

ESTUDIO SOBRE EL CONTENIDO AUDIOVISUAL EN EL DOMINIO PÚBLICO Y CONSIDERADO COMO OBRA HUÉRFANA

UN ANÁLISIS DE LAS LEGISLACIONES DE ARGENTINA, BRASIL, COSTA RICA,
ECUADOR, PERÚ Y EL URUGUAY

preparado por el Sr. Marcos Wachowicz

DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

El presente estudio se encargó como parte del Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenido en el Entorno Digital¹ del Comité de la OMPI sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP). Este documento no tiene por objeto reflejar las opiniones de los Estados Miembros ni de la Secretaría de la OMPI.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	6
1) Los desafíos de la explotación en línea de algunos contenidos audiovisuales.....	6
a) La distribución de obras audiovisuales	8
i) Obras protegidas.....	8
ii) Obras huérfanas.....	8
iii) Obras en el dominio público.....	9
2) Las obras audiovisuales en el dominio publico.....	9
a) La delimitación del dominio publico	9
b) La importancia y particularidades del contenido audiovisual en el dominio publico.....	10
c) Los desafíos de la explotación en línea de obras en dominio público	13
Las medidas de protección tecnológica.....	14
Ausencia de un tratamiento uniforme a nivel internacional	15
El acceso a las obras en el dominio público	15
d) La territorialidad del dominio público.....	16
i) Argentina.....	17
ii) Brasil	18
iii) Costa Rica	18
iv) Ecuador	19
v) Perú.....	20
vi) Uruguay.....	20
vii) Otros ejemplos.....	21
3) Obras audiovisuales huérfanas	22
a) Principales desafíos y la explotación en línea de obras huérfanas	22
b) El tratamiento de las obras huérfanas a nivel nacional	24
i) Argentina.....	25
ii) Brasil	25
iii) Costa Rica	25
iv) Ecuador.....	26
v) Perú	26
vi) Uruguay.....	26
vii) Otros ejemplos.....	26
4) El Estatus de las obras audiovisuales huérfanas y en dominio público	27
5) Conclusiones.....	28

¹ Estudios disponibles en: https://dacatalogue.wipo.int/projects/DA_1_3_4_10_11_16_25_35_01

SUMARIO EJECUTIVO

1. En Latinoamérica, se notan varias barreras históricas para el desarrollo de la industria audiovisual incluyéndose la dificultad de acceso al mercado interno y externo además de una notable dependencia del apoyo y financiamiento gubernamental (directo o indirecto). Otro gran problema es la ausencia de preocupación, ya sea pública o sea privada, con el valor cultural e histórico de esas obras.

2. Además del valor histórico y cultural, el dominio público es importante para que nuevos modelos creativos den recursos disponibles limitados, sean comerciales o no. Esto también es verdad para las obras huérfanas, tanto para el uso comercial de esas obras sea por su preservación y la difusión del patrimonio cultural.

3. Existen derechos patrimoniales/económicos y morales/personales sobre las obras protegidas por el derecho de autor. En algunas leyes nacionales, incluso en los países analizados, se prevé la perpetuidad de algunos derechos morales. El plazo de protección de las normas internacionales, tanto para los derechos de autor como para los conexos, es de un mínimo de 50 años desde la muerte del autor o de la fijación/publicación/interpretación/transmisión. Sin embargo, en general (incluso en Latinoamérica) el plazo de protección es mayor, con 70 años como la protección más común.

4. Las obras huérfanas son obras que pueden estar protegidas, o no, por el derecho de autor o derechos conexos pero cuya autoría y/o titularidad no fue identificada, de modo que dicha imposibilidad se ha convertido en una barrera para la utilización y/o divulgación de este material. Dichas obras están en un área ambigua entre los derechos exclusivos y el dominio público, aproximándose más a los primeros. La dificultad para obtener la autorización del titular se convierte en uno de los mayores obstáculos para las iniciativas de preservación del patrimonio cultural, que buscan digitalizar masivamente obras (en general ya fuera de circulación comercial) almacenadas en acervos o depósitos.

5. Aunque hay soluciones informales con la orientación de las instituciones del área, pocos países en Latinoamérica han legislado sobre obras huérfanas hasta el momento. Todavía, se señala como un problema urgente desde hace años, frecuentemente mencionado en las propuestas de reformas de las leyes de derecho de autor de la región. Hay diversas maneras legales para responder a esa adversidad, como por medio de la creación de licencias obligatorias, licencias colectivas ampliadas o excepciones de derecho de autor y hasta sistemas mixtos.

6. El dominio público de derecho de autor, aunque ha sido muy investigado por la doctrina y objeto de múltiples iniciativas en las últimas décadas, es raramente definido y aún menos detallado en las reglas nacionales e internacionales. La disparidad de las normas, la falta de consensos y las ambigüedades sobre ese tópico dificultan la definición a nivel global sobre qué obras están en esta condición, lo que es un gran obstáculo en el paradigma de la sociedad informacional.

7. Hay dos definiciones: a) una positiva, basada en usos libres y con la defensa de su protección, buena administración y ampliación; b) y una negativa, dominante, descrita como contenido no protegido por el derecho de autor (o, más restrictivamente, como obras cuyo plazo de protección se ha extinguido).

8. En el diálogo sobre las dos definiciones, se establece en este trabajo una lista no exhaustiva de casos comunes de obras en el dominio público: (1) obras que ya existían antes de

la implementación del derecho de autor, como las obras prehistóricas; (2) obras cuyo término de protección expiró, por el decurso del tiempo o por otra condición extintiva; (3) obras que fueran puestas en esta condición deliberadamente; (4) obras que no son protegidas debido al no cumplimiento de los requisitos, como el de la originalidad; (5) obras que no cumplieron las formalidades para protección, como el registro, cuando eran exigibles; (6) obras que la legislación define como bien común o explícitamente excluye del ámbito de protección; (7) en algunas legislaciones, como la de los E.E.U.U., obras que no fueron fijadas en algún soporte tangible; (8) en algunas legislaciones, como la brasileña, obras producidas por extranjeros y no publicadas en el territorio nacional cuya protección no es garantizada por acuerdos en que ambos países sean signatarios.

9. Algunos autores y estudios abogan firmemente por los beneficios del dominio público, argumentando que éste posibilita, en perspectivas comerciales y no comerciales: la construcción cumulativa de nuevos conocimientos; la imitación competitiva; creaciones desde otras obras; cero o bajo acceso a la información; acceso público al patrimonio cultural; mejoras en la educación; beneficios en autonomía y auto expresión; desarrollo de ciertas funciones gubernamentales; mejoras para la democracia deliberativa.

10. La línea dominante en el campo de la propiedad intelectual refuerza el valor de los derechos exclusivos de propiedad intelectual, indicando que la relación de los derechos exclusivos con el dominio público debe ser la del diálogo sin desvalorización de los sistemas tradicionales, cumpliendo funciones distintas y actuando como un contrapeso para evitar eventuales abusos.

11. No obstante, parece haber un consenso sobre los beneficios provenientes de reglas claras y mecanismos que faciliten el acceso a las obras que ya están en dominio público, dos cuestiones subdesarrolladas en el contexto latinoamericano, aunque ya existan diversas iniciativas (y unas pocas leyes) que intentan solucionar los problemas.

12. El sector audiovisual sufre particularmente con los riesgos de deterioración de obras antiguas, debido a los medios frágiles en que están gravadas las obras, exigiéndose condiciones especiales de protección en un contexto de países emergentes donde hay pocas instituciones y ausencia de ambientes destinados a esa función.

13. El simple encuadramiento de la obra en el dominio público no significa necesariamente beneficios culturales o de acceso. Seguirá existiendo la necesidad de políticas públicas, innovaciones técnicas y reformas legales, incluso fuera del derecho de autor, para garantizar un beneficio amplio del acceso a las obras en el dominio público para la sociedad como un todo.

14. La optimización del aprovechamiento de las obras huérfanas o en dominio público puede ser promovida por agentes gubernamentales, instituciones de la sociedad civil, organizaciones sin fines de lucro incluso por empresas. Son muy productivas las contribuciones entre estos distintos grupos.

15. Las sugerencias para mejorar normas y políticas públicas aplicables tanto al dominio público como para las obras huérfanas se aproximan en diversos puntos, con destaque para la necesidad de: i) crear cuadros legales claros; ii) mejorar la coordinación intergubernamental a

nivel internacional y regional; iii) fortalecer las instituciones destinadas a la preservación y divulgación de materiales culturales, en particular los archivos; iv) expandir la actuación conjunta del gobierno, sociedad civil y empresas, a ejemplo de las asociaciones público-privadas o financiamiento públicos de iniciativas sin fines de lucro.

[fin del sumario ejecutivo]

DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

El presente estudio se encargó como parte del Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenido en el Entorno Digital del Comité de la OMPI sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP). Este documento no tiene por objeto reflejar las opiniones de los Estados Miembros ni de la Secretaría de la OMPI.

INTRODUCCIÓN

Las obras audiovisuales son un tipo de obra artística especialmente compleja en cuanto a los detalles legales jurídicos para protección por el derecho de autor y derechos conexos. Pero también están en el centro de las preocupaciones prácticas de ese ramo, como la importancia histórica de la industria cinematográfica en el sector de entretenimiento. Los estudios y las políticas públicas sobre y para el audiovisual históricamente se enfocaron en la fase de creación y producción, particularmente en el financiamiento. Sin embargo, el estudio de la distribución y acceso a las obras son también fundamentales para el desarrollo del sector.

Las tecnologías de la información y comunicación del final del siglo XX y del siglo XXI también posibilitaron el fácil acceso al material producido en cualquier parte del mundo. Sin embargo, ese material que puede ser usado como obra prima para la producción de nuevos trabajos es comúnmente protegido por derecho de autor y su uso y divulgación es, por lo tanto, ilegal. Obras disponibles para uso libre o en el dominio público son una respuesta para optimizar esa potencialidad, pero ella solo puede ser lograda con una concienciación sobre la existencia y beneficio de las bases de datos destinadas a esa finalidad.

Por lo que se refiere a la preservación y la difusión del patrimonio cultural, parece que la mayor dificultad para el acceso a las obras audiovisuales es la digitalización y en el proceso de ser puesto a disposición para la población en general (o mismo solo para fines de registro) de obras cinematográficas que solo están almacenadas en medios físicos, como las películas de cine y cintas de casete. Aunque no se dispense la conservación de los soportes físicos y originales, ese proceso es beneficioso por la reducción de los costes de manutención de las obras y de la protección extra proveniente del registro en una mayor diversidad de medios, así como la facilitación del acceso cuando no hay derechos exclusivos vigentes, como es el caso del material en dominio público.

Ese desafío en el audiovisual es aún más relevante relacionado con las obras huérfanas, con mayores dificultades de digitalización que otras categorías de obras y mayor riesgo de daño a los soportes físicos con el pasar del tiempo, como será expuesto en el presente estudio. Aunque ese problema ya haya sido abordado por leyes y tribunales de diversas jurisdicciones en el mundo, aunque de manera limitada, se nota en Latinoamérica hoy una actuación normativa y de políticas públicas casi siempre no satisfactoria en la solución de esas adversidades.

1) LOS DESAFÍOS DE LA EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE ALGUNOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

Entre las múltiples definiciones existentes de obras audiovisuales, la que parece más adecuada al presente estudio es la del Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales de la OMPI de 1989, que en su artículo 2º las describe como *“toda obra que consista en una serie de imágenes fijadas relacionadas entre sí, acompañadas o no de sonidos, susceptible de hacerse visible y, si va acompañada de sonidos, susceptible de hacerse audible.”*

Elas presentan algunas particularidades con relación a las otras categorías de obras protegidas por el derecho de autor, empezando por su relativa novedad², ya que ha surgido en

² BITELLI, M. A. S. O direito de autor e as obras audiovisuais. **Revista CEJ**, n. 21, p. 40-44, 2003.

la década de 1880. Su surgimiento borró los límites estancos entre las diferentes categorías de obras, al exponer imágenes en movimiento desde guiones fijados en texto, con la posterior posibilidad de añadirse sonidos al contenido.

Gradualmente, observando la popularización de las obras televisivas, la noción de audiovisual se fue extendiendo, ganando autonomía con relación al medio de expresión en el cual es expresada e incluyendo las cinematográficas dentro de sí³. Además de los tipos ya nombrados, son ejemplos comunes los contenidos multimedia, las transmisiones y las grabaciones de video, incluyendo a los que están disponibles por *pay-per-view*, *streaming*, *video-on-demand* y plataformas de hospedaje en Internet. Hay una controversia en las legislaciones y en la doctrina internacional si se encuadrarían los videojuegos en esa categoría⁴.

Internet y la digitalización de los contenidos resultaron en algunos desafíos para el derecho de propiedad intelectual, principalmente con relación a: (i) la facilidad de compartir obras; (ii) la capacidad de edición, transformación o uso de esas obras para la creación de nuevos contenidos; (iii) la internacionalización y digitalización de los contenidos (que acentúa la característica de bienes inmateriales y no rivales) y de los usuarios; (iv) en razón de los puntos anteriores y de las posibilidades de anonimato, las dificultades para perseguir infracciones y la garantía de los intereses de los autores, a saber la distribución de copias, ejecuciones públicas no autorizadas y apropiación indebida de textos e imágenes⁵.

Las características mencionadas y la sensación de que una gran parte del contenido disponible en el inicio del ciberespacio está en dominio público, generó algunos serios conflictos con el avance de la tutela de propiedad intelectual en esos espacios. Existía una errónea impresión de que todo contenido virtual estaría libre para uso, lo que exigió una fuerte actuación conjunta del sector público y del sector privado para garantizar el funcionamiento de los sistemas de protección clásicos⁶. Los sistemas de propiedad intelectual y otros ramos jurídicos no fueron solapados y no perdieron importancia, como originalmente algunos teóricos predijeron⁷. Pero sufrieron cambios significativos, como la definición amplia del derecho patrimonial de comunicación al público en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA, o WCT en inglés⁸) y criterios diferenciados para la tutela de bienes informáticos⁹.

Aunque las restricciones de banda ancha hayan hecho con que contenidos audiovisuales tardaran un poco más para la transmisión y la puesta a disposición de esos contenidos en Internet, en poco tiempo esas obras pasaron a protagonizar algunos de los más relevantes retos cibernéticos, considerando la centralidad que los vídeos asumieron como contenido artístico en el ciberespacio (clips musicales, animaciones, *gifs*, entre otros)

Entre los distintos temas relacionados con el uso de las obras audiovisuales en el

³ ASCENSÃO, J. O. **Direito autoral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 44. La definición del Tratado de la OMPI de 1998 es un ejemplo de este nuevo paradigma.

⁴ La tendencia mayoritaria pone la tutela del *software* como elemento principal, pero parte de la doctrina defiende que se debe tener en cuenta los elementos audiovisuales. Vide RAMOS, A. *et al.* **The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches**. WIPO, 2013. Disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf

⁵ WIPO. **Intellectual property on the internet: a survey of issues**. December 2002. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/856/wipo_pub_856.pdf.

⁶ WIPO. **Intellectual property on the internet... Op. Cit.** p. 19-22

⁷ Conocidos como ciberlibertarios o excepcionalistas, a ejemplo de la sección "Copyright Law" de: JOHNSON, D. R.; POST, D. G. Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace. **Stanford Law Review**, v. 48, 1367-1402, 1996.

⁸ El derecho de comunicación al público (e/o de poner a disposición la obra) es otro punto central cuando se trata de desafíos en el entorno digital, porque la diseminación virtual del audiovisual necesita de reproducciones técnicas que constantemente cambian y se renuevan. Ver GUIBAULT, L.; QUINTAIS, J. P. Copyright, technology and the exploitation of audiovisual works in the EU. **Iris plus**, n. 4, p. 7-22, 2014.

⁹ ASCENSÃO, J. O. Propriedade intelectual e internet. **Direito da Sociedade da Informação**, v. VI, p. 1-25, 2006.

ambiente digital, dos temas siguen teniendo una gran importancia: la utilización óptima de las obras de dominio público y el uso o preservación de las obras huérfanas. Sin embargo, dichas cuestiones han recibido menos atención de la que deberían durante muchos años (lo que se evidencia por el retraso en la aparición de las primeras reformas o leyes que se centraron en estos dos temas). La centralidad de ambos para el derecho de autor y para la sociedad se expondrá en las siguientes páginas.

A) LA DISTRIBUCIÓN DE OBRAS AUDIOVISUALES

i) Obras protegidas¹⁰

Los derechos de autor son un segmento de la propiedad intelectual, tutelando a las obras literarias y artísticas (artículo 2º de la Convención de Berna) y siendo subdivididos en derechos morales y patrimoniales/económicos. Los primeros, también llamados de personales y comúnmente atribuidos solo a las personas naturales, son en general inalienables y ponen en disposición del autor algunas acciones para proteger su reputación, su relación con la obra y la integridad de esta.

Cuando se habla de plazos de protección y el dominio público, en regla se hace principalmente referencia a la extinción de los derechos patrimoniales, ya que determinadas legislaciones nacionales, comunes en los países latinoamericanos, prevén la perpetuidad de al menos algunos derechos morales. Los derechos mínimos listados en la Convención de Berna, que no agotan los tipos existentes globalmente, son el derecho a la paternidad (y/o atribuciones) e integridad (artículo 6bis), ambos excluidos de la obligatoriedad de la última parte del artículo 9(1) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC, o TRIPS en inglés).

La Convención de Berna determina en su artículo 6bis (2) que la duración de los derechos morales debe ser al menos hasta la extinción de los derechos exclusivos patrimoniales. Algunas legislaciones nacionales establecen que todos los derechos morales o apenas algunos, cesan al mismo tiempo que los derechos patrimoniales, como el derecho de tener acceso a un ejemplar único y raro de la obra.

ii) Obras huérfanas

Las obras huérfanas no poseen una definición internacional y por lo tanto viene útil la definición contenida en la Directiva de la Unión Europea sobre el tema en la cual son aquellas protegidas *“por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor, y cuyo titular de derechos no haya sido identificado o, si lo ha sido, esté en paradero desconocido”*¹¹.

Hay diversas razones por las cuales una obra puede estar en esa condición, como¹²: i) el cambio de domicilio del autor sin el conocimiento del nuevo local; (ii) la existencia de informaciones incompletas o equivocadas sobre los titulares de los derechos, o mismo la total ausencia de esos

¹⁰ Para más información y referencias en este punto, ver: WIPO. **Understanding Copyright and Related Rights**, 2016. Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_909_2016.pdf. (especialmente pp. 6-14); y WIPO. **Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO**, 2004. Disponible en: <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=361&plang=EN>. (especialmente p. 39-54.).

¹¹ Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a determinados usos permitidos de obras huérfanas.

¹² Esas razones generales son sub divisibles en otras más concretas. Ver ECHENIQUE, E. W. Uso de obras huérfanas: estudio de diversas regulaciones en el derecho comparado como referencia para modernizar la regulación chilena sobre propiedad intelectual. **Revista chilena de derecho**, v. 41, n. 3, p. 845–870, dez. 2014. p. 850-851.

datos; (iii) el desconocimiento por parte del titular de que detiene los derechos de autor; (iv) el titular (o portador de las informaciones sobre la obra) ser una persona legal que ya no existe.

iii) Obras en el dominio público

Aunque la doctrina lo discuta ampliamente en las décadas más recientes, hasta hoy es raro que legislaciones nacionales empleen el término “dominio público” expresamente, y aún más raro que exista un marco legal detallado sobre él.

Esta noción en la propiedad intelectual no debe confundirse con el término idéntico en otras áreas del derecho, refiriéndose a bienes públicos o de propiedad estatal, o el usado para referirse a las informaciones gubernamentales de libre acceso, aunque en este último caso existan intersecciones.

Hay dos maneras de definir el dominio público en el derecho de autor, tanto de modo positivo como negativo. La primera de esas vertientes busca determinarlo desde ciertos valores y usos libres del derecho de exclusiva, confiriéndole un aspecto más dinámico y aproximándolo de los “comunes”, argumentando que su disminución en los tiempos recientes es perjudicial y defendiendo su protección, buena administración e incluso ampliación.¹³

Sin embargo, como perspectiva aún dominante hoy, el concepto es definido de modo negativo, como contenido no protegido por el derecho autoral. Tradicionalmente esa conceptualización era puesta como una oposición a la propia idea de propiedad intelectual, muchas veces identificada con la muerte o ausencia.

En esa visión, existe una diferenciación entre el dominio público originario (obras que no fueron nunca objeto de protección exclusiva) y consecuente (que fueron protegidas, pero lo dejaron de ser por algún motivo). Hay algunas diferencias entre ellas pero que no parecen justificar la exclusión de la categoría mayor de “dominio público”, como la posibilidad fijada en algunas leyes nacionales de continuidad perpetua de algunos derechos morales en obras cuyo plazo de protección expiró.

Como la visión negativa solo afirma lo que el dominio público no es, se vuelve útil profundizar un poco en la delimitación (dialogando, por lo tanto, con la visión positiva) para establecer estándares para investigaciones sobre el tema.

2) LAS OBRAS AUDIOVISUALES EN EL DOMINIO PUBLICO¹⁴

A) LA DELIMITACIÓN DEL DOMINIO PUBLICO

La idea de dominio público no tiene sus orígenes en la propiedad intelectual, y sí en el sistema jurídico de propiedades materiales. Más precisamente, sus raíces pueden ser trazadas para el concepto de “*res communes*” del derecho romano, que se refiere a aquellos bienes que no serían pasibles de apropiación privada y sí usados de modo común por toda la ciudadanía. En el derecho de autor, esa noción aparece en la que es considerada la primera ley sobre el

¹³ Ver BOYLE, J. The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain. **Law and Contemporary Problems**, v. 66, p. 33–74, 2003; y, más recientemente, FHIMA, I. The public domain. **Intellectual Property Quarterly**, v. 1, p. 1–24, 2019. Institucionalmente, las recomendaciones 16 y 20 de la Agenda de Desarrollo de la OMPI también adoptan una perspectiva proteccionista del dominio público.

¹⁴ Los marcos teóricos básicos de los fragmentos sobre dominio público usados son: DUSOLLIER, S. Scoping study on copyright and the related rights ant the public domain. WIPO, August, 2010. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf> BARBOSA, D. B. O domínio do público. **Revista Eletrônica do IBPI**. N. 6. 2012. P. 143-183; ASCENSÃO, J. O. A questão do domínio público. In: WACHOWICZ, M.; SANTOS, M. J. P. **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público: Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2008

tema, el Estatuto de la Reina Anne de 1710, pero el término “dominio público” solo empieza a ser usado en las leyes francesas del siglo XIX, cuando la idea de privilegios fue transmutada en la de propiedad inmaterial¹⁵.

Como se mencionó brevemente, la delimitación del dominio público depende en cierta medida si la definición elegida es positiva o negativa. El presente estudio adopta la perspectiva negativa. Se nota, no obstante, que el dominio público no es homogéneo y que es importante al menos señalar algunos ejemplos para un contenido positivo mínimo, capaz de guiar un análisis valorativo. En consecuencia, la visión adoptada aquí sigue, en líneas generales, aquella de la investigación realizada por la profesora Dusollier para la OMPI en 2010¹⁶.

Serían encuadrados en el dominio público, en lista no exhaustiva pero que cubre los casos más comunes¹⁷: (1) las obras que ya existían antes de la implementación del derecho de autor, tales cuales las obras prehistóricas; (2) obras cuyo término de protección expiró, por el decurso del tiempo o por otra condición extintiva¹⁸; (3) obras que fueron puestas en el dominio público deliberadamente¹⁹; (4) obras que no son tutelables debido al no cumplimiento de requisitos, como el de la originalidad; (6) obras que no cumplieron formalidades, como el registro, cuando eran exigibles; (7) obras que la legislación define como de bien común o explícitamente excluye del ámbito de protección; (8) en algunas legislaciones, como la de los E.E.U.U., obras que no fueron fijadas en un soporte tangible; (9) en algunas legislaciones, como la brasileña, obras producidas por extranjeros y no publicadas en el territorio nacional cuya protección no está garantizada por acuerdos de los cuales ambos países sean signatarios²⁰.

Aunque los límites y excepciones de derecho de autor pueden tener efectos similares o casi iguales a los del dominio público (en la medida en que la utilización de la obra es tendencialmente libre), tienen naturaleza diversa y por eso no serán abordados directamente en esta investigación. Sin embargo, deben permanecer en la mente de los formuladores de política públicas como un posible aliado en los objetivos culturales y económicos indicados abajo.

B) LA IMPORTANCIA Y PARTICULARIDADES DEL CONTENIDO AUDIOVISUAL EN EL DOMINIO PUBLICO

Entre los autores que soportan una definición positiva de dominio público, es común el argumento de que estimularía la creatividad y el bienestar social, con la afirmación de que en determinados sectores no se comprobó suficientemente que los derechos de exclusiva generan

¹⁵ HUANG, H. On public domain in copyright law. *Frontiers of Law in China*, v. 4, n. 2, p. 178–195, 2009. p. 179-184.

¹⁶ DUSOLLIER, S. Scoping study on copyright... *Op. Cit.* p. 7.

¹⁷ SAMUELSON, P. Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities. *Law and Contemporary Problems*, v. 66, n. 2001, p. 147–171, 2003. p. 151; HUANG, H. On public domain in copyright law... *Op. Cit.* p. 181. Algunos autores tienen definiciones más amplias, incluyendo, por ejemplo, los límites y excepciones (ver la revisión bibliográfica de DUSOLLIER, S. Scoping study on copyright... *Op. Cit.* p. 9-10)

¹⁸ Lo que puede ser, como en las leyes de Brasil y de Costa Rica, la muerte del autor sin sucesores. Obras cuyo término de protección expiró es la definición más tradicional y consensual de “dominio público”.

¹⁹ La inclusión de este punto en la lista es bastante controvertida, incluso en el caso de las licencias para la dedicación al dominio público (como la licencia CC0 de *Creative Commons*). Además, persisten las dudas, con una amplia variación en las leyes nacionales, sobre la posibilidad legal de renunciar a todos sus derechos. Eso es válido incluso para los de carácter patrimonial, como el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa del artículo 5º de la Directiva 2006/115/EC de la Unión Europea o del artículo 121 del Código INGENIOS de Ecuador. Ver GUADAMUZ, A. **Comparative analysis of national approaches on voluntary copyright relinquishment**. WIPO, 2014. Disponible en <<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4141&plang=EN>>.

²⁰ Las legislaciones brasileña, chilena y costarricense excluyen de la protección del derecho de autor ese tipo de obras. Como, sin embargo, las ratificaciones de la Convención de Berna y al TRIPS son elevadas y están creciendo, esos dispositivos acaban por tener pocos efectos prácticos.

estímulos eficientes²¹. Argumentan que generaría un ciclo virtuoso de protección y distribución de nuevas obras con *spillover effect*. Hay también una perspectiva comercial en favor de esa visión, con empresas de tecnología que dependen de la disponibilidad de datos para su desarrollo tecnológico o que obtienen beneficios en la difusión y acceso de contenidos, a ejemplo de Google con su sector de inteligencia artificial y sus ganancias con *ads*²². El dominio público ampliado también puede ser usado como estrategia concurrencial, dificultando el crecimiento o surgimiento de competidores²³.

En este sentido, Pamela Samuelson enumeró ocho efectos beneficiosos del dominio público para la sociedad, como posibilitador de: construcciones acumulativas de nuevos conocimientos; imitación competitiva, creaciones desde otras obras, cero o bajo acceso a la información, acceso público al patrimonio cultural; mejoras en la educación; beneficios en autonomía y autoexpresión; en ciertas funciones gubernamentales; mejoras en la democracia deliberativa²⁴.

Por otro lado, la línea mayoritaria y dominante en las legislaciones por todo el mundo refuerza que hay sectores donde hace mucho ya están sólidamente amparadas las afirmaciones sobre los beneficios económicos y sociales del sistema de propiedad intelectual²⁵. Señalan que el dominio público tiene una función importante, pero incluso en los casos en que no hay una comprobación definitiva de los beneficios en innovación y creatividad, aún persistiría una motivación ética para compensar a los autores e inversionistas, además de indicios favorables a la existencia de al menos algunos derechos intelectuales, no solo morales o patrimoniales²⁶.

Cualquiera que sea la línea elegida, parece haber un consenso relativo de que son beneficiosos los mecanismos que facilitan el acceso a obras que ya son de dominio público y el desarrollo de reglas claras para sus fronteras y uso. Una iniciativa notable a este respecto fueron las calculadoras de dominio público de *Open Knowledge Foundation*²⁷ o de *OutOfCopyright*²⁸, que simplifican el proceso de comprensión de las complejas leyes sobre términos de protección para averiguarsi una determinada obra está protegida.

En América Latina, se encuentran esfuerzos (generalmente más modestos) para facilitar el acceso a obras de dominio público, especialmente con respecto a obras literarias y audiovisuales, con la creación de bases de datos de este tipo de material, como se observará en la siguiente sección. Existen otras iniciativas importantes, como la calculadora de dominio público del *Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe* (CERLALC), vinculado a la UNESCO. Esta herramienta cubre todos los países investigados en este estudio

²¹ Ver las críticas de LEMLEY, M. A. Faith-Based Intellectual Property. *UCLA Law Review*, v. 62, p. 1328–1346, 2015; JOHNSON, E. E. Intellectual Property and the Incentive Fallacy. *Florida State University Law Review*, v. 39, p. 623-679, 2011-2012.

²² MARZETTI, Maximiliano. *Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina*. Buenos Aires: CLACSO, 2013. p. 38 y 52

²³ MERGES, R. P. A New Dynamism in the Public Domain. *University of Chicago Law Review*, vol. 71, pp. 183-203, 2003 (el autor señala como hay un elemento de autocorrección por parte de agentes privados en el diálogo entre dominio público y propiedad intelectual, argumentando que la discusión no necesita obligatoriamente ocurrir en el campo de las políticas públicas y de las nuevas legislaciones).

²⁴ SAMUELSON, P. Enriching discourse on public domains. *Duke Law Journal*, v. 55, n. 4, p. 783–834, 2006. p. 826-827.

²⁵ Ver el sólido argumento de MERGES, R. P. *Justifying Intellectual Property*. Harvard University Press, 2011.

²⁶ REILLY, T. Copyright and the Tragedy of the Common. *IDEA*, v. 55, p. 105–191, 2014; MARTIN, S. M. The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection, *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 36, p. 253-322, 2002. Los autores critican incluso la propia noción de dominio público, argumentando que la mitología que se creó a su alrededor ayudaría a dañar los derechos exclusivos.

²⁷ <https://publicdomain.okfn.org/calculators/about/index.html>

²⁸ <http://outofcopyright.eu/>

y más de 35 en todo el mundo²⁹.

Cuando se trata del sector audiovisual, el dominio público gana protagonismo principalmente en el acceso público al patrimonio cultural y también en el aspecto creativo.

Este último se refiere al uso de material preexistente para la elaboración de nuevas obras, una actividad magnificada en el entorno digital³⁰. Esta última discusión es central para los legisladores y otros formuladores de políticas públicas porque los tribunales, como un estándar aparentemente observable en diferentes regiones y sistemas de todo el mundo³¹, juzgan de manera más flexible cuando discuten la libertad de acceso/información que cuando el caso trata de libertad de creación.

El aspecto creativo no tiene solamente valor comercial o de entretenimiento. Es también un esfuerzo para el aumento y diversificación del patrimonio cultural nacional, porque es la obra audiovisual que posibilita ver y escuchar la cultura de un pueblo, permitiendo más posibilidad de inmersión sin estar físicamente presente, además de poder incluir en sí las expresiones artísticas de varias de las otras categorías protegidas por el derecho de autor³².

Una de las soluciones posibles es la creación de bases específicas de obras audiovisuales en dominio público, como la de Pond5³³, que reconocen la necesidad de una alternativa gratuita (o de bajo coste, en algunas opciones del sitio web) para la creación de videos. Esa es una laguna importante para resolver también para la creación de contenidos audiovisuales con fines comerciales, como material publicitario, pues posibilita la entrada competitiva de agentes pequeños y con presupuestos limitados. La disponibilidad de materiales de bajo o ningún coste (y la facilitación del acceso a ellos) es una alternativa para estimular la creación cultural y la concurrencia, además de servir como una alternativa para precios abusivos de licencia.

En ese sentido, un estudio realizado en el Reino Unido en 2015 mostró que empresas que buscan trabajar con obras audiovisuales e imágenes en dominio público identificaban varias ventajas económicas en esta iniciativa, pero se señalaban dificultades para conseguir encontrar material de calidad y certificar que está en el dominio público, especialmente para trabajos digitales con distribución mundial. La falta de conocimiento específico sobre el derecho de autor ha hecho con que la cooperación con museos, librerías y archivos fuese muy valorizada³⁴.

Eso es todavía más importante en mercados emergentes como los de Latinoamérica, generalmente dominados por productoras de contenido audiovisual y distribuidoras extranjeras³⁵, y con una alta dependencia de políticas públicas de financiamiento, resultante de un público consumidor comparativamente pequeño y con menor alcance internacional.

²⁹ <https://cerlalc.org/calculadora-de-dominio-publico/>

³⁰ BRANCO, S. **O domínio público no direito autoral brasileiro...** *Op. Cit.* p. 233.

³¹ SANTOS, M. J. P. *Direito de Autor e Liberdade de Expressão*. In: SANTOS, M. J. P. (coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141; LIU, J. *An Empirical Study of Transformative Use in Copyright Law*. **Stanford Technology Law Review**, v. 22, n. 1, p. 163-241, 2019. p. 210-218; RENDAS, T. *Copyright, Technology and the CJEU: An Empirical Study*. **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 49, n.2, 153–184, 2018. p. 161 y 173.

³² DRUMMOND, V. **Protección internacional de obras audiovisuales e interpretaciones. Experiencias nacionales relacionadas con la protección de obras audiovisuales e interpretaciones**, WIPO, 2012. Disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_grtkf_bra_12/wipo_ip_grtkf_bra_12_topic_8_presentation_drummond.pdf. p. 13-16.

³³ <https://www.pond5.com/free>

³⁴ ERICKSON, K. *et. al.* **Copyright and the Value of the Public Domain - An empirical assessment**. IPO UK, 2015. p. 24-37.

³⁵ GERBASE, C. *Enxugando gelo: pirataria e direitos autorais de obras audiovisuais na era das redes*. **E-Compós**, v. 10, 2008.

Otro de los mayores obstáculos para la optimización del aprovechamiento de obras en dominio público, especialmente para fines de preservación de patrimonio cultural, es el hecho de que muchas de esas obras solo existen en medios físicos, almacenados y con acceso restringido, utilizables solo desde aparatos que no son más producidos comercialmente. Los antiguos procesos de copias difícilmente lograban mantener cualidades próximas del original, e igualmente los dispositivos más modernos de hoy presentan algunas distorsiones en la conversión del analógico para el digital o pérdida de información³⁶. Digitalizar esos contenidos y ponerlos a disposición en Internet es una de las soluciones más adecuadas³⁷, pero los recursos exigidos para la capacitación del personal y la compra del equipo tecnológico necesario generalmente no están disponibles en los países emergentes³⁸. Esto ocurre, entre otras razones, debido a la falta de priorización de estas medidas y al presupuesto reducido de las instituciones que serían las más apropiadas para llevar a cabo estas acciones, como museos, bibliotecas y, principalmente, archivos.³⁹

Las obras audiovisuales, no obstante, aparentan no ser una prioridad del sector público o del privado por su valor cultural ante otras categorías, como la literaria o fotográfica. Esto se ve agravado por la existencia de obstáculos adicionales en la mayor complejidad y dificultad del proceso de digitalización audiovisual en relación con estas dos categorías, además del menor número de instituciones dedicadas específicamente a la preservación de este contenido.

A veces, ni siquiera hay instituciones o espacios físicos adecuados para conservar el soporte de la obra audiovisual. Este es un problema grave, ya que las películas se han fijado durante mucho tiempo en materiales frágiles y diversos, que casi siempre requieren condiciones especiales y exigentes para que no se deterioren, abarcando factores ambientales, seguridad espacial, recursos humanos con conocimiento técnico, productos para conservación y mantenimiento, entre otros⁴⁰.

C) LOS DESAFÍOS DE LA EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS EN DOMINIO PÚBLICO

Aunque por mucho tiempo haya sido un punto poco estudiado de la propiedad intelectual⁴¹, en el siglo XXI las cuestiones relacionadas con el dominio público se han convertido en uno de los temas más debatidos en el campo de la propiedad intelectual⁴².

Cuando el acceso estaba limitado por la disponibilidad física de las obras, y consecuentemente los derechos exclusivos eran de menor importancia en vista de la suficiencia de los derechos reales o los derechos de privilegio de impresión, eran reducidas las razones para discutirse la ampliación o la reducción del dominio público⁴³. La renovada atención se generó

³⁶ PRENTICE, W.; GAUSTAD, L. (eds) **The Safeguarding of the Audiovisual Heritage: Ethics, Principles and Preservation Strategy**, IASA Technical Committee, 2017. Disponible en: https://www.iasa-web.org/sites/default/files/downloads/publications/TC03_English.pdf. p. 7-12,

³⁷ No significa, sin embargo, que los soportes digitales pueden simplemente sustituir los soportes analógicos dentro de las instituciones de preservación de la memoria y cultura. La conservación de los originales y posibilidades de hacerse nuevas copias en el mismo tipo de soporte es una de las funciones más importantes de esas instituciones. EDMONDSON, R. **Arquitectura audiovisual: filosofía e principios**. Brasília: UNESCO, 2017. p. 4.

³⁸ *Idem*. p. 17.

³⁹ NOVAES, J. Digitalização de acervos: preservação da memória às margens do direito autoral. In: **TIC Cultura 2018**, CGI.br y Cetic.br, São Paulo, 2019.

⁴⁰ Ver aún EDMONDSON, R. **Memoria del mundo – directrices para la salvaguardia del patrimonio documental**. UNESCO, División de la Sociedad de la Información, 2002;

⁴¹ LANGE, D. Recognizing the Public Domain. **Law and Contemporary Problems**, v. 44, 1981.

⁴² GINSBURG, J. C. "Une Chose Publique"? The Author's Domain and the Public Domain in Early British, French and Us Copyright Law. **Cambridge Law Journal**, v. 65, n. 3, p. 636–670, 2006. p. 636.

⁴³ BARBOSA, D. B. O domínio do público. **Revista Eletrônica do IBPI**. N. 6. 2012.

principalmente a partir de cambios en los sistemas de propiedad intelectual ante los nuevos desafíos del Internet. Parte de la doctrina, críticamente, ha considerado ese movimiento como una protección maximalista que tendencialmente disminuya el espacio común de información⁴⁴.

Ese relativo retraso en los estudios sobre el tema, al menos en comparación con otras áreas de propiedad intelectual, causó una gran cantidad de dudas y obscuridades en este campo, tanto académicamente como en la comprensión de legisladores y tribunales. Por ello, han surgido una serie de iniciativas en los últimos años, como las investigaciones de la OMPI sobre el tema o la red COMMUNIA⁴⁵, creada por académicos europeos para centralizar los esfuerzos de investigación y de discusión de políticas sobre el dominio público digital y temas relacionados, cubriendo también temas sobre excepciones y limitaciones, acceso abierto y obras huérfanas

Se reitera constantemente en la literatura sobre propiedad intelectual que las tecnologías características de la sociedad de la información, especialmente en Internet, han reducido radicalmente los costos de crear, copiar y distribuir creaciones intelectuales (las dos últimas tendentes a cero). Sin embargo, aunque esto sea verdad para el contenido producido por usuarios y pequeños agentes, hay análisis críticos en el sentido de que es necesario observar cuidadosamente esas afirmaciones cuando se trata de contenido producido profesionalmente, y solo el coste de distribución se habría disminuido sustancialmente. Algunos sectores profesionales de la industria cultural incluso han percibido un aumento de los costes de producción de las obras digitales, como, por ejemplo, los costes de efectos especiales en las grandes producciones cinematográficas⁴⁶.

Las medidas de protección tecnológica

Otro reto frecuentemente citado en la relación entre el Internet y el dominio público son las medidas de protección tecnológica (MPT), cuya importancia y su papel en el ambiente digital han sido resaltados con el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790⁴⁷. Dichas medidas y la protección en contra de su neutralización están originalmente previstas en el artículo 11 del WCT (TODA), en el artículo 18 del WPPT (TOIEF) y en el artículo 15 del Tratado de Pequín (BTAP).

También son parte del ámbito de protección de los tratados de la OMPI mencionados anteriormente, las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos podrían tener un papel muy importante hacia el futuro una vez que pueden contener información relevante tal como códigos estándar o nombres esenciales para identificar el titular o el autor de la obra. Tales informaciones y su preservación en la reproducción digital de las obras, podrían tener un papel altamente relevante para evitar que contenidos digitales se transformen en nuevas obras huérfanas en el futuro.

Dichos mecanismos fueron diseñados para proteger medidas tecnológicas que restringían actos no autorizados por los titulares de los derechos de autor o conexos, o por la legislación nacional. Sin embargo, ellos presentan el riesgo de invertir el paradigma de acceso, pues pueden ser inadvertida o deliberadamente usados para bloquear contenido encuadrado en el ámbito de una limitación o excepción o hasta totalmente excluidos de la protección del derecho

⁴⁴ Ver; BOYLE, J. The Second Enclosure Movement... *Op. Cit.*

⁴⁵ Ver <http://communia-project.eu/>

⁴⁶ WUNSCH-VINCENT, S. **The economics of copyright and the internet...** *Op. Cit.* p. 6

⁴⁷ Directiva (UE) 2019/790 sobre derechos de autor y derechos conexos en el mercado único digital. El artículo 17, que tenía el número 13 en la primera propuesta de la Directiva, fue objeto de muchas críticas por parecer establecer indirectamente una obligación para los proveedores de servicios de compartir contenido en el internet *en línea*, con un control previo de archivos subidos que potencialmente infringen los derechos de autor. Ver DE GREGORIO, G. Expressions on Platforms: Freedom of Expression and ISP Liability in the European Digital Single Market. **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 2, n. 3, p. 203–215, 2018.

de autor⁴⁸. Paul Goldstein argumenta que sería necesario crear una norma que impidiera esos bloqueos indebidos para preservar el equilibrio de los intereses involucrados⁴⁹. Un ejemplo claro de esa preocupación se ve reflejado en la reforma de la ley ecuatoriana de 2016 y en las normas internacionales más recientes, como la Declaración Conjunta relativa al artículo 15 del BTAP⁵⁰ y, de manera imperativa (pero en una situación excepcional de apoyo a las personas con dificultades visuales), el artículo 7º del Tratado de Marrakech de 2013⁵¹.

Ausencia de un tratamiento uniforme a nivel internacional

La antes mencionada falta de uniformidad o la falta de compatibilidad internacional de las normas de derechos de autor sobre el dominio público es uno de los mayores obstáculos para la identificación de obras en esta condición. Aunque los fundamentos principales y efectos del dominio público sean parecidos por todo el mundo y a lo largo del tiempo, lo que es una rareza en el derecho comparado⁵², los detalles sobre cuándo y cómo las obras entran en esa condición varían mucho, así como la manera como el Estado se relaciona con ese tema.

El artículo 5(2) de la Convención de Berna deja el ámbito de la protección y su duración para las normas nacionales, estableciendo estándares mínimos. Esto significa que la protección de una obra puede haber expirado en un país y permanecer en vigor en otro, o incluso puede estar originalmente excluida de la protección de los derechos de autor por solo unas pocas leyes (los actos oficiales son paradigmáticos, con la posibilidad o el grado de protección que difieren a nivel nacional). En el entorno digital esta dificultad es más elevada, debido a la posibilidad de poner a disposición el mismo trabajo simultáneamente en varios países⁵³.

El acceso a las obras en el dominio público

Se debe también mencionar la importante crítica de que el aumento del dominio público no significa necesariamente un beneficio cultural o un mayor acceso de las obras para la población⁵⁴. Existen varios límites de acceso más allá del derecho de autor. Ellos pueden ser materiales como la existencia de pocos ejemplares no accesibles al público, la falta de

⁴⁸ ASCENSÃO, J. O. Questões críticas do direito da internet. In WACHOWICZ, Marcos; PRONER, Carol (org.). **Inclusão tecnológica e Direito à Cultura: movimentos rumo à sociedade democrática do conhecimento**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 45-50; LESSIG, L. The law of the horse: what cyberlaw might teach. **Harvard Law Review**, v. 113, 501-546, 1999. p. 537-539. Ese problema ya había sido institucionalmente planteado en 1996 por el Grupo Consultivo Jurídico de la Comisión Europea, al analizar el Libro Verde sobre derechos de autor en la sociedad informacional.

⁴⁹ GOLDSTEIN, P. Copyright and Its Substitutes. **Journal of the Copyright Society of the U.S.A.**, v. 45, n. 2, p. 151-157, 1997. p. 155.

⁵⁰ *Queda entendido que nada de lo dispuesto en el presente artículo impide que una Parte Contratante adopte las medidas necesarias y efectivas para asegurar que un beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones previstas en la legislación nacional de esa Parte Contratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, si se han aplicado medidas tecnológicas a una interpretación o ejecución audiovisual y si el beneficiario tiene acceso legal a dicha interpretación o ejecución, en circunstancias tales como cuando los titulares de derechos no hayan tomado medidas efectivas y adecuadas en relación con dicha interpretación o ejecución para que el beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones de conformidad con la legislación nacional de esa Parte Contratante. (...)*

⁵¹ *Las Partes Contratantes adoptarán las medidas adecuadas que sean necesarias para garantizar que, cuando establezcan una protección jurídica adecuada y unos recursos jurídicos efectivos contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas, dicha protección jurídica no impida que los beneficiarios gocen de las limitaciones y excepciones contempladas en el presente Tratado*

⁵² BRANCO, S. **O domínio público no direito autoral brasileiro... Op. Cit.** p. 88.

⁵³ Según Gurry indicó en 2011, las instituciones de derechos de autor permanecen atrapadas en una jaula territorial, mientras que el comportamiento tecnológico y económico ya ha excedido estos límites. Por lo tanto, estos últimos suelen ser más influyentes que las normas legales. GURRY, F. **The Future of Copyright, Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law**, Queensland University of Technology, Sydney, 2011. Disponible en <http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html>

⁵⁴ CHANDER, A.; SUNDER, M. The Romance of the Public Domain. **California Law Review**, v. 92, 2004.

condiciones económicas o la desigualdad digital entre países o grupos socioeconómicos⁵⁵. Pueden provenir de otras áreas de la propiedad intelectual, como el uso de derechos de marca comercial para evitar el uso de una imagen que ya ha pasado al dominio público. También puede haber otras limitaciones jurídicas, como los derechos de propiedad o contractuales, como la existencia de un único ejemplar de una obra que se encuentra en un acervo privado inaccesible al público o accesible bajo condiciones controladas como el pago de entrada o imposibilidad de fotografiar o reproducir la obra.

Son, por lo tanto, necesarias las políticas públicas para la adecuada utilización de las obras en esa condición, bajo riesgo de la expansión del dominio público favorecer apenas aquellos que ya tienen facilidad de busca y acceso a las obras, lo que puede ser agravado en un ambiente en que pocos agentes detienen un mayor control sobre el flujo y la disponibilidad de informaciones. Internet aparece nuevamente como una plataforma sobre la cual se pueden alcanzar respuestas a esta barrera, con múltiples buenos ejemplos de su instrumentalización en favor de objetivos culturales en Latinoamérica⁵⁶.

Además de la actuación gubernamental, la buena utilización del dominio público también puede ser hecha por otros actores, como el tercer sector o mismo por emprendimientos con fines de lucro. Esos últimos pueden actuar en asociaciones público-privadas o encontrar formas de monetizar bases de datos o herramientas que faciliten el acceso de obras de acceso libre, como lo hizo Google⁵⁷ o Pond5, al ofertar licencias de pago de obras al lado de su base de contenido en dominio público.

D) LA TERRITORIALIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO

Los países que ahora se analizan en secuencia ayudan a contextualizar la situación de América Latina, pero las conclusiones no pueden extenderse indiscriminadamente a todas las naciones de la región.

Cabe señalar que la posibilidad de que un creador renuncie a sus derechos de autor por completo no será aquí abordada por ser un tema de alta complejidad y las legislaciones raramente son claras y directas sobre la cuestión. Para este tema, se indica otro estudio comisionado por la OMPI y desarrollado por el profesor Andrés Guadamuz⁵⁸.

Ecuador y Perú son parte del bloque económico de la Comunidad Andina, siguiendo las reglas de la Decisión 351 que establece un régimen mínimo común para los derechos de autor de los países-miembros⁵⁹, incluso determinando una “perpetuidad de los derechos morales de paternidad e integridad, en el sentido de que el Estado continúa siendo responsable para la protección de las obras incluso después de que haya expirado el plazo de protección. Argentina y Brasil son parte del MERCOSUR, entonces el reciente acuerdo de asociación de ese bloque económico y de la Unión Europea, que tiene elementos de derecho de autor⁶⁰, puede provocar

⁵⁵ GALPERÍN, H. **Sociedad digital: brechas y retos para la inclusión digital en América Latina y el Caribe**. UNESCO, Montevideo, 2017. Disponible en <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Montevideo/pdf/PolicyPapers-ConfMinistros-BrechaDigital-ES.pdf>

⁵⁶ KULESZ, O. **La cultura en el entorno digital – Evaluar el impacto en América Latina y en España**. UNESCO, 2017. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000249812_spa, particularmente p. 18-19.

⁵⁷ Cabe señalar que el proyecto Google Books ha sufrido severas críticas, no solo de las asociaciones de autores y de gestión de derechos de autor. Fue señalado el fuerte control de la compañía sobre el acceso a esta base de datos, los posibles problemas concurrenciales y el riesgo para la privacidad de los usuarios. Ver BERNARDES, M. B.; PESELER, A. A biblioteca total: Google Book Search e as obras órfãs. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009.

⁵⁸ GUADAMUZ, A. **Comparative analysis of national approaches... Op. Cit.**

⁵⁹ Ver <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/Dec351s.asp>

⁶⁰ Ver http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf

algunos cambios en las reglas de derecho de autor.

El dominio público pagante, existente en Argentina y Uruguay, sigue siendo un tema muy controvertido hoy en día. Aunque esta opción es muy criticada por la doctrina⁶¹, también hay argumentos para su mantenimiento⁶².

Cuando se trata de contar los términos de protección, el comienzo del conteo casi siempre comienza desde el 1 de enero del año siguiente al acto indicado, con la excepción (entre los países analizados) de la regla de Costa Rica, que es marginalmente diferente.

i) Argentina

El artículo 5º de la Ley 11.723 (Régimen Legal de la Propiedad Intelectual) define que las obras tuteladas en general son protegidas durante la vida del autor más un periodo de 70 años. Para las obras colectivas, ese periodo empieza a contarse desde la muerte del último colaborador. En caso de que el autor fallezca sin dejar herederos, sus derechos pasan a la titularidad del Estado.

Conforme el artículo 34 de la misma ley, para las obras cinematográficas la protección es de 50 años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores, que pueden ser el autor del guión, el productor y el director, además del compositor en las obras audiovisuales musicales. Los derechos conexos de los intérpretes duran 70 años tras la publicación,

Los artículos 5º bis, 34 *bis* y 84 establecen la posibilidad de una obra que estaba en dominio público a volver a ser protegida en caso de que no haya transcurrido el plazo extendido de la ley posterior, cuando ésta última entró en vigor.

Los artículos del 13 al 15 extienden la protección a las obras publicadas en países extranjeros, limitando los plazos a los más pequeños entre la ley argentina y la del país en que se las publicó.

En Argentina existe el dominio público pagante (DPP), previsto en el Decreto-Ley N° 1.224/1958 (artículo 6º, b), en el Decreto 6255/1958 y principalmente en la Resolución 15.850/77 (Cuerpo legal sobre derechos de dominio público pagante (T.O. 1978). Se aplica también, especialmente sobre las obras cinematográficas, la Resolución 21516/1991. Ese régimen legal no exige autorización, sino pago por el uso de obras de dominio público, que se dirigen al Fondo Nacional de Las Artes. Los usos con fines exclusivamente culturales o educativos son excepciones que no necesitan pagar la remuneración.

En la historia reciente, se crearon varias bases de datos de contenido abierto en Argentina, que luego se descontinuaron, como la plataforma Trapalanda y el Banco de la Música. Todavía se encuentra funcionando una base de datos no gubernamental de libros en dominio público (autores.ar)⁶³, con el apoyo de Creative Commons Uruguay, y una de material audiovisual abierto gerenciada por el gobierno (BACUA)⁶⁴.

⁶¹ Ver, entre otros, MARZETTI, M. **Es eficiente el dominio público pagante argentino? Una aproximación desde el análisis económico del derecho**. EL DIAL Suplemento de Propiedad Industrial e Intelectual, 2016. Disponible en: http://www.eldial.com.ar/nuevo/suple-propiedad_oe.asp?Edicion=28/06/2016

⁶² LIPSZYC, D. Panorama del dominio público oneroso (o «pagante») en materia de derecho de autor. Utilidad, incompreensión y resistencia. **Anuario dominicano de propiedad intelectual**, n. 3, p. 17-37, 2016. La profesora Dusollier en el estudio producido para la OMPI, también ve favorablemente el dominio público pagante: DUSOLLIER, S. Scoping study on copyright... *Op. Cit.* p. 40-42.

⁶³ <http://dominiopublico.org.ar/>

⁶⁴ <http://www.bacua.gob.ar/>

ii) Brasil

El artículo 45 de la Ley 9.610/1998 (*Lei de Direitos Autorais - LDA*) establece que están en el dominio público las obras cuyo plazo de protección haya transcurrido, o de autores fallecidos que no hayan dejado sucesores, o de autores desconocidos, excepto por la protección específica de conocimientos étnicos/tradicionales.

Así como en otros países, la doctrina tiene un papel amplificador de esta delimitación⁶⁵, que incluye, entre otros, trabajos publicados en países que no son signatarios de acuerdos de propiedad intelectual de los que Brasil es parte (artículo 2º de la LDA) o contenido no protegido por derechos de autor (artículo 8º)⁶⁶.

El plazo general de protección es de 70 años después de la muerte del autor (artículo 41), setenta años después de la fijación en el caso de las obras audiovisuales (artículo 43). Los derechos conexos en general tienen el período de 70 años después de la fijación, transmisión o ejecución/representación pública de la obra. Cabe mencionar que solo el director puede ejercer los derechos morales de las obras audiovisuales (artículo 25).

El Artículo 24, §2 de la LDA establece que corresponde al Estado defender la integridad y autoría de la obra que ha caído en el dominio público, indicando la perpetuidad de ciertos derechos personales (integridad y atribución) cuya reivindicación legal será realizado por el Poder Público, pero sin significa la propiedad estatal de estas obras.

Hay una base de datos de origen gubernamental, que incluye contenidos audiovisuales, llamada "*Portal Dominio Público*"⁶⁷.

iii) Costa Rica

Los artículos 58 y 87 de la Ley 6683 (de Derechos de Autor y Derechos Conexos) definen el plazo de protección a los 70 años del fallecimiento del autor, artista, intérprete/ejecutante o productor. Cuando no es posible contar desde la muerte de una persona física, el mismo plazo empieza desde la primera publicación autorizada, disposición de la obra al público, de la ejecución o de la creación (cuando la obra no fue publicada). El artículo 59 señala que, en casos de trabajos en colaboración, el plazo comenzará con la muerte del último coautor.

El artículo establece un plazo reducido de 25 años para las obras bajo titularidad del Estado, consejos municipales o corporaciones oficiales, excepto en los casos donde la gestión de los derechos de autor es la función de la institución (en este caso, serían de 50 años)

Las obras no protegidas tienen definiciones muy específicas que las acercan a la categoría de excepciones y limitaciones, ya que sus usos están restringidos a ciertos medios, previstos en los artículos 67º-69º y 75º⁶⁸. El artículo 66º establece que pasarán al dominio público las obras cuyo titular no haya dejado herederos.

El artículo 13º trata de la perpetuidad de los derechos morales y el artículo 15º aclara que

⁶⁵ BARBOSA, D. B. O domínio do público. *Revista Eletrônica do IBPI*. N. 6. 2012.

⁶⁶ "(...) II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras"

⁶⁷ <http://www.dominiopublico.gov.br>.

⁶⁸ Los artículos 67º y 75º se aproximan más de la estructura de las normas sobre contenido no protegido presente en otras leyes: "Artículo 67º: Las noticias con carácter de prensa informativa no gozan de la protección de esta ley; sin embargo, el medio que las reproduzca o retransmita estará obligado a consignar la fuente original de donde se tomó la información"; Artículo 75º: Se permite a todos reproducir, libremente, las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos, bajo la obligación de conformarse estrictamente con la edición oficial. (...)".

la propiedad solo existe durante el plazo normal de protección de la obra mientras que el Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes es responsable de proteger la obra cuando ella pasa al dominio público.

El artículo 3º protege las obras extranjeras de países que se han adherido a las mismas convenciones internacionales que Costa Rica, equiparando a los apátridas con los nacionales de su país de residencia.

No se encontraron hasta este momento bases de datos o motores de búsqueda para obras de dominio público en este país.

iv) Ecuador

La legislación ecuatoriana destaca por sus características progresivas y analíticas, con las bases de la propiedad intelectual establecidos en el Código INGENIOS de 2016 (Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación), que reemplazó la Ley no. 83 (de Propiedad Intelectual) de 1998. El Título II del código mencionado aborda el derecho de autor y los derechos conexos, y por sus puntos innovadores merece un enfoque más extenso.

El artículo 107 define el material sin protección, describiendo una miríada de actos oficiales⁶⁹, y el artículo 210 determina expresamente que después del final de los plazos de protección, la obra cae en el dominio público. Más interesante es el artículo 86, que establece explícitamente que los derechos de propiedad intelectual son una excepción al dominio público para fomentar el desarrollo tecnológico, científico y artístico.

Un resultado práctico de esta perspectiva se observa en el artículo 103, cuando establece que los derechos de autor y conexos son compatibles con otros derechos de propiedad intelectual, pero cuando los primeros entran al dominio público, los segundos no pueden convertirse en obstáculos para el uso de la obra. Lo mismo se observa en el artículo 129, que establece las obligaciones de los titulares de derechos que utilizan medidas tecnológicas de protección, declarando que podrán neutralizarse si están bloqueando el acceso a obras de dominio público.

El artículo 201 establece un período de protección general de 70 años después de la muerte del autor, y en caso de que sea una persona jurídica contados desde la publicación de la obra. Si no se ha publicado, se contará desde su realización. El artículo 206 define que para las obras audiovisuales el plazo empezará con la publicación de la obra y que, si no es publicada en 50 años, empezaría desde su realización.

El artículo 227 determina que los derechos conexos de los intérpretes y ejecutantes son de 70 años, contados a partir de la interpretación, ejecución o fijación de la obra. Los organismos de radiodifusión tienen un plazo reducido, conforme el artículo 236, de 50 años desde la fecha de la emisión.

El artículo 208 es una interesante particularidad ecuatoriana: si la obra es producida por una comunidad, pueblo o nacionalidad titular de derechos colectivos, sin que sea posible determinar la autoría individual, el plazo de protección se contará desde el registro ante la

⁶⁹ "No son objeto de protección las disposiciones legales y reglamentarias, los proyectos de ley, las resoluciones judiciales, los actos, decretos, acuerdos, resoluciones, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, y los demás textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como sus traducciones oficiales. Tampoco son objeto de protección los discursos políticos ni las disertaciones pronunciadas en debates judiciales. Sin embargo, el autor gozará del derecho exclusivo de reunir en colección las obras mencionadas en este inciso con sujeción a lo dispuesto en este Capítulo"

autoridad nacional competente.

El artículo 97 extiende la protección de la ley a los titulares de cualquier nacionalidad e independientemente de dónde se haya publicado la obra.

A partir de un proyecto con el apoyo inicial de Creative Commons Uruguay, los ecuatorianos organizaron su propia base de datos de dominio público (autores.ec)⁷⁰, incluyendo las obras audiovisuales.

v) Perú

El artículo 57 del Decreto Legislativo 822 (Ley sobre el Derecho de Autor) define el dominio público de una manera particularmente restrictiva, mencionando solo las obras cuyo plazo de protección ha expirado y las expresiones del folclore. El artículo 9 también incluye contenidos no protegidos⁷¹.

Las obras tienen protección general de 70 años después de la muerte del autor (artículo 52), que también se aplica a los artistas intérpretes o ejecutantes (artículo 135), mientras que, para otros derechos conexos, la regla es 70 años después de la difusión/transmisión/publicación (artículos 139, 142-144). El artículo 145 del mismo texto legal establece que quien publica una obra inédita que estaba en dominio público tendrá derechos de explotación sobre ella, como si fuera autor, por 10 años.

En el caso de obras colectivas y audiovisuales (artículo 54), la protección dura 70 años después de su publicación o, en caso de que no haya sido publicada, el final de su producción, que es cuando se establece su versión definitiva (artículo 64). Ese plazo reducido, sin embargo, no afecta los derechos autorales de coautores⁷² sobre su contribución individual.

El artículo 29 de la ley permite la perpetuidad del ejercicio de los derechos de paternidad e integridad de las obras caídas en dominio público a los herederos, al Estado, a la entidad de gestión colectiva pertinente o cualquier persona que tenga un interés legítimo. El artículo 203 extiende la protección de la ley a las obras extranjeras, independientemente de su origen y lugar de publicación.

Existe un buscador de obras en dominio público bajo tutela gubernamental, pero no incluye contenido audiovisual⁷³.

vi) Uruguay

Los artículos 14-18 de la Ley 9.739/1937 (Ley de Derechos de Autor) establecen los plazos de protección, con la reforma del derecho de autor promovida por la reciente Ley 19.857 de 2019 estableciendo el período general de 70 años después de la muerte del autor, y, en el caso de obras colectivas, después de la publicación o, alternativamente, realización/divulgación. El inicio de los plazos de los derechos conexos es de 70 años desde la publicación/actuación/emisión de la obra. En caso de que la titularidad sea de menores, el plazo solo empezará a contarse a partir del momento en que haya un representante legal. La parte

⁷⁰ <http://autores.ec/>

⁷¹ "(...), los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial; Los textos oficiales de carácter legislativo, administrativo o judicial, ni las traducciones oficiales de los mismos, sin perjuicio de la obligación de respetar los textos y citar la fuente; Las noticias del día, pero, en caso de reproducción textual, deberá citarse la fuente de donde han sido tomadas; Los simples hechos o datos."

⁷² Artículo 58: "El director o realizador; El autor del argumento; El autor de la adaptación; El autor del guión y diálogos; El autor de la música especialmente compuesta para la obra; El dibujante, en caso de diseños animados."

⁷³ www.indecopi.gob.pe/es/web/derecho-de-autor/buscador-de-obras-en-dominio-publico

final del artículo si la obra no es publicada en 10 años tras el fallecimiento del autor, automáticamente caerá en dominio público.

El artículo 45 enumera conjuntamente límites/excepciones y obras que originalmente no están protegidas.⁷⁴

El artículo 16 establece que el Estado será el responsable subsidiario en defender la integridad de las obras cuando no existan herederos. El artículo 40 combina el dominio público con la propiedad estatal de los derechos de autor.⁷⁵ Esta aparenta ser una confusión generada por las distintas posiciones legislativas en su época.

En el mismo sentido, el artículo 3º establece que son perpetuos los derechos cuya titularidad es del Estado o de órganos públicos.

El artículo 42 de Ley 9.739/1937 crea un sistema de dominio pago, permitiendo el uso sin autorización, pero bajo el pago de tarifas definidas por el Consejo de Derechos de Autores, que deberá usar los fondos prioritariamente para servicios de arte y cultura conforme el artículo 62.

Existe una amplia base de datos de obras de dominio público, que incluye contenido audiovisual, organizado por el *Creative Commons* de Uruguay (autores.uy⁷⁶).

vii) Otros ejemplos

(1) EEUU

Los Estados Unidos tienen una legislación notoria por poseer un régimen de plazos de protección altamente complejo y con múltiples modificaciones en las últimas décadas, como la contestación constitucional de la ley de extensión de plazos de 1998 ante la Corte Suprema⁷⁷.

Se agrega un grado adicional de dificultad por la obligatoriedad del registro hasta 1989 y por un *copyright notice* y renovación de registro hasta 1977, así como por las diferentes reglas para grabaciones de sonido, obras de arquitectura y obras que nunca han sido publicadas u originalmente lo fueron fuera de los EE. UU⁷⁸.

En general, la protección de las obras dura 70 años después de la muerte del autor. En el caso de obras consideradas *work-for-hire*, la protección es de 120 años después de la creación o 95 años después de la publicación. Los siguientes no están protegidos por *copyright*: hechos; obras creadas por el gobierno; obras no fijadas en un medio tangible de expresión; formatos de letras; diseño y diagramación; nombres, palabras, frases cortas, *slogans* y símbolos familiares; y formularios en blanco⁷⁹.

(2) Unión Europea

La Unión Europea intentó uniformizar los plazos de protección de los derechos de autor por medio de la Directiva 2006/116/CE, determinando en su artículo 2º que en las obras

⁷⁴ En esa última categoría están: "Noticias, reportajes, informaciones periodísticas o grabados de interés general, siempre que se mantenga su versión exacta y se exprese el origen de ellos; La reproducción fiel de las leyes, Códigos, actas oficiales y documentos públicos de cualquier género";

⁷⁵ "El Estado, el Municipio y las personas de derecho público son también titulares del derecho de autor cuando por cualquier modo admitido por las leyes, adquieren la propiedad de una de las obras que protege esta ley. No habiendo sucesión de las categorías establecidas en el artículo 14, o terminado el referido plazo de cuarenta años, la obra entra en el dominio público."

⁷⁶ <http://autores.uy/>

⁷⁷ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)

⁷⁸ Para una explicación detallada del sistema: <https://copyright.cornell.edu/publicdomain>.

⁷⁹ Ver <https://www.copyright.gov/circs/circ33.pdf>

audiovisuales el plazo “*expirará setenta años después de la muerte de la última de las siguientes personas que hayan sobrevivido, tanto si han sido designados coautores como si no: el director principal, el autor del guión, el autor de los diálogos y el compositor de la banda sonora específicamente compuesta para la obra cinematográfica o audiovisual*”. Sin embargo, el efecto deseado no se ha logrado perfectamente y persisten varias particularidades de los Estados miembros, a veces mantenidas mediante innovadoras internalizaciones nacionales de la Directiva. La posibilidad de una nueva protección de las obras que estaban en el dominio público también causa cierta inseguridad jurídica.⁸⁰

Existen aquí normas nacionales sobre el dominio público que son muy curiosas y dificultan la definición de su alcance en la región. Ejemplos son las normas especiales de la ley holandesa sobre la extensión de la protección de las obras publicadas *post mortem* hasta 1995; las complejas reglas de Francia para extender la protección a los autores que lucharon durante la Primera o Segunda Guerra Mundial; e incluso un derecho patrimonial perpetuo exclusivo para el libro Peter Pan a favor de un hospital infantil británico.⁸¹

3) OBRAS AUDIOVISUALES HUÉRFANAS

A) PRINCIPALES DESAFÍOS Y LA EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE OBRAS HUÉRFANAS

En América Latina, existe una notable ausencia de investigación empírica y datos estadísticos a gran escala sobre propiedad intelectual e industrias culturales en el entorno digital⁸². Esta escasez es aún más severa en las áreas de dominio público y obras huérfanas, donde incluso las investigaciones de revisión bibliográfica son raras. Estímulos para el perfeccionamiento de las leyes y para la creación de políticas públicas dependen de investigaciones que expongan la gravedad del problema en contextos nacionales y regionales.

Por otro lado, no existen razones fuertes y evidentes para no basarse en estudios externos que indican la existencia de un alto porcentaje de obras huérfanas en colecciones de museos y archivos⁸³, incluso porque en el contexto latinoamericano las instituciones de preservación son generalmente más débiles, los registros de metadatos de obras antiguas más escasos y el nivel de capacitación del personal menor⁸⁴.

En una visión práctica, esas obras terminan siendo abandonadas y permanecen sin cualquier utilidad económica o social, pues es imposible (o muy costoso, tanto financiera como temporalmente⁸⁵) obtener la autorización del autor para digitalizarlas o, más allá de la digitalización, ponerlas a disposición del público.

Existe el temor de que el uso de una obra en esta condición constituya una infracción y resulte en indemnizaciones si el autor o titular se presente posteriormente y reclame sus

⁸⁰ ANGELOPOULOS, C. Determining the term of protection for films: when does a film fall into the public domain in Europe? *Iris plus*, n. 2, p. 7-21, 2012.

⁸¹ Ver STRYCHARZ, K. **Public Domain: why it is not that simple in Europe**. COMMUNIA, 2016. Disponible en: <https://medium.com/copyright-untangled/public-domain-why-it-is-not-that-simple-in-europe-1a049ce81499>

⁸² KULESZ, O. **La cultura en el entorno digital...** *Op. Cit.* p. 53

⁸³ La investigación de Barbara Tratton indica que mitad de las obras publicadas después de 1980 en el Reino Unido podrían ser consideradas huérfanas, y que sería inviable la búsqueda por los titulares de los derechos en grandes catálogos. Ver TRATTON, Barbara. **Seeking New Landscapes: A rights clearance study in the context of mass digitization of 140 books published between 1870 and 2010**. The British Library Board, 2011. Disponible en: <http://vana.nlib.ee/public/documents/raamatukogule/orbteoste_uurimus2011.pdf>. Ver también HANSEN, D. *et al.* Solving the Orphan Works Problem for the United States. **Columbia Journal of Law & Arts**, v. 37, n. 1, p. 1-55, 2013. p. 5-11.

⁸⁴ EDMONDSON, R. **Arquística audiovisual...** *Op. Cit.* p.14

⁸⁵ Ver las conclusiones de TRATTON, Barbara. **Seeking New Landscapes...** *Op. Cit.*

derechos⁸⁶. La dificultad de buscar y obtener el consentimiento se complica aún más en el caso de sucesiones u otros titulares de derechos no originales.

La facilidad de acceso e intercambio de contenido creativo en Internet dificulta la identificación del creador intelectual, y no es raro que el intercambio en línea no preste la debida atención a la atribución de la paternidad. Es común que se cambie o elimine la información de identificación de la obra, a veces de forma maliciosa (para pretender ser el autor del contenido), a veces en el proceso de copiarla o extraer fragmentos parciales para compartirlos o crear una nueva obra con ellos.

Ese problema termina por hacer inviables los proyectos que involucran grandes cantidades de obras, como la digitalización masiva para fines de bancos de memoria o divulgación para la población en general⁸⁷. En consecuencia, se notan pérdidas económicas y sociales significativas, especialmente para los sectores académico y cultural⁸⁸, afectando negativamente a las acciones de preservación del patrimonio, indexación, catalogación, facilidad de acceso a las obras, republicaciones y *data mining*⁸⁹.

Como el problema aquí es básicamente la disponibilidad de información adecuada, la creación de herramientas de soporte es muy fructífera. Algunos ejemplos son el sistema ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Work towards Europeana*), que facilitaba la gestión de derechos en proyectos para digitalizar el patrimonio cultural y científico europeo, incluidos los materiales audiovisuales y el establecimiento de un registro de obras probablemente huérfanas⁹⁰.

Otro camino de acción en el entorno digital, destinado a prevenir la aparición de obras huérfanas en el futuro, se ejemplifica en el sistema de información ccREL en el ámbito de *Creative Commons*⁹¹, que registra en el *metadata* de las obras licenciadas las informaciones relevantes, como las condiciones de la licencia, autores y plazos de protección. Este sistema permite la lectura computarizada de estos datos, facilitando en gran medida la búsqueda e identificación del contenido.

La regulación de las obras huérfanas es importante no solo para establecer las posibilidades de su uso en beneficio de la sociedad y de los fines del derecho de autor, sino también para establecer sanciones apropiadas y claras en el caso de infracciones, fijando en qué situaciones se caracterizarían y el rigor de la punición. Este trabajo legislativo es delicado, bajo el riesgo de que reglas muy rígidas no logren el objetivo deseado, y reglas muy suaves o abiertas permitan comportamientos no deseados, perjudicando el interés de los autores.

Esta protección legal puede ser hecha de diferentes maneras, como la excepción de derechos de autor implementada por la UE, licencias obligatorias (que pueden ser concedidas

⁸⁶ CADAVID, J. A. P. Digitalización, derechos de autor, obras huérfanas... *Op. Cit.* p. 49-52.

⁸⁷ EDMONDSON, R. *Arquística audiovisual... Op. Cit.* p. 47

⁸⁸ COLLECTIONS TRUST. *In from the Cold. An Assessment of the Scope of "Orphan Works" and its Impact on the Delivery of Services to the Public*, 2009. Disponible en: http://sca.jiscinvolve.org/wp/files/2009/06/sca_colltrust_orphan_works_v1-final.pdf. El contexto latinoamericano y específicamente sobre obras audiovisuales: ver MUSEO DEL CINE. *Consulta pública sobre la actualización de la Ley de Propiedad Intelectual*, 2017. Disponible en: <https://museodelcineba.org/wp-content/uploads/2017/09/MDC-respuesta-a-consulta-reforma-Ley-PI.pdf>. p. 3-4.

⁸⁹ Para más detalles sobre los perjuicios, ver HANSEN, D. *et al.* Solving the Orphan Works Problem... *Op. Cit.* p. 14-22.

⁹⁰ CAROLI, C. et al. ARROW: Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works Towards Europeana. *D-Lib Magazine*, v. 18, n. 1/2, jan. 2012.

⁹¹ Explicación sobre el sistema disponible en: <https://www.w3.org/Submission/ccREL/>. Considerando que la Convención de Berna prohíbe que sean creadas formalidades obligatorias (como el registro) para existir protección, políticas de estímulo a los registros voluntarios o de amplia vinculación de metadatos son la opción viable.

por tribunales administrativos) en Canadá o el sistema nórdico de licencias colectivas ampliadas, administrado por entidades de gestión colectiva⁹². También pueden ser sistemas mixtos, como el británico⁹³.

Hay opciones también de cambios legales menores, como la creación de sistemas de limitación de responsabilidad o reglas distintas sobre indemnización posterior en caso de que el autor aparezca y reclame sus derechos⁹⁴. Asimismo, es posible mantener el régimen legal común y tolerar en la práctica su uso sin autorización si se toman ciertas precauciones, a veces respaldadas por mecanismos de *soft law* como la orientación de asociaciones de autores o instituciones gubernamentales vinculadas a la propiedad intelectual

El problema de las obras huérfanas es más palpable cuando se habla de la imposibilidad de hacer circular obras que ya no se copian ni reproducen. Más específicamente, cuando la descomposición natural del tiempo hace que las últimas copias de una determinada obra sean cada vez más difíciles de acceder, tanto por la pequeña cantidad de copias como por la necesidad de un cuidado especial para su preservación.

En las obras audiovisuales fijadas en materiales más antiguos, existe una necesidad urgente de digitalización, ya que la cantidad de copias ya es originalmente reducida y las condiciones de conservación son exigentes incluso cuando el material se produjo recientemente⁹⁵. El número usualmente mayor de creadores involucrados en la creación de obras en esta categoría también dificulta el proceso de búsqueda de los titulares.

Por fin, las dificultades señaladas en la sección de especificidades del audiovisual para el dominio público también se aplican aquí, como la complejidad del proceso de digitalización.

B) EL TRATAMIENTO DE LAS OBRAS HUÉRFANAS A NIVEL NACIONAL

Con la excepción de Ecuador, los países investigados en este estudio permanecieron en la misma situación (o muy similar) en que se encontraban en el momento del último cuestionario sobre el tema realizado por la OMPI en 2010⁹⁶. Esto refleja, desafortunadamente, la falta de prioridad de este tema en el ámbito gubernamental (pero no solamente en él).

Es útil señalar que, al analizar el artículo 54 de la Decisión 351, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina prohibió la posibilidad de licencias obligatorias en los países miembros (incluso Ecuador y Perú), lo que dificulta una de las soluciones legales posibles para las obras huérfanas⁹⁷.

⁹² La “licencia colectiva ampliada” es una técnica legal que, cuando cumplidas ciertas condiciones, extiende la gestión de determinada categoría de obras para la entidad de gestión colectiva incluso cuando los autores no sean afiliados, no se restringe por lo tanto a las licencias voluntarias. No obstante, el autor puede requerir su exclusión de ese sistema y así no se ve más afectado por la licencia colectiva ampliada.

⁹³ Esas alternativas están detalladas en ECHENIQUE, E. W. Uso de obras huérfanas... *Op. Cit.*

⁹⁴ VAN GOMPEL, S.; HUGENHOLTZ, P. B. The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve It. **Popular Communication**, v. 8, n. 1, p. 61–71, 2010.

⁹⁵ Describiendo los materiales que componen los soportes de las películas, los cuidados específicos y las dificultades en la preservación de obras audiovisuales: OLIVEIRA, A. G. Preservação de acervo audiovisual. **Revista Ibero-americana de Ciência da Informação**, v. 9, n. 2, p. 460-474, 2016.

⁹⁶ Ver las respuestas de cada país (Uruguay no respondió) para las preguntas 21-23, sobre regulaciones de obras huérfanas, y 24-25, sobre registros de obras en dominio público: https://www.wipo.int/copyright/en/registration/replies_survey_copyright_registration.html. El resumen de las respuestas sobre registro y depósito de derechos de autor está disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/registration/pdf/registration_summary_responses.pdf

⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 119-IP-2010, 8 de abril de 2011

i) Argentina

No existe disposiciones legales sobre las obras. Los debates doctrinarios indican que la solución deberá involucrar, como se ha hecho en otros países, una combinación de tecnología y derecho, aprovechando bases de datos ya existentes (como el Registro Nacional de Derechos de Autor y catálogos de museos y archivos) y estableciendo requisitos legales y periodos temporales para la caracterización de una obra como huérfana, además de prever las consecuencias del posterior apareamiento del titular.⁹⁸

En este sentido, desde diciembre de 2016 hay discusiones sobre la reforma de la *Ley 11.723 de Propiedad Intelectual*, y la cuestión de cómo posibilitar el uso de las obras huérfanas es reiteradamente planteada⁹⁹.

ii) Brasil

No existe una disposición legal sobre obras huérfanas, aunque esto se haya debatido en las continuas propuestas para la reforma del derecho de autor en los últimos años. La tradición jurídica brasileña crea cierta confusión al mezclar los conceptos de obra anónima, seudónimo y huérfana, uniformizando la protección señalando que el autor es considerado desconocido en los casos en que no se sabe quién la produjo y que no hay una persona que la publicó para convertirse en la titular de los derechos autorales (artículo 40, LDA).

Con el temor de que el autor se dé a conocer más tarde y reclame los derechos de autor, un procedimiento adoptado (pero no regulado) por aquellos que usan estas obras es documentar una búsqueda diligente por el autor o titular, con el fin de demostrar que fueron tomadas las medidas posibles y que no podrían ser consideradas responsables¹⁰⁰.

En 2018, Brasil volvió a abrir un proceso para reformar la *Lei de Direitos Autorais*. Aunque el proyecto del texto legal no haya sido divulgado, el problema de la falta de un régimen claro sobre las obras huérfanas ya se ha planteado en las discusiones gubernamentales¹⁰¹.

iii) Costa Rica

No existe una legislación específica sobre obras huérfanas, y no fue posible encontrar material disponible sobre propuestas de ley para tratar la cuestión o prácticas toleradas bajo la legislación en vigor, aparentemente manteniéndose igual a lo descrito en las respuestas al

⁹⁸ MARZETTI, Maximiliano. **Propuestas para ampliar...** *Op. Cit.* p. 65-68

⁹⁹ MUSEO DEL CINE. **Consulta pública sobre la actualización...** *Op. Cit.* p. 3-4.

¹⁰⁰ VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas.** Rio de Janeiro : FGV Editora, 2017. p. 61-64.

¹⁰¹ Consulte el discurso del representante gubernamental en la segunda mesa del *XIII Congresso de Direito de Autor e Interesse público de 2019*, organizado pelo GEDAI/UFPR. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=BfI9r0w8liM>, https://www.youtube.com/watch?v=M_P_na1j4pk a partir del momento 2:28:45.

Vale mencionar que en 2008 uno de los principales teóricos brasileños, Denis Borges Barbosa, hizo la siguiente propuesta de reforma legal (aquí citada de modo resumido): “*Artigo 45-A - O interessado na exploração de obra de que não se saiba o titular, após tentar, de boa fé e através dos meios razoavelmente disponíveis, determinar a quem cabe dar a autorização prevista no artigo 29: I - solicitará ao órgão de registro designado na forma do artigo 17 da Lei 5.998/73 que consigne seu interesse em assento específico, para efeitos de publicidade, procedendo-se conforme dispuser o regulamento; II – Após noventa dias da publicidade prevista no inciso anterior, poderá iniciar à exploração nos termos deste artigo*”. Cf: la versión integral del texto de la conferencia y de la propuesta está disponible en: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/orfandade1.pdf>

cuestionario de la OMPI de 2010¹⁰².

iv) Ecuador

Junto con Colombia, Ecuador es uno de los únicos países de Latinoamérica que ha regulado explícitamente la utilización de las obras huérfanas, de modo muy permisivo. El Código INGENIOS de 2016 caracteriza como un “uso justo” la utilización de las obras huérfanas no disponibles en los comercios a más de un año por las instituciones de enseñanza que las notificaran a la autoridad competente (artículos 211 y 16).

Aún más relevante, el artículo 214 define las obras huérfanas como aquellas con derechos de autor o conexos vigentes, pero sin identificación o posibilidades de localizar a los autores.

Para que cualquier persona las use, deberá ejecutar todos los actos razonables para intentar identificar el titular, y entonces notificar a la autoridad competente en materia de derechos de autor. En caso de que el titular aparezca y demuestre su cualificación, podrá recurrir a las acciones previstas en el Código.

v) Perú

No existe legislación sobre obras huérfanas. Todavía, hay un régimen de límites y excepciones que podría ser interpretado extensivamente para abarcar esa categoría¹⁰³.

Asimismo, cuando alguien desea utilizar una obra huérfana, la Asociación Internacional de Editores y la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas recomiendan que: (i) se realice una búsqueda diligente tratando de encontrar al autor o titular, que deberá tenerse en caso de que el titular posteriormente presente una medida judicial; (ii) si no fue posible identificar el titular, se debe declarar expresamente que la obra sigue protegida por derechos de autor; (iii) si el titular aparece después de iniciada la exploración, él deberá ser adecuadamente remunerado; (iv) la exploración no podrá darse en carácter exclusivo.¹⁰⁴

vi) Uruguay

No hay legislación sobre obras huérfanas, no obstante existe un fuerte movimiento doctrinal para la creación de una excepción basada en obras huérfanas, observándose una disposición sobre el tema en el proyecto de reforma de derechos de autor del país¹⁰⁵.

Sin la existencia de reglas claras sobre el tema, se recurre a cálculos conservadores para utilizar una determinada obra solo cuando haya certeza de que ella está en dominio público¹⁰⁶.

¹⁰² https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/registration/replies/pdf/costa_rica.pdf

¹⁰³ <https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/registration/replies/pdf/peru.pdf>

¹⁰⁴ PLASENCIA, R. M. Guía de Derecho de Autor para bibliotecas y repositorios. Lima: INDECOPI, 2018. p. 19.

¹⁰⁵ Un análisis de *Creative Commons* Uruguay sobre la reforma, mencionando que la excepción ya estaba prevista en el acuerdo entre Asociación General de Autores del Uruguay (AGADU), la Federación de Estudiantes Universitarios del Uruguay (FEUU), la Cámara Uruguaya del Libro (CUL), puede ser encontrada en <http://www.creativecommons.uy/wp-content/uploads/2016/06/Excepciones-a-derecho-de-autor-An%C3%A1lisis-de-organizaciones-sociales.pdf>.

¹⁰⁶ <https://autores.uy/derechos-autor-y-obras-huerfanas>

vii) Otros ejemplos

(1) EE. UU.

En los Estados Unidos los proyectos de digitalización masiva se utilizan principalmente de la cláusula abierta del *fair use* cuando encuentran obras huérfanas, con los tribunales decidiendo que no se trata de una infracción de derecho de autor¹⁰⁷. Sin embargo, esta solución presenta algunas limitaciones, de modo que desde 2006 diversas propuestas legislativas sobre obras huérfanas han surgido, sin obtener suceso debido a las controversias sobre lo que hacer si el autor surgiese en algún momento posterior. No obstante, en 2018 la *Music Modernization Act* estableció un régimen bajo fiscalización del *U.S. Copyright Office* para la utilización de las obras musicales huérfanas.

(2) Unión Europea

La Unión Europea tiene una de las primeras y probablemente la más famosa regulación sobre el tema, la Directiva 2012/28/EU sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas¹⁰⁸. A pesar de sus efectos beneficiosos, su alcance es restringido, permitiendo ciertos usos de obras escritas, audiovisuales (que reciben mucha atención en el texto legal) y fonogramas (artículo 1º (2)), solo a “*bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión*” (artículo 1º (1)).

La atención a los abusos posibles se observa en el Considerando 10 y el artículo 1º (2) (c), cuando se ha establecido un plazo para evitar que los organismos de radiodifusión que se benefician de la Directiva creen deliberadamente obras audiovisuales huérfanas en el futuro.

4) EL ESTATUS DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES HUÉRFANAS Y EN DOMINIO PÚBLICO

El régimen y naturaleza legal de una obra en el dominio público no es claro en casi ninguna legislación o tratado, hoy e históricamente. Se discute si son obras bajo la titularidad del Estado, si están bajo el régimen común del derecho autoral en versión atenuada o si son bienes de propiedad comunes, de todo el público.

Aunque estén bajo la tutela del Estado en algunas situaciones, como el papel funcional de protección de las obras en algunos países latinoamericanos investigados, no son bienes de propiedad o bajo la titularidad del Estado. También la permanencia de algunos derechos, como la atribución y la integridad, se da basado en la protección del patrimonio cultural y de los derechos de la personalidad, y no de la obra en sí.

Tampoco parecen ser derechos exclusivos atenuados. Por el contrario, el dominio público se ha considerado tradicionalmente como la "muerte" de tales derechos, con un tratamiento y utilización de las obras cambiando radicalmente.

En la opinión de ese estudio, el mejor encuadramiento parece ser el de las terceras categorías mencionadas, o sea, bienes no apropiados ni apropiables, de propiedad del público¹⁰⁹. En los regímenes de dominio público pagante esa definición es más confusa, aunque

¹⁰⁷ Ver los casos *Authors Guild v. Google Inc.*; y *Authors Guild v. HathiTrust*.

¹⁰⁸ Detallando e indicando potenciales impactos en Latinoamérica: HUSS-EKERHULT, A. La Directiva de la Unión Europea sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas: un análisis desde la perspectiva del titular de derechos. *Revista iberoamericana de derecho de autor*, año VII, n. 13, p. 50-65, 2013.

¹⁰⁹ ASCENSÃO, J. O. A questão do domínio público... *Op. Cit.* p. 34-35. Esa es la clasificación establecida en los primordios del concepto en Francia, en el decreto de 13 de enero de 1791, una de las raras veces en la historia donde

todavía puede aplicarse, pareciendo todavía que el régimen de pago tiene la estructura de impuesto y se encuadraría en la naturaleza tributaria¹¹⁰.

Ya las obras huérfanas ocupan un área ambigua entre los derechos exclusivos y el dominio público. Bajo una perspectiva, se aproximan de ese último en la finalidad de ampliación de acceso y un mayor uso, pero se distancian en la presunción de que la obra está protegida y en los aspectos de gratuidad y total libertad de utilización¹¹¹. Ellas son, de hecho, obras que *a priori* se encuadran en el régimen legal común de obras protegidas por el derecho de autor, pero se ven afectadas por normas excepcionales para su utilización, a fin de que no se conviertan en conocimiento o contenido inutilizable.

A pesar de sus diferencias, las sugerencias sobre políticas públicas necesarias terminan siendo similares, debido a la similitud entre el propósito de estas sugerencias (mejorar el acceso al patrimonio cultural y al conocimiento) y entre los principales obstáculos (como la falta de un régimen internacional coherente).

5) CONCLUSIONES

Los países latinoamericanos enfrentan desafíos de diferentes naturalezas en el estímulo al sector audiovisual, con una nítida falta de priorización de las acciones culturales de protección al patrimonio cultural. Es preocupante la escasez de normas, existiendo aún una barrera para el abordaje regional debido a las variaciones en las reglas nacionales. Algunas normas recientes (como la de Ecuador) abordan detalladamente la cuestión del dominio público y principalmente las obras huérfanas, y sus impactos deben ser acompañados por los países vecinos para la elaboración de sus propias leyes, teniendo en cuenta las particularidades nacionales.

La coordinación intergubernamental es cada vez más esencial para los desafíos en el entorno digital, donde el uso y la comunicación de las obras habitualmente ocurre de modo transnacional. Ella puede ser realizada a nivel global, como el papel de la OMPI, o regional, mediante organizaciones como la Comunidad Andina o el MERCOSUR¹¹². La similitud entre los retos enfrentados y la proximidad cultural y territorial facilita acciones conjuntas y refuerza la importancia de la actuación regional.

Instituciones destinadas a la preservación y la difusión de la cultura podrían ser fortalecidas, con estímulos a las iniciativas de promoción del dominio público. Eso se puede lograr con el planeamiento de políticas nacionales, capacitación de personal en el área de derechos de autor e iniciativas para la preservación de material audiovisual existente¹¹³, compras de equipos de digitalización de películas, mayor inversión pública en esa labor y una adecuada divulgación de los servicios que (las instituciones de cultura) ofrecen, posiblemente también en cooperación con empresas con fines comerciales¹¹⁴.

La responsabilidad por una optimización del aprovechamiento del dominio público y obras huérfanas no se restringe a las acciones gubernamentales. La sociedad civil y el sector privado tienen un papel indispensable, incluyendo ONGs, universidades y Entidades de Gestión Colectiva (con sus catálogos y bases de datos), y la cooperación entre los representantes de

la naturaleza del dominio público fue abordada. BRANCO, S. **O domínio público no direito autoral brasileiro... Op. Cit.** p. 93. Existe, sin embargo, el problema de los derechos Morales perpetuos, que crean dudas en favor de un estatus legal como obras sometidas a normas de derecho de autor atenuadas.

¹¹⁰ ASCENSÃO, J. O. **Direito autoral... Op. Cit.** p. 357.

¹¹¹ DUSOLLIER, S. Scoping study on copyright... *Op. Cit.* p. 12.

¹¹² Como la Cooperación Audiovisual en el MERCOSUR. Ver <https://www.mercosur.int/cooperacion-audiovisual-en-el-mercosur/>

¹¹³ En los países en desarrollo pocas instituciones de preservación cultural poseen departamentos o profesionales especializados en audiovisual. Ver EDMONDSON, R. **Arquística audiovisual... Op. Cit.** p. 12.

¹¹⁴ ERICKSON, K. *et. al.* **Copyright and the Value of the Public Domain... Op. Cit.** p. 31.

sectores diferentes debe ser incentivada.

Otro camino de acción en el entorno digital, destinado a prevenir la aparición de obras huérfanas en el futuro, se ejemplifica en una preocupación con la manutención de los sistemas de gestión de derechos y otros sistemas de *metadata* de las obras.

[Fin del documento]