Como propuesta al respecto, el CERALC define que en ambos sistemas debe realizarse previamente una búsqueda diligente del titular de la obra para asegurar con certeza que la obra sí es huérfana, esto con el fin de evitar usos de las obras sin la autorización previa de los titulares que sí pueden ser contactados (lo que implicaría la conversión de los derechos patrimoniales en simples derechos de remuneración²⁷).

De acuerdo con el documento el legislador debe definir los parámetros de valoración objetiva y los actos que debe realizar el usuario para que se considere que adelantó “esfuerzos razonables” para contactar al titular, teniendo en cuenta que éste puede ser inaccesible y aún así ser ubicable²⁸. Por la referencia citada, al hacer mención a los esfuerzos razonables, parecería que el CERALC estuviera proponiendo una aproximación similar a la adoptada en el Anexo de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo del 25 de octubre de 2012, en donde se establecen las fuentes de información que deben considerarse en aras de llevar a cabo una búsqueda diligente.

²⁵ Ibid. p. 38.

²⁶ Ibid. p. 38-39.

²⁷ Ibid. p. 52.

²⁸ Ibid. p. 52.

Asimismo, la propuesta sugiere que los parámetros en mención excluyan casos en los que la titularidad se encuentre en disputa y que se ciñan a principios de razonabilidad y proporcionalidad²⁹.

C. Derechos morales. En ambos sistemas deben respetarse los derechos morales del autor y de forma inexorable: debe indicarse el nombre o seudónimo del autor independientemente del formato de publicación —a menos que la obra sea anónima—; no debe deformarse, mutilarse o modificarse en su contenido; sólo pueden usarse las obras publicadas previamente y que no hayan sido retiradas del comercio por solicitud del autor³⁰.

D. Pago de regalías. La propuesta del CERLALC recomienda que la normativa prevea el pago de regalías a favor del titular de derechos, quien puede cobrarlas en un plazo perentorio, y a su vez, que el legislador deberá decidir la entidad depositante (que puede ser la SGC) y los usos a los que podrá destinarse este dinero en caso que los titulares no lo reclamen³¹.

La propuesta en su conjunto resulta interesante y original respecto de otras aproximaciones que comparten una naturaleza híbrida para el manejo y gestión de obras huérfanas, en cuanto diferencian si se trata de usos individuales o masivos. En el Reino Unido³² el año 2013 también se plantearon propuestas mixtas, sin embargo, este país aún no ha definido de forma concluyente cómo aproximarse al problema de las obras huérfanas y recientemente ha realizado consultas técnicas al respecto que podrían darle a la Biblioteca Nacional, o a la entidad gubernamental que lidere el proceso, una idea de metodología a seguir³³.

2. Posición de la Fundación Karisma sobre las obras huérfanas

Consideramos que las propuestas presentadas por el CERLALC se hacen particularmente necesarias en razón a que Colombia carece de un sistema flexible de protección al derecho de autor, como el *fair use* en Estados Unidos.

A diferencia de lo que sucede en los países de derecho civil, el *fair use* ha permitido que en Estados Unidos se realicen usos importantes de las obras huérfanas -incluso por parte de compañías como Google³⁴-, lo que le ha conferido una ventaja comparativa con respecto a otros

²⁹ *Ibíd.* p. 52.

³⁰ *Ibíd.* p. 54.

³¹ *Ibíd.* p. 54.

³² Hansen, David R; Hinze, Gwen & Urban, Jennifer M. (2013). Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a 'Diligent Search' under Present and Proposed Regimes? Berkeley Digital Library Copyright Project, White Paper No. 4. p. 19. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2208163>

³³ Al respecto puede consultarse: Intellectual Property Office. (2014). Copyright works: seeking the lost. Consultation on implementing a domestic orphan works licensing scheme and the EU Directive on certain permitted uses of orphan works. Disponible en: <https://ipo.gov.uk/consult-2014-lost.pdf>; Intellectual Property Office. (2014). Government response to the technical consultation on orphan works. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/315078/Orphan_Works_Government_Response.pdf

³⁴ El escaneo, la indexación y la previsualización de extractos (snippets) de obras por parte de Google fueron consideradas por la Corte Suprema de Estados Unidos como fair use, a pesar del ánimo de lucro que subyace a esta compañía. Hansen, David R; Hashimoto, Kathryn; Hinze, Gwen; Samuelson, Pamela & Urban, Jennifer M. (2013). Solving the Orphan Works Problem for the United States. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 37, No. 1; UNC Legal Studies Research Paper No. 2323945. p. 30. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2323945>

países³⁵. Aunque es claro que esta aproximación no satisface todas las necesidades y problemas en materia de obras huérfanas, y que por ello precisamente en Estados Unidos se ha discutido reiteradamente el tema, puede decirse que esta doctrina sí soluciona algunos problemas básicos.

El *fair use* permite realizar el uso de las obras sin autorización de sus titulares para propósitos como la crítica, comentarios, reportaje de noticias, enseñanza e investigación. Empero, no se trata de una lista exhaustiva, por tal motivo se dice que el *fair use* tiene un carácter flexible y abierto. El análisis de cada uso es realizado en forma posterior por los jueces individualmente a través de la consideración de los siguientes factores: “(i) el propósito y carácter del uso, incluyendo si tal uso es de naturaleza comercial o para propósitos instructivos sin fines de lucro; (ii) la clase del derecho de autor de la obra; (iii) la cantidad y consistencia de la porción utilizada en relación con el derecho de autor de la obra en su totalidad; y (iv) el efecto de su uso sobre el mercado potencial o valor del derecho del autor de la obra”.

El reciente fallo de un tribunal de apelaciones en Estados Unidos, en caso *Authors Guild v. HathiTrust*, ilustra la flexibilidad de la doctrina del *fair use*. Este fallo confirmó que la creación de una base de datos de búsqueda a texto completo de más de 10 millones de obras, desarrollada por el proyecto *HathiTrust* (conformado por universidades e instituciones sin ánimo de lucro) para facilitar el acceso a las personas con discapacidad visual y con dificultades para acceder al texto impreso, constituía un uso justo de las obras acorde con la doctrina del *fair use*³⁶.

Puntualmente sobre el problema de las obras huérfanas, diferentes académicos de este país han propuesto complementar el *fair use* con sistemas de buenas prácticas y con un sistema de limitación a la responsabilidad basado en la búsqueda diligente³⁷. Incluso algunos consideran que no es necesario realizar aproximaciones legislativas a esta problemática³⁸.

La Fundación Karisma en reiteradas oportunidades ha propuesto la adición de una cláusula abierta a las excepciones y limitaciones al derecho de autor consagradas en la legislación colombiana, a fin de lograr la flexibilización y equilibrio del sistema en favor de los derechos humanos³⁹. Vale la pena considerar que aunque exista o no una cláusula abierta (estilo “fair use”) las legislaciones mantienen también listados específicos para ofrecer mayor certeza sobre el uso de ciertas obras como aquellas en condición de orfandad.

Teniendo en cuenta las opiniones de expertos que consideran que el *fair use* no es una respuesta completa⁴⁰, consideramos que como solución al problema de las obras huérfanas adicionalmente

³⁵ *Ibid.* p. 23.

³⁶ Band, Jonathan. Libraries Applaud Landmark Copyright Ruling Affirming Fair Use. Infojustice. Disponible en: <http://infojustice.org/archives/32826>

³⁷ *Ibid.* p. 23.

³⁸ Cassedy, Claire. (2014). Discussion on Orphan Works and Mass Digitization at US Copyright Office, March 10-11, 2014. Disponible en: <http://keionline.org/node/1978>

³⁹ Por ejemplo en la Conferencia sobre Derechos Humanos en la Era Digital. Al respecto: http://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/DDHH-ED_Programa+Bio+Docs_final.pdf

⁴⁰ Hansen, David R; Hashimoto, Kathryn; Hinze, Gwen; Samuelson, Pamela & Urban, Jennifer M. (2013). *Op.Cit.*. p. 31.

a la cláusula abierta que hemos venido proponiendo, debe adoptarse un modelo basado en la limitación de responsabilidad con las siguientes características:

- Que deba llevarse a cabo la búsqueda diligente de los titulares de derechos,
- Que cubra todos los tipos de obras,
- Que se aplique a todos los usos (incluyendo comerciales y no comerciales)
- Que esté disponible para todos los tipos de usuarios (institucionales y no institucionales),

Una solución de este tipo complementada con guías de buenas prácticas y acompañamiento para instituciones patrimoniales sería en nuestra opinión la solución ideal al problema de las obras huérfanas en Colombia. Esta combinación, además de garantizar el respeto por los derechos de los autores y titulares, promovería el uso de las obras huérfanas en un amplio rango, trayendo consigo un gran beneficio social.

Ahora bien dado que la legislación nacional no cuenta aún con una disposición de cláusula abierta que permita ciertos usos de las obras sin autorización, salvaguardando la responsabilidad de los usuarios, consideramos que el enfoque basado en una limitación aplicable a todos los tipos de usuarios de obras huérfanas podría devenir en mayores riesgos. Por tal motivo, sin un panorama positivo para la cláusula abierta, consideramos que el enfoque mixto propuesto por el CERLALC es una opción plausible para solucionar el problema de las obras huérfanas en Colombia, no sin antes realizar algunas observaciones.

3. Observaciones generales a la propuesta del CERLALC

Luego de revisar las recomendaciones y propuestas formuladas como lineamientos de administración de obras huérfanas, consideramos relevante hacer hincapié en los siguientes aspectos atinentes a los dos sistemas, sobre los cuales sería pertinente que se pronunciase el CERLALC:

3.1. Sobre la búsqueda diligente

La búsqueda diligente es un componente integral de cualquier sistema de tratamiento de las obras huérfanas, precisamente con el fin de establecer la condición de orfandad. En las legislaciones nacionales existen diferentes formulaciones sobre qué se entiende por búsqueda razonable, quiénes participan en el proceso de búsqueda, cuál es la naturaleza y extensión de la búsqueda y sobre la posibilidad de apoyarse en búsquedas anteriores. Conviene señalar algunos aspectos respecto de los interrogantes anteriores que el CERLALC debería desarrollar con mayor profundidad.

A. ¿Quién participa en el proceso de búsqueda?

De acuerdo con la propuesta del CERLALC tanto en el enfoque basado en la limitación como en el enfoque basado en el licenciamiento el usuario es quien debe realizar la búsqueda. Esta

aproximación es usual cuando se trata de un enfoque basado en la limitación; no obstante, en un enfoque basado en el licenciamiento, al estar implicada una SGC, ésta es por lo general la responsable de llevar a cabo dicha búsqueda.

Así ocurre por ejemplo en los países que tienen aproximaciones híbridas, como Hungría, donde los usuarios se encargan de realizar las búsquedas para usos individuales y las SGC para usos cubiertos por el régimen de gestión colectiva⁴¹. En 2013 la propuesta de legislación sobre obras huérfanas en Reino Unido, también preveía que el usuario hiciera la búsqueda cuando se tratara de usos individuales (sujeta a la aprobación de una agencia), y que las instituciones culturales y las SGC hicieran lo propio cuando se tratara de digitalización masiva⁴².

A su vez, en los países nórdicos donde opera un sistema de licencia colectiva extendida (*Extended Collective Licensing*, en adelante ECL), las SGC son las que se encargan de efectuar la búsqueda; a pesar de ello, la búsqueda en estos países no es un requisito previo para hacer uso de una obra huérfana, antes bien, ésta se efectúa en forma posterior al uso para distribuir las regalías por concepto de licencias⁴³.

Luego de revisado lo anterior, no nos explicamos por qué la propuesta del CERLALC cuando se trata del enfoque basado en el licenciamiento, le adjudica la responsabilidad al usuario de realizar dicha búsqueda mientras que encarga a la SGC de sólo evaluar si la búsqueda fue diligente o no, en lo que ésta tendría un margen de discrecionalidad amplio.

La realización de una búsqueda diligente de los titulares representa que el usuario individual deba incurrir en gastos. Estos gastos son bastante significativos y para nada despreciables. La Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido estima que el costo para los usuarios de realizar una búsqueda diligente oscila entre £31m - £122m por año, y que el costo de la entidad encargada de su aprobación estaría alrededor de £0.5m - £1.8m por año⁴⁴. En esta medida, ¿el usuario además de sufragar el costo de la búsqueda tendría que pagarle a la SGC alguna tarifa administrativa por evaluar la búsqueda? Si esto es así, esta propuesta podría convertirse fácilmente en una forma de desincentivar el uso de obras huérfanas en razón al alto costo que esto representaría para los usuarios.

Algunas preguntas surgen al respecto: ¿la sociedad de gestión que aprobó la búsqueda saldría en la defensa del usuario en caso de ser llevado a un proceso judicial? ¿no tiene más sentido acaso que la SGC realice la búsqueda, como ocurre en otros países, en razón a su supuesta representatividad y al conocimiento de su sector? ¿por qué optar por un sistema donde la SGC aprueba las búsquedas y no por una autoridad administrativa (que bien podría ser una dependencia del Ministerio de Cultura)?, ¿la DNDA tendría algún rol en este proceso?

B. ¿Qué parámetros debe atender la búsqueda diligente?

⁴¹ Hansen, David R; Hinze, Gwen & Urban, Jennifer M. (2013). Op.Cit. p. 21 y 24. Disponible en:

<http://ssrn.com/abstract=2208163>

⁴² *Ibíd.* p. 20.

⁴³ *Ibíd.* p. 12-13.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 20.

La propuesta del CERLALC plantea que el legislador es quien debe definir los parámetros de valoración objetiva que debe seguir quien esté interesado en hacer uso de una obra huérfana, allí parece acercarse a lo que la Directiva de la Unión Europea define como búsqueda diligente y de buena fe, y a las fuentes que deben consultarse en forma previa con el fin de determinar si se adelantaron esfuerzos razonables para contactar al titular de derechos.

Respecto de los parámetros a definir por el legislador consideramos que estos no deberían ser tan rigurosos o difíciles de cumplir por los usuarios (que de acuerdo con la propuesta del CERLALC son los encargados de realizar la búsqueda). Establecer un mínimo de fuentes a consultar como ocurre en la Unión Europea⁴⁵ podría representar una restricción legal al uso de las obras huérfanas tanto en proyectos individuales como de digitalización masiva. ¿Qué tan vinculantes serían entonces los parámetros que indique el legislador?

La Declaración Conjunta sobre Obras Huérfanas de la International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) y International Publishers Association (IPA) dada en junio de 2007⁴⁶, considera al respecto que las iniciativas regulatorias deben abstenerse de exigir un número de pasos de búsqueda o fuentes de información a ser consultados. Por el contrario, se requiere de una aproximación flexible con el fin de garantizar una solución adecuada en relación con las circunstancias individuales de cada obra huérfana, de las fuentes de información disponibles en cada país, según el tipo de obra y los rápidos cambios tecnológicos en cuestiones de fuentes de información y técnicas de búsqueda.

A su vez, la Declaración plantea que debe alentarse a los interesados (*stakeholders*) a elaborar y difundir públicamente guías sobre lo que consideran es una búsqueda diligente. Estas guías deben ser flexibles y deben atender a los diferentes formatos y circunstancias nacionales.

C. ¿Cuál es la extensión de una búsqueda diligente?

El documento del CERLALC señala puntualmente para el sistema de control previo, que la SGC además de tener un margen de discrecionalidad a la hora de determinar los usos de las obras y los beneficiarios de las licencias, también tendría dicho margen a la hora de evaluar la búsqueda diligente, cuya exigencia podría variar de acuerdo con la naturaleza del uso contemplado, la notoriedad del autor, entre otros. ¿Por qué restringir estos diversos niveles de exigencia a las búsquedas al enfoque basado en el licenciamiento y no extenderlo al enfoque basado en la limitación de responsabilidad? ¿Por qué privilegiar a los usuarios individuales con estándares diferenciados de búsqueda diligente y no a las entidades sin ánimo de lucro a las cuales se restringe el enfoque basado en la limitación?

⁴⁵ La Directiva 012/28/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, en su artículo 3, numeral 2, establece que se deben consultar como mínimo las fuentes determinadas en el anexo, dependiendo del tipo de obra.

⁴⁶ IFLA/IPA Joint Statement on Orphan Works. (2007). Disponible en: www.ifla.org/publications/iflaipa-joint-statement-on-orphan-works

La Oficina de Derecho de Autor de Estados Unidos ha sugerido en su Reporte sobre Obras Huérfanas⁴⁷ que la extensión de la búsqueda debería variar de acuerdo a diferentes factores, entre ellos, si el uso propuesto de la obra es comercial o no comercial, si la obra fue ampliamente diseminada o si ésta juega un rol prominente en la actividad del usuario.

Aplicar criterios distintos de búsqueda diligente en ambos enfoques dependiendo del uso propuesto o del usuario puede resultar conveniente para brindarle flexibilidad y apertura al sistema. Esto podría ser benéfico para las entidades públicas pues realizar las búsquedas aplicando criterios más flexibles que si fueran a realizar un uso comercial⁴⁸ podría contribuir a disminuir los costos de los proyectos de digitalización masiva. Carece de sentido entonces que los estándares y la extensión de la búsqueda diligente sean más rigurosos para bibliotecas, museos y archivos sin ánimo de lucro que para particulares que realicen usos individuales de las obras.

Sobre los diferentes estándares de búsqueda diligente, conviene mencionar que esta aproximación no está exenta de críticas. De acuerdo con Jane Ginsburg, ajustar el nivel de diligencia requerido basándose en las circunstancias podría ser problemático, pues una misma obra podría resultar huérfana para unos usuarios pero no para otros⁴⁹. ¿Es conveniente que esto ocurra?

D. ¿La búsqueda diligente tendría que realizarse obra por obra?

Más allá de los parámetros que el legislador debe definir, el documento del CERLALC no propone cómo debe realizarse la búsqueda diligente, en especial, cuando se trata de proyectos de digitalización masiva. En este caso ¿la búsqueda diligente de obras a digitalizar masivamente debe realizarse obra por obra?

El requerimiento de realizar una búsqueda diligente exigido a bibliotecas, museos y a entidades sin ánimo de lucro en procesos de digitalización masiva de sus colecciones debe simplificarse y en ningún caso debe imponer una búsqueda obra por obra, puesto que este tipo de organizaciones no cuentan con los recursos para efectuarla a ese nivel. Llevar a cabo una búsqueda de este tipo sería ineficiente e inviable para las entidades beneficiarias del enfoque basado en la limitación; además, se convertiría en un trámite complejo que haría inoperante la solución.

La exigencia de trámites desproporcionados para una búsqueda diligente puede generar dificultades adversas a la digitalización masiva en proyectos de gran escala que buscan potenciar la capacidad de las TIC para facilitar el acceso al conocimiento, la cultura, la ciencia y facilitar procesos de educación. Por tanto, los criterios de búsqueda a la hora de determinar la condición de orfandad de una obra deben ser limitados y no exhaustivos. En la definición e implementación de estos criterios es donde se generarán posiblemente las dificultades, por tal motivo es importante generar alternativas que permitan la búsqueda colectiva de las obras y

⁴⁷ United States Copyright Office. (2006). Report on orphan works: a report of the Register of Copyrights.

Disponible en: <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>

⁴⁸ Hansen, David R; Hinze, Gwen & Urban, Jennifer M. (2013). Op.Cit. p. 4.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 4.

estudiar otros enfoques como los sistemas de puerto seguro (en especial para bibliotecas, archivos y museos) que posibiliten los usos masivos de las obras.

En esta medida puede estudiarse la posibilidad de establecer un mecanismo de puerto seguro en favor de estas entidades, que comprenda la limitación de responsabilidad. Dicho mecanismo no está asociado exclusivamente con el modelo de notificación y retiro de contenidos de la Digital Millennium Copyright Act, de hecho como lo hemos expuesto en el pasado⁵⁰ este mecanismo no es garantista de derechos humanos. Existen otros modelos que se ajustan mejor cuando hay tensión de derechos. El modelo que se elija deberá garantizar especialmente la libertad de expresión.

Colombia como parte de las obligaciones adquiridas en virtud del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos debe adoptar este tipo de sistemas, por lo que resulta oportuno incluir a las bibliotecas, archivos y museos en el debate.

C. ¿Pueden apoyarse los usuarios en una búsqueda realizada anteriormente?

La propuesta del CERLALC no establece con claridad si una búsqueda diligente puede basarse en otras búsquedas previas. Esto debería permitirse tanto para el enfoque basado en el licenciamiento, como para el enfoque basado en la limitación.

Por ejemplo, En Estados Unidos, los proyectos de ley sobre obras huérfanas determinan que la carga de realizar la búsqueda razonable se encuentra en los usuarios, no obstante, dependiendo de las circunstancias del usuario dicha búsqueda puede depender en parte de los esfuerzos de búsqueda de otro usuario⁵¹.

Acoger este tipo de consideraciones implica la necesidad de establecer un registro con el fin que las instituciones culturales y las SGC puedan documentar las búsquedas y los resultados a través de un mecanismo accesible públicamente. Esto podría aumentar la efectividad de la concesión de licencias en el caso de las SGC y el uso de las obras por parte de las entidades cobijadas por el enfoque basado en la limitación. En Canadá para 2013 tan sólo se habían otorgado 441 licencias en 21 años de régimen de obras huérfanas, la inexistencia de una obligación de dar a conocer públicamente las búsquedas puede ser una de las razones de esta baja tasa de efectividad⁵².

La DNDA, como encargada del Registro Nacional de Derecho de Autor, tiene un importante rol al respecto. Debería evaluarse con mayor profundidad si esta entidad puede desarrollar un sistema más grande que ponga a disposición del público la información para hacer la búsqueda de los titulares, en forma similar a ARROW⁵³ (*Accessible Registries of Rights Information and*

⁵⁰ Cortés, Carlos. (2013). Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el Impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección. Fundación Karisma. Disponible en <http://karisma.org.co/wp-content/uploads/2013/07/Paper2ImpactoNegativoDMCA.pdf>

⁵¹ Hansen, David R. and Hinze, Gwen and Urban, Jennifer M. (2013). Op.Cit. p. 3.

⁵² *Ibíd.* p. 7.

⁵³ ARROW compendia guías para definir, por ejemplo, cuando una obra es huérfana. http://www.arrow-net.eu/sites/default/files/D3.2.1_Guidelines_Definition_OrphanWorks.pdf

Orphan Works Towards Europeana) en la Unión Europea, el cual abarque otros registros como el ISBN y el ISSN.

3.2 Sobre los tipos de obras

Los lineamientos del CERLALC para el manejo de las obras huérfanas no restringen su aplicación a un tipo de obra en particular, a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea donde la Directiva sólo aplica a las obras publicadas en forma de libros, revistas especializadas, periódicos, revistas u otro material impreso, y a las obras cinematográficas o audiovisuales y 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 cinematográfico o sonoro. Allí, las obras musicales y las fotografías deben estar insertas o incorporadas en una obra escrita o en un fonograma para que de ellas pueda predicarse la orfandad.

La única limitación que se encuentra en la propuesta del CERLALC sobre los tipos de obra parte del respeto a los derechos morales y estima que una obra huérfana sólo podrá utilizarse si fue publicada previamente. No obstante esta exigencia podría impedir por completo el uso de ciertos tipos de obras cuyo autor o titular no se conoce o no es posible ubicar, tanto en el enfoque basado en el licenciamiento como en el enfoque basado en la limitación. Si bien esta situación puede ser problemática cuando se trata de libros, ésta es aún más álgida cuando se trata de obras musicales y de obras efímeras como la correspondencia, fotografías caseras, videos caseros, entre otros. Estos son los casos más difíciles en procesos de digitalización.

La justificación de por qué no permite el uso obras huérfanas no publicadas no puede limitarse a una simple aseveración sobre el respeto inexorable a los derechos morales. De hecho lo que sabemos es que en Colombia, obras como las partituras musicales no fueron parte de la industria durante muchas décadas y por tanto son obras que nunca fueron publicadas y sin embargo hacen parte de nuestro patrimonio cultural y merecen ser conocidas⁵⁴.

Países como India, con iguales obligaciones de respetar los derechos morales⁵⁵, tienen esquemas más flexibles que permiten incluso la concesión de licencias obligatorias de obras no publicadas⁵⁶. En Estados Unidos por su parte, el Reporte sobre Obras Huérfanas de la Oficina de Derecho de Autor de este país recomendó que la respuesta al problema de las obras huérfanas incluyera soluciones tanto para obras publicadas como no publicadas⁵⁷. En opinión de esa

⁵⁴ Un análisis al respecto puede encontrarse en el artículo del maestro Jaime Quevedo “El documento musical en Colombia: la develación de una memoria oculta que la cartografía de prácticas musicales en Colombia ha convertido en una estrategia de investigación y conocimiento” (2011), publicado en la revista Signo y Pensamiento de la Universidad Javeriana. Disponible en:

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/2440>

⁵⁵ Los derechos morales en India se conocen como “special rights”. Indian Copyright Act. (1957).

⁵⁶ Indian Copyright Act. (1957). Section 31A. “Compulsory licence in unpublished Indian works. (1) Where, in the case of an Indian work referred to in sub-clause (iii) of clause (a) of section 2, the author is dead or unknown or cannot be traced, or the owner of the copyright in such work cannot be found, any person may apply to the Copyright Board for a licence to publish such work or a translation thereof in any language (...)”

⁵⁷ de Beer, Jeremy and Bouchard, Mario. Op.Cit. p. 221.

Oficina, trazar este tipo de distinciones perpetuaría la incertidumbre en vez disminuirla, toda vez que determinar si una obra fue publicada o si es inédita no es tarea fácil⁵⁸. Teniendo en cuenta esta situación este tipo de soluciones y aproximaciones deberían ser considerados por el CERLALC con mayor profundidad.

Retomando nuevamente la posibilidad usar obras efímeras que pueden tener el carácter de huérfanas, es posible que en ambos enfoques se presenten dificultades. Las SGC no necesariamente se encuentran habituadas al tratamiento de este tipo de obras y el modelo de ECL no resulta del todo satisfactorio para resolver el problemas de las obras huérfanas en este tipo de materiales: ¿qué ocurre entonces cuando no hay una sociedad de gestión colectiva suficientemente representativa en un tipo de obra, como por ejemplo, las fotografías? ¿no se podría autorizar el uso de este tipo de obras? Se sugiere entonces incluir una disposición especial que permita el uso individual de las obras de titulares de este tipo de obras efímeras que no están representadas de forma adecuada por una sociedad de gestión.

Respecto del enfoque basado en la limitación, la búsqueda diligente de los titulares de este tipo de obras también podría ser bastante compleja. Por lo anterior, se deben explorar otro tipo de mecanismos como el de puerto seguro propuesto anteriormente para las entidades que bajo este enfoque hacen usos de las obras.

Las obras efímeras son fundamentales para los archivos. Recientemente en el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (SCCR27) de la OMPI, en donde se discute sobre la adopción de un instrumento jurídico de excepciones y limitaciones al derecho de autor para bibliotecas y archivos, diferentes organizaciones como la Society of American Archivists, han señalado que las obras huérfanas más que un problema legal para los archivos son un problema existencial⁵⁹ debido a que estas instituciones documentan todas las partes de la sociedad, con el propósito de poner a disposición los materiales disponibles para que el futuro pueda aprender del pasado.

A diferencia de las bibliotecas, un gran número de archivos se enfocan en documentos creados como parte de la vida diaria de personas de las cuales raramente se tiene rastros, lo que supone un desafío mayor para el cumplimiento de la misión de estas entidades en el entorno de derecho de autor actual, donde la gestión de derechos puede llegar a superar el valor del proceso de digitalización y de la obra misma. Lo anterior, se torna como una prohibición para poner a disposición de los usuarios la herencia cultural de la humanidad⁶⁰ y de nuestro propio país.

3.3 Sobre los usos permitidos

Los lineamientos del CERLALC contemplan que para el enfoque basado en el licenciamiento no es necesario definir los usos permitidos pues la SGC tendría un margen de discrecionalidad para evaluarlos. Tratándose del enfoque basado en la limitación, los usos deben definirse previamente

⁵⁸ United States Copyright Office. (2006). Op.Cit. p. 100.

⁵⁹ Maher, William. (2014). Statement of the Society of American Archivists. Disponible en: <http://blogs.ifla.org/sccr/2014/05/02/topic-7-orphan-works-society-of-american-archivists/>

⁶⁰ *Ibíd.*

y deben estar limitados al objeto misional con el fin de limitar los riesgos que implica el análisis del cumplimiento de requisitos de manera unilateral.

La propuesta de esta entidad no es manifiestamente expresa a la hora de permitir usos comerciales de las obras huérfanas. Consideramos que debe adoptarse un enfoque más abierto al respecto tanto en el modelo basado en el licenciamiento como el basado en la limitación. Los modelos de gestión de este tipo de obras en el mundo no restringen los usos de las mismas a aquellos no comerciales⁶¹ (aunque esto implique el pago de una regalía). La Unión Europea es la excepción.

Si las entidades autorizadas bajo el enfoque basado en la limitación hicieron adecuadamente la búsqueda diligente, el hecho de realizar un uso comercial de la obra no necesariamente incrementaría su riesgo. Debe estudiarse con mayor profundidad la posibilidad de limitar las medidas disponibles en caso que el titular aparezca, garantizando que éstas sean suficientemente flexibles a fin de tener en cuenta los esfuerzos creativos y la inversión realizada de buena fe⁶². Los usuarios que hayan llevado a cabo una búsqueda diligente no deberían ser penalizados por el uso de una obra.

De no llegarse a acoger la posibilidad de hacer usos comerciales por parte de estas entidades autorizadas, debe por lo menos establecerse en su favor, la posibilidad de recibir ingresos en el transcurso de los usos de las obras huérfanas con el fin de cubrir los costes derivados de la digitalización de las obras y de su puesta a disposición del público, como ocurre en la Unión Europea. Esto promovería las alianzas público-privadas en la digitalización masiva, necesarias debido a los altos costes de este tipo de proyectos.

Finalmente, es importante señalar que la propuesta del CERLALC en virtud del respeto a los derechos morales, considera que la obra huérfana debe publicarse sin ninguna deformación, mutilación o modificación en su contenido, limitando con ello la posibilidad hacer obras derivadas de las obras huérfanas. Tal como está consagrado en el artículo 11 literal c de la Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina de Naciones, el autor tiene el derecho moral a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Por lo anterior, no hay razón a que so pretexto del respeto a los derechos morales se impida la realización de obras derivadas cuando el alcance de la norma no es el de evitar modificaciones sino el de prevenir a quien las hace de un límite impuesto por el derecho moral.

3.4 Sobre las tarifas y pago de regalías

A pesar de proponer un enfoque mixto, los lineamientos del CERLALC no establecen de forma diferenciada cómo debe efectuarse el pago de las regalías. Sólo estiman como recomendable que la normativa prevea el pago de regalías al titular de derechos, quien podrá cobrar la suma

⁶¹ CERLALC-UNESCO. Op.Cit. p. 41.

⁶² IFLA/IPA Joint Statement on Orphan Works. (2007). Disponible en: www.ifla.org/publications/iflaipa-joint-statement-on-orphan-works

respectiva dentro de un plazo perentorio. A su vez, que el legislador podrá optar por exigir el pago por adelantado. La SGC podría ser la entidad depositante y en caso que el titular no reclame estos recursos, el legislador también podría determinar a qué usos podrían destinarse.

Esta propuesta puede resultar aplicable cuando se trata del enfoque basado en el licenciamiento pero no debería exigirse el pago previo de regalías a las entidades autorizadas bajo el enfoque basado en la limitación. El pago de una remuneración razonable por el uso de una obra previamente considerada como huérfana debe efectuarse sólo en caso que aparezca el titular y debe tener en cuenta el interés legítimo del usuario en continuar la explotación de la obra⁶³.

La estimación de la remuneración por el uso de una obra debe tener en cuenta que las principales motivaciones y expectativas para crear no son que ésta se convierta en huérfana. Este tipo de obras por lo general no están presentes en el mercado, basar las regalías en el precio de las obras que no son huérfanas o de una negociación hipotética entre el titular y el usuario daría como resultado una regalía muy alta⁶⁴ cuando se espera que éstas sean modestas. Otras aproximaciones podrían tener efectos disuasorios y prohibitivos sobre el uso de las obras huérfanas, dando lugar a que los usuarios finales las consideren como una mala distribución de recursos.

3. Observaciones sobre los sistemas en particular

3.1 Sobre el sistema de control previo para usos individuales de las obras

La propuesta del CERLALC plantea un enfoque basado en el licenciamiento para los usos individuales de las obras sujeto al análisis previo a cargo de un ente colectivo que decide la pertinencia y viabilidad de las solicitudes, teniendo en cuenta los intereses del solicitante y el ánimo del legislador. Como se mencionó previamente, bajo un esquema de control previo, una entidad pública también puede encargarse de conceder las licencias de uso de las obras huérfanas, como ocurre en Canadá.

Independientemente de tratarse de una sociedad de gestión colectiva o de una entidad pública, conviene señalar que el requerimiento de aprobación previa para el uso de una obra huérfana si no se formula e implementa adecuadamente puede pasar de ser la solución a un agravante del problema⁶⁵. Es decir, podría terminar por impedir el uso de las obras que se sospechan como huérfanas. Al respecto se sugiere analizar las experiencias prácticas de los países que han adoptado estos modelos⁶⁶.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Hansen, David R; Hinze, Gwen & Urban, Jennifer M. (2013). *Op.Cit.* p. 16.

⁶⁵ El análisis que hace Alberto Cerda muestra como algunas normas del Convenio de Berna que buscaban beneficiar a los países en desarrollo han resultado en fracasos importantes debido a los requisitos tan exagerado. Cerda, Alberto. (2012). "Derechos de autor y desarrollo: más allá de la ilusoria solución provista en el 'anexo' del 'Convenio de Berna'". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII*. Disponible <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n38/a05.pdf>

⁶⁶ En de Beer, Jeremy and Bouchard, Mario. *Op.Cit.* puede encontrarse información sobre cómo el sistema canadiense ha operado en la práctica.

Los lineamientos desarrollados por el CERLALC proponen a las SGC en el centro del enfoque basado en el licenciamiento; sin embargo, no es claro por qué se llega a esta consideración pues se descarta de plano que una entidad pública sea la encargada de conceder las licencias de uso de las obras huérfanas. Este aspecto es importante teniendo en cuenta el mal funcionamiento de algunas de estas sociedades en general y en el país en particular.

Bajo un sistema de licencias extendidas ECL, los titulares de derechos no localizados estarían representados por una sociedad de gestión colectiva que representa a una mayoría de titulares identificados de una clase particular de obra. En virtud de la legislación, la operación de la sociedad es extendida con el fin de permitir que la sociedad represente a quienes no son sus miembros⁶⁷.

Teniendo en cuenta que la ECL supone la gestión de derechos y de patrimonio (regalías) de no miembros, es importante que legislativamente se creen disposiciones que garanticen el tratamiento justo y equitativo de miembros y no miembros. La inclusión de parámetros sobre la distribución de las regalías, sobre la voz y el voto en el gobierno de la sociedad, y de mecanismos de solución de controversias son algunos aspectos que deben tratarse en aras de brindar un tratamiento no discriminatorio entre miembros y no miembros.

A su vez, es necesario considerar cómo se tratarán las regalías recaudadas por la sociedad de gestión que no fueron reclamadas por los titulares de derechos, en especial cuando se trata de las regalías de no miembros. En Colombia, el artículo 39 del archivado proyecto de ley 202 de 2012 —Cámara⁶⁸ proponía que el reparto sobre las obras o las prestaciones de titulares no identificados permanecieran en una reserva en la sociedad de gestión colectiva y, al cabo de 5 años sin que se lograra la identificación del titular, las remuneraciones correspondientes acrecentarían el valor a distribuir a los socios. Para determinar que una obra pudiera ser considerada como no identificada, las sociedades debían poner a disposición de sus socios, representados y de la ciudadanía los listados de las obras de titulares no identificados.

Este proyecto suscitó bastante controversia por considerarse como insuficiente para tratar el problema de las obras huérfanas, puesto que se refería únicamente a las cuestiones monetarias⁶⁹. Una aproximación de este tipo es causa de conflictos de intereses. Además, promueve la generación de incentivos perversos para que la sociedad de gestión no efectúe la identificación de las obras con tal de que sus asociados obtengan esta remuneración. Ni siquiera el reconocimiento de las gestiones administrativas en las que incurra la sociedad de gestión justifican la adjudicación de este dinero a su favor. Cumplido el plazo estipulado para la

⁶⁷ Hansen, David R; Hashimoto, Kathryn; Hinze, Gwen; Samuelson, Pamela & Urban, Jennifer M. (2013). Op.Cit.. p. 44.

⁶⁸ “Por medio de la cual se reforma la gestión del derecho de autor y los derechos conexos y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁹ Al respecto: Botero, Carolina. (2013). Las obras huérfanas y el modelo de gestión colectiva, una mala propuesta legislativa a la colombiana. Digital Rights Latin America & the Caribbean. Disponible en <http://www.digitalrightslac.net/es/las-obras-huerfanas-y-el-modelo-de-gestion-colectiva-una-mala-propuesta-legislativa-a-la-colombiana/> & Botero, Carolina. (2013). ¿Regulan las obras huérfanas en Colombia? El Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/regulan-obras-huerfanas-colombia-columna-407797>

identificación de las obras, podrían explorarse alternativas que permitan el uso de lo recaudado pero no en beneficio particular. El origen de los recursos debe determinar su destino. Por ejemplo, el recaudo debería destinarse al fortalecimiento del sistema de registro de obras de la DNDA como un mecanismo para reducir el número de obras huérfanas. También podría servir para apoyar los procesos de digitalización masiva de obras patrimoniales liderados por bibliotecas y archivos públicos.

De otra parte, es pertinente considerar mecanismos que le permitan a los titulares excluirse de la gestión colectiva y optar por la gestión individual reconocida por la legislación colombiana y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁰.

El mal funcionamiento de las sociedades de gestión, su escasa transparencia —incluso con sus mismos afiliados— y la corrupción, que en varias oportunidades han desencadenado la intervención de la DNDA⁷¹, son factores que deben ser considerados a la hora de otorgarles la gestión sobre dineros que no tienen un doliente concreto. Las problemáticas estructurales de estas sociedades podrían implicar retrasos en la obtención de las licencias y, con ello, desincentivar el uso de las obras denominadas como huérfanas.

Una solución de este tipo exigirá que el Estado reconozca que la intermediación de estas entidades no se queda solo en el mercado del entretenimiento y el interés particular. Es imperativo que se considere que son claves en el ecosistema cultural y creativo, instrumentales en el ejercicio de derechos culturales y de acceso a la información. Con este tipo de retos resulta evidente que su gestión es de interés para todos los creadores, autores y artistas, sean miembros o no de las sociedades de gestión colectiva. Sin duda, esta dimensión tan amplia del campo de afectación de esas entidades, que ya existe pero que se acentúa en este tipo de propuestas, deberá influenciar los cambios regulatorios, de vigilancia, control y seguimiento que están —o deberían estar— en cabeza de las autoridades.

En Estados Unidos, por ejemplo, el modelo de ECL no goza de apoyo. Diferentes organizaciones de la sociedad civil que han participado en las discusiones sobre obras huérfanas han manifestado que requerir el pago por el uso de estas obras cuyos titulares no han sido posibles de ubicar no cambia este hecho (a pesar de realizar el pago a las SGC los titulares continúan sin ser ubicados), de igual forma señalan la dificultad de establecer las regalías justas en ausencia de las fuerzas del mercado, y la dificultad de decidir qué hacer con el dinero recaudado a través de las licencias si el titular no aparece⁷².

3.2 Sobre el sistema de control posterior para los usos masivos de obras huérfanas

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-509 de 2004. M.P: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C- 784 de 2012. M.P: Maria Victoria Calle Correa, entre otras.

⁷¹ Cabrera, Karen & Guzmán, Luisa. (2013). Sayco: otra vez en el ojo del huracán. Razón Pública. Disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/7152-sayco-otra-vez-en-el-ojo-del-hurac%C3%A1n.html>

⁷²Public Knowledge and the Electronic Frontier Foundation. (2012). Orphan Works and Mass Digitization. Docket No. 2012 - 12. Disponible en: <https://www.eff.org/files/2014/05/21/2014-04-copyright-office-orphan-works-comments-final.pdf>

De otra parte, la propuesta del CERLALC plantea que los usos masivos de las obras pueden abarcarse desde un enfoque basado en la limitación de responsabilidad de los usuarios de las obras, con la condición de efectuar una búsqueda diligente en forma previa al uso de las mismas. Esta limitación de responsabilidad está reservada a ciertas entidades como las bibliotecas, museos y archivos sin ánimo de lucro, y a su vez, los usos permitidos de las obras deben definirse previamente y están sujetos a la misión de las entidades autorizadas. ¿Cuál es la justificación de limitar tan sólo a este tipo de organizaciones el uso de las obras huérfanas?

¿Por qué no incluir a instituciones educativas (especialmente a las universidades), a las organizaciones que trabajan con las personas con discapacidad visual, entre otras? Existen organizaciones sin ánimo de lucro que pueden tener mayor flujo de capital que las bibliotecas, museos y archivos, y que podrían realizar proyectos de digitalización masiva a través de este enfoque.

Las bibliotecas de las cajas de compensación familiar, e incluso, como se mencionó previamente las compañías (privadas/con ánimo de lucro) también pueden contribuir activamente en estos procesos, por lo que deben por lo menos estar autorizadas para trabajar mancomunadamente con instituciones públicas/sin ánimo de lucro.

Consideraciones finales

Desde la Fundación Karisma consideramos que el debate que se abre con la propuesta de CERLALC es esencial para la sociedad colombiana y estamos dispuestos a seguir analizando las opciones.

Actualmente en la OMPI se está discutiendo sobre la adopción de un instrumento jurídico sobre excepciones y limitaciones al derecho de autor en favor de bibliotecas y archivos, donde se incluye el problema de las obras huérfanas. Solicitamos comedidamente que el gobierno colombiano y que entidades como el CERLALC apoyen que dicho instrumento jurídico tenga la forma de un tratado vinculante, y que contribuyan así a ponerle fin al llamado agujero del Siglo XX⁷³.

⁷³ SCCR27: Library and Archive joint statement on orphan works. Disponible en: <http://blogs.ifla.org/sccr/2014/05/02/sccr27-library-and-archive-joint-statement-on-orphan-works/>