

Autoría y obras huérfanas

Autora: Ana Vizcarra Padilla

Abogada especialista en Propiedad Intelectual
Titulada en Master Oficial en Propiedad Intelectual
(Universidad Pontificia Comillas)

Resumen

La autoría constituye un elemento básico del sistema continental del derecho de autor, y como tal existen una serie de legislaciones encargadas de su protección y del respeto del autor como creador de la obra original. Las nuevas tecnologías dan origen a distintos planteamientos en cuanto a protección de las obras en el entorno digital. La aparición de las denominadas *obras huérfanas* se ha convertido en el novedoso objeto de estudio, tanto a nivel nacional como internacional, debido a la cantidad de obras que pueden ser encuadradas bajo este desafortunado concepto “*obra huérfana*”.

Palabras clave: Autoría, derecho de autor, creación, derecho de paternidad, obra huérfana, derecho de reproducción, Convenio de Berna.

Abstract

The authorship is a basic element of the continental copyright system and there are a number of laws dealing with their protection and respect for the author and creator of the original work. New technologies give rise to different approaches in terms of protection of works in the digital environment. The emergence of so-called orphan works has become the new object of study, both nationally and internationally, due to the amount of works that can be covered under this unfortunate concept of “*orphan works*”.

Key words: Authorship, copyright, create, paternity right, orphan works, reproduction right, the Berne Convention.

Recibido: 15.07.2009

Aceptado: 11.09.2009

I. Introducción

Uno de los fines principales de todo autor y titular de derecho es la divulgación de su obra. Actualmente el avance en las nuevas tecnologías permiten un acceso a las obras que podríamos calificar incluso de voraz, catalizador éste de la aparición de distintos mecanismo de difusión cada vez más novedosos, derivando estos en situaciones que presentan una mayor complejidad a la hora de atribuir la protección correspondiente a toda obra y de garantizar el respeto de la autoría de su creador. Es por esto que el ámbito de la protección de los derechos de autor se debe presentar cada vez más amplio.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en su Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de noviembre de 2008 define como “*obra huérfana*” las “*obras que siguen estando protegidas por derecho de autor pero cuyo autor es imposible de identificar o localizar*”. Por lo cual, se entiende que estaremos en el supuesto de “*obra huérfana*” siempre que se carezca de datos suficientes para identificar al autor o al titular del derecho o si los datos no son los adecuados y nos imposibilitan llegar al autor o a su titular de derechos y publicar, digitalizar, fotocopiar, etc. la obra. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que incluye los derechos morales, como el de reclamar la autoría de la obra y el de oponerse a cualquier modificación de la misma, tiene como finalidad “*la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas*” (1º), además el principio de que “*esa protección no debe estar condicionada al cumplimiento de formalidad alguna*” y deja claro que “*los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*” (art.9.1). La Directiva

2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo 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 (DDASI) señala los límites y excepciones facultativas a las que pueden acogerse los estados miembros, límites y excepciones, en los que no pueden encuadrarse actividades del sector privado como los motores de búsqueda, al ser únicamente como señala esta Directiva en su artículo 5, apartado 2 letra c), para “*bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público y que es aplicable solamente a los actos que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto*”. Por un lado preocupa la “*protección de los derechos de propiedad intelectual que se generan con las nuevas tecnologías*” y por supuesto los contratamientos que las denominadas “*obras huérfanas*” implican, al no poder disponer de ellas para la difusión de su contenido y, sin lugar a dudas, la “*digitalización*” de las mismas al ser necesaria la autorización del autor o titulares de derechos para no incurrir en ninguna infracción de propiedad intelectual. Queda claro que las “*obras huérfanas*” requieren de una mayor atención y protección, ya que en este grupo se pretende encuadrar un gran número de obras de extraordinario valor histórico, educativo y cultural.

II. Autoría, definición

El profesor Delgado Porras, define autoría como: “*calidad o cualidad de autor. El concepto de autoría, ya se establezca a partir de la noción de autor, ya en relación con la obra (puesto que una y otra se encuentran en una relación dialéctica), constituye un elemento básico del sistema continental del derecho de autor según se desprende tanto de su propia denominación como del objeto de la protección que por tal sistema se sustancia y cuyo objetivo no es otro que el de dar respuesta a la exigencia fundamental -derivada de la dignidad inherente a la persona humana- de que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”*”.¹

La ecuación “*autor=creador de la obra*”, nunca se rompe.²

II.1. Autoría, hecho generador

El art. 1º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual señala:

“*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*”.

¹ DELGADO PORRAS Antonio, “*Derecho de Autor y derechos afines al de autor*”, ed. Instituto de Derecho de Autor, Tomo II, Madrid, Octubre de 2007, Pág.57

² DELGADO PORRAS Antonio, “*Derecho de Autor y derechos afines al de autor*”, ed. Instituto de Derecho de Autor, Tomo I, Madrid, Octubre de 2007, Pág.281

Esto es que no necesitamos ningún tipo de registro³, formalidad en particular, pago de tasas, procedimiento específico, es muy claro el art.1, la condición de “autor” se obtiene con el simple hecho de la creación de la obra.

II.2. Supuesto de autoría

El Libro I del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, trata de los sujetos del derecho de Autor. Y en el Título II, Capítulo I, señala en su artículo 5.1:

“Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica”.

La creación de una obra original es el único modo de adquirir los derechos de propiedad intelectual, del cual el autor es el titular originario y exclusivo, independientemente de que las personas jurídicas se puedan beneficiar, en los casos previstos.

Para Espín Cánovas, *“El derecho al reconocimiento de la autoría es un derecho esencial y connatural con la creación de la obra. Expresa el vínculo que une al creador con la obra creada”.* La Ley española refleja claramente esta vinculación al decir que *“se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica (art.5.1). Sobre el empleo de la expresión, “se considerara...”, debe advertirse que no tiene el significado de una presunción sujeta a la prueba contraria, ni de duda; implica, por el contrario, una afirmación de autoría, ya que hace referencia a la “creación” de la obra intelectual.*⁴

Podríamos decir que el artículo 5.1 es complementario al art. 1º, ambos del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, -este último, del que hemos hablado anteriormente- además de reconocer que “autor es quien crea” añade que sólo lo podrá ser la “persona natural que cree una obra literaria, artística o científica” y que dicha creación le concede la propiedad intelectual exclusiva de la obra original.

II.3. Presunción de autoría

El art. 6.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual señala:

“Se presumirá autor salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique”.

³ La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 suprime el requisito de inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual que prescribía el Real Decreto de 3 de septiembre de 1879, convirtiéndose el Registro de la Propiedad Intelectual en meramente declarativo y no constitutivo y confirmando el supuesto de hecho del artículo 1º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; *“el derecho de autor nace por el mero hecho de la creación”*, y no es necesaria la inscripción para disfrutar de los derechos que la Ley reconoce a los autores, que pueden ejercer libremente aunque no estén inscritos.

⁴ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *“Las facultades del derecho moral de los autores y artistas”*, Cuaderno Civitas, Madrid 1991, pág 77-78.

El autor cuando decida publicar su obra puede hacerlo mediante su nombre, seudónimo, signo o anónimo, plasmándose en la obra de la manera adecuada, en la forma habitual de la obra⁵, potestades también reconocidas en el artículo 14.2 y 3⁶ del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de ahí que se considere a los derechos morales personales por sus particularidades de inalienabilidad e irrenunciabilidad del derecho del autor a que figure su nombre en la obra que ha creado.

De gran importancia resulta el hecho de que el creador de la obra identifique su trabajo por medio de la firma, nombre o cualquier otro signo que pueda emplearse para identificarlo. Aunque el actual sistema de protección de los derechos de autor depende exclusivamente del hecho generador de la creación de una obra protegida por la vigente Ley (art.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), siempre es recomendable para el autor realizar la inscripción de su creación en el Registro de la Propiedad Intelectual y hacer uso de la presunción contemplada en el art.145.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁷. Esta importancia se desprende del hecho de que la presunción de autoría reflejada en el art. 6.1. del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual es “iuris tantum”. Como consecuencia una prueba válida sería el presentar un certificado del Registro de la Propiedad Intelectual en la que el autor registrado no coincide con el presunto autor de la obra o a través de una prueba pericial, entre otros medios de prueba⁸.

II.4. Obras divulgadas en forma anónima o bajo seudónimo o signo

El Art. 6.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, señala:

“Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad”.

El autor como creador de la obra original que es, tiene reconocido en la ley el derecho -si así lo desea- de aparecer en la obra con su nombre, seudónimo que el

⁵ Literaria, en la portada, audiovisual, en los títulos de crédito, en la obra pictórica en alguna esquina, en las obras arquitectónicas en placas en la fachada, etc. El editor por ejemplo en el contrato de edición, será el encargado de asegurar dicha aparición pudiendo originar, en caso contrario, la resolución del contrato por parte del autor, tal y como está previsto en el artículo 68.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

⁶ Para Satanowsky, “el autor tiene la facultad de oponerse a toda deformación, mutilación o difusión de la obra, que sea perjudicial o lesiva a su honor, fama o reputación, y a la virtud o mérito de aquélla”. SATANOWSKY, Isidro, “Derecho Intelectual”, Tipográfica editora Argentina, 1954, Pág.543

⁷ El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual contempla en su art. 145.3 “Se presumirá salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo”. Puede constatarse la antigüedad de la obra inscrita, facilitándose la prueba en caso de plagio.

⁸ Ver sentencia, Juzgado de lo Mercantil núm. 3. Sentencia de 6 marzo 2007.

decide previamente utilizar y aparecer como tal o simplemente recurrir al anonimato, ya que es su derecho presentarse de la forma que considere más adecuada.

Para Satanowsky, *el anónimo es la carencia de un nombre, en tanto que el seudónimo es siempre un nombre, aunque distinto al civil*⁹. Es una identificación oculta, pero identificación al fin.¹⁰

Se trata aquí de una titularidad interina por la que se protege el interés del autor que, en ejercicio de su derecho (moral) al anonimato, ha querido quedar oculto en la circulación de la obra.¹¹ Solo el autor puede decidir que no figure su nombre en la obra, al divulgarla anónimamente, pero siempre puede revelar su identidad como autor de la misma¹² haciendo uso de su derecho moral de paternidad.¹³

II.5. Las personas jurídicas: Beneficiarias de la protección que la LPI concede al autor

El art. 5.2 de la LPI señala:

“No obstante de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella”.

Autor, sólo puede serlo las personas físicas y *se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella*, esto es excepcionalmente.

La razón de ser del art. 5.2 se entiende si nos centramos en aquellos casos en los que la realización de una obra puede desembocar en una gran labor de trabajo en equipo e incluso en fuertes inversiones económicas, aspectos que deben estar respaldados por empresas dedicadas a la creación de obras originales protegidas por la Propiedad Intelectual, de otro modo la realización de la obra sería impensable. Sin embargo, tal atribución de los derechos del autor no es vista con buenos ojos por algunos, quienes rechazan que se concedan de ese modo los derechos de autor a una persona jurídica.

Así pues podemos llegar a la conclusión de que *“en la legislación española, la titularidad originaria de los derechos sobre las obras nace por el solo hecho de su creación (art. 1*

⁹ El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, establece esta facultad al autor también en su artículo 14. 2 *“Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, seudónimo o signo, o anónimamente”*

¹⁰ SATANOWSKY, Isidro, *“Derecho Intelectual”*, Tipográfica editora Argentina, 1954, págs.540 y 541

¹¹ DELGADO PORRAS Antonio, *“Derecho de Autor y derechos afines al de autor”*, ed. Instituto de Derecho de Autor, Tomo I, Madrid, Octubre de 2007, Pág.282.

¹² ESPÍN CANOVAS, Diego *“Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid 1991, pp.79 y ss. En cuanto a la revelación de su identidad por el autor de las obras seudónimas o anónimas, los artículos 6.2 y 27 de la LPI hacen aplicación de los efectos de dicha revelación, op. Cit. ESPÍN CANOVAS, Diego, *“Los derechos del autor de obras de arte”*, ed. Civitas, S.A., Madrid 1996, pág.190.

¹³ Derecho este el de *paternidad* y el de *integridad* consagrados en el Art. 14.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, respectivamente con la característica de “perpetuos” ya que a diferencia de los derechos de explotación estos no se extinguen con la muerte del autor.

del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), en su autor o autores (arts. 1, 7, 8 y 9 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), es decir, en la persona o personas naturales que las hayan creado (art.5.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual)”¹⁴

II.6. Derecho de Paternidad

Cuadro 1. Derecho de Paternidad

| TITULAR: | DERECHOS/FACULTADES | ARTÍCULOS: |
|--------------|---|---------------------|
| Autor | Esta integrada por derechos de carácter: <i>personal</i> o <i>morales</i> y <i>patrimoniales</i> o de naturaleza económica, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la <i>explotación</i> de la obra. | Art. 2 TRLPI |
| | DERECHOS MORALES | |
| | a) Morales: Corresponde al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables : | Art. 14 TRLPI |
| | 1º El derecho a decidir si la obra es <i>divulgada</i> . | |
| | 2º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, seudónimo o signo, o anónimamente. | |
| | 3º Exigir el reconocimiento de autor de la obra. (PATERNIDAD) | |
| | 4º Derecho de respeto a la integridad de la obra. | |
| | 5º Modificar la obra. | |
| | 6º Retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa <i>indemnización</i> de daños y perjuicios. | |
| | 7º Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro. | |
| | *Al fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados 3º y 4º del artículo anterior corresponden a la <i>persona</i> que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto a los <i>herederos</i> (para el caso de la obra no divulgada podrán ejercer el derecho previsto en el apartado 1º, del artículo 14 las mismas personas y en el mismo orden). A falta de las personas señaladas en el artículo anterior o se ignore su paradero (<i>ope legis</i>). Gestión Individual. | Arts. 15 y 16 TRLPI |

Fuente: elaboración propia

¹⁴ DELGADO PORRAS Antonio, “Derecho de Autor y derechos afines al de autor”, ed. Instituto de Derecho de Autor, Tomo I, Madrid, Octubre de 2007, Pág.91.

El derecho a la paternidad es el derecho del autor a que se le reconozca su condición de creador de la obra¹⁵. Y lo encontramos en la Ley Española entre los derechos morales del art. 14.3 en el que se reconoce al autor el derecho de “exigir el reconocimiento de su calidad de autor de la obra...”¹⁶

La paternidad del autor puede ser lesionada cuando alguien, sin su consentimiento, divulgue total o parcialmente su obra, bien de forma anónima o con el nombre del que la publique que se atribuye de este modo la paternidad. En el primer caso se lesiona la paternidad por omisión del nombre; en el segundo se lesiona la paternidad al atribuírsela falsamente otra persona.¹⁷

De esta manera se pretende evitar en cierto modo el plagio (copia de una obra ajena contemplado en el art.270 del Código Penal) y por ende la apropiación indebida de la “*autoría*” de la obra. Por ello, cualquier plagio atenta contra la autoría y paternidad de la obra y desconoce una de las facultades personales de la propiedad intelectual que la Ley quiere proteger al amparar la reivindicación de la condición de autor en el artículo 14, número 3º.¹⁸ Esto incluso cuando el autor ha cedido los derechos de explotación sobre su creación.

II.7. Símbolos o indicaciones de la reserva de derechos

El artículo 146 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁹ contempla que el autor (titular) o cesionario en exclusiva de un derecho de explotación podrá anteponer a su nombre el símbolo ©²⁰ con precisión de lugar y año de la divul-

¹⁵ Satanowsky considera, que la obra “es un hijo espiritual del creador. Este tiene derecho de proclamar públicamente, en forma directa o indirecta, su vinculación intelectual con ella. Un a de las primeras manifestaciones del privilegio del autor, de su monopolio, es indicar ostensiblemente la filiación de la obra y por ende su propio nombre. SATANOWSKY, Isidro, “Derecho Intelectual”, Tipográfica editora Argentina, 1954, pág. 529.

¹⁶ En el Acta de revisión del Convenio de Berna, firmada en Roma en el año de 1928, es en la que se incorpora por primera vez un artículo que reconoce el derecho moral del autor, en lo referente al derecho de paternidad e integridad de la obra fruto de su creación. Mencionando lo siguiente: “Artículo 6bis Derechos morales:1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación...” Incorporando en el apartado segundo la ampliación después de la muerte del autor.

¹⁷ ESPIN CANOVAS, Diego, “Las facultades del derecho moral de los autores y artistas”, Cuaderno Civitas, Madrid 1991, pág.84

¹⁸ ESPÍN CANOVAS, Diego, “Las facultades del derecho moral de los autores y artistas”, Cuaderno Civitas, Madrid 1991, pag.86

¹⁹ Art.146 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, símbolos o indicaciones: “El titular o cesionario en exclusiva de un derecho de explotación sobre una obra o producción protegidas por esta Ley podrá anteponer a su nombre el símbolo © con precisión de lugar y año de la divulgación de aquellas. Asimismo, en las copias de los fonogramas o en sus envolturas se podrá anteponer al nombre del productor o de su cesionario, el símbolo (P), indicando el año de la publicación. Los símbolos y referencias mencionados deberán hacerse constar en modo y colocación tales que se muestren claramente que los derechos de explotación están reservados”.

²⁰ Agúndes Fernández, señala que “Las ordenes de Carlos III, en los años 1763 y 1764, son leyes que marcan claros hitos, definitivos, en la conquista de los autores literarios para la defensa de sus derechos, nacidos de las propias tareas de inteligencia y en beneficio de las Ciencias y las Artes; oponibles a librereros e impresores, y a toda persona, que

gación de aquellas. Asimismo, en las copias de los fonogramas o en sus envolturas se podrá anteponer al nombre del productor o de su cesionario el símbolo (P) indicando el año de la publicación.²¹

Los símbolos y referencias mencionados deberán hacerse constar en modo y colocación tales que muestren claramente que los derechos de explotación están reservados.

III. Definición de Obra Huérfana

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en su Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de noviembre de 2008 define como *Obras Huérfanas* “las obras que siguen estando protegidas por derecho de autor pero cuyo autor es imposible de identificar o localizar²²”.

De la definición anterior se desprende que estaremos en el supuesto de obra huérfana siempre que se carezca de datos suficientes para identificar al autor o a otros titulares del derecho oportunos (como los editores o productores según el tipo de obra de que se trate) o si los datos no son los adecuados y nos imposibilitan llegar al autor o a su titular de derechos y publicar, digitalizar, fotocopiar, etc. la obra en cuestión.²³

La aparición de las denominadas “*obras huérfanas*” (*orphan works*) se ha convertido en el novedoso objeto de estudio, tanto a nivel nacional como internacional, debido a la cantidad de obras que pueden ser encuadradas bajo este desafortunado concepto “*obra huérfana*”. Por un lado preocupa la “*protección de los derechos de propiedad intelectual que se generan con las nuevas tecnologías*” y por supuesto los contratiempos que esta categoría de obra implica, al no poder disponer de ellas para la difusión de su contenido y, sin lugar a dudas, la “*digitalización*” de las mismas -piedra angular de toda esta “*discusión*”-, y el necesitar de la autorización del autor o titulares de derechos para no incurrir en ninguna infracción de propiedad intelectual.

desearen sacar de los talleres tipográficos obras ajenas sin permiso del autor, en realidad y verdad así vino a crearse, en anticipo, el denominado “copyright” de la ley inglesa del año 1767; derecho de reserva de edición y prohibitivo de copias, a favor del autor, simbolizado con la grafía de ©. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, “*Estudio Jurídico del plagio Literario*” editorial Comares, Granada 2005, págs. 11 y 12. En la legislación española el símbolo del © fue tomado del Art. III de la Convención Universal sobre los Derechos de Autor de 1952.

²¹ Vid. Art. III.1 de la Convención Universal sobre Derechos de Autor de 24 de julio de 1971 y art. 11 de la Convención Internacional sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

²² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, “*Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos*”, Decimoséptima sesión, Ginebra, 3 a 7 de noviembre de 2008.

²³ Consideramos que siempre se deben tomar en cuenta todos los datos que se tengan del autor o los titulares de derechos recurriendo a la entidad de gestión, al editor, a través del Registro de la Propiedad Intelectual o del ISBN, ISAN, ISSN (International Standard Book Number, International Standard Audiovisual Number, International Standard Serial Number), etc. dependiendo del tipo de obra de que se trate para que la obra no sea definida como “*obra huérfana*”, y a su vez evitando que los estados establezcan una autoridad distinta de las ya existentes, a quien recurrir para pedir licencias y se repita el fracaso del Anexo al Convenio de Berna, en el que la participación de los países fue mínima.

El avance en las nuevas tecnologías abre puertas a posibilidades de ofrecer un acceso a la información que hasta hace tan sólo unos años era impensable. De este modo nos encontramos con proyectos tan ambiciosos como la biblioteca digital de Google²⁴ que comenzó en 2003, y que pretende digitalizar millones de libros de bibliotecas y editoriales con la finalidad de ofrecer al mundo la posibilidad de consultar tal cantidad de información desde el salón de su casa equivalente a visitar todas las bibliotecas del mundo²⁵ (se han pasado al sistema numerosas colecciones completas de bibliotecas universitarias como la de Michigan, California, Wisconsin y Stanford, pero también de Europa²⁶, un total de 29 bibliotecas –varios millones de documentos escaneados dentro del marco del programa denominado “Project Ocean” que se ha extendido a las obras protegidas, contratando Google con más de 20 000 editoriales los servicios de puesta en línea y venta)²⁷.

Es interesante mencionar el contenido del Artículo 5, apartado 2, letra c), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo 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 (DDASI) que a la letra dice:

“Excepciones y limitaciones:... 2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.”

Dichas limitaciones son meramente facultativas, por lo que no tienen la obligación de introducirlas los países miembros. El Libro Verde hace una mención importante al decir que las actividades del sector privado, como los motores de búsqueda, no pueden acogerse a la excepción prevista en el artículo 5, apartado 2, letra c) de la Directiva 2001/29/CE, *“que se limita a las bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público y que es aplicable solamente a los actos que no tengan intención de*

²⁴ El departamento de Justicia de Estados Unidos ha abierto una investigación para determinar si el acuerdo alcanzado el pasado octubre por Google con la Authors Guild y la Association of American Publishers viola o no las leyes anti-monopolio” por lo que debemos esperar hasta otoño para conocer el desenlace, ver más en: <http://books.google.com/>. La Unión Europea por su parte no se ha hecho esperar, pues ante la preocupación de los países miembros por el riesgo de que el buscador vulnere los derechos de propiedad intelectual de los autores europeos, a petición del gobierno alemán el pasado 29 de mayo, han decidido encargar a la Comisión Europea un estudio en profundidad sobre el tema.

²⁵ PIRIOU, Florence Marie, “Las Obras Huérfanas a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*, Número 218, Afdá, octubre de 2008, pág. 92.

²⁶ Importante resulta mencionar la creación por parte de la Unión Europea de la Biblioteca Digital Europea “Europeana” a la que la biblioteca Nacional de España define como *“un importante proyecto liderado por la Comisión Europea que aspira a crear un punto de acceso común multilingüe al patrimonio cultural europeo”*. Ver más en: <http://servicios.bne.es/esp/bne/TELeventoparalelo.htm>.

²⁷ PIRIOU, Florence Marie, “Las Obras Huérfanas a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*, Número 218, Afdá, octubre de 2008, pág. 92.

obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto. La digitalización se ve afectada por el derecho de reproducción²⁸ porque la conversión de una obra de formato analógico a digital requiere una reproducción de la obra. Por ejemplo, antes de digitalizar un libro. Es preciso escanearlo. Si el escaneado lo llevan a cabo entidades y en circunstancias no cubiertas por el artículo 5, apartado 2, letra c), los titulares de los derechos de autor tienen que autorizar previamente la reproducción. Del mismo modo, la puesta a disposición en línea de una obra digitalizada exige el consentimiento previo del titular o titulares de los derechos²⁹.

En su más que acertada apreciación De Couto Rosa M^a, menciona que “con el ánimo de proteger los derechos de autor frente a la nueva realidad tecnológica emergente, la Directiva 2001/29/CE presenta directrices básicas que deben asumir los Estados miembros, y sin acudir a conceptos nuevos, intenta adaptar las normas vigentes. Asimismo, entre otras finalidades, procura una aplicación coherente de las medidas técnicas que protegen las obras, evitando las intromisiones ilegales, y obteniendo un amparo riguroso de los derechos de la Propiedad Intelectual en Internet”³⁰.

En septiembre de 2005, la Comisión Europea puso en marcha la iniciativa «Bibliotecas Digitales», cuyo objetivo es que pueda accederse en línea al patrimonio cultural y científico de Europa. La iniciativa, que forma parte de la estrategia i2010 de la Comisión para la sociedad de la información, recibió un amplio respaldo del Parlamento Europeo y del Consejo. El proyecto «Bibliotecas Digitales» apoya el desarrollo y contribuye a mejorar las condiciones de acceso en línea a libros, periódicos, películas, mapas, fotografías y documentos de archivo de las instituciones culturales de Europa³¹.

Queda claro que las “obras huérfanas” requieren una mayor atención y protección ya que en este grupo se pretende encuadrar un gran número de obras de extraordinario valor histórico, educativo y cultural³².

²⁸ El artículo 1.4 del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor: «El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.»

²⁹ Libro Verde acerca de “Derechos de autor en la economía del conocimiento”, Comisión de las Comunidades Europeas, 466 final, Bruselas, 16.7.2008, pág.9

³⁰ DE COUTO GALVEZ, Rosa M^a, “Protección europea y española de los derechos de autor en la sociedad de la información”, ICADE, (Enero-Abril 2009), 197-218.

³¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “El patrimonio cultural europeo a un clic del ratón Avances en la digitalización y el acceso en línea al material cultural y en la conservación digital en la UE” Bruselas, 11.8.2008 COM(2008) 513 final.

³² Ya que la digitalización no sólo se centra en obras literarias como el caso antes mencionado, proyectos similares pero con tipos distintos de obras son cada vez más habituales, así Google ha comenzado digitalizando algunas de las obras más relevantes del museo del Prado de Madrid y recientemente Telefónica y RTVE han anunciado un acuerdo para digitalizar todo el fondo documental audiovisual de que dispone la segunda, el más importante a nivel mundial en lengua española. Por su parte la UNESCO el 21 de abril de 2009, puso en marcha la Biblioteca Digital Mundial, en el que la “UNESCO y 32 instituciones asociadas presentaron un sitio web en el que se podrán consultar documentos culturales, únicos en su género, de bibliotecas y archivos del mundo entero”. Ver más en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=45144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Actualmente este debate se encuentra abierto y esta siendo tratado en el ámbito nacional, internacional³³ y europeo, con la colaboración de otros estados miembros de la OMPI. El contenido del Libro Verde acerca de los “Derechos de autor en la economía del conocimiento” de la Comisión de las Comunidades Europeas, de Bruselas, 16 de julio de 2008, el cual tiene por objetivo “promover un debate sobre la mejor manera de garantizar la difusión en línea de los conocimientos en los ámbitos de la investigación, la ciencia y la educación” realiza un estudio en el cual menciona que el “problema principal de las obras huérfanas reside en la autorización de los derechos, es decir cómo garantizar que los usuarios que ponen a disposición obras huérfanas no sean considerados responsables de la infracción de los derechos de autor en caso de que aparezca el titular de los mismos y los haga valer”. Afirma también que “aunque hay maneras diferentes de enfocar este problema, la mayoría de las soluciones propuestas se basan en un principio común: el usuario tiene que realizar una búsqueda diligente para intentar identificar o localizar al titular o titulares de los derechos”³⁴.

Consideramos que no es muy preciso al referirse a “una búsqueda diligente”, ya que desde nuestro punto de vista la protección de los derechos de autor a nivel europeo es muy clara, y el enfoque que se pretende dar sólo abriría la puerta para que se vulnerarían los derechos de los autores europeos y de los titulares de derechos al no consentir “la autorización expresa de utilización de su obra”.

En febrero de 2006 la Comisión estableció un Grupo de Alto Nivel sobre Bibliotecas Digitales³⁵ de tal suerte, el Grupo de expertos propone una serie de recomenda-

³³ Por su parte Canadá, a creado a través de la oficina estatal denominada “Copyright Board of Canada”, la concesión de licencias de uso de obras huérfanas, y para que al posible usuario de una obra huérfana se le otorgue tal licencia debe demostrar lo siguiente: que ha realizado esfuerzos “razonables” para localizar al titular de la obra que pretende utilizar, sin haber obtenido resultados positivos (por lo general se establece una cantidad en contraprestación, que el usuario deberá abonar, expidiéndose la autorización a título no exclusivo y limitadas a territorio canadiense) ver más en: <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/licences-e.html>. En Estados Unidos, desde el año 2005 se ha venido trabajando en la Oficina de derechos de autor (“US Copyright Office”) con temas referentes a “obras huérfanas” y con la intención de solventar los problemas derivados del Título 17 del Código Estadounidense, la “US Copyright Office” presenta el 24 de abril de 2008 dos proyectos de Ley ante el Senado y la Cámara de los representantes (Shawn Bentley Orphan Works Act y Orphan Works Act of 2008), que complementa el título 17, Artículo 514, Capítulo 5, con un artículo enfocado a limitar las vías de recursos en asuntos que impliquen obras huérfanas. Boletín de Novedades del Centro de Documentación (Nº 28 noviembre-diciembre 2008), Ministerio de Cultura. Ver más en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c110:1:./temp/~c110Km0FHR:>

³⁴ La Comisión adoptó en 2006 una recomendación (recomendación 2006/585/CE de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, DOL 236 de 31.8.2006, p.28), en la que animaba a los Estados miembros a crear mecanismos que faciliten la utilización de las obras huérfanas y a promover la publicación de listas de obras huérfanas conocidas. Se creó un Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales compuesto por interesados relacionados con las obras huérfanas. El Grupo aprobó un informe, «Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works» (Informe final sobre la conservación digital, las obras huérfanas y las ediciones agotadas), y los representantes de bibliotecas, archivos y titulares de derechos de autor firmaron un Memorándum de acuerdo sobre las obras huérfanas. Libro Verde acerca de “Derechos de autor en la economía del conocimiento”, Comisión de las Comunidades Europeas, 466 final, Bruselas, 16.7.2008, pág.11.

³⁵ Sus conclusiones finales vieron la luz el 4 de junio de 2008, PIROU resume las conclusiones finales en cuatro proposiciones: *las dos primeras dan lugar a recurrir a la gestión colectiva ampliada o bien a pasar por la vía*

ciones estableciendo como principio un reconocimiento mutuo de las soluciones nacionales más que contemplar nuevas normas dentro de la esfera de una directriz europea. La interoperabilidad de los mecanismos es deseable, por lo menos en Europa, y esas soluciones deben estar conformes con el respeto debido a las convenciones Internacionales. Para llegar a este “reconocimiento mutuo” conviene prever una definición común de las “*obras huérfanas*” que cubra el conjunto de casos y esté conforme con el derecho moral de los creadores, tal como la Convención de Berna reconoce este derecho³⁶.

Mucho se ha hablado acerca de la necesidad de creación de una base de datos³⁷ o registro para que el autor lleve a cabo control de sus obras y así prevenir el fenómeno de las “*obras huérfanas*”, pero coincidimos por completo con el extenso análisis y sobre todo en la reflexión que realiza PIRIOU, acerca de la importancia del Convenio de Berna al comentar lo siguiente “*frente a una situación de esta naturaleza, nosotros nos vemos forzados a preguntarnos acerca de si la propiedad literaria y artística en sí misma va a perdurar, la cual, en virtud de la Convención de Berna, no necesita ninguna formalidad*³⁸ y a preguntarnos también acerca de la influencia de estos sistemas que progresivamente imponen a los titulares de derechos que registren sus creaciones³⁹”.

IV. Conclusiones

PRIMERA.- El autor lo es desde el momento de la creación de su obra original y sin límite de tiempo, tiene reconocido el derecho originario y exclusivo sobre la obra fruto de su creación sin necesidad de ningún tipo de registro, formalidad en particu-

judicial, o por la vía legislativa o reglamentaria; la tercera consiste (como ocurre en Estados Unidos) en limitar la responsabilidad del autor de la contravención; finalmente, la cuarta que fue descartada por el grupo de expertos de alto nivel enfoca a ampliar las excepciones existentes a favor de las bibliotecas o de los museos. PIRIOU, Florence Marie, “Las Obras Huérfanas a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*, Número 218, Afdá, octubre de 2008, pág. 12

³⁶ PIRIOU, Florence Marie, “Las Obras Huérfanas a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*, Número 218, Afdá, octubre de 2008, pág. 92

³⁷ ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana) El 12 de diciembre de 2008 la Comisión Europea y el Consorcio Arrow, formado por 16 miembros, firmaron en Bruselas el contrato que daba inicio al proyecto Arrow, acrónimo traducido al castellano como Registros Accesibles de Derechos de Información y Obras Huérfanas para Europeana. Este proyecto europeo, de 5.1 millones de presupuesto asignado y financiado en parte por la Comisión Europea a través del programa eContentplus, reúne a una gran parte de bibliotecas nacionales de Europa, editoriales y organizaciones de gestión, que también representan a los autores. El principal objetivo de Arrow como parte integrante de la iniciativa de la Comisión Europea i2010 de Bibliotecas Digitales, es ofrecer otras formas de clarificar el estado de los derechos de las obras huérfanas y descatalogadas para que puedan ser utilizadas en la digitalización e inclusión en la Biblioteca Digital. Es un proyecto que nace para poner en práctica las soluciones desarrolladas por el Grupo de Trabajo de Alto Nivel de la Comisión Europea. Ver más información en: <http://servicios.bne.es/esp/bne/arrow.htm>

³⁸ Artículo 5. 2 de la Convención de Berna precisando lo siguiente: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad...” Como venimos mencionando desde el principio de este trabajo. Ver página 3 último párrafo.

³⁹ PIRIOU, Florence Marie, “Las Obras Huérfanas a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit D’Auteur (RIDA)*, Número 218, Afdá, octubre de 2008, pág. 90.

lar o procedimiento específico y podrá aparecer en ella mediante su nombre, firma o signo que lo identifique, de forma anónima o seudónima, y tiene derecho a que se le vincule con la misma haciendo uso de su derecho de paternidad.

SEGUNDA.- La paternidad es el derecho del autor a que se le reconozca su condición de creador, de la obra. Y lo encontramos en Convenio de Berna en el artículo 6º bis y en la Ley Española entre los derechos morales del art. 14.3 en el que se reconoce al autor el derecho de “*exigir el reconocimiento de su calidad de autor de la obra*”, a diferencia de los derechos patrimoniales los derechos morales son como bien hemos señalado con anterioridad, *inalienables e irrenunciables*.

TERCERA: Estaremos en el supuesto de “*obra huérfana*” siempre que se carezca de datos suficientes para identificar al autor o titulares del derecho, o si los datos no son los adecuados y nos imposibilitan llegar al autor o a su titular de derechos y publicar, digitalizar, fotocopiar, etc. la obra en cuestión, pero consideramos que siempre se deben tener en cuenta todos los datos que se tengan del autor o los titulares de derechos, recurriendo a la entidad de gestión, al editor, registro de la propiedad intelectual, ISBN, ISAN, ISSN, etc. dependiendo del tipo de obra de que se trate y de esta manera evitar que la obra sea identificada con la desafortunada calificación de “*obra huérfana*”.

CUARTA.- La Unión Europea intenta resolver el problema de las denominadas “*obras huérfanas*” fomentando el encontrar una solución entre las partes interesadas. Bajo esta postura puede parecer que existe poca involucración legislativa, sin embargo es necesario pensar que la Unión Europea esta constituida por una serie de países miembros, cada uno con su diferentes enfoques a la resolución del problema. Consideramos la pretensión de utilizar la obra, sin responsabilidad alguna para el usuario, después de lo que denominan “*una búsqueda diligente*”, no es muy precisa, ya que la protección de los derechos de autor a nivel europeo es muy clara, y el enfoque que se pretende dar sólo abriría la puerta para que se vulnerarían los derechos de autor al no consentir el autor o titular de derechos hacer uso de su obra, derecho reconocido en las normas internacionales como es “la autorización expresa de utilización de su obra”, y con ello sólo se quebrantarían los derechos de propiedad intelectual de los autores europeos o titulares de derechos. Paralelamente en Estados Unidos y Canadá se trabaja en una ley específica para regular el uso de la obra huérfana.

QUINTA.- El avance en las nuevas tecnologías abre puertas a posibilidades de ofrecer un acceso a la información que hasta hace tan sólo unos años era impensable, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo 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 (DDASI) contempla en el artículo 5 apartado 2, letra c) las excepciones y limitaciones al derecho de reproducción “*en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto*”, limitaciones que son

meramente facultativas, por lo que no tienen la obligación de introducirlas los países miembros, y que como se señala en el Libro Verde actividades del sector privado, como los motores de búsqueda, no pueden acogerse a esta excepción prevista en la Directiva 2001/29/CE ya que la digitalización se ve afectada por el derecho de reproducción porque la conversión de una obra de formato analógico a digital requiere una reproducción de la obra, derecho que se tienen que autorizar previamente, al igual que la puesta a disposición en línea de una obra digitalizada exige el consentimiento previo del titular o titulares de los derechos.

SEXTA.- Consideramos que para poder llegar a un acuerdo equitativo en cuanto a la utilización de las denominadas obras huérfanas se debe de contar con la importante participación de los creadores -autores, editores- ya que en este grupo no sólo nos encontramos con obras literarias, sino que entre éstas se encuadran, cada vez con más frecuencia, obras musicales y audiovisuales, entre otras. Después de todo son los autores o titulares de derechos los principales afectados y deberían tener algún tipo de representación en los distintos grupos de investigación que se están formando por parte de la Comunidad Europea, con el fin de hacer respetar los derechos que el Convenio de Berna –ratificado actualmente por 164 países-, pilar fundamental del derecho de autor, les reconoce.

Bibliografía

- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, “*Estudio Jurídico del plagio Literario*” editorial Comares, Granada 2005.
- DE COUTO GÁLVEZ, Rosa M^a, “Protección europea y española de los derechos de autor en la sociedad de la información”, ICADE, (Enero-Abril 2009).
- DELGADO PORRAS Antonio, “*Derecho de Autor y derechos afines al de autor*”, ed. Instituto de Derecho de Autor, Tomo I, Madrid, Octubre de 2007.
- “*Derecho de Autor y derechos afines al de autor*”, ed. Instituto de Derecho de Autor, Tomo II, Madrid, Octubre de 2007
- ESPÍN CANOVAS, Diego, “*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*”, Cuaderno Civitas, Madrid 1991.
- “*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Civitas, Madrid
- PIRIOU, Florence Marie, “Las Obras Huérfanas a la búsqueda de soluciones jurídicas”, *Revue Internationale du Droit D´Auteur (RIDA)*, Número 218, Afda, octubre de 2008.
- SATANOWSKY, Isidro, “*Derecho Intelectual*”, Tipográfica editora Argentina, 1954.

