

El acceso al patrimonio digital español:
cómo abordar las obras huérfanas
y descatalogadas

LUIS FERNANDO RAMOS SIMÓN

*Universidad Complutense
de Madrid, España*

ROSARIO ARQUERO AVILÉS

*Universidad Complutense
de Madrid, España*

EL ACCESO AL PATRIMONIO CULTURAL Y SUS BARRERAS

Internet ha facilitado el acceso al patrimonio cultural mundial, cualquier obra creada por el hombre en cualquier momento de la historia de la Humanidad es accesible desde cualquier parte del mundo con tal de que la obra haya sido digitalizada y puesta en línea a través de Internet. En caso de que las obras no estén en dominio público y aparte de algunas barreras tecnológicas, este hecho se encuentra sujeto a que los titulares de las obras presten su consentimiento a la difusión de los contenidos. Esta situación muchas veces se resuelve mediante la autorización de los titulares lo que a veces conlleva una contraprestación económica. Sin embargo, hay un conjunto de obras en donde la solución de este problema resulta difícil de afrontar porque no es posible localizar al titular de los derechos, bien porque se desconoce quién es el titular del documento o porque no se sabe dónde localizarlo. Las obras en estas circunstancias son frecuentes y afectan

Naturaleza y método de la investigación bibliotecológica...

a todo de tipo de creaciones que todavía no han entrado en el dominio público y forman un *agujero negro* que afecta a todo tipo de obras: escritas, audiovisuales, fotografías, gráficas, etc. y por naturaleza es difícil de cuantificar. Son obras producidas desde comienzos del siglo XX en las que no resulta fácil localizar a sus titulares, bien porque el autor ha fallecido y no resulta fácil localizar a sus herederos o porque los mismos autores o titulares resultan ilocalizables por las más variadas causas, todo lo cual impide disponer de la obra incluso para actividades tan sencillas como su mera digitalización. De este modo, la estimación en Europa de que esta situación afecta al 13% de las colecciones de las bibliotecas no parece exagerada. Este tipo de obras se conocen como obras huérfanas y constituyen una barrera fundamental para la digitalización, puesta en línea y el acceso al patrimonio cultural.

Algunos autores, favorables a que todo este conjunto de obras se integren en el dominio público, aluden a este patrimonio cultural como *cultura perdida*, debido a las dificultades que implica su difusión: los libros no se pueden reimprimir, las películas no se pueden proyectar ni las canciones reproducir (Boyle, 2008: 9).

A pesar de estas opiniones que propugnan la asimilación de las obras huérfanas al dominio público, hay un reconocimiento general en que las obras huérfanas son obras protegidas por los derechos de autor y al mismo tiempo se considera necesaria la digitalización de estas obras al tiempo que se instrumentan mecanismos de compensación de derechos para el caso de que llegue a ser conocido el titular de derechos de estas obras, antes de que caigan en el dominio público. A esta consideración se llega desde una posición común en torno a varias premisas:

- La digitalización masiva es deseable desde los puntos de vista cultural, educativo y económico.
- Obra por obra, la búsqueda diligente de cada titular de los derechos es muy cara y muy entretenida. Algunos ensayos han estimado que se tarda cuatro horas y su coste se eleva a 120 euros.
- En los procesos de digitalización se deben digitalizar todas las obras, aunque se hayan de establecer distintos requisitos para su puesta disposición del público.

En 2005 la Comisión Europea promovió la iniciativa *i2010 Bibliotecas Digitales* en la que se aborda la digitalización, el acceso en línea y la preservación digital del patrimonio cultural europeo. La importancia en cifras del material que forma el patrimonio cultural europeo y que podría ponerse en línea en Internet es colosal: según datos de 2001, el número de volúmenes encuadernados en las bibliotecas de la Unión Europea supera los 2.500 millones. Asimismo, la digitalización del material audiovisual es necesaria no sólo para su puesta en línea, también para garantizar su preservación ya que los formatos analógicos se degradan con el tiempo y se daña su contenido, esta pérdida se estima en 10.000 horas al año del material más antiguo de sus colecciones. Para hacer frente a estos problemas, la Comisión organizó una respuesta coordinada y distintas iniciativas de cofinanciación para digitalización y preservación digital cuyo resultado más visible es la creación de Europeaana, la biblioteca digital europea (Consejo Europeo, 2008).

Uno de los retos claves de Europeaana es incluir ese material protegido por derechos de autor de modo que se pueda evitar ese *agujero negro* y que se pueda acceder en la Internet a todas las obras producidas durante el siglo XX, mediante acuerdos con los titulares de los derechos. Algunos países comunitarios han arbitrado soluciones para proceder a la digitalización de estas obras, aunque estas soluciones se han revelado limitadas, de ahí que en las actividades orientadas a la digitalización del patrimonio cultural depositado en las bibliotecas se haya procedido a la proposición de una Directiva, ya aprobada en 2012 (Directiva 2012/28/UE de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas), así como a soluciones prácticas para mediante la creación de bases de datos de obras huérfanas, como el proyecto ARROW, en línea con las recomendaciones de la Comisión Europea (2011c) sobre digitalización, accesibilidad y conservación del patrimonio cultural. Como se ha mencionado, las cifras que se barajan sobre el porcentaje de material protegido que se considera obra huérfana es altísimo: en torno a 3,5 millones de títulos (el 13% de los títulos protegidos) (Vuopala, 2010), o el 21% de todas las películas depositadas en los archivos de los miembros de las asociaciones cinematográficas europeas (ACE) (Comisión Europea, 2012: 22).

CONCEPTO DE OBRA HUÉRFANA

Obra huérfana es un término utilizado para describir la situación cuando el titular de una obra protegida por los derechos de autor no puede ser localizado por alguien que desea hacer uso de la obra en una manera que requiere permiso de su titular. Si el propietario no es encontrado e incluso cuando el usuario ha hecho un esfuerzo razonablemente diligente para localizar al titular, el usuario se enfrenta a la incertidumbre –si no ha podido determinar bajo qué condiciones el titular podría permitir el uso. En el caso de que el uso propuesto no está amparado por una excepción de los derechos de autor, el usuario no puede reducir el riesgo de infringir los derechos de autor para tal uso, porque siempre es posible que el titular de los derechos de autor pueda entablar una acción por infracción una vez que se ha realizado tal uso, aunque esto sea remoto. (US Register of Copyrights, *Report on Orphan Works*, 2006: 1).

El mismo informe (*Report on Orphan Works*, 2006: 23-34) describe los principales obstáculos para identificar y localizar a los titulares de las obras:

- Inadecuada información que identifica la copia de la obra misma
- Inadecuada información sobre el titular de los derechos debido a un cambio de titularidad (fusiones o absorciones en el caso de sociedades) o a un cambio en las circunstancias del titular (identificación de los herederos).
- Limitaciones en las fuentes de información (bases de datos y registros) sobre titulares de derechos de autor
- Dificultades en la búsqueda de la información sobre la titularidad de derechos (búsquedas largas, difíciles y costosas).

Por su parte, los más frecuentes pretendidos usos de estas obras huérfanas fueron clasificados también en cuatro categorías: creadores que desean realizar una obra derivada, acceso a gran escala para hacer la obra accesible en Internet (digitalización masiva), nichos de usuarios especializados y aficionados que frecuentemente quieren hacer esas obras accesibles en Internet y, por último, para usos privados

entre un limitado número de personas (reproducción de fotografías familiares, por ejemplo).

Cuando el potencial usuario de una obra se encuentra en estas circunstancias, la opción más probable es que no use la obra y busque otras alternativas, de ahí que este tipo de obras hayan recibido hasta ahora poca atención por parte de los estudiosos de la propiedad intelectual y los derechos de autor. Sin embargo, con la generalización del uso de Internet y las iniciativas para la digitalización masiva y puesta en línea de estos materiales, el consentimiento expreso de los titulares de los derechos de autor se hace imprescindible para lograr una legítima difusión de las obras, cuando éstas no han entrado en el dominio público. Por lo tanto, la identificación de las obras huérfanas se centra en la producción literaria, artística y científica del siglo XX y se extiende hasta nuestros días, cuando se siguen produciendo miles de obras en donde los titulares no se hallan suficientemente identificados. Asimismo, el problema no sólo es la difusión de ese patrimonio, también es fundamental para llevar a cabo una labor de preservación mediante la digitalización de los materiales, especialmente grave cuando se trata de materiales audiovisuales y fotográficos cuyo deterioro es inexorable por el paso del tiempo.

La realidad muestra que a pesar de los hipotéticos esfuerzos que se hagan para identificar a los titulares de este patrimonio documental tal tarea es cicolópea y quimérica por cuanto la complejidad de los derechos de autor hace que muchos autores no se hayan preocupado de consignar adecuadamente su titularidad. Asimismo, hasta bien avanzado el siglo XX, no se establecieron estándares de identificación de las obras y de sus titulares, tardando mucho tiempo en generalizarse en algunos sectores, como el discográfico. Estas circunstancias perfilan la amplitud de este *agujero negro* que en algunas investigaciones se ha llegado a cifrar hasta en un 40% de las obras accesibles en las bibliotecas.

Debido a la rigidez del sistema de derechos de autor la solución de este problema es compleja y dada la dimensión universal de Internet exige soluciones tanto a nivel nacional -para establecer un sistema eficiente de los titulares de las obras- como internacional, con el fin de lograr un sistema equilibrado entre las diferentes legislaciones y promover el acceso universal a las obras de la cultura reciente.

Naturaleza y método de la investigación bibliotecológica...

Esta solución contempla dos frentes, por un lado, las obras huérfanas depositadas en las bibliotecas y otras “tecas” e instituciones documentales en donde se empiezan a imponer soluciones legislativas como la que recientemente ha aprobado la Unión Europea. Por otro, el resto de las obras huérfanas --a las que se ha unido el grupo de obras descatalogadas--, para las que se proponen soluciones basadas en el acuerdo entre los distintos titulares de derechos y partes interesadas: autores y derecho habientes, editores, distribuidores, entidades de gestión de derechos, etc. Es decir, en todos los casos las soluciones se orientan a crear instrumentos prácticos, principalmente bases de datos y estándares, que favorezcan la identificación de los titulares de las obras y, por otro lado, a instrumentar soluciones legislativas que mitiguen el efecto del uso de las obras huérfanas para el caso de que aparezca el titular, donde quizás el consejo preventivo más útil es el de evitar cualquier uso comercial de estas obras (Hirtle, Hudson y Kenyon 2009: 210). De la forma como se ha visto, si no son pocos los que abogan por que estas obras se equiparen a las que se hallan en dominio público, hay otros que proponen mecanismos legales compulsivos para evitar los costes y los efectos indeseables que acarrearán las obras huérfanas o liberalizar su uso por cuanto no plantea inconvenientes económicos (Hargraves, 2011: 4 y 40), mediante un esquema de licencias colectivas para los trabajos de digitalización masiva o mediante un sistema de liquidación para las obras individuales.

EL TAMAÑO DEL AGUJERO NEGRO

Si se adopta una perspectiva más general la presencia de obras huérfanas sigue siendo muy numerosa en todas las colecciones como muestran algunos datos (Vuopala, 2010) que se expone a continuación:

- La asociación de archivos cinematográficos europeos cifra en 129.000 las obras de cine huérfanas. En total la cifra podría ascender a 225.000 obras audiovisuales, lo que representa un 21% del catálogo (1.064.000) de películas.

- Una estimación conservadora cifra en 3 millones los libros huérfanos (13%) en la UE, 4 millones parece más realista.
- En el Google Book Project de EE.UU. algunas estimaciones cifran las obras huérfanas en el 25% de las obras publicadas desde 1923, unos 600.000 libros (en Estados Unidos, por ley, todas las obras publicadas antes de esa fecha están en dominio público).
- En Reino Unido, el 95% de los periódicos anteriores a 1912 son obras huérfanas.
- En los pósteres la situación no es más favorable, en algunas experiencias de digitalización de estos materiales se ha estimado en el 78% la proporción de obras huérfanas.
- Además hay 17 millones de fotografías en los museos europeos que no se puede identificar a sus titulares (el 90%) de las colecciones en los museos.
- En la radio y TV las estimaciones son muy altas también. Así, la Universidad de California UCLA, en 2006, estimaba que el 10% de sus 25.000 programas de tv y películas tenían un status incierto.
- La BBC cifra en un millón de horas de programación de radio y televisión que no se pueden utilizar porque es difícil determinar quiénes son titulares de los derechos.
- También se debe tener en cuenta la infinidad de fotografías e ilustraciones que están incorporadas a libros y a todo tipo de publicaciones. La estimación es que en sólo el 10% de las obras es identificable.

Otro aspecto no menos importante es el alto coste de identificación de las obras huérfanas, por cuanto el proceso de identificar a los autores es sumamente complejo por el paso del tiempo, la carencia de fuentes sobre la autoría en algunos sectores y la ausencia de estándares para la identificación de las obras y sus autores. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el estándar ISBN se comienza a generalizar en los años setenta del siglo XX, mientras que la vigencia de la autoría en algunos casos tiene efecto desde el comienzo de ese siglo.

En la *Figura 1* se presentan algunos ejemplos recopilados en diferentes experiencias de digitalización en los que se ponen de relieve las dificultades y los altos costes a los que se ha de hacer frente en el caso de las obras huérfanas.

Figura 1
Ejemplos de costes de identificación de obras

Estudio	Sector	Costes estimados
Cornell University (2009)	Libro (manuscritos)	Después de gastar 50 000 en la identificación de 343 monografías, no se pudo determinar el actual titular en el 58% de los casos.
Biblioteca de la Carnegie Mellon University (2006)	Libros	Un estudio sistemático para obtener permiso para digitalización y acceso a 278 libros, tuvo un coste de 56 euros por libro, sin tener en cuenta la asesoría. El coste total se elevaría a 145 euros por títulos.
British Library (2009)	Periódicos	Un estudio en el Reino Unido concluyó que 95% de los periódicos anteriores a 1912 eran huérfanos. De 60 casos fueron identificados los titulares de 40, pero sólo 1 fue contactado. Se emplearon 235 horas de trabajo.
National Archives (2009)	Materiales sin publicar	En un proyecto se empleó a una persona durante dos años (35 000 libras por año) para hacer accesibles 1114 documentos. Se consiguió la aprobación para 597 documentos. 385 titulares no fueron identificados.
Deutsches Filminstitut (2009)	Audiovisual	El proyecto "Images for the future" cubre 5000 horas de films y 500 000 fotografías. Se prevé un coste de 625 000 euros para la gestión de los derechos.
Koninklijke Bibliotheek (2010)	Libros	The Dutch Daily Newspaper. La obra ha sido realizada título por título en colaboración con editores y sociedades de gestión que representan a autores individuales, como freelancers. El coste ascendió a 268 000 euros, más 130 euros para pago de derechos, incluidas potenciales obras huérfanas

Fuente: Comisión Europea. Comission Staff Working paper. *Impact assessment on the cross-border online access to orphan works*. Bruselas, 24-5-2011. p. 56-57. Accesible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/orphan-works

Hay que tener en cuenta que si se produce un uso no autorizado de una obra protegida, el titular de la obra puede solicitar del juez la adopción de medidas cautelares para el cese en el uso de la obra, así como una compensación económica e incluso puede conllevar una sanción penal. En el caso de las obras huérfanas, la institución digitalizadora se enfrenta a una situación anómala por cuanto el usuario no puede ser identificado ni localizado, de ahí que sea exigible una especial diligencia para constatar que se han hecho los esfuerzos necesarios para conseguir el consentimiento del autor para el uso de la

obra y que no se trata de una burda apropiación y uso de la obra ajena. La obra huérfana es el resultado de una actuación diligente frustrada, puesto que la búsqueda conduce al resultado negativo de que no ha sido posible identificar al titular de la obra. Si, por el contrario, la búsqueda tiene éxito, la incertidumbre desaparece y sólo falta conseguir el consentimiento del o los titulares para usar la obra.

En resumen, las obras antes de que sean consideradas huérfanas y poder utilizarse han de ser sometidas al siguiente proceso de gestión:

- Identificar a los titulares de los derechos de materiales protegidos.
- Verificar los derechos de autor y los derechos afines, teniendo en cuenta los diferentes niveles de derechos (autores, productores, intérpretes, etc.).
- Verificar los derechos de otras obras incluidas en la principal (fotografías, caricaturas, viñetas, otras imágenes, etc.).
- Comprobar la protección y situación en el caso de los materiales no publicados.

Si se localiza al autor: Buscar los posibles acuerdos o actividades:

- Localizar a los titulares de los materiales protegidos.
- Contactar con ellos para obtener permiso.
- Negociar las condiciones de uso.

Si no se localiza al autor: Continuar la búsqueda diligente:

- Documentar todos los pasos.
- Proceder a la búsqueda del titular para identificar y localizar.

Si se declara la obra como huérfana:

- Acudir a la legislación en vigor o
- A los *acuerdos de entendimiento* en el sector de la creación.

UN DIAGNÓSTICO DE LAS OBRAS HUÉRFANAS EN ESPAÑOL

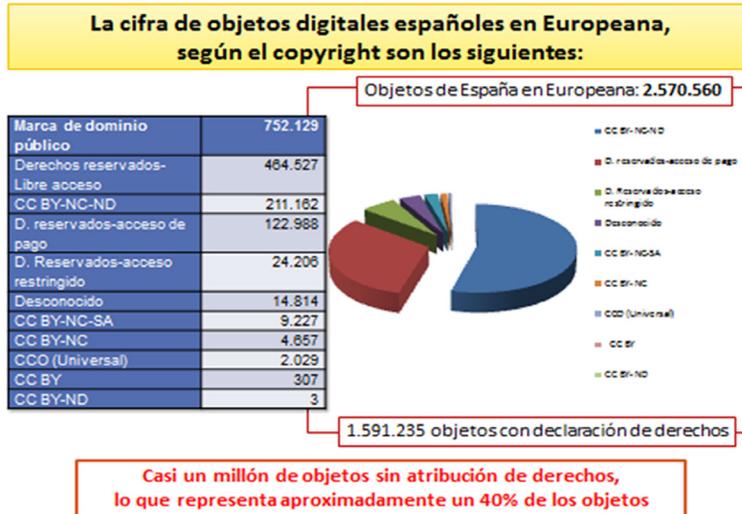
En el ámbito iberoamericano se ha asumido, como ya están haciendo en otras áreas, que se ha de proceder a digitalizar y poner a disposición las obras en Internet. Esta actividad dará nueva vida a las obras, facilitará su reutilización, con la seguridad de que estas obras digitalizadas están llamadas a convertirse en un activo formidable en ámbitos como la educación, la cultura, la investigación o el turismo. Si no se da esta nueva vida digital a las obras de nuestro patrimonio corre el peligro de que se pierda, ya que parece cierta la afirmación de que *lo que no está en Internet no existe*.

No obstante, se puede afirmar con base en la aportación española a Europea que en nuestro ámbito iberoamericano se enfrenta con problemas similares y con la misma existencia de ese *agujero negro* que se mencionaba, agravado si cabe por la mayor duración de los derechos de autor en algunos países importantes. Es decir, si en el entorno europeo se parte de una vigencia media de las obras de 120 años (con base en una estimación media de que el autor escribe su obra a los 30 años, fallece a los 80 años y la duración de los derechos *post mortem auctoris* -p.m.a.-- es de 70 años), este período se alargaría hasta los 150 años, si como en el caso de la legislación mexicana las obras pasan a dominio público a los 100 años. Es decir, el texto de un autor mexicano con treinta años de edad que participe en este coloquio no estará disponible en dominio público, en media, hasta el aproximadamente el año 2164. Si el autor deja de estar localizado y no ha prestado su consentimiento para que su obra se publique digitalizada, la Universidad no podrá hacer nada con el texto hasta ese año: parece un disparate, pero es la realidad.

De este modo, si se toma como referencia la cifra de objetos digitales españoles en Europea y se atiende a los derechos de autor de dichos objetos, el resultado es el que se muestra en la figura núm. 2. Europea es un agregador de contenidos digitales cuyo objetivo es conseguir la puesta en línea del patrimonio cultural europeo. En la actualidad (septiembre de 2013) agrupa algo más de 29 millones de

objetos digitales, de los que España aporta 2.570.560. La participación española está sólo por detrás de Alemania (4,1 millones) y Francia (2,9 millones) y a un nivel similar a la de Holanda.

Figura 2
Objetos digitales españoles en Europea



Como refleja la *Figura 2*, casi un 40% de los objetos no tienen atribuido derechos de autor, *a priori* son obras huérfanas, es decir, salvo que se trate de objetos de artesanía u otros contenidos a los que no quepa atribuir derechos de autor, resultará difícil su reproducción o reutilización hasta que dichas obras pasen al dominio público. A menos que, a partir de ahora, las instituciones documentales se acojan a la nueva Directiva europea sobre obras huérfanas.

SOLUCIONES APLICABLES A LAS OBRAS HUÉRFANAS

La situación de las obras huérfanas es una realidad a la que sólo cabe aplicar dos soluciones. Una encaminada a propiciar una legislación que permita acometer ciertas actividades (sobre todo su digitalización) sin que su promotor se enfrente a la criminalización de su conducta y/o a una responsabilidad económica indeterminada. La otra

Naturaleza y método de la investigación bibliotecológica...

consiste en emplear instrumentos prácticos, es decir, procedimientos y soluciones que faciliten la identificación de los titulares de las obras y así conseguir el consentimiento o acreditar que se ha actuado de buena fe. Hay una tercera opción que solo tiene efectos sobre las obras futuras y es la de crear mecanismos suficientes para que en lo sucesivo dejen de existir obras huérfanas, para lo que se habrá de recurrir a instrumentos de normalización, uso de bases de datos y, probablemente, también a una modificación de los convenios internacionales en materia de derechos de autor que permita sustituir la voluntad de los autores en determinadas circunstancias.

Soluciones legislativas

Sólo un pequeño grupo de países han establecido sistemas que hacen posible el uso de las obras huérfanas (Berkman Center, 2011: 179). En Canadá se debe solicitar una licencia una vez que se ha demostrado razonablemente que los esfuerzos para localizar al titular de los derechos de autor han sido infructuosos; la licencia obtenida, no exclusiva, está limitada a ciertos usos y requiere un pago por parte del solicitante. En algunos países nórdicos han aprobado también normativas para gestionar las obras huérfanas, en general, las licencias, de pago, se obtienen de las entidades de gestión colectiva, los derechos así recaudados pueden ser reclamados por los posibles titulares durante un período de cinco años. En Japón se permite también la utilización de licencias sobre obras huérfanas mediante un sistema de licencias obligatorias tras realizar una búsqueda diligente que obliga a la entrega de un depósito por compensación del uso de la obra. Sin embargo, la normativa sobre este tipo de derechos más importante son las que están poniendo en vigor los Estados Unidos y la Unión Europea con esquemas similares a los mencionados, en los que se trata de prevenir las posibles reclamaciones posteriores de los titulares si finalmente son identificados mediante un esquema que prevea una compensación económica y un posterior control de los derechos por parte de sus legítimos titulares. Uno de los aspectos más controvertidos es cómo limitar la responsabilidad y aumentar la seguridad de las bibliotecas que deseen copiar y difundir tales obras (Besek, J. M, 2009: 27).

La solución aprobada por la Unión Europea se concreta en la mencionada Directiva 2012/28/UE de 25 de octubre, cuyo objeto es facilitar la digitalización y divulgación de las obras depositadas en bibliotecas, fonotecas e instituciones similares que están protegidas por derechos de autor o derechos afines y cuyo titular no ha sido identificado o está en paradero desconocido. Antes de que una obra pueda considerarse huérfana, ha de efectuarse una *búsqueda diligente* del titular de derechos de la obra. La Directiva se aplica a las obras conservadas en instituciones documentales (textuales y audiovisuales) y a las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta finales de 2002.

La regulación de las obras huérfanas en Estados Unidos se basa en dos premisas (US Register of Copyright, 2006): 1) que el usuario ha hecho razonables esfuerzos, pero infructuosos, para localizar e identificar al titular y 2) la obra ha sido atribuida a su titular si éste ha sido identificado, pero no localizado.

PECULIARIDADES DE LA REGULACIÓN DE LAS OBRAS HUÉRFANAS EN LA UNIÓN EUROPEA

La directiva europea sobre obras huérfanas está orientada principalmente a resolver los problemas que plantean estas obras en los procesos de digitalización masiva llevados a cabo en bibliotecas, archivos, museos, centros de enseñanza y organismos de conservación del patrimonio cinematográfico y audiovisual. De ahí que como regla general sea de aplicación a los materiales impresos y a las colecciones de patrimonio cinematográfico y sonoro que figuren en las instituciones mencionadas, así como a las obras cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas producidos por organismos públicos de radiodifusión hasta finales de 2002 y que figuren en sus archivos. En efecto, el propósito expresado claramente exposición de motivos de la directiva es “[...] establecer un marco jurídico que facilite la digitalización y divulgación de las obras” que están protegidas por derechos de autor y cuyo titular no ha sido identificado o está en paradero desconocido al objeto de abordar “[...] el problema específico de la determinación jurídica de la obra huérfana y sus consecuencias en términos de los

Naturaleza y método de la investigación bibliotecológica...

usuarios y usos autorizados de la obra o el fonograma considerados obra huérfana” (Comisión Europea, 2012). Así pues, quedan excluidos del ámbito de la Directiva todos los usos de las obras realizados por particulares o empresas que pretendan fines comerciales o privados, salvo que la digitalización u otro uso de la obra huérfana se haga en el marco de un proceso de reutilización de información del sector público, en el marco de acuerdos público-privados, previstos en la Directiva 2013, de reutilización de la información del sector público (Parlamento Europeo, 2013).

La Directiva sobre obras huérfanas (Parlamento Europeo, 2012), en su artículo 2, considera que una obra alcanza tal calificación cuando ninguno de sus titulares está identificado o si alguno de ellos está identificado, ninguno puede ser localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente. En las obras que hay varios titulares y no todos hayan sido localizados e identificados, la obra se podrá utilizar de conformidad con los autores que hayan prestado su consentimiento en relación con los derechos que ostenten.

La búsqueda diligente es una responsabilidad que recae en el usuario de la obra, es decir, la biblioteca u organismo de conservación del patrimonio que pretenda realizar unos objetivos relacionados con su misión de interés público. En línea con los informes mencionados más arriba, la búsqueda se asienta sobre los siguientes principios:

- Buena fe.
- Búsqueda para cada obra o prestación protegida, con anterioridad a su uso.
- Consulta a la fuente adecuada en función de la categoría de la obra
- La búsqueda debe ser efectuada en el Estado de la primera publicación o puesta disposición del público, excepto que el productor tenga su residencia en otro Estado miembro o cuando haya pruebas de la existencia de información pertinente en otros países.
- Creación de registros de búsquedas diligentes en los Estados miembros y una bases de datos en línea dentro de la Unión, con el fin de disponer de información sobre los resultados de búsquedas diligentes llevadas a cabo, así como sobre el usuario y el uso dado a las obras huérfanas.

RECONOCIMIENTO Y USO DE LA OBRA HUÉRFANA

La consideración de una obra como huérfana en un Estado miembro supone el reconocimiento mutuo en todos los estados miembros y se permitirá el uso y acceso a las obras en los Estados conforme a la regulación que establece la Directiva. Asimismo, los Estados velarán por que los titulares de una obra considerada huérfana pongan fin a esa condición en lo que se refiere a sus derechos. En el mismo sentido, las entidades usuarias de obras huérfanas deberán indicar el nombre de los autores y otros titulares de derechos que estén identificados.

Por otro lado, la Directiva permite a estas instituciones documentales titulares de obras huérfanas, los siguientes actos de explotación:

- a) Puesta a disposición del público de la obra huérfana (Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas), conforme al artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE (Parlamento Europeo, 2001).
- b) Reproducción, conforme al artículo 2 de la Directiva 2001/29/CE, a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración.

Es decir, en cuanto a los usos autorizados a los usuarios de obras huérfanas, la Directiva (Parlamento Europeo, 2012) prevé los siguientes:

- Puesta a disposición del público en las instituciones en que está permitido el uso de las obras huérfanas.
- Reproducción a efectos de digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración en el marco de esas mismas instituciones documentales.
- Las entidades usuarias de las obras huérfanas podrán hacerlo únicamente a fines del ejercicio de su interés público (tales como conservación y restauración), así como facilitar el acceso a dichas obras con fines educativos y culturales. Estas entidades podrán obtener ingresos mediante dichos usos para cubrir los costes de digitalización y su puesta a disposición del público.

Naturaleza y método de la investigación bibliotecológica...

En cuanto a los efectos económicos, la Directiva prevé que los Estados establezcan una compensación equitativa para el caso de que los titulares pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras por el uso que las entidades autorizadas hayan realizados de las mismas.

En España se prevé que la transposición de esta Directiva europea se lleve a cabo en la actual reforma legislativa de la propiedad intelectual (Borrador de anteproyecto de ley julio 2013). Este borrador se limita a transcribir el texto de la Directiva en sus aspectos básicos y a disponer que su regulación detallada se llevará a efecto en una disposición reglamentaria.

En cuanto a las fuentes para la búsqueda diligente, la Directiva recoge en un anexo un listado de fuentes que se consideran adecuadas para proceder a una búsqueda diligente, siendo el esquema básico el siguiente:

- Depósitos legales;
- Bases de datos de las pertinentes entidades de gestión;
- Índices y catálogos de los fondos y las colecciones de bibliotecas;
- Asociaciones de editores del respectivo país.

INSTRUMENTOS PRÁCTICOS PARA IDENTIFICACIÓN DE LAS OBRAS HUÉRFANAS

La creación de la base de datos ARROW (*Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works*) es una iniciativa impulsada por la Comisión y respaldada por el Parlamento Europeo que tiene por objeto la creación de un registro de obras huérfanas vinculado a Europea. En Estados Unidos existe una base de datos similar denominada *Book Right Registry*, creado a partir de la iniciativa *Google Books*. ARROW tiene los siguientes objetivos:

- Creación de red distribuida de fuentes de información sobre titularidad de derechos de autor.
- Recopilación de datos sobre obras literarias para la identificación de los titulares de derechos.

- Elaboración de guías de identificación del status de una obra.
- Creación de un registro europeo de obras huérfanas (ROW).
- Establecimiento de un centro de gestión de derechos.

Para cada libro, según señalan sus promotores, ARROW está en condiciones de suministrar la siguiente información: si el libro está en dominio público o no, si el libro está en catálogo o no, si una entidad colectiva de gestión de derechos tiene autorización para gestionar la licencia, si el titular acepta dicha licencia. Si en la base de datos no existe información sobre esa obra se trata de una posible obra huérfana. La Comisión Europea prepara para el sector audiovisual un mecanismo similar, denominado FORWARD (*Framework for an EU-wide Audiovisual Work Registry*). En todo caso, parece muy difícil que estas herramientas puedan tener el éxito esperado, debido principalmente a la situación negativa que representa la existencia de una obra huérfana (es la expresión del fracaso de no poder conocer a sus titulares) por lo que siempre la base de datos será incompleta y la otra razón es que dada la diversidad de tipos de obras, derechos protegidos y bases de datos en los que figura esa información, será muy difícil lograr una unificación de los resultados, más difícil aún por la evolución de las herramientas de búsqueda de información.

LAS OBRAS DESCATALOGADAS

Las obras descatalogadas o agotadas son junto a las huérfanas los dos tipos de obras que más dificultan la difusión de la cultura en Internet. Si en las huérfanas la dificultad está en identificar a los titulares para que presten su consentimiento en la digitalización de la obra, en las obras agotadas, las dificultades afectan a la explotación de la obra, por cuanto se trata de conseguir un acuerdo que permita su acceso en Internet y al tiempo satisfaga las expectativas del titular en cuanto a la explotación de su obra, ya tenga interés comercial o no.

Una obra está descatalogada si el titular del derecho ha manifestado que no está comercialmente disponible (aunque sea accesible en bibliotecas o en librerías de segunda mano), para las

Naturaleza y método de la investigación bibliotecológica...

obras audiovisuales supone que está fuera de distribución (i2010 Digital Libraries, 2008: 17), no lo está si puede ser accesible en línea o en impresión bajo demanda (POD) o el autor hace la obra accesible directamente, mediante agente o a través de una entidad de gestión. Como es lógico, el número de obras descatalogadas aumenta cuanto más antigua es la edición; se estima que en Estados Unidos, de las 10.000 obras publicadas en 1930, sólo 174 no estaban descatalogadas.

Al enfocar esta cuestión el *Comité de sabios* (Comisión Europea, 2011: 21) distinguió tres casos diferentes:

- Material digitalizado para ser conservado por las instituciones culturales y que pueda consultarse dentro de la institución;
- Material digitalizado para ser conservado por las instituciones culturales y que pueda consultarse ampliamente en línea;
- Material digitalizado por la institución y explotado comercialmente por los propietarios de los derechos. En este caso debe depositarse una copia digital en la institución cultural responsable de su conservación.

Ante este panorama el Comité se plantea quién ha de acometer la digitalización en cada caso. Si se trata de acometer una explotación comercial de la obra en Internet, la inversión en digitalización la deben acometer los titulares de los derechos y no debe haber financiación pública directa para digitalización a efectos de explotación comercial, aunque haya algún tipo de incentivo fiscal.

Por el contrario, si los propietarios de los derechos no digitalizan las obras fuera de circulación, la digitalización debe pagarse con fondos públicos. En consecuencia, el material digitalizado debe estar disponible en línea gratuitamente en toda la Unión Europea (a menos que el coste sea desproporcionado) a cambio de una remuneración adecuada para los propietarios de los derechos.

En este sentido, el grupo de trabajo sobre derechos de autor mencionado (i2010 Digital Libraries, 2008: 6) ya se decantaba por esta solución práctica, mediante el pago de una licencia individual o colectiva o la combinación de ambas, ya que incluso preveía una licencia

para redes abiertas y otra para redes seguras. Esta solución se complementa mediante la creación de una base de datos y un sistema de gestión centralizados, conjunto para las obras huérfanas y las descatalogadas, ya mencionado por su nombre: ARROW. Incluso Google mostró su apoyo a los objetivos de este equipo.

A finales de 2011 se presentó una propuesta de acuerdo (*Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works*, 2011) en el que se recogen los principios claves sobre la digitalización y puesta a disposición de las obras fuera de comercio. Su objetivo son los libros, los periódicos y las imágenes que contienen por cuanto éstas están incluidas en el acuerdo, obras que hayan sido publicadas por primera vez en el país en donde se digitaliza. Los signatarios del acuerdo son autores, editores, artistas visuales, entidades de gestión de derechos y bibliotecas. El acuerdo se asienta sobre tres principios que desarrolla el documento:

- Es un acuerdo voluntario orientado a la puesta a disposición de las obras fuera de comercio por las instituciones culturales que no tienen interés económico ni ventaja comercial, los autores siempre podrán impedir la difusión de la obra cuando entiendan que daña su honor o reputación.
- El segundo principio determina que las licencias para obras fuera de comercio sólo serán autorizadas por entidades de gestión colectiva en las que estén afectados un número sustancial de autores y editores debidamente representados.
- El tercer principio regula el acceso transfronterizo a las bibliotecas digitales. Los signatarios del acuerdo son las asociaciones bibliotecarias europeas LIBER, CENL y EBLIDA, y las asociaciones EFJ, EPC, EWC, EVA y FEP, en representación de periodistas, editores, escritores y artistas visuales.

A MODO DE CONCLUSIÓN: CÓMO AVANZAR EN LA DIGITALIZACIÓN DEL PATRIMONIO EN EL ÁREA IBEROAMERICANA

La visión general del tratamiento que se está dando a las obras huérfanas y descatalogadas lleva a la conclusión de que se ha de iniciar un camino en común en el área iberoamericana, con el objetivo de poder disfrutar del patrimonio cultural que se ha de digitalizar en los próximos años. Para esa tarea es bueno evitar duplicaciones y confrontaciones innecesarias. Por el contrario, se puede avanzar sobre unas bases comunes y el reconocimiento recíproco de las actividades que se llevan a cabo para que todos puedan participar de los resultados. Hay un trabajo ya hecho en ese sentido que puede ser asumido por los responsables del patrimonio cultural que se ha de digitalizar en el área iberoamericana y que daría un gran impulso al proceso. Se trata de aplicar la regla de los ocho pasos consensuada por un grupo de expertos de la Unión Europea (Comisión Europea, 2011b), la cual, adaptada a nuestro contexto tendría la siguiente formulación:

1. Garantizar que en todos los Estados iberoamericanos se establezca un sistema que resuelva la situación de las obras huérfanas.
2. Cubrir todos los distintos sectores: audiovisual, texto, artes visuales, sonido.
3. Lograr el reconocimiento transfronterizo de las obras huérfanas, tras una investigación en su país de origen.
4. Garantizar el efecto transfronterizo de dicho reconocimiento, una obra huérfana a la que se pueda acceder en un Estado, se debe consultar en línea en otro, incluso en el mundo entero.
5. Ser compatible con el recurso a asociaciones de digitalización entre entidades públicas y privadas, de modo que estos principios se asuman en tales acuerdos;
6. Prever en cada Estado, en caso de utilización comercial, la remuneración de los derechohabientes si, transcurrido un tiempo, se encuentran o se dan a conocer ellos mismos.

7. Garantizar costes de transacción razonables para tratar las obras huérfanas, proporcionados al valor comercial de la obra, de modo que las búsquedas sobre obras antiguas sea menor que en las más recientes.
8. Apoyarse en bases de datos de información sobre derechos (como el Sistema ARROW en la UE) o la creación de un sistema de información similar interconectado.

BIBLIOGRAFÍA

ARROW. (2011). *Business Model*. Disponible en: <http://www.arrow-net.eu/business-model>
[Consulta: 20/09/2013].

Berkman Center for Internet and Society. (2011). *Copyright for Librarians: the essential handbook*. Utrecht: Países Bajos: Ed. Berkman-Eifl.

Besek, J. M (2009). *Copyright and Related Issues Relevant to Digital Preservation and Dissemination of Unpublished Pre-1972 Sound Recordings by Libraries and Archives Council on Library and Information Resources and Library of Congress (Washington, D.C.)*. Disponible en: <http://www.loc.gov/rr/record/nrpb/pub144.pdf>
[Consulta: 21/09/2013].

Boyle, J. (2008). *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*. Yale University Press. Disponible en: <http://thepublicdomaine.org>
[Consulta: 29/09/2013].

Caroli, C; Scipione, G.; Rrapi, E.; Trotta, G. (2012). "ARROW: Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works Towards Europeana". *D-Lib Magazine*, vol. 18, núm. 1-2 (January/February).

Center for the Study of the Public Domain: Orphan Works. (2005). *Analysis and Proposal: Submission to the Copyright Office*. Disponible en: <http://www.law.duke.edu/cspd/pdf/cspdproposal.pdf>
[Consulta: 29/09/2013].

Comisión Europea. (2011a). *The European Digital Libraries Initiative. Sector-Specific Guidelines On Due Diligence Criteria For Orphan Works. Joint Report*. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/orphan/guidelines.pdf
[Consulta: 29/09/2013].

———, (2011b). *The New Renaissance. Report Of The 'Comité des Sages' Reflection Group On Bringing Europe's Cultural Heritage Online*. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/refgroup/final_report_cds.pdf
[Consulta: 29/09/2013].

———, (2011c). *Recomendación de la Comisión sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (27-10-2011). C(2011) 7579 final*. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/recommendation/recom28nov_all_versions/es.pdf
[Consulta: 30/09/2013].

Comisión Europea (2012). *Commission Staff Working Document on the challenges for European film heritage from the analogue and the digital era (Third implementation report of the 2005 EP and Council Recommendation on Film Heritage)*. Bruselas, 7.12.2012 SWD (2012) 431 final. Disponible en: http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/cinema/report_3/swd_2012_431_en.pdf [Consulta: 03/10/2013].

Consejo Europeo (2008). "Conclusiones del Consejo de 20 noviembre de 2008, relativas a la biblioteca digital europea. Europea (2008/C 319/07)." *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 319, 13.12.2008. Disponible en: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:319:0018:0019:ES:PDF [Consulta: 03/10/2013].

Feijoo, C. (2013). *Public and Commercial Models of Access in the Digital Era: Informe solicitado por "European Parliament's Committee on Culture and Education."* Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies> [Consulta: 03/10/2013].

Hargraves, I. (2011). *Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth. Informe para el Gobierno británico*. Disponible en: <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> [Consulta: 03/10/2013].

Hirtle, P.B., Hudson, E. y Kenyon, A.T. (2009). *Copyright and Cultural Institutions. Guidelines for digitization for U.S. Libraries, Archives and Museums*. Ithaca, NY: Cornell University.

i2010: Digital Libraries. High Level Expert Group - Copyright Subgroup (2008). *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*.

Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/124226i_en.htm
[Consulta: 03/10/2013].

Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (2011). Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf

[Consulta: 03/10/2013].

Parlamento Europeo. (2001). "Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información." *Diario Oficial de la Unión Europea* L 167/10, 22.6.2001.

Disponible en: http://eurex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=32001L0029&model=guichett

[Consulta: 20/09/2013].

Parlamento Europeo. (2003). Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público." *Diario Oficial de la Unión Europea* L 345/90, 31.12.2003. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0090:0096:ES:PDF>

[Consulta: 25 de octubre de 2013].

———, (2012). "Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas." *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 299 de 27/10/2012. Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:01:ES:HTML>

[Consulta: 03/10/2013].

———, (2013). "Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE, relativa a la reutilización de la información del sector público." *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27.6.2013. Disponible en: <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:175:0001:0008:ES:PDF>

[Consulta: 25 03/10/2013].

US Office of the Register of Copyrights. (2011). *Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document*. Disponible en: http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/USCOMassDigitization_October2011.pdf
[Consulta: 03/10/2013].

———, (2006). *Report on Orphan Works*. Disponible en: <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>
[Consulta: 03/10/2013].

Vuopala, A. (2010). *Assessment of the Orphan Works Issue and Costs for Rights Clearance*. European Commission, DG Information Society and Media. May 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/info_centre/cultural/disclaim/index_en.htm [Consulta: 03/10/2013].