

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

TEMA: “DERECHOS DE AUTOR Y OBRAS HUÉRFANAS: ECUADOR”

AUTORA: LINA ESTEFANYA ANGULO GONZÁLEZ

ASESOR: Dr.C. Oscar Alberto Pérez Peña, (PhD)

Quito – 2021

## CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

**Dr.C. Oscar Alberto Pérez Peña, (PhD)**, en calidad de Asesor del Trabajo de Investigación designado por la Cancillería de la UMET, certifico que el estudiante: **LINA ESTEFANYA ANGULO GONZÁLEZ**, titular de la CC N°210047289-9, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: “**DERECHOS DE AUTOR Y OBRAS HUÉRFANAS: ECUADOR**”, quién ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.

Dr.C. Oscar Alberto Pérez Peña, (PhD)

## **CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, **LINA ESTEFANYA ANGULO GONZALEZ**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera de Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: “**DERECHOS DE AUTOR Y OBRAS HUÉRFANAS: ECUADOR**” y las expresiones vertidas en el misma, son autoría de la compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

**LINA ESTEFANYA ANGULO GONZALEZ**

**C.I. 210047289-9**

**AUTOR**

## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

Yo, **LINA ESTEFANYA ANGULO GONZALEZ**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, “**DERECHOS DE AUTOR Y OBRAS HUÉRFANAS: ECUADOR**”, modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

**LINA ESTEFANYA ANGULO GONZALEZ**

CI: 210047289-9

## **DEDICATORIA**

Este trabajo de Titulación se lo dedico a Dios quien me guío y me dio las fuerzas suficientes durante mi carrera para obtener esta bendición.

De igual manera a mi madre, quien ha sido el pilar esencial en mis estudios al apoyarme y motivarme en todos los momentos de mi vida, brindándome sus consejos, amor, sabiduría; lo que me impulsa a culminar cada meta propuesta; realmente sin su fortaleza nada fuera posible; deseando que este logro sea un orgullo más en su vida.

A mi hermano, quien ha constituido mi soporte esencial desde lo económico hasta lo espiritual para hacer realidad mi carrera. Igualmente, a mi novio quien me apoyado, incentivado y comprendido ante mis largas horas de estudio para seguir adelante y lograr esta meta satisfactoriamente.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a todos mis familiares, amigos y profesores que me apoyaron e incentivaron a seguir y culminar mis estudios. En especial, a mi tutor que dedicó tiempo a orientarme y contribuyó a lograr plasmar mis ideas y análisis en mi trabajo de titulación ¡Gracias a todos!

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|  |     |
|--|-----|
| CERTIFICACIÓN DEL ASESOR .....   | ii  |
| CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN .....                                  | iii |
| CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....   | iv  |
| DEDICATORIA.....   | v   |
| AGRADECIMIENTOS .....  | vi  |
| RESUMEN .....  | ix  |
| ABSTRACT .....   | x   |
| INTRODUCCIÓN .....   | 1   |
| CAPITULO I .....   | 4   |
| 1. GENERALIDADES SOBRE LAS OBRAS HUÉRFANAS.....  | 4   |
| 1.1. Derecho de Autor, Dominio Público y Obras Huérfanas .....                           | 4   |
| 1.1.1. Generalidades del Derecho de Autor y Conexos: Antecedentes, Sujeto y Objeto ..... | 4   |
| 1.1.1.1. Sujeto y objeto .....   | 7   |
| 1.1.2. Contenido del derecho de autor .....  | 12  |
| 1.1.2.1. Derechos Morales.....   | 12  |
| 1.1.2.2. Derechos patrimoniales .....  | 15  |
| 1.1.3. Duración del derecho de autor .....   | 17  |
| 1.1.4. Dominio Público.....  | 19  |
| 1.1.5. Límites y excepciones al derecho de autor.....                                    | 20  |
| 1.1.6. Gestión colectiva de los derechos de autor .....                                  | 23  |
| 1.2. Obras Huérfanas, protección y utilización: gestión de derechos y licencias          | 25  |
| 1.2.1. Concepto de obra huérfana .....   | 25  |
| 1.2.2. Tipología sobre obra huérfana.....  | 28  |
| 1.2.3. Búsqueda diligente: criterios de registro.....                                    | 30  |
| 1.2.4. Protección de obras huérfanas y dominio público .....                             | 31  |
| 1.2.5. Contenido límite de la obra huérfana: usos autorizados.....                       | 32  |
| 1.2.6. Gestión colectiva de derechos sobre obras huérfanas.....                          | 33  |
| 1.2.7. Licencias para el uso de obras huérfanas .....                                    | 35  |
| CAPÍTULO II .....  | 38  |
| 2. DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS OBRAS HUÉRFANAS.....            | 38  |

|  |    |
|--|----|
| 2.1. Análisis comparado de la regulación jurídica de las obras huérfanas en otras legislaciones .....  | 38 |
| 2.1.1. Normativa de la Unión Europea con respecto a las obras huérfanas ...  | 38 |
| 2.1.2. España .....  | 40 |
| 2.1.3. Italia .....  | 44 |
| 2.2. Derecho Comparado: normativa en materia de obras huérfanas en países sudamericanos.....   | 47 |
| 2.2.1. Argentina .....   | 47 |
| 2.2.2. Chile .....   | 48 |
| 2.2.3. Colombia .....  | 49 |
| 2.2.4. Ecuador .....   | 52 |
| CAPÍTULO III .....   | 54 |
| 3. METODOLOGÍA .....   | 54 |
| 3.1. Diseño de la Investigación .....  | 55 |
| 3.2. Métodos y Técnicas .....  | 57 |
| CAPÍTULO IV .....  | 62 |
| 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS .....  | 62 |
| 4.1. Resultados del análisis doctrinal y del Derecho Comparado .....   | 62 |
| 4.2. Informe Técnico Jurídico .....  | 65 |
| 4.2.1. Antecedentes.....   | 65 |
| 4.2.2. Fundamentos legales en los que se sustenta el Informe Técnico Jurídico.....   | 66 |
| 4.2.3. Elementos a introducir en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad para proteger las obras huérfanas..... | 68 |
| CONCLUSIONES.....  | 74 |
| RECOMENDACIONES .....  | 76 |
| BIBLIOGRAFÍA .....   | 77 |

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación está dirigido a estudiar los derechos de autor y específicamente la cuestión de las obras huérfanas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello se ha planteado desarrollar un estudio teórico normativo acerca de la regulación jurídica de las obras huérfanas en sede de derechos de autor, con especial énfasis en el caso Ecuador, que establezca las recomendaciones que permitan el perfeccionamiento de las insuficiencias de la legislación nacional. Se han estudiado los fundamentos teóricos y jurídicos sobre el Derecho de Autor, que incluyen desde instituciones jurídicas propias, hasta sus principios, y regulación de este tipo de obras. Entre ellos: definición, dominio público, sociedades de gestión colectiva, limitaciones y excepciones, los derechos de los que gozan los titulares, así como los aspectos esenciales vinculados con las obras huérfanas desde su concepto, particularidades y su regulación jurídica. Igualmente se realiza un estudio comparado sobre este tipo de obra mediante la revisión de la legislación de la Unión Europea y países miembros de esta como España e Italia, y en naciones de la región como: Chile, Argentina y Colombia para comparar su normativa con la del Ecuador. Basado en los análisis antes mencionados se determinan las insuficiencias presentes en cuanto a obras huérfanas en el país y se recomienda como solucionarlas.

Palabras Claves: Derecho de Autor, obras huérfanas, titulares de derechos.

## **ABSTRACT**

This research work is aimed at studying copyright and specifically the issue of orphan works in the Ecuadorian legal system. For this, it has been proposed to develop a normative theoretical study about the legal regulation of orphan works in copyright, with special emphasis on the Ecuador case, which establishes the recommendations that allow the improvement of the insufficiencies of the national legislation. The theoretical and legal foundations on Copyright have been studied, which include from their own legal institutions to their principles, and regulation of this type of works. Among them: definition, public domain, collective management societies, limitations and exceptions, the rights enjoyed by the owners, as well as the essential aspects related to orphan works from their concept, particularities and their legal regulation. Likewise, a comparative study is carried out on this type of work by reviewing the legislation of the European Union and its member countries such as Spain and Italy, and in nations of the region such as: Chile, Argentina and Colombia to compare its regulations with the of Ecuador. Based on the aforementioned analyzes, the current shortcomings in terms of orphan works in the country are determined and it is recommended how to solve them.

Keywords: Copyright, orphan works, rights holders.

## INTRODUCCIÓN

Históricamente la legislación de derechos de autor y derechos conexos ha tenido que irse adaptando al desarrollo de la tecnología y a la capacidad creciente en el ámbito creativo del ser humano. Ya desde hace algunos años a nivel internacional se ha planteado la necesidad de regular el tratamiento jurídico a las obras huérfanas, a partir de los obstáculos que supone su uso, su digitalización para uso masivo o su gestión de derechos. Ya existe legislación nacional en muchos países sobre su regulación y en el caso del Ecuador este tipo de obras aparece regulado en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación de 2016 en un artículo, el 214, sin embargo, no son pocos los problemas que se plantean en la práctica a partir del alcance limitado en esta regulación.

Con la promulgación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación en el Ecuador el 09 de diciembre de 2016, el legislador tuvo como objetivo propiciar un adecuado desarrollo sobre la creación, innovación en la ciencia y tecnología a nivel nacional, asumiendo el rol de la correcta aplicación de las normas de propiedad intelectual, en particular los derechos de autor y derechos conexos. En la actualidad, conjuntamente con el Código, se encuentra en vigor su Reglamento General desde 2017, sin embargo, no son pocos los temas que merecen una regulación especial dada la amplitud del Código y la complejidad de relaciones jurídicas que se suscitan en el ámbito de los derechos de autor y conexos por tipo de obra. En el caso de las obras huérfanas, estas constituyen un tipo de obra. Se entiende por obras huérfanas aquellas obras o prestaciones que están protegidas por la propiedad intelectual pero cuyo titular de derechos no puede ser localizado o identificado (Art.2, Directiva 2012/28/UE; 2012). En el caso del Ecuador el Código incluye en su regulación a las “obras huérfanas”, lo que constituye un elemento importante a tener en cuenta en el desarrollo de la legislación de propiedad intelectual y que no aparece regulado en la legislación comunitaria al efecto de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), no obstante, la legislación nacional es insuficiente en una serie de aspectos que ameritan su regulación en el caso ecuatoriano como: las gestiones mínimas para la búsqueda del autor, la forma de explotación por parte de terceros y bajo qué condiciones, el tiempo de protección y la forma de contabilización de este tiempo a efectos de pasar a ser parte del dominio público, la intervención de

las sociedades de gestión para la recaudación de derechos (quedando pendiente el reparto a los autores no identificados o no localizados), el régimen de licencias y retribución económica, las normas a seguir una vez que se llegue a determinar al autor de la obra, sobre todo respecto de derechos no devengados, la obra con multiplicidad de autores, en las que parte de ellos no han podido ser determinados o localizados, y otras.

La presente investigación está enfocada en realizar un estudio sobre el Derecho de Autor y específicamente su protección a las obras huérfanas, las que no tienen identificados a sus titulares de derechos, ni se conoce acerca de su paradero. Este tipo de obra está reconocida en la normativa en materia de Propiedad Intelectual en el Ecuador de manera muy general.

Como **objetivo general** se ha planteado:

- Desarrollar un estudio teórico normativo acerca de la regulación jurídica de las obras huérfanas en sede de derechos de autor, con especial énfasis en el caso Ecuador, que establezca las recomendaciones que permitan el perfeccionamiento de las insuficiencias de la legislación nacional.

Acorde a ello, se han establecido por **objetivos específicos** los siguientes:

- Sistematizar los referentes teóricos del derecho de autor y su regulación jurídica de las obras huérfanas a nivel internacional y en Ecuador.
- Comparar la regulación jurídica de las obras huérfanas, en la legislación de varios países latinoamericanos y Europa, (Colombia, Argentina, Chile, Italia y España) con Ecuador.
- Identificar las insuficiencias de la legislación ecuatoriana en sede de derechos de autor, así como, en la práctica de la gestión colectiva de derechos asociados a estas.
- Elaborar un informe teórico que sistematice las valoraciones técnico-jurídicas y metodológicas acerca de las obras huérfanas y su regulación, que incluya recomendaciones para su perfeccionamiento a través de la reglamentación específica en la legislación nacional ecuatoriana de derechos de autor y conexos.

Con el fin de lograr los objetivos antes expuestos, el trabajo de investigación está estructurado en cuatro Capítulos. El primero, se refiere a los fundamentos teóricos y

jurídicos sobre las obras huérfanas en el derecho de autor en el que desde una revisión de la doctrina y la regulación jurídica se examinan cuestiones como el derecho de autor, dominio público, sujeto y objeto de este derecho y los derechos de carácter moral y patrimonial del que gozan sus titulares. También se aborda lo concerniente a las limitaciones y excepciones, sociedades de gestión colectiva y el tratamiento doctrinal de las obras huérfanas en su relación con los aspectos antes mencionados.

El segundo Capítulo se dirige al desarrollo de un estudio comparado sobre la regulación jurídica de las obras huérfanas en las legislaciones de otros países con Ecuador. Entre ellos, se analiza la de España e Italia y la normativa común sobre el tema de las obras huérfanas en la Unión Europea. Se revisan, además, las disposiciones vigentes sobre la materia en países latinoamericanos, entre los que se encuentran Chile, Argentina y Colombia.

También se desarrolla un tercer Capítulo dedicado a la metodología en el que se define el diseño de investigación y los métodos aplicados a lo largo de la investigación para arribar a nuevos conocimientos y conclusiones certeras. Por último, el Capítulo cuarto se refiere al análisis de resultados y se determinan las conclusiones que arrojó el análisis doctrinal, jurídico y de derecho comparado. Sustentado en ello, se elabora un informe teórico jurídico con recomendaciones acerca de los aspectos que deben tenerse en cuenta en Ecuador para perfeccionar la normativa que reconoce las obras huérfanas.

De manera general, se debe señalar que metodológicamente, la investigación resultante es mixta, pues contempla características de una investigación teórica, empírica y descriptiva con enfoque cualitativo, y se sustenta en técnicas como la bibliográfica-documental y la entrevista a expertos, teniendo en cuenta que se emplean fuentes como libros, revistas, documentos e investigaciones, entre otros, para analizar doctrinalmente el tema del derecho de autor y las obras huérfanas, así como que se entrevistan especialistas en derecho de autor, abogados y asesores en la temática. Igualmente, se aplican varios métodos de las Ciencias Sociales combinados con métodos específicos de la Ciencias Jurídicas, entre los que se destacan el de análisis-síntesis, el inductivo, histórico-lógico, el exegético-jurídico y el de Derecho comparado, que coadyuvan al análisis del problema y al arribo de conclusiones.

## CAPITULO I

### 1. GENERALIDADES SOBRE LAS OBRAS HUÉRFANAS

#### 1.1. Derecho de Autor, Dominio Público y Obras Huérfanas

##### 1.1.1. Generalidades del Derecho de Autor y Conexos: Antecedentes, Sujeto y Objeto

El Derecho de autor ha sido estudiado y definido por varios autores, a consideración de Lipszyc (2013, pág. 5) es una rama del Derecho que se encarga de regular los derechos subjetivos que poseen los autores sobre las obras de su creación, que resultan aquellas que son fruto de su actividad intelectual y son identificables por su valor como creaciones individuales. Las mismas se manifiestan habitualmente en obras de índole artístico, científico y audiovisual.

El derecho de autor es parte de la propiedad intelectual, vista por Walker (2014, pág. 852) desde dos subconjuntos de derechos con varios objetos a salvaguardar: el derecho de autor y los derechos conexos.

- a) El derecho de autor es protegido por la normativa, específicamente sobre las obras que representan una expresión de carácter original que conforman los dominios en el orden artístico, literario, científico, o de otra índole.
- b) Los derechos conexos son protegidos, y se enfocan en lo objetos siguientes: aquellas producciones realizadas por los artistas, intérpretes y ejecutantes; las emisiones que llevan a cabo los medios de radiodifusión y los fonogramas. Sobre estos se afirma que:

Estos titulares de derechos adelantan actividades vinculadas de manera conexa a la utilización de las obras literarias y artísticas y su participación y aporte en el proceso de difundir las creaciones intelectuales amerita la protección que la disciplina jurídica les otorga. (Vega, 2010, pág. 14)

A pesar de que tanto el derecho de autor como los derechos conexos, suelen ser diferentes por su naturaleza, guardan semejanzas, atendiendo a que las dos reconocen derechos de carácter patrimonial a sus autores o titulares de derechos.

Sobre el Derecho de Autor, específicamente, la organización mundial de la propiedad intelectual,(OMPI) (1996, pág. 3), lo reconoce como como aquel que establece la protección de los derechos sobre las obras.

Por otro lado, el derecho de autor es el resultado de la creación y el ingenio del hombre, es una manera de expresarse a través de una obra artística, literaria o de otra disciplina que como indica Vega (2010, pág. 10) es independiente del mérito o el destino final que se le dé a la creación, destino de la obra. Al igual que es un derecho que goza de exclusividad y produce efectos jurídicos ante terceros, como el derecho tanto de aprobar, como de establecer una prohibición para usar la obra por cualquier forma.

También, para Vega (2010, pág. 11) la salvaguarda del derecho de autor sale a la luz con el mero hecho de la creación de la obra. Esta clase de propiedad incorporal posee ciertas peculiaridades que le otorgan a su creador prerrogativas y ventajas al ser exclusiva y permitir establecer oposición ante pretensiones provenientes de terceros. “Por ello el derecho de autor constituye una forma moderna de la apropiación de los bienes, que ha sido aceptada y desarrollada en las diversas legislaciones de los países.” (Vega, 2010, pág. 13).

En relación con el tema analizado, se debe plantear que en Ecuador la Constitución de la República (2008, pág. 16), en el artículo 22 establece el derecho de las personas a la creación, al igual que a ejercitar actividades de carácter cultural y artísticas, y a recibir los beneficios de la protección de sus derechos, tanto morales como patrimoniales, como resultado de sus producciones artísticas, literarias y científicas.

En sentido general, por lo expuesto, se puede afirmar que, el Derecho de Autor forma parte de la propiedad intelectual y se considera tiene como objeto aquellas obras de corte artístico, literario y científico, mientras que los derechos conexos a este incluyen las interpretaciones, las ejecuciones, fijaciones en formatos fonográficos y emisiones radiofónicas. Brinda a sus titulares una serie de derechos que revisten un carácter de tipo personal y patrimonial, que le atribuyen, en primer lugar, al autor de una obra, el derecho a disponer de la misma y por ende proceder a su divulgación y explotación. Esto implica que el autor puede explotar su obra de la manera que estime conveniente, fundamentalmente en lo referente a su comunicación, reproducción, distribución y transformación, imposibilitando a los demás de hacer esto en beneficio propio, lo que solo podrán hacer de contar con su autorización. En segundo lugar, una vez que el autor cede a terceras personas estos derechos patrimoniales, estos adquieren la condición de titulares de estos. La legislación establece los términos y condiciones de este tipo de cesión.

Con respecto a los antecedentes del Derecho de Autor se debe plantear que dicha rama jurídica, tal y como se conoce actualmente, ha estado expuesta a un proceso de evolución histórica muy relacionado con el desarrollo legal al que ha sido sometida la sociedad a lo largo de los años y que se ha ido construyendo influenciado por la economía, la política, la filosofía, la cultura, entre otros.

Para llegar a los orígenes del Derecho de Autor, se debe partir de una mirada a la antigüedad clásica. Como apunta Colombet (1997, pág. 3) en Roma no suponían que el pensamiento por sí fuera susceptible de tutela, pero sí respetaban el derecho moral, siendo conscientes de que llevar a la luz pública una obra de su creación implicaba intereses de índole moral. El autor tenía el derecho de decidir acerca de la divulgación de su obra y aquellas personas que cometían plagio eran muy mal vistos ante la opinión pública.

Lo anterior implica que el Derecho de Autor no existía formalmente en la antigüedad, puesto que la época no impuso que la legislación positiva lo contemplara, aunque incipientemente se iban sentando las bases para su posterior desarrollo y materialización en el plano formal.

El surgimiento de la imprenta, a mediados del siglo XV y la aparición del grabado, como explica Colombet (1997, pág. 5) traen consigo una serie de importantes transformaciones permitiendo la reproducción de libros en grandes cantidades. Aparece así el Sistema de Privilegios de Imprenta, que resultaban ser aquellos monopolios para la explotación que el gobierno concedía a los impresores por un tiempo determinado para reproducir las obras y proceder a su venta con la garantía de una serie de medidas encaminadas a sancionar a los infractores e incluso la reparación de los daños causados por estos. Este sistema significó el germen para el desarrollo de lo que *a posteriori* resultó ser un verdadero derecho protector.

Comenzando la Revolución Francesa como explica la OMPI (2009, pág. 4), se produce la caída de este Sistema de Privilegios nace el Derecho de Autor y se comenzaron a proteger los derechos de los autores en virtud de dos decretos: el de 1791 y el de 1793, quedando establecido de esta forma la salvaguarda de la titularidad de los autores de obras literarias y artísticas.

No obstante, la nación que dio el salto cualitativo en la protección fue Inglaterra, que como expresó Ortiz (1998, pág. 21) reconoció el derecho exclusivo de los autores a

reproducir o disponer de las copias de sus libros a través de una ley que se conoció como Los Estatutos de la Reina Ana, que fuere aprobada en 1710 por la Cámara de Los Comunes, considerada como la Ley de Derecho de Autor.

Al proceso evolutivo antes expuesto, se sumaron según la OMPI (2009, pág. 6) naciones como: Dinamarca, Estados Unidos, España, Austria, Argentina, Chile, entre otros. Ante el desarrollo normativo y la necesidad de que existiera un sistema armónico sobre la materia se suscribió en 1886: el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, constituyendo el precedente jurídico más importante en el orden del Derecho de Autor. Posteriormente, los distintos países han ido promulgando sus primeras legislaciones en la materia, que se han ido modificando con el desarrollo de la sociedad misma.

#### **1.1.1.1. Sujeto y objeto**

Siguiendo el tema, corresponde revisar el sujeto y objeto del Derecho de Autor. El primero, a decir de Lipszyc (2013, pág. 7) lo constituye el autor, o sea, la persona natural, el creador quien posee la titularidad sobre la propiedad de su obra. El autor como sujeto del derecho analizado, tiene derechos morales y patrimoniales, en los que se profundizará más adelante.

En ese sentido, Lipszyc (2013, pág. 9) define que una obra es toda aquella creación intelectual que posee originalidad pudiendo revestir un carácter literario o artístico, entendiendo el término literario como lo que se expresa mediante símbolos o palabras, y lo artístico, a las artes plásticas y musicales.

Se debe plantear que las obras literarias y artísticas deben poseer originalidad, puesto que, al constituir el objeto del Derecho de Autor, lo que se tutela es específicamente la forma original de expresar las ideas y dotarlas de una forma que se manifieste en el mundo exterior, ya que no son objeto de protección aquellas que permanecen en el mundo interior del autor y no han sido exteriorizadas de alguna manera.

Resulta fundamental destacar que existen diferencias entre la obra, creación intelectual, y el soporte físico que la contiene. Este último, según Ducci (1994, pág. 101) porque sobre el mismo se ejerce un derecho real, material, y la obra da lugar a un derecho intelectual intangible. Por lo que, citando un ejemplo, al comprar un libro,

tenemos como adquirentes una propiedad material, física sobre el mismo, pero los derechos de la obra impresa pertenecen al autor, o a aquellas personas que hayan sido sujetos de la adquisición de los derechos sobre la obra mediante la cesión de estos.

En esa línea, a los autores se les reconoce su derecho patrimonial, como cualquier otro tipo de propiedad, puede ser transmitido de acuerdo con las normas de cada país, *inter vivos* o *mortis causa*, naciendo así diferentes relaciones contractuales, que puede manifestarse cediéndola de manera total a otra, u otras personas. Esta puede ejercer los mismos usos y derechos patrimoniales que se le confieren al autor, o bien de manera parcial, autorizándolo únicamente para un uso específico, dando paso a las licencias o autorizaciones en virtud de este particular, reservándose a la figura del autor, la conservación de los demás derechos (morales) según el principio de independencia de derechos.

Por su lado, la transmisión de estos derechos también puede ocurrir *mortis causa*, poniéndose en vigencia testamento dejado por el autor al fallecer o en dependencia de las disposiciones sucesorias legítimas que se aplican en caso de no existir disposición testamentaria.

Por lo antes planteado, se puede afirmar que el autor es el titular original y son titulares derivados aquellos que han adquirido un derecho del autor ya sea total o parcial, en vida del autor o luego de su deceso físico. Las obras pueden ser titularidad de uno o varios autores, cuando la creación es de una persona es una obra individual, y si participan varias, es una obra en colaboración, u obra colectiva.

Se debe señalar que una obra en colaboración es diferente de una obra colectiva, ya que en esta es una sola persona natural o jurídica la que tiene el peso de la creación y la reproducción, no resultando los aportes de los colaboradores identificables o individualizadas del producto final, como pueden ser las enciclopedias o diccionarios. Mientras que, en la colectiva, las demás personas implicadas en el proceso creativo pueden ser más fácilmente identificadas por la complejidad de su aportación a la obra final.

También resulta un derecho del autor en este caso moral, según Lipszyc (2013, pág. 11), elegir la manera de vinculación con su obra utilizando para su identificación su nombre propio o un seudónimo. Y en caso de publicarse omitiendo estos dos, la obra es anónima. En los primeros casos existe la paternidad del autor respecto a su obra y en el último esa titularidad se atribuye al editor por el tiempo que dure el anonimato. Corresponde explicar que ante el supuesto de que la obra no se ha hecho del conocimiento del público es inédita. Por el contrario, si se ha puesto en circulación es obra publicada. Finalmente, si esa publicación se hace después de la muerte de su creador se denomina obra póstuma.

En el orden de lo expuesto, se debe apuntar que el derecho de autor se contempla como un derecho humano. Al respecto, La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, pág. 8) recoge en el artículo 27, segundo párrafo, como un derecho humano aquel que poseen los autores sobre sus obras, lo que genera el derecho que le asiste a la salvaguarda de sus intereses morales y materiales por sus producciones de carácter científico, literario o artístico del que es titular. Al respecto se afirma por Castro (2015) que:

Como derecho humano positivado en calidad de fundamental, el derecho de autor reviste dos cualidades inescindibles: garantiza al autor la protección del componente moral y patrimonial de su derecho y a la vez garantiza con respecto al usuario un derecho universal de acceso al material que posee un interés público (educativo, cultural e informativo). (pág. 23)

La cita antes expuesta es clara y refleja la importancia que tiene este derecho, tanto para el autor como para la sociedad en general, puesto que permite efectivizar otros derechos que inciden en beneficio de la sociedad en general.

En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitido por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (1966, pág. 2) expone: "los Estados Parte reconocen el derecho a toda persona a recibir el beneficio de la protección de los intereses de carácter moral y material por sus creaciones científicas, literarias y artísticas". Igualmente, la organización mundial de la propiedad intelectual convocó a la Conferencia de Estocolmo donde se suscribió el Convenio de Berna, que en su preámbulo (1886), deja claro que su intención es la protección de manera adecuada de los derechos de los autores sobre sus obras de tipo, literarias y artísticas.

En el orden regional, La Convención Americana de Derechos Humanos (1969, pág. 6) consagra dentro de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, en el artículo 13 numeral 2, que este derecho debe reconocerse, respetarse y disfrutarse sin censura.

Para asegurar la materialización del derecho de autor, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (2005, pág. 6), expidió la Observación No 17 referente al derecho de toda persona a recibir el beneficio de que se salvaguarden sus intereses tanto morales como materiales correspondientes por las producciones de tipo artísticas, literarias o científicas que sean de su autoría. Reconoce entre las cuestiones fundamentales que deben cumplir los Estados las siguientes:

- a) Disponibilidad: Deben existir normativas legales adecuadas, al igual que mecanismos tanto de tipo administrativos como judiciales dirigidos a la protección de los autores en el plano moral y patrimonial.
- b) Accesibilidad: Implica que los autores cuenten con el acceso a recursos, ya sean judiciales o en vía administrativa para salvaguardar sus intereses morales y materiales. Dicho asunto se basa en cuatro aristas fundamentales: accesibilidad en el plano físico hasta los tribunales de orden interno y a los organismos especializados para protección de sus derechos.

Otras de las aristas es la accesibilidad económica, que supone acceder a los mencionados recursos de forma asequible para todos, incluye grupos desfavorecidos y marginados. También está la accesibilidad a la información que comprende el derecho de los autores a buscar, recibir y promover información acerca de la organización y funcionamiento del régimen jurídico existente para la salvaguarda de sus derechos. Por último, la calidad de la protección que conlleva a que los procedimientos encaminados a la salvaguarda de los intereses de tipo moral y patrimonial de los autores deben ser competente y la administración debe corresponder a jueces y a las autoridades que correspondan en cada país.

Lo antes planteado obliga a que, en cada nación, existan disposiciones jurídicas enfocadas a proteger a los autores, al igual que a contar con mecanismos y medios apropiados para reclamar sus derechos y hacer valer los derechos morales y

patrimoniales que le corresponde. De ahí la necesidad de que, en casos como las obras huérfanas, existan procedimientos que permitan su la protección de sus creadores.

En Ecuador, en virtud del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 40) en el artículo 102 prevé que los derechos de autor salen a la luz y son objeto de salvaguarda ante el hecho de crear la obra. Su protección se otorga independientemente de la finalidad, género, forma de expresión o destino que se le pretenda dar a la creación. Además, que se precautela exclusivamente la manera a través de las que las ideas del autor son ilustradas, explicadas, descritas o integradas a la obra. Se aclara en el artículo, que en caso de que la idea tiene una sola forma de expresión también será objeto de protección. Esta aseveración sobre la idea es cuestionable al legislador, pues es reconocido por la doctrina más autorizada del derecho de autor que la idea no se protege sino la expresión formal de la misma en obras.

En la norma nacional vigente (2016), de conformidad con el artículo 104 son objeto de protección las obras siguientes:

1. Las obras expresadas en libros, folletos, impresos, epistolarios, artículos, novelas, cuentos, poemas, crónicas, críticas, ensayos, misivas, guiones para teatro, cinematografía, televisión, conferencias, discursos, lecciones, sermones, alegatos en derecho, memorias y otras obras de similar naturaleza, expresadas en cualquier forma;
2. Colecciones de obras, tales como enciclopedias, antologías o compilaciones y bases de datos de toda clase, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales originales, sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre las obras, materiales, información o datos;
3. Obras dramáticas y dramático musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales;
4. Composiciones musicales con o sin letra;
5. Obras cinematográficas y otras obras audiovisuales;
6. Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos, cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas;
7. Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería;

8. Ilustraciones, gráficos, mapas, croquis y diseños relativos a la geografía, la topografía y, en general, a la ciencia;
9. Obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía;
10. Obras de arte aplicado, en la medida en que su valor artístico pueda ser dissociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas;
11. Obras remezcladas, siempre que, por la combinación de sus elementos, constituyan una creación intelectual original; y,
12. Software. (pág. 41)

### **1.1.2. Contenido del derecho de autor**

El derecho de autor, como se ha planteado con anterioridad, permite que los creadores, sean reconocidos como autores de las obras que han creado y conseguir por ella, beneficios económicos. Con motivo de esto, Salazar (2013, pág. 12), estima que el derecho de autor se compone de derechos morales y patrimoniales. Los primeros, forman un grupo de facultades que se relacionan de manera directa entre el autor y su creación; mientras que los patrimoniales, atañen a la explotación de la obra, por el autor o un tercero propiamente autorizado.

#### **1.1.2.1 Derechos Morales**

Los derechos morales se relacionan de forma directa con la protección de la personalidad del creador y la salvaguarda de su obra. Se manifiestan a través del vínculo entre el nombre del autor, su honor y reputación. “El derecho moral es aquel que protege la personalidad del autor en relación con su obra y designa el conjunto de facultades destinadas a ese fin”. (Vega, 2010, pág. 32)

Siguiendo el tema y ante el hecho de que el derecho moral es de carácter personal. En relación con su naturaleza jurídica, González (1993) expone:

La naturaleza jurídica del derecho moral del autor es la de derecho de la personalidad, en virtud de que dicho derecho tiene su origen y fundamento en la personalidad del autor, ya que es su personalidad creadora, existente potencialmente en todo el mundo, la que da como resultado la obra intelectual, por lo que ésta es considerada como reflejo de esa personalidad y en ocasiones ese reflejo es tan marcado que es posible identificar al autor, aun cuando éste se esconda tras el anonimato. (pág. 88)

El derecho moral como se aprecia en la cita anterior permite identificar al autor, conocerlo por su nombre como el creador legítimo de la obra, de ahí la necesidad de respetar este derecho y ejecutar las acciones que resulten necesarias ante obras como las huérfanas para poder salvaguardar el derecho de autor.

Por otro lado, se apunta por Briones (2019) que, los derechos morales tienen como características su irrenunciabilidad, no se transfieren, son inalienables y no aceptan negociación alguna, de igual forma su creador siempre gozará de su titularidad la cual nunca perderá.

En este sentido, es significativo acentuar que los derechos morales, según expresa Gamba y Escobar (2013, pág. 9), precautelan la personalidad del autor con respecto a su obra y conciben facultades encauzadas a esta finalidad. Entre el contenido de estos derechos están: el derecho de paternidad, divulgación o comunicación de la obra, modificación e integridad, entre otros. Sobre estos derechos y coincidiendo con Briones, se comprueba por Barreda (2004) que:

Son aquellos derechos que nacen en el acto de creación de una obra, son de carácter personalísimo, inherentes al autor, siendo por ende inalienables, intransmisibles, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. Con este derecho se protege el intelecto y personalidad del autor. (pág. 15)

El tipo de derecho analizado es visto por Serrano (2000, pág. 2) como un grupo de privilegios en el plano personal relacionados con la tutela del nexo que existe entre la personalidad del autor y su obra. Cuyo fin es asegurar los intereses intelectuales del creador y la sociedad. La jurisprudencia española acerca de este derecho afirma “El derecho moral de autor "oponible *erga omnes*- está destinado a amparar aquellos efectos más vinculados con la personalidad creadora, por lo que contiene facultades inalienables e imprescriptibles” (Sentencia ES:TS:2013:371, 2013, pág. 4)

Ycasa (2015, pág. 227) identifica como derechos morales los siguientes:

- a) Derecho de Divulgación: este supone divulgar una obra inédita o mantenerla bajo ese estatus. Corresponde al autor la facultad de dar a conocer si creación o no en cualquier momento.
- b) Derecho de Paternidad: Que la obra se reconozca por su nombre al igual que puede exigir que su información o seudónimo sea mencionado cuando se haga uso de la creación.

- c) Derecho a la Integridad: Implica poder oponerse cuando la obra pueda ser alterada, deformada o mutilada, etc.
- d) Derecho de arrepentimiento: Se sustenta en el pensamiento del autor el que puede modificar, desistir ciertos criterios, y posiciones que en un momento determinado empleó en su obra.
- e) Derecho de acceso: Este se manifiesta cuando la creación está en manos de otra persona, pudiendo el autor acceder a un único ejemplar de la obra. Bajo este derecho puede ejercitar su derecho a la divulgación o cualquier otro de los que disfrute por su condición.

Por su lado, Lipszyc (2013, pág. 19) clasifica los derechos morales atendiendo a la capacidad para ejercerlos en:

- a) Positivos: Cuando pueden ejercitarse por el creador de la obra, teniendo en cuenta que se sustentan en decisiones personales de este. Ejemplo el de divulgación de la obra, si debe modificarse alguna cuestión en el orden del comercio como mantenerse o sacarla de este medio, su precio, entre otros.
- b) Negativos: Estos se conocen también como defensivos, teniendo en cuenta que no incluyen ninguna decisión acerca de la obra que pueda menoscabarla. Entre ellos están: el derecho a la integridad de la obra y el reconocimiento de la paternidad.

En este sentido, el derecho a la integridad se manifiesta en la potestad que tiene el autor de impedir que su creación sea objeto de modificación de manera que pueda menoscabar su reputación del autor. Por lo que puede oponerse a ella contra cualquier persona. Igualmente, el derecho moral a la paternidad, se manifiesta de forma negativa frente a la posibilidad de poder manifestar oposición cuando un tercero pretenda atribuirse falsamente la autoría de su creación.

En Ecuador, los derechos morales que reconoce la legislación ecuatoriana están consagrados en el artículo 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 45), estos son: la conservación de la creación inédita o divulgarla; poder reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, y exigir que sea mencionado o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que la obra sea utilizada o cuando lo permita su uso normal; tener acceso al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte esté en posesión de un

tercero o sea de su propiedad con la finalidad de ejercitar el derecho de comunicación o cualquier otro que resulte pertinente; y oponerse a cualquier clase de deformación, modificación, alteración o mutilación que pueda afectar la obra y a su vez, dañe su reputación, honor o decoro de la obra.

En consonancia con lo anterior, los derechos morales se centran en proteger de manera directa al autor y su relación con la creación, esto propicia que este sea reconocido como su creador, alega a intereses concernientes con su reputación, dignidad y nombradía de su obra, además de poder disponer de esta respecto a la publicación y reclamación desde un punto de vista, que no crea vínculo económico.

### **1.1.2.2. Derechos patrimoniales**

Luego de vistos los derechos morales, corresponder revisar, otro de los derechos que conforman el contenido de los derechos de autor que son los patrimoniales, los que serán motivo de análisis a continuación. Para Ducci estos (1994, pág. 6), están divididos en: derechos reales, personales e intelectuales. Como arguye Reinoso (2008, pág. 11), son derechos subjetivos, porque otorgan a las personas facultades legales para poder reclamar este derecho ante el poder público. Esta clase de derechos conforman el patrimonio de los creadores y están presentes en el comercio y son objeto de prescripción.

Por otro lado, Salazar (2013, pág. 4) , define los derechos patrimoniales como “todos aquellos actos de disposición exclusiva de una obra, que son dejados a su autor con el fin de resarcirse económicamente del esfuerzo necesario para llegar a materializar la obra.”

Asimismo, Briones (2019) analiza como peculiaridad esencial de este derecho que lo hace diferente al derecho moral, el asunto de que el término para su ejercicio no es perpetuo, ya que este derecho se mantiene durante la vida del creador y cierto tiempo luego de su fallecimiento, en virtud del ordenamiento jurídico de cada país. En el caso de Ecuador el asunto se revisará más adelante.

El derecho analizado es de naturaleza económica, constituye una potestad del autor para autorizar a aquellas personas a que hagan uso y explotación de su creación y tienen entre sus características como asevera, Briones (2019) son embargables, se pueden dividir y renunciar a ellos. También pueden ser objeto de cesión o licencias a cambio de determinado valor monetario.

En relación con el derecho patrimonial la jurisprudencia lo resume como: “el derecho de autor es el salario del artista” (Caso CO: C-040 de 1994 , 1994, pág. 7). Este derecho permite al autor ejecutar, autorizar o establecer una prohibición de explotar económicamente su creación bajo ciertas condiciones. La Corte Constitucional de Colombia en el Caso 975 (2002, pág. 4) expone que estos derechos deben establecerse de forma especial determinándose, tanto las pautas como las limitaciones para su ejercicio.

Corresponde plantear que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 46), expresa en el artículo 120 el carácter exclusivo de los derechos patrimoniales, ellos son:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) Comunicación pública de la obra mediante cualquier vía que difunda palabras, los sonidos, signos e imágenes; la realización de distribución pública de ejemplares o copias de la creación mediante el empleo de arrendamiento, alquiler la venta;
- c) La importación de copias realizadas sin autorización del titular; la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y
- d) La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Como se ha analizado hasta el momento, los derechos patrimoniales conciernen a la explotación de la obra por el autor, o un tercero facultado por este, además con las prebendas económicas que se adquieren por poseer la titularidad del derecho de propiedad intelectual de cierta obra. El Derecho de Autor desde un punto de vista objetivo es la definición que esta materia recibe y en el plano subjetivo consiste en las facultades que otorga al autor respecto a su obra, y que tiene que poseer para su protección: requisitos de individualidad y originalidad.

En los países cuyo sistema de derecho es el anglosajón, el derecho de autor, como exponen Halpern, Seymore, & Port (2012), se nombra copyright, lo que se traduce como derecho de copia lo cual hace referencia a la explotación económica de la obra por vía de la reproducción, por lo que se centra en el plano material.

En las naciones, como Ecuador, que tienen su base en el sistema de Derecho Romano el concepto reviste un matiz mucho más personalista que centra su interés en el sujeto de derecho, el autor y las facultades que a este le son reconocidas

respecto a la obra de su creación, tomándose por ello el término derecho de autor. De acuerdo con esta concepción el hecho de llevar la obra a un soporte material no es un requisito indispensable para obtener la protección requerida a diferencia del copyright que si exige la materialización de la obra que se pretende proteger. Dichas facultades según Lipszyc (2013) tienen un doble carácter, por un lado, aluden al carácter personal (derecho moral) que en principio resultan ser ilimitadas y, por otro lado, de carácter patrimonial que posee un límite en su duración.

### **1.1.3. Duración del derecho de autor**

Para iniciar el estudio de la duración de la protección del derecho de autor, es importante destacar que este difiere según la nación de referencia. Ciertas legislaciones reconocen los derechos morales, de los cuales los autores mantienen la titularidad, a pesar de haber transferido los derechos de carácter patrimonial. En caso de muerte del autor, la defensa de los derechos morales concierne a sus herederos, e incluso al estado, sin importar si estos son los titulares de los derechos patrimoniales.

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2019, pág. 21), el término de duración de la protección es “el período durante el cual el derecho de autor sobre una obra es reconocido por la ley. La expiración del término de protección supone, por regla general, la prescripción del derecho.”

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el Convenio de Berna para protección de obras literarias y artísticas (1886, pág. 1) dispone en su Artículo 7.1 con carácter obligatorio, un mínimo de la duración de la protección, por la vida del autor y 50 años después de su muerte. Por ejemplo, los países pertenecientes a la Unión Europea establecen el período de protección del derecho de autor por 70 años, a partir de la muerte del autor de la obra y la fecha en la que la obra se hizo asequible legalmente al público, tanto si la obra resulta ser anónima, o está firmada bajo un seudónimo.

Por otra parte, establece, además que el período de protección de los derechos afines es de cincuenta años. Mientras, la obra se encuentre en la esfera del dominio privado los usos, utilización o explotación, deberán tener el permiso de forma previa y tácita del autor, sus herederos o titulares. Cuando expire este plazo de tiempo, la obra

puede ser sometida a reproducción, ejecución y traducción, sin necesitar autorización. No necesariamente siempre es gratuita la explotación de la obra que ya haya pasado al dominio público. Varios países poseen la institución del dominio público, previo pago.

De forma general, la duración de la protección de los derechos de corte patrimonial se extiende durante la vida del autor y cierto período posterior a su muerte, oscilando entre 50 y 80 años. Cuando termina el plazo de protección que se regule según el caso, la obra pasa a ser de dominio público y puede ser utilizada por cualquier persona sin necesitar para ello la autorización del autor.

En Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 65) prevé de forma general en el artículo 201 que la duración de la salvaguarda de los derechos de tipo patrimonial comprende la vida del creador y setenta años después de su muerte. No obstante, según el tipo de obra ha especificado dicho término, por ejemplo, para la obra póstuma establece un plazo de setenta años a partir de la muerte del autor; para la obra que es anónima o seudónima contempla un término de setenta años contados a partir de que el público tenga acceso a ella, entre otros.

Se debe plantear que la Propiedad Intelectual, al igual que otros tipos de propiedad, concretamente el derecho de autor tiene limitaciones para su protección en dependencia de la política social, tomando en cuenta las necesidades de la sociedad en cuestiones de conocimientos e información sobre los sucesos mundiales, entre los que podemos citar que no se protegen por razón de interés público aquellos documentos oficiales entre los que se encuentran en algunos casos los documentos de gobierno. Pueden emplearse sin el consentimiento del autor, las noticias diarias, las publicadas por la prensa, las difundidas por la radio y la televisión o transmitida de forma pública por otros medios, etc.

En ese sentido, Lipszyc (2013, pág. 17) señala que dichas restricciones difieren en cuanto a su extensión, razones que las motivan y ámbito en el cual se puede efectuar la utilización autorizada en la excepción. Con el objeto de fomentar el acceso a las obras y a la cultura en general, la aceptación de las limitaciones se explica por la necesidad de lograr un balance entre los intereses del público en materia de acceso a la ciencia y al arte y los derechos de los autores.

#### 1.1.4. Dominio Público

Para estudiar lo concerniente al dominio público debe tenerse en cuenta que este término para Vergara (2003, pág. 28) se relaciona con facultades de carácter público que se aplican a ámbitos determinados. En la esfera del derecho de autor, tal como expone Martínez (2012), lo integran aquellas obras que no están sometidas a ninguna protección debido a que no constituyen objeto de tutela, las que el titular del derecho haya renunciado al mismo o las que ya hayan expirado el término de protección.

El dominio público es visto en la mayoría de los casos, como indica Samuelson (2006, pág. 141), enfocado solamente a las obras en que las que el derecho de autor ha caducado. Sin embargo, existe una concepción más amplia, que comprende además el derecho al empleo de la obra que aún posee el autor, lo que da lugar a que aparezca el ejercicio de una excepción o de una licencia jurídica u obligatoria.

En la región latinoamericana, explica Martínez (2012, pág. 61) que, normalmente se emplea la definición de dominio público originario, lo integran aquellas obras que no estuvieron nunca sometidas a protección y dominio público consecuente conformado por obras que en algún momento estuvieron tuteladas, pero pasaron al dominio público luego de llegar a su fin el término establecido.

De lo antes planteado, se puede decir que, una vez, que las obra pasan al dominio público esta puede ser usadas, ejecutadas, reproducidas, exhibidas o transformadas, ya sea por medio de una traducción o adaptación. Las personas que lo hagan no pueden adquirir derechos sobre las mismas, únicamente si sobre las mismas se hacen aportes creativos o surjan obras que se deriven de estas, como es el caso de las adaptaciones.

Por lo antes expuesto, es importante destacar que el dominio público tiene diferentes funciones. Dusollier (2010) identifica que entre ellas se encuentran:

- a) Impulsar la creación de nuevos conocimientos o manifestaciones artísticas;
- b) Posibilitar la imitación competitiva;
- c) Posibilitar la continuidad de la innovación;
- d) Posibilitar un acceso barato a la información;
- e) Proporcionar acceso al patrimonio cultural
- f) Fomentar la educación;
- g) Fomentar la salud y seguridad públicas;

h) Fomentar los procesos y valores democráticos. (pág. 6)

Como se aprecia el dominio público es de vital importancia y está en directa relación con el interés de carácter público desde ámbitos como la educación, desarrollo científico, innovación, la cultura e igualmente se vincula a la naturaleza de la democracia existente en cada país. Además, coadyuva al desarrollo en el plano económico y social.

Se debe destacar que el dominio público es gratuito, salvo cuando por disposición legal se disponga lo contrario, permite el acceso de todos sin discriminación alguna a las obras. Está estrechamente relacionado con las limitaciones y excepciones del derecho de autor teniendo en cuenta que las dos, buscan permitir cada vez más el acceso de la sociedad a las obras, a la cultura y la creación en general.

En Ecuador el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 36) dispone en el artículo 86 con respecto al dominio público que los derechos de propiedad intelectual son una excepción al dominio público siempre que se empleen para estimular el desarrollo en el orden de la tecnología, la ciencia y el arte, los que deben responder a la función y responsabilidad en el plano social de acuerdo a lo regulado en la norma constitucional y la Ley.

#### **1.1.5. Límites y excepciones al derecho de autor**

Al realizar un análisis general sobre los derechos de autor y el dominio público es esencial tener en cuenta los límites y excepciones a estos derechos. Según expone Christie (2011, pág. 22), las limitaciones, son una prohibición general y reglamentan el objeto de una determinada protección en relación con la normativa.

Sobre las excepciones, Geiger (2004, pág. 5) se pronunció en que debe existir una salvaguarda para la coherencia del Derecho de Propiedad Intelectual vinculándolas a la jerarquía como un derecho exclusivo que tiene el autor sobre su obra para su explotación y que estos derechos, respecto a la creación, prevalecen sobre los de las demás personas para hacer uso de ellas.

En el orden de lo antes expuesto, Jessen (1989, pág. 102) arriba a la conclusión de que determinar los límites y excepciones se interrelaciona con los derechos humanos,

ya que las personas poseen el derecho a disfrutar y tener acceso al arte, la cultura, la ciencia, etcétera.

Por su parte, Ricketson (2003, pág. 31) cataloga las limitaciones y excepciones como aquellas obras que se exceptúan, de la defensa a ciertas clases de obras o materiales, entre ellos: documentos oficiales y discursos políticos. Además las disposiciones que se suponen inmunes en las operaciones de transgresión de ciertas formas de empleo como: las informaciones que provienen de la prensa o la enseñanza entre las que se encuentran: la reproducción de conferencias, aquellas citas que tienen como fin la educación, etcétera ; así como las disposiciones que proporcionan y consienten el acceso al empleo de las obras resguardadas por el derecho de autor efectuando el pago al titular de este derecho que se denominan licencias obligatorias.

Según lo expuesto en los análisis anteriores, se puede afirmar que, el definir límites y excepciones en esta rama del Derecho resulta difícil por los complejos vínculos que a través de él se establecen, ya que estos impactan directamente en varias esferas como la social, cultural, política y económica. El demarcar las limitaciones y excepciones se justifica en el hecho de que la sociedad en general tenga acceso a la información y a la cultura y estas creaciones se pongan al servicio de un interés general.

En relación con lo antes planteado, es posible deslindar que la definición en las legislaciones respecto a Propiedad Intelectual, de los límites y excepciones son afines a los derechos humanos. Sobre esto, Vega (2010, pág. 7) expone que todas las personas poseen el derecho al disfrute y la participación en todas las esferas de la cultura, percibir las ventajas de los avances científicos y tecnológicos; así como también los autores tienen reconocidos derechos morales y patrimoniales sobre sus obras.

Es dable además recalcar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, pág. 8) estipula en su artículo 27 el derecho del autor y el derecho de la sociedad de disfrutar y conocer de las obras, lo cual se lleva a cabo por medio de la determinación de limitaciones y excepciones. De lo que se deriva que debe existir un equilibrio entre ambos derechos.

Por su parte, Barrenechea (2017, pág. 17), expone que las figuras objeto de análisis son de gran importancia y deben emplearse de manera adecuada, porque mediante

ellas, se cautelan las obras. Asegurando el beneficio económico que deben percibir los creadores, por la divulgación, explotación, comercialización, difusión y al mismo tiempo se ofrece la posibilidad al público de apreciarlas, proporcionando el vínculo del autor con el público.

Las limitaciones y excepciones posibilitan en algunos casos, para Barrenechea (2017, pág. 18) que aquellas obras objeto de protección por el derecho de autor, puedan ser empleadas sin necesidad expresa de la autorización del creador. En estos casos se debe recoger específicamente por la normativa y posee un carácter excepcional, como por ejemplo el fallecimiento del autor después de cierto tiempo, cuando las obras pasan a ser de dominio público.

Igualmente, hay limitaciones al derecho de autor, que pueden manifestarse por medio de licencias jurídicas y obligatorias que limitan al autor con respecto al derecho patrimonial, de reproducción y distribución por medio de las publicaciones en diarios u otros medios de comunicación de artículos basados en temas de actualidad y que resulten polémicos, en sentido político, económico o religioso.

Barrenechea (2017, pág. 20), examina que entre las excepciones a los derechos patrimoniales de los titulares de derecho de autor se encuentran la utilización de la obra, relacionado con la educación, la investigación y el aprovechamiento de la cultura. Esto se ve reflejado cuando se realizan citas en estudios científicos y de investigación. En estos casos cuando se empleen dichas creaciones con los fines aludidos, deben plasmarse siempre el nombre del autor, así como la fuente de origen. El mismo caso acontece con las reproducciones y las obras que se exponen en museos, centros culturales e instituciones educativas.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (2016, pág. 66) prevé en el artículo 212 un grupo de actos que no necesitan autorización para su empleo y tampoco se les remunera al autor, entre ellos están: cuando se incluyen en una obra propia, partes de obras de otros autores que pueden ser escritas, sonoras, audiovisuales, fotográficas, figurativo o similares que hayan sido divulgadas y esto genera la obligación de que se cite su autor, cuyos fines sean docentes o de investigativos; cuando se empleen en procedimientos oficiales de la legislatura, órganos de justicia y la administración pública.

También en virtud del mencionado artículo 212 del Código vigente (2016, pág. 66), no necesitan autorización para su uso la reproducción, traducción o cuando se proceda a la distribución y comunicación pública para informar, se realicen comentarios, u otros semejantes acerca de sucesos de actualidad. Cuando se reproduzca, adapte, distribuya o se comunique públicamente con finalidad educativa y científica, así como para asegurar el acceso a personas con discapacidad de las obras de carácter: fotográficas, bellas artes, arquitectónicas o semejantes que estén en lugares públicos, a través de foto, películas, pinturas u otros medios siempre que se haga alusión al autor original, entre otras.

De lo anteriormente estudiado, se puede llegar a la conclusión de que las limitaciones y excepciones son sumamente necesarias y relevantes, no sólo para los autores sino también para la sociedad en general, involucran el conocimiento de las obras, de las personas que las crearon y a su vez el acceso a estas y su utilización por parte de las personas que integran la sociedad, propiciando que ejerciten derechos humanos como: a la información, la educación y la cultura, entre otros.

#### **1.1.6. Gestión colectiva de los derechos de autor**

Las sociedades de autores o sociedades de artistas se denominan sociedades de gestión colectiva, a consideración de Lipszyc (2013, pág. 8) es entendido como un sistema administrativo por el cual los titulares delegan a organizaciones creadas al efecto la negociación de las condiciones en que sus obras serán utilizadas por difusores y otros usuarios primarios.

Por su lado la Aragón (2004, pág. 3) define la gestión colectiva como el ejercicio del derecho de autor y de los derechos conexos a través de organizaciones que representan a los titulares de derechos y defienden sus intereses. Estas entidades aparecen ante el hecho de que los derechos de autor y derechos conexos no son posible ejercerlos a título personal porque las obras suelen estar en muchos lugares y son usadas por gran cantidad de usuarios en momentos distintos. Por ello al autor individualmente le resulta complejo controlar este asunto y debe recurrir a esta clase de organización.

La gestión colectiva, implica que los autores autoricen a las organizaciones de gestión colectiva a servirles como vía de control del empleo de las obras, desarrollar negocios con los posibles usuarios, encargarse de la concesión de licencias por lo que el titular

del derecho de autor abona cierta cantidad de dinero y en determinadas condiciones se recauda la remuneración y distribuye entre los autores. Aragón (2004) analiza que:

Las Entidades o Sociedades de Gestión son, fundamentalmente, una herramienta o instrumento para la protección de los derechos que corresponden a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual. Por tanto, las entidades de gestión no son el sujeto protegido por las leyes de derechos de autor, sino un mecanismo más, el más importante sin ninguna duda, para la eficaz protección de los derechos de aquéllos. Sólo desde esta concepción auxiliar, pero fundamental, se justifican las especificidades del régimen jurídico al que se someten estas sociedades, con sus privilegios y sus cargas y controles por las autoridades administrativas. (pág. 5)

Estas instituciones están formadas por personas diferentes de los creadores, de los ejecutantes o intérpretes, y aquellos que de alguna manera posean la titularidad de los derechos sobre una obra. Son sociedades de gestión, ya que como explica Lipszyc (2013, pág. 8) ejercen la administración de los derechos económicos de los asociados o representados, permitiendo de esta forma la administración de toda una compilación de obras, ejecuciones, interpretaciones o fonogramas.

Las sociedades de derecho privado poseen un interés público, ya que una adecuada gestión permite un efectivo cumplimiento de la ley. Precisamente por ello es por lo que cuentan con una legitimación de tipo procesal para ejercer la acción administrativa o en vía judicial en defensa de los intereses de sus representados.

Corresponde plantear que el sistema de gestión colectiva protege al autor, pero también brinda ventajas a los usuarios. Al respecto Ficsor (2002, pág. 18) plantea que mediante estas organizaciones se facilita el acceso a las obras desde una fuente única. Se simplifica el proceso de negociación de las obras, se controlan mejor los usos y se recaudan las regalías de manera organizada.

Cabe destacar la labor que realiza la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) en función de la gestión colectiva. Al respecto en sus Estatutos (2017, pág. 5) prevé entre sus objetivos esenciales:

- a) La defensa de los intereses de los autores
- b) El respeto de los derechos de los titulares del derecho de Autor en el orden moral, económico y jurídico
- c) Efectuar la recaudación y distribución de regalías; entre otras.

Estas sociedades se crean en función de las regulaciones legales de cada país, sus facultades se estipulan en sus estatutos. Dicha figura la reconoce la Decisión 351 de la Comunidad Andina (1993, pág. 8) en el artículo 45 que define los requisitos para su funcionamiento y la obligación estatal de ejercer el control sobre ellas para que cumpla con sus fines enfocados en gestionar el derecho de Autor y derechos conexos.

En Ecuador, de conformidad con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 75) en el artículo 238 se definen como personas jurídicas sin fines de lucro, que tienen como fin gestionar de forma colectiva los derechos carácter patrimonial del autor o derechos conexos, o de estos conjuntamente.

De igual manera dicho Código (2016, pág. 76) define en el artículo 243 que las sociedades de gestión colectiva deben cumplir ciertos requisitos para constituirse como: Que sus estatutos respondan a los requerimientos legales; deben tener como mínimo cincuenta socios que sean titulares nacionales de los derechos a gestionar y deben contar con los medios y recursos suficientes para ejecutar las actividades y gestiones de la sociedad.

## **1.2. Obras Huérfanas, protección y utilización: gestión de derechos y licencias**

### **1.2.1. Concepto de obra huérfana**

Para analizar la obra huérfana se debe aludir a que la Real Academia de la Lengua Española (2014, pág. 201) considera que dicho término significa la inexistencia de padre, madre o de los dos ante la muerte y lo define como algo que no cuenta con las particularidades y cualidades que ameriten su protección.

En esa línea y desde el derecho de autor, la Directiva 2012/28 del Parlamento Europeo (2012, pág. 5) referente a los ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, las define como aquellas obras o prestaciones que revisten las condiciones necesarias para ser protegidas por la propiedad intelectual, pero a diferencia de otras obras los titulares de estos derechos no pueden ser identificado o localizado.

Por su lado, autores como Busaniche (2014, pág. 15), consideran que regularmente las obras huérfanas están formadas por trabajos que no poseen mucha relevancia

comercial pero sí una alta utilidad académica y cultural, por lo que su exclusión y no utilización representa una pérdida considerable.

En relación con el tema de estudio, Colangelo y Licensso (2012, pág. 179) coinciden con el hecho de que esta clase de obras huérfanas son objeto de salvaguarda por la Propiedad Intelectual, sin embargo, resulta imposible identificar y encontrar al titular de derechos. Al respecto se considera por Dusollier (2010) que muchas de estas obras se les considera protegidas por derecho de autor. Ello es un obstáculo para explotarlas y utilizarlas ante la no identificación y localización de sus titulares.

Sobre las obras huérfanas, es esencial plantear que para Guadamuz (2016, pág. 3) existen por las siguientes cuestiones:

- a) Su creador, propietario o editor no es posible encontrarlo aun cuando se haya realizado una búsqueda exhaustiva y extensa;
- b) La información empleada para gestionar los derechos está incompleta, no es exacta y puede estar falseada;
- c) Inexistencia de metadatos; y
- d) Los movimientos o traslados del propietario no obran en los registros pertinentes.

De igual forma Lifshitz-Goldberg (2010, pág. 3) analiza que una obra huérfana suele aparecer cuando su autor no se conoció públicamente y la obra fue publicada anónimamente o no fue divulgada nunca. Además, que la identidad de su autor pudo haberse conocido una vez y se perdió con el decursar del tiempo. Otra situación que se puede manifestar es que no es posible determinar quién heredó los derechos de autor y quien actualmente los posee.

Actualmente existen obras huérfanas según Lifshitz-Goldberg (2010, pág. 3) que, por su naturaleza informal, colaborativas, etcétera, entre las que están las que pertenecen al entorno digital como, por ejemplo: blogs y páginas web a través de la participación de varios colaboradores son imposibles de encontrar.

Por lo antes expuesto, se debe plantear que como afirma Dusollier (2010, pág. 8) se colocan en un área indeterminada, que comprende los puntos de vista que se exponen a continuación:

- a) La salvaguarda del derecho de autor, en todos los órdenes, motivo por el que se exige la autorización pertinente para el uso de la obra, y

- b) El dominio público, teniendo en cuenta que la obra no goza de protección alguna y puede usarse de manera libre.

Por lo antes planteado, la inexistencia de información que permita identificar al autor constituye un impedimento para que estas obras puedan ser colocadas en el plano de su salvaguarda o de la ausencia de esta. De ahí la importancia de determinar esta situación para garantizar el respeto al derecho de autor.

En la actualidad en los países donde se regula el tema para utilizar una obra huérfana, se presenta como dificultad que se deben debe invertir recursos para localizar a su autor. El proceso de búsqueda según Lifshitz-Goldberg (2010, pág. 5) es extremadamente costoso, a veces no existe o carece de claridad, requiere mucho tiempo y, a menudo, no arroja ningún resultado. En caso de que luego de realizarse la búsqueda se decide utilizar la obra, ello conlleva a resultados negativos en el orden judicial.

Como se aprecia, en las obras huérfanas, existe una dificultad en cuanto a la identidad o localización del autor o titular de derechos, por lo que su condición se complejiza, ante el supuesto que un tercero quiera emplear la obra o prestación, ya que ello impide que se autorice expresamente su uso y explotación, cuestión que debe definir la normativa de manera clara. Igualmente es fundamental la existencia de un procedimiento de búsqueda diligente.

Otro asunto importante que destacar es lo concerniente a la gestión colectiva a través de determinada organización, las que en muchos casos poseen bases de datos que permite la interacción entre sus miembros para adquirir información sobre las obras huérfanas, lo que puede contribuir al proceso de búsqueda y localización de los autores. Mediante estas estructuras según Walker (2014, pág. 864) pueden otorgar licencias para el empleo de esta clase de obras y hacer uso de los recursos que se generen por este concepto, no obstante, deben restituirlos a los autores cuando sean localizados.

En Ecuador el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación (2016) en el artículo 214 define como obras o prestaciones huérfanas aquellas “cuyos derechos de autor o derechos conexos se encuentran vigentes conforme los plazos de protección establecidos en este Código, pero cuyos

titulares no están identificados o de estarlo, no ha sido posible su localización”. (pág. 70)

Además, la norma vigente (2016, pág. 70) regula que quien busque hacer uso de las obras o prestaciones huérfanas debe realizar las gestiones y actos que correspondan de forma razonable enfocados en identificar al titular del derecho y notificar oportunamente a la autoridad competente en la materia de derechos intelectuales. De aparecer este o sus derechohabientes y acreditar su condición puede ejercer las acciones que según la norma le corresponden.

Resulta trascendente destacar que para que una obra sea calificada como huérfana no es suficiente con el hecho de que no se posea información acerca de la identificación o localización del titular de derechos, sino que igualmente se requiere que se hayan realizado todos los esfuerzos precisos para conseguir la información que se desconoce. Por tanto, se procura frenar que se abuse de esta condición de obras, transgrediendo las facultades de los titulares de derechos que eran identificables o posibles de localizar si se hubiera realizado un esfuerzo en vías de obtener la información.

### **1.2.2. Tipología sobre obra huérfana**

Para estudiar la tipología se debe iniciar por decir, que las obras se reconocen como huérfanas según Walker (2014, pág. 852) por dos elementos principales que son: cuando no es localizable el titular de derechos y cuando no se logra identificar el titular de derechos. A decir de la autora, pueden existir variados factores que expliquen la carencia de información acerca de la identificación o localización del titular del derecho. Estas se revisarán a continuación.

En primer lugar, se manifiestan cuando el autor o titular de derechos haya cambiado la información de su contacto como domicilio, números de teléfono, correo electrónico etc. y no exista conocimiento sobre las nuevas. La obtención de este tipo de información no se hace tan difícil al hablar de escritores, pintores, fotógrafos o artistas famosos, pero cuando se trata de una persona que no posee estas características su localización se convierte en un verdadero reto.

En ese orden, como expone Guadamuz (2016, pág. 4), también resulta difícil de llevar a cabo la localización, en los casos que el titular del derecho no tenga vínculo con ninguna organización de gestión colectiva de derechos, ya que estas cuentan con bases de datos que les facilita conectarse con sus miembros.

Pueden darse casos en que la información sobre la gestión de derechos puede ser escasa, engañosa o no existir. Las causas de la inexactitud de la información para Guadamuz (2016, pág. 5) puede originarse por dificultades de transcripción de información o que se hayan ejecutado transferencias de derechos y que no haya sido actualizada la información de forma correcta en sistemas de registro.

En ciertos casos puede suceder que, el titular de derecho según Ringnalda (2013, pág. 62), no está al corriente de que ostenta dicha calidad por lo que no hace esfuerzo para dejar saber sus contactos y estar disponible. Por ejemplo, se puede provocar cuando el titular de derechos fallece y no hay claridad acerca de quiénes son los herederos de sus derechos.

Los titulares de derechos ya sean los originarios, como los derivados, pueden ser personas naturales, pero además personas jurídicas. Respecto a las personas jurídicas, suele suceder que este deje de existir y no consten antecedentes precisos sobre los derechos de la cual la entidad poseía titularidad. En industrias con una amplia tradición y experiencia en gestión de derechos, se disminuyen las posibilidades de que se vayan a generar obras huérfanas por causa de su desaparición como por ejemplo en la industria musical.

La inexistencia de información sobre el titular de derechos puede darse como indica Ringnalda (2013, pág. 66), cuando el autor de la obra que se pretende emplear no ha sido indicado su identificación de forma correcta, o simplemente no señaló ninguna información personal por lo que llegar a sus orígenes es sumamente difícil y en ocasiones imposible.

Ante el hecho de no poder identificar o localizar al autor influye, que es cada vez más frecuente en la modernidad, disfrutar del acceso a la tecnología que posibilitan registrar imágenes por lo que potencialmente la mayoría de nosotros podemos estar creando. Además, la posibilidad de acceso a internet permite que estos registros se reproduzcan continuamente y se comuniquen mundialmente lo que acrecienta los problemas de hallar al autor o titular de derechos de una obra específica.

### 1.2.3. Búsqueda diligente: criterios de registro

Acerca de lo correspondiente a la búsqueda diligente, según lo analizado por Walker (2014, pág. 842) se entiende que esta tiene lugar cuando al momento de considerar y otorgar la condición de huérfana a una obra se ha comprobado antes según criterios de búsqueda que realmente el autor no es posible de identificar o hallar su paradero.

Al momento de declarar la orfandad de una obra primero se debe proceder a la identificación de los titulares de derechos materiales tutelados; comprobar los derechos de autor y conexos dependiendo de si son autores, intérpretes o productores; comprobar los derechos de aquellas obras que se deriven de una original; documentar los pasos que se dan para que esta búsqueda sea efectiva. En caso de declarar la obra como huérfana acudir a la legislación vigente en la materia de la nación que se trate para proceder.

Para determinar si realmente una obra posee la condición de huérfana existe un mecanismo que establece las pautas básicas para la búsqueda de información, la que se ha denominado búsqueda diligente. Esta según Walker (2014, pág. 853) contiene los pasos a ser seguidos para localizar e identificar al titular de derechos, si esta no da frutos se pasa a reconocer la orfandad de la obra. Estos son establecidos por la normativa de cada país, pero de manera general los principales que se deben tener en cuenta son:

- a) Identificar de qué tipo de obra se trata; realizar una búsqueda en el documento acerca de información general como pueden ser: nombre real del autor o su seudónimo, título de la obra, año en que fue publicada y editorial a cargo de esta;

Buscar información en aquellas instituciones que puedan poseer información acerca del autor; realizar una búsqueda en todos los tipos posibles de plataformas como pueden ser redes sociales, buscadores web, directorios, entre otros; e indagar en bases de datos que estén diseñadas para recopilar información sobre obras huérfanas.

Para gestionar el uso de las obras huérfanas una vez que estas hayan sido reconocidas como tal cada nación debe asumir el compromiso de crear un registro único sobre estas. Este consiste en una base de datos abierta al público, con toda la

información que será facilitada por bibliotecas, centros de enseñanza y museos, entre otros.

La búsqueda diligente en la actualidad constituye para Lifshitz-Goldberg (2010, pág. 5) la base de la solución al asunto de las obras huérfanas y su objetivo debe ser hacer cada vez más amplia la disponibilidad de las obras a nivel mundial para evitar empujar las creaciones al orfanato, de forma tal que los titulares de derechos se pueden encontrar. Una forma de garantizar que se logre ese equilibrio es exigiendo el cumplimiento de dicho procedimiento y la necesidad de que las naciones lo tengan contemplado en la normativa interna.

De hecho, toda solución legislativa de obras huérfanas sugerida incluye alguna forma de búsqueda diligente, realizado antes del uso de la obra. Se coincide entre los autores mencionados en esta parte, que la búsqueda es lo esencial y comienza en el presunto país de origen mediante la documentación de la búsqueda como requisito común.

Las obras huérfanas, también pueden estar sujetas a un esquema de licencias ello según Hansen, Urban y Hinze (2013, pág. 14), implica recibir autorización para utilizarla, luego de ejecutada una búsqueda diligente de su autor previo a su empleo. La licencia tiene como ventaja en el marco de las obras huérfanas la certeza que brinda al usuario, teniendo en cuenta que no corre riesgos de ser demandado por parte del titular de los derechos de autor. No obstante, no todos los países cuentan con mecanismos de concesión de licencias para esta clase de obras.

#### **1.2.4. Protección de obras huérfanas y dominio público**

La condición de una obra como huérfana no reviste un carácter permanente, ya que permite en cualquier momento que el titular de derechos pueda exigir su condición y consiguientemente poner fin a dicha calificación, rescatando el control sobre sus derechos. Incluso el titular de derecho podrá conseguir una compensación por el uso de su obra durante el tiempo que pasó desde que fue declarada obra huérfana hasta que se exigieron los derechos sobre esta.

La Directiva 2012/28 del Parlamento Europeo (2012, pág. 5) como referencia para el estudio de las obras huérfanas, lo regula de igual forma mediante el fin de la orfandad, o sea, que no considera esta condición de manera permanente. Ello implica que el titular de derechos puede en cualquier momento realizar la reclamación

correspondiente y con ello culmina esta categoría y a su vez el autor o titular recupera las potestades que tiene sobre ella.

Las obras huérfanas no se pueden identificar con las obras cuyo autor es desconocido y forman parte del dominio público, tampoco para Walker (2014, pág. 852) , con las obras anónimas. La diferencia radica en que sobre las que no se cuenta con información que posibilite identificar al autor de esta, lo que no quiere decir que pueda ser utilizada por terceros sin autorización previa como sucede con las de dominio público, ya que las obras huérfanas se encuentran protegidas por la propiedad intelectual y sí precisan autorización para su uso por terceras personas interesadas en ello.

Por otro lado, es importante plantear que como analiza Dusollier (2010) si el fin del dominio público es garantizar que la creación pueda ser objeto de utilización y explotación, los sistemas que se están aplicando actualmente para la autorización de estas, luego de una búsqueda diligente sin resultados y que en muchos de los casos se fija cierta valor monetario por ello, tiene igual objetivo que el dominio público, lo que coadyuva a mejorar el acceso público y que la obra sea explotada adecuadamente aun cuando no se conozca su autor.

En el supuesto contrario a lo expuesto, se plantea por Dusollier (2010) que, si se busca garantizar que el uso de la obra pueda desarrollarse gratis y libremente, entonces, al no conocerse a su titular y por ende, tampoco el régimen aplicable a esta obra en el dominio público, puede considerarse como creación protegida y debe pagarse por emplearla. En este supuesto, el uso de una obra del dominio público quedaría sujeta a condiciones similares a las licencias obligatorias. Ello es contrario a la libertad de utilización que es propio del dominio público. Por ello con el fin de preservar el uso y acceso libre de las obras huérfanas al dominio analizado es necesario, identificar las creaciones y los titulares del Derecho de Autor, ello permitirá definir cuales obras son o no pertenecientes al dominio público.

#### **1.2.5. Contenido límite de la obra huérfana: usos autorizados**

Los usos de obras huérfanas están determinados por la inexistencia de un autor o autores debidamente identificados y/o localizados, por ello su uso debe enfocarse en responder a un interés social y permitir el ejercicio de derechos como la educación, cultura, investigación, fines científicos, entre otros

La utilización de las obras huérfanas está encaminada a beneficiar a instituciones como las bibliotecas, centros de enseñanza, museos, archivos, instituciones de conservación del patrimonio sonoro o cinematográfico y entidades públicas de radiodifusión.

Según expone Walker (2014, pág. 847) respecto a los tipos de usos que comprende únicamente autoriza a las entidades antes mencionadas a usar las obras huérfanas de dos formas para la reproducción y la comunicación y puesta a disposición del público. Estos usos facultados deberán ser realizados con la finalidad de alcanzar objetivos concernientes al interés público que tienen las instituciones beneficiadas con los mismos.

Lo que quiere decir que, además, de restringir y limitar el tipo de uso que se hará sobre las obras huérfanas, las entidades no están autorizadas a realizar cualquier tipo de actividad, sino que el uso debe estar justificado a razón de la propia misión de interés público que posea la entidad.

En Ecuador, en virtud del El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 66) en el mencionado, artículo 212 referente a los actos que no requieren autorización para su uso están contempladas en el numeral 16 para las bibliotecas o archivos, en este caso para las obras huérfanas, que no estén disponibles lícitamente en el comercio nacional siempre que sea por un término superior a un año contado a partir de la publicación primera. También, mientras subsistan bajo esa condición, las entidades dedicadas a la enseñanza pueden emplear las obras íntegramente bajo el requisito de que su uso sea requerido por parte de la autoridad educativa que corresponda.

#### **1.2.6. Gestión colectiva de derechos sobre obras huérfanas**

Las sociedades de gestión colectiva, antes revisadas, se relacionan según Lipszyc (2013, pág. 12) con un sistema administrativo por el cual los titulares delegan a organizaciones creadas al efecto la negociación de las condiciones en que sus obras serán utilizadas por difusores y otros usuarios primarios.

Dichas sociedades de gestión para Ríos (2004, pág. 56) aparecen como respuesta eficaz y clara ante un problema empírico que se les puede presentar a los autores y

titulares de derechos de autor y conexos en lo concerniente al control y a los derechos que surgen ante el uso continuo de sus obras.

Estas en principio, únicamente están acreditadas para conceder licencias colectivas que posibiliten el uso de las obras o prestaciones que forman parte de su colección, o sea, obras o prestaciones que constituyan titularidad de los miembros de la sociedad colectiva. Es por ello, que la entidad normalmente no se encuentra legitimada para conferir autorizaciones sobre obras cuyos titulares no integren sus miembros ya que ellos no la han autorizado para gestionar los derechos que devengan sus obras o prestaciones.

Esta limitación legal ha sido modificada para facilitar y fomentar el uso de la cultura y acceso a la información permitiendo que las sociedades de gestión colectiva concedan licencias colectivas inclusive sobre obras que no forman parte de su colección. Esto representa que la licencia se empleará sobre todas las obras o prestaciones de una zona determinada, sin depender si los titulares de derechos son miembros de la entidad.

En este contexto se considera como dificultad de que las sociedades enfocan su gestión a su catálogo y reciban cierta retribución según Botero (2013, pág. 23) por obras huérfanas. Esto produce problemas de carácter administrativo y se ha vuelto una práctica proceder a la distribución entre sus socios de estos ingresos luego de que ha pasado cierto tiempo. No obstante, se considera que es una opción para gestionar las obras declaradas huérfanas, siempre que esté debidamente regulado. Este asunto, tiene una peligrosa y profunda repercusión jurídica, pues se estarían administrando, recaudando, liquidando y distribuyendo regalías derivadas de derechos cuyos titulares no son a los que van dirigidas estas regalías, lo que contradice el mandato legal que tiene la entidad de gestión y los propios postulados del derecho de autor. No obstante, ha sido una solución buscada por el legislador, motivada por la práctica jurídica y la necesidad de distribución, de la manera más correcta, de estos ingresos. En estos casos, en algunos países como Cuba, se dirigen estos ingresos a fondos públicos para el desarrollo de la cultura. Se recomienda ser cuidadoso con esta práctica. A nuestro criterio, debe estar bien fundamentada, justificada y legitimada con la norma jurídica de que se trate.

Se debe señalar que, en Ecuador en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, las regulaciones sobre las obras huérfanas dentro de las sociedades de gestión colectiva son nulas, a pesar de que sobre esta persona jurídica se especifica su estructura, recaudaciones y distribución. Ello obliga a una revisión de la normativa vigente en busca de contar con disposiciones claras con respecto al tratamiento jurídico que debe dársele a este tipo de creación en el contexto de dichas sociedades.

### **1.2.7. Licencias para el uso de obras huérfanas**

Mundialmente se ha hecho necesario regular un sistema de licencias para dar solución a los conflictos de uso que las obras huérfanas generan. La regulación se basa en la necesidad de reconocer la relevancia de la Propiedad Intelectual, especialmente como mecanismo esencial de la estructura social y económica de un país y como medio que posibilita a los creadores a obtener los beneficios de sus obras y vivir de su trabajo, conjuntamente con esto intentar que esta protección no limite la utilización de las obras por terceros.

Como expresa Walker (2014, pág. 864) la regulación varía en dependencia de la nación que se trate y su legislación al respecto. Por ejemplo, en algunos países como Reino Unido y Canadá se faculta al Secretario de Estado a normar este tipo de licencias, al que corresponderá determinar quiénes son aquellas personas que serán competentes para autorizar el uso de obras huérfanas.

Por otra parte, la licencia concedida no puede ser exclusiva y los efectos que origina la licencia son iguales a los que se producen si esta hubiese sido conferida por el titular de derechos. La entidad administrativa que otorga la autorización a terceras personas para utilizar una obra huérfana requiere según Walker (2014, pág. 860) que se hayan ejecutado todos los esfuerzos requeridos para localizar al titular de derechos. Este tipo de licencia se puede conceder para uso comercial o no, y es la entidad administrativa la que se encarga de fijar el precio que se deberá cobrar, la que deberá favorecer al titular de derechos si en un futuro logra ser identificado o localizado.

Además, se establece la obligación de crear un registro con las obras que han adquirido la categoría de huérfanas. Este registro debe constituir un instrumento de búsqueda que permita al titular de derechos conocer en un momento dado que su

obra ha sido considerada como huérfana y así se le permita reclamar su carácter de titular y retomar el control sobre la explotación de esta.

Además de lo anterior, Walker (2014, pág. 861) analiza que existen las llamadas licencias colectivas ampliadas estas son otorgadas por las Sociedades de gestión colectiva que se encuentren autorizadas pueden conceder licencias colectivas sobre las obras huérfanas. Para que a una entidad le sea concedida dicha facultad su número de miembros debe ser relevante y representativo dentro del sector que se trate. Por ejemplo, si la sociedad gestiona derechos respecto a obras literarias, esta institución deberá poseer una cantidad de miembros que congregue a una importante proporción de los titulares de estas obras o prestaciones en el país donde se encuentra establecida.

En el supuesto de que el titular apareciera y advirtiera la utilización de su obra a través de esta licencia colectiva, podrá hacer uso del sistema eliminar su obra o prestación de esta licencia. A su vez, se insta a que la sociedad de gestión colectiva realice la búsqueda profunda del titular de derechos con el propósito de poder retribuirle las prebendas económicas que ha generado la obra y en caso de que el autor no pueda ser identificado o localizado, se conozca que este tendrá derecho a disfrutar del beneficio económico en caso de llegar a ser identificado. Buscando así impedir que se cometa un abuso acerca de la explotación de obras huérfanas.

Por otro lado, se debe decir que la licencia debe permitir un empleo amplio de la obra, sino que se deben especificar de forma singular cuáles son los usos que puede hacer la persona que adquiere la licencia y las condiciones de estos, como el tipo de actividad en que se va a aprobar que la obra sea usada.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 70) en el artículo 217 establece la concesión de licencias obligatorias, las que otorga la autoridad nacional de derechos intelectuales sobre los derechos de carácter exclusivo de un titular que se constituye para obras de la literatura, artísticas, audiovisuales, musicales entre otras sujeta a diferentes condiciones.

Como se observa la normativa ecuatoriana no hace referencia al tema de las licencias ante obras huérfanas, lo que debe tener una solución jurídica como expone Pabón

(2014) lo han hecho países asiáticos y Canadá, los que han implementado un formulario de licencias obligatorias para las obras huérfanas.

En ese orden, en dichos países, según Pabón (2014, pág. 19) el interesado en emplear la obra, después de haber agotado las vías para identificar y localizar a los titulares del derecho de autor, debe dirigirse a una autoridad en materia de Derechos Intelectuales y adquirir la licencia de tipo no exclusiva de uso de la obra a un determinado precio. Lo que se recauda por este concepto se distribuye ya sea entre las sociedades de gestión colectiva o pasa a manos estatales para realizar la distribución.

Por su parte, la Unión Europea ha habilitado un sistema enfocado en certificar este tipo de obras y los Estados miembros deben determinar excepciones y limitaciones dirigidas fundamentalmente a la posibilidad de la digitalización de obras para que se comuniquen al público.

De lo antes expuesto, resulta fundamental tomar en cuenta el tratamiento jurídico que en otras naciones se le da al asunto de las licencias para las obras huérfanas con la finalidad de asegurar una adecuada protección. Igualmente, deben revisarse otras cuestiones generales sobre el tema de estudio.

A continuación, se realizará un análisis comparado con otras legislaciones como la europea y en países de la región con respecto a Ecuador, a los efectos de determinar diferencias y similitudes que permitirán servir de referencia ante los vacíos que pueda tener la norma nacional en materia de obras huérfanas.

## CAPÍTULO II

### 2. DERECHO COMPARADO SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS OBRAS HUÉRFANAS

#### 2.1. Análisis comparado de la regulación jurídica de las obras huérfanas en otras legislaciones

Para continuar con el estudio de las obras huérfanas, corresponde realizar una revisión de la normativa de otros países en materia de derechos de autor, a los efectos de poder examinar su regulación jurídica en cuanto a su definición, búsqueda diligente, registro. Al igual que en lo concerniente a las limitaciones y excepciones y la licencias para el uso, entre otras cuestiones de carácter general con la finalidad de compararlo con la legislación vigente en el Ecuador sobre la materia. Para ello se estudiará la normativa en dos países de Europa y en tres de la región sudamericana.

##### 2.1.1. Normativa de la Unión Europea con respecto a las obras huérfanas

Para proceder al estudio del tema en España e Italia, es conveniente conocer las regulaciones existentes a nivel de la Unión Europea, a la que pertenecen ambas naciones, sobre las obras huérfanas. En esta región, está vigente la Directiva 2012/28/UE (2012) acerca de determinados usos autorizados de las obras huérfanas.

En el artículo 1 de la norma comunitaria (2012, pág. 4) se prevé que la misma resulta aplicable a las obras huérfanas cuando es utilizada por museos, centro de enseñanzas, bibliotecas u otros de esta naturaleza con el fin de satisfacer el interés público.

Por su lado, en el artículo 2 de la Directiva (2012, pág. 4) se conceptualiza la obra huérfana como aquella obra o fonograma cuyo titular o titulares de los derechos sobre estas no está debidamente identificado, o de estarlo no se encuentra localizable a pesar de haberse realizado una búsqueda diligente de estos y como tal, está registrada. A los efectos de ello, se reconoce en el artículo 3 lo concerniente a la búsqueda diligente la que debe desarrollarse bajo el principio de buena fe por cada obra u otra prestación protegida. Esta se debe ejecutar previo al empleo de la obra o del fonograma.

Acerca de las fuentes a consultar en la búsqueda por categoría, se deja sujeto a lo que dispongan las normativas del Estado miembro, cuestión que se revisará en los

países europeos a estudiar. Igualmente, el mencionado artículo 3 numeral 4 de la Directiva (2012, pág. 5) establece que dé existir pruebas que en otros países de la Unión se cuenta con información acerca de los titulares de derechos, el Estado Miembro, está en la obligación de realizar las consultas pertinentes al respecto.

La información acerca de los titulares de las obras o fonogramas deben ser registradas en una base de datos en línea a la que el público tenga acceso y queda sujeta a la gestión única de la Oficina de Armonización del Mercado Interior de la Unión.

De igual manera, cuando exista un reconocimiento común de la condición de obra huérfana en un Estado miembro, tendrá esa misma categoría para los restantes Estados de la Unión y se permitirá el uso y acceso de estas obras o fonogramas de acuerdo con lo previsto en la Directiva (2012) revisada, en virtud de su artículo 4 que regula:

Toda obra o todo fonograma que se consideren obras huérfanas en un Estado miembro, conforme al artículo 2, se considerarán obras huérfanas en todos los Estados miembros. Se permitirá el uso de tales obras o fonogramas y el acceso a ellos de conformidad con la presente Directiva en todos los Estados miembros. (pág. 5)

La norma común europea (2012) deja libre a la regulación de cada nación, lo referente a los usos autorizados de las obras huérfanas mediante las excepciones o limitaciones del derecho de autor, específicamente sobre el acceso al público de la obra y su reproducción.

Por otro lado, queda regulado en la Directiva (2012, pág. 5) en el artículo 6 que los Estados miembros deben velar porque las entidades de corte educativo al utilizar una obra huérfana deben hacer distinción a los autores y otros titulares de los derechos que hayan sido identificados. También se recoge la obligación de los países miembros de que se reconozcan o localicen los titulares de derechos al poner fin a la categoría de obra huérfana de sus obras o prestaciones legalmente protegidas, sean compensados adecuadamente.

Se debe señalar que en la Unión Europea existe una norma enfocada en la gestión colectiva del derecho de autor que es la Directiva 2014/26/UE (2014) relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de

licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Dicha disposición en el artículo 3 literal a) define que:

La entidad de gestión colectiva»: toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto. (Directiva 2014/26/UE, 2014, pág. 11)

Con respecto a las obras huérfanas la Directiva (2014, pág. 16) prevé en el artículo 13 numeral 3, que dichas organizaciones de gestión colectiva deben en lo referente al reparto de los importes que deben abonarse a los titulares de derechos, adoptar las medidas pertinentes para la identificación y localización de los titulares de derechos y específicamente en un plazo determinado informar sobre las obras huérfanas. Dicha información requiere: nombre de la obra y su titular o del editor o productor; cualquier dato disponible que facilite la identificación del autor. De no obtenerse resultados al respecto, la entidad de gestión colectiva colocara esta comunicación a disposición del público en un plazo no mayor a un año.

Como se observa de lo antes planteado, a nivel de la Unión Europea se reconocen las obras huérfanas y existe un marco común para su aplicación en función de entidades relacionadas con la educación, al igual que se manifiesta la protección a los titulares del derecho de autor de esta clase obras o fonogramas. Igualmente, las entidades de gestión colectiva tienen obligaciones legales que cumplir enfocadas en el tema de estudio. Con base a ello, los países miembros, entre ellos los que serán objeto de estudio, España e Italia, deben atemperar sus normas legales de la materia, a los efectos de cumplir con las disposiciones generales antes mencionadas.

### **2.1.2. España**

En España está vigente el Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual (1996, pág. 1), la que en su artículo 1 reconoce como hecho generador que la propiedad intelectual de una obra de tipo artística, literaria, como científica le corresponde a su autor por el hecho de haberla creado. Dicha norma (1996, pág. 15) reconoce en el artículo 37 bis la obra huérfana bajo la condición de que los titulares de derechos no estén identificados o, en el supuesto de estarlo, no sea posible localizarlos, aun cuando se ha realizado una búsqueda diligente y previa de estos.

La norma vigente en España (1996, pág. 15) regula en el mencionado artículo, que de haber varios titulares de derechos sobre una misma obra y cuando no todos hayan sido identificados o, de serlo, no se han localizado después de ejecutada la búsqueda diligente, su obra se podrá usar, bajo el respeto de las normas de la materia.

Por otro lado, la Ley de Propiedad Intelectual (1996, pág. 15) obliga a que cuando se utilice una obra huérfana deben ser mencionados los nombres de los autores y los titulares de derechos de la materia identificados. Al igual que las entidades educativas con acceso al público y los organismos relacionados con filmotecas, la radiodifusión y archivos, pueden reproducir las obras para digitalizarlas, siempre que no exista ánimo de lucro y que la finalidad sea el interés general, al igual que la conservación y restauración de las obras que estén dentro de las colecciones y facilitar el acceso a estas con objetivos del desarrollo cultural y educativo.

En esa línea, entre esas obras están: las de tipo cinematográficas o audiovisuales, fonogramas y obras que se han publicado como revistas, libros, periódicos, entre otros que son parte de las colecciones de entidades de corte educativo con acceso al público; las obras de la misma naturaleza anterior cuya producción corresponde a organismos públicos de radiodifusión.

Con respecto al uso de las obras huérfanas, estas según la Ley (1996, pág. 16) pueden ser objeto de utilización cuando hayan sido publicadas en una primera ocasión, en caso de no haberlo sido, deben haberse radiodifundido por primera vez en un Estado miembro de la Unión Europea. Se exige que este empleo se realice siempre que se haya desarrollado una previa búsqueda dentro del Estado, de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Establece de manera clara que para las obras cinematográficas o audiovisuales si su productor tiene sede o cuenta con una residencia habitual en un determinado Estado miembro de la Unión, la búsqueda de los creadores debe ejecutarse en dicha nación.

En ese orden y con respecto a la búsqueda diligente, el artículo 37 bis numeral 6 de la normativa española (1996, pág. 16) debe realizarse a través de la consulta partiendo mínimamente de las fuentes de información que por la ley se exijan y de resultar necesario, se deben revisar fuentes adicionales que estén disponibles en otros países en los que existan indicios de cierta información pertinente sobre los titulares de derechos. Dicho proceso de búsqueda debe ser registrado y dejar

constancia de la información ante el órgano competente acerca de: los resultados arrojados que conlleven a la conclusión de que se está ante una obra huérfana. También se debe actualizar el empleo que hacen de ella las entidades, cualquier modificación que sufra esta condición de la obra, entre otras.

Acerca del fin de la obra huérfana, en virtud de la norma revisada (1996, pág. 16), puede tener lugar en cualquier momento y los autores puede realizar la petición al órgano competente correspondiente a estos fines y ser compensado por el uso de la obra o fonograma.

Por otro lado, en España está vigente el Real Decreto 224/2016 (2016) en el que se desarrolla específicamente, el régimen jurídico de las obras huérfanas. Dicha disposición amplía el artículo 37 bis antes mencionado manteniendo la misma definición de la figura de estudio. Con respecto a los usos previstos en el artículo 3 amplía el hecho de que se podrán obtener ingresos provenientes de los usos, limitado a cubrir los costes de la digitalización de la obra y puesta a disposición del público por parte de las entidades beneficiarias, cuando estos no hayan sido cubiertos totalmente por otra entidad de acuerdo con un contrato suscrito a estos fines.

El Real Decreto 224/2016 (2016, pág. 3) define en el artículo 4 el procedimiento de búsqueda diligente que mantiene vigentes las regulaciones de la Ley de Propiedad Intelectual, antes expuestas y prevé que cuando las entidades beneficiarias no cuenten con los recursos necesarios para desarrollar la búsqueda diligente, se permitirá a otras instituciones realizarla, las que pueden ser retribuidas por este servicio. La norma define que dicho procedimiento concluye cuando la entidad que corresponda registre la última de las respuestas a las consultas formuladas y en caso de no tenerlas se considerara como hecha al transcurrir el término de tres meses contados desde que se efectúo la consulta.

Igualmente, la disposición propia sobre el tema de estudio (2016, pág. 4) exige que las entidades al terminar la búsqueda diligente deben informar a la autoridad nacional los resultados a través de la identificación clara de la obra que es considerada huérfana, el uso que se hace de ella, al igual que registrar esta información en la base de datos de la Unión Europea creada a estos fines. También la norma en el artículo 5 obliga a las entidades beneficiarias a mantener actualizado y conservado

un registro donde obren las búsquedas diligentes llevadas a cabo donde consten los certificados expedidos por los titulares de las fuentes de información consultadas.

Las entidades beneficiarias deberán mantener y conservar un registro de sus búsquedas diligentes. El deber de almacenamiento de la información sobre dicha búsqueda se extenderá, como mínimo, a las fechas de búsqueda y denominación de las fuentes consultadas y a los certificados expedidos por los titulares de las fuentes de información consultadas que acrediten las consultas realizadas. (Real Decreto 224/2016 , 2016, pág. 4)

En esa línea, la norma objeto de examen estudio (2016, pág. 6) en anexo define las fuentes a consultar en el procedimiento de búsqueda diligente y dentro de ellas están las bases de datos de las entidades de gestión colectiva, asociaciones de autores y el Registro General de la Propiedad Intelectual, entre otros.

Cabe agregar que el Real Decreto 224/2016 (2016, pág. 5) abunda en la regulación concerniente al fin de la condición de obra huérfana en el artículo 6, en el que establece que la entidad beneficiaria a partir de que se notifica la petición de los titulares de derechos o que reciba la comunicación pertinente por parte de la autoridad nacional, debe abstenerse de explotar la obra. De igual forma debe expedir comunicación a la base de datos de la Unión para evitar el uso de la obra a partir de ese momento.

Igualmente, la norma objeto de examen (2016, pág. 5) en el artículo 7, regula la compensación equitativa a los titulares de derechos ante el fin de la obra huérfana la que se debe realizar de acuerdo con el uso realizado de la obra; la naturaleza no comercial del empleo realizado por las entidades beneficiarias enfocados en el interés público y al posible perjuicio que puede haberse generado a los titulares de derecho. La cuantía se determina a través de un acuerdo entre el titular del derecho de autor y la entidad beneficiaria.

Lo antes expuesto, es de manera general, constituyen las cuestiones fundamentales que regula la normativa española vigente en materia de derechos de autor acerca de las obras huérfanas, la que goza de amplitud y cuenta con una disposición propia adjetiva para asegurar su reconocimiento y protección. La misma está, en muchos aspectos, en consonancia con la Directiva de la Unión Europea antes revisada, sobre el tema.

### 2.1.3. Italia

Para iniciar el estudio de la legislación italiana, corresponde plantear que en dicho país está vigente la Ley No. 633 para la protección de los derechos de autor y otros derechos relacionados con su ejercicio (1941, pág. 2) en ella se define en el artículo 1 que se consideran obras protegidas por el derecho de autor las obras de naturaleza creativa pertenecientes a la literatura, la música, las artes figurativas, la arquitectura, el teatro y la cinematografía están protegidas, sea cual sea su modo o forma de expresión. Igualmente, los programas informáticos que se salvaguardan como obras literarias de conformidad con el Convenio de Berna sobre la protección de las obras literarias y artísticas y las bases de datos que para la elección o disposición del material constituyen una creación intelectual del autor.

La Ley italiana (1941, pág. 3) regula que se incluyen en la protección las obras literarias, dramáticas, científicas, didácticas, religiosas, tanto en forma escrita como oral, las composiciones y obras musicales, dramáticas-musicales y otras de esta clase. También las coreografías y pantomimas, obras escultóricas, de la pintura, dibujo, grabado, artes figurativas similares, dibujos arquitectónicos y obras de este tipo. Obras del cine, fotografías, programas de computación, obras del diseño industrial, entre otras.

Como se observa, inicialmente no se tenían en cuenta las obras huérfanas, hasta que se expide el Decreto Legislativo 163 para las obras huérfanas, de conformidad con la Directiva 2012/28/ue y que modifica la Ley de Derechos de Autor añadiendo los artículos 69 bis a 69 septies con el fin de regular la utilización de estas, al igual que las prestaciones por derechos conexos. Dicha disposición (2014, pág. 2) emplea la misma definición de obra huérfana, prevista en la Directiva, relacionada con la no identificación y localización del autor.

El artículo 69 bis del Decreto Legislativo 163 (2014, pág. 4) regula los sujetos que pueden hacer uso de las obras huérfanas como: museos, bibliotecas, centros educativos, archivos, lugares accesibles al público y las entidades dirigidas a la conservación del patrimonio tanto cinematográfico como los dedicados a la radiodifusión y que sus fines sean el interés público y que las obras pertenezcan a las colecciones de estas entidades. Como se aprecia la norma excluye al sector privado y a las instituciones que no respondan a los objetivos antes descritos.

La norma italiana (2014, pág. 8) en el artículo 69 ter reconoce que son obras protegidas por ella, las creaciones, que se hayan publicado por primera vez en una nación miembro de la Unión Europea, o de carecer de publicación, la cuya primera radiodifusión que se haya realizado en un Estado miembro. Limita su aplicación a las obras publicadas como revistas, libros, diarios, entre otras y también a las obras cinematográficas, audiovisuales y fonogramas, cuando hayan sido conservados en las colecciones de centros educativos y culturales, en archivos o por organismos de conservación del patrimonio.

Con respecto a la búsqueda diligente el Decreto Legislativo 163 (2014, pág. 9) exige que este se desarrolle por las bibliotecas y otras entidades que se han expuesto anteriormente antes de hacer uso de las obras sin autorización del autor. La norma prevé en el artículo 69 bis, que dicha diligencia debe realizarse a partir de la revisión de las fuentes de información correspondientes, definiendo como las apropiadas según la categoría de las obras, las siguientes: el Registro General Público de Obras Protegidas en el que obran las bases de datos de las sociedades de gestión colectiva y otras como *arrow* que es una herramienta que permite identificar y gestionar los derechos de las obras publicadas en el continente europeo.

Igualmente, el artículo 69 septies de la disposición (2014, pág. 9) determina otras fuentes de información por la clase de obras que se va a buscar como índices, catálogos, ficheros, etcétera. Por otro lado, la normativa, acerca de la búsqueda diligente exige que se mantenga la documentación que acredite esta acción y la información en el trámite, la que debe ser de carácter pública. Las entidades beneficiarias deben cumplir con lo antes planteado y además dar a conocer sus resultados e informar sobre el uso de las obras al Ministerio italiano de Bienes, Actividades Culturales y Turismo. También durante el uso de las obras, las instituciones deben señalar el nombre del autor o de los titulares de derechos se hayan identificado. Todo ello debe plasmarse en una base de datos en línea única que resulte accesible al público.

Con respecto a los usos autorizados de obras huérfanas, el Decreto Legislativo 163 (2014, pág. 10) tiene como objetivo permitir a las entidades beneficiarias el empleo de las que conforman sus colecciones y reconoce la excepción y limite relacionado al derecho de reproducción y puesta a disposición del público las que se unen a las restantes previstas en la Ley de Propiedad Intelectual.

Los usos autorizados de las obras huérfanas por la norma italiana (2014, pág. 10) facultan a la reproducción de la obra a para su digitalización y puesta a disposición del público, además a su catalogación, indexación, conservación o con fines de restauración. Las entidades vinculadas a la educación, la cultural, la conservación del patrimonio, radiodifusores y otras mencionadas con anterioridad deben garantizar que la obra huérfana pueda estar al alcance y disposición de cualquier persona al igual que las copias de las de estas que pertenecen a las colecciones institucionales.

La mencionada normativa (2014, pág. 12) comprende las situaciones bajo las que se pone fin a la condición de obra huérfana, en el artículo 69 sexies de la Ley italiana de derechos de autor y ello puede tener lugar en cualquier momento y se reconoce el derecho del titular a recibir una compensación equitativa por la utilización de su obra. Ante ello, de acuerdo con el Decreto, las instituciones beneficiarias aun cuando hayan llevado a cabo una búsqueda diligente deben pagar la compensación correspondiente en retribución a haber empleado la creación. Igualmente, aquellas obras huérfanas que se estén usando deben dejar de hacerlo hasta contar con la autorización del titular de derechos, en caso contrario el autor puede ejercer sus potestades impidiendo que se continúe la utilización de su obra.

En ese orden, la mencionada compensación puede ser establecida a través de acuerdos entre las organizaciones que representan a los titulares de derechos y las instituciones beneficiarias mencionadas y deben sustentarse en la promoción de la cultura enfocada en el uso de la obra, la naturaleza no comercial de este empleo excepto cuando su función sea el interés público. Debe tenerse en cuenta, además, las afectaciones que se les ha provocado a los titulares de derecho.

De la revisión realizada a la normativa italiana en materia de derechos de autor, se desprende que es amplia, se enfoca en salvaguardar el derecho de los titulares de las obras huérfanas y determina de forma clara todo el proceso de búsqueda diligente. Es similar a la española en muchos aspectos vinculados a su tutela, sólo diferenciándose respecto a las instituciones afines a esta actividad, similares también en especie, pero no en funciones, pues pueden tener algunas diferentes por su carácter nacional

## **2.2. Derecho Comparado: normativa en materia de obras huérfanas en países sudamericanos**

### **2.2.1. Argentina**

La revisión de la legislación en materia de propiedad intelectual en el contexto sudamericano se comienza por el estudio de la normativa Argentina. La Ley 11.723 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (1933, pág. 1) consagra en su artículo 1 que serán protegidas por el derecho de autor:

- a) Las obras de carácter científicas, literarias y artísticas;
- b) Los escritos de cualquier clase y extensión;
- c) Programas de computación;
- d) compilaciones de datos o de otros materiales;
- e) Obras dramáticas;
- f) Composiciones musicales, dramático-musicales;
- g) Cinematográficas;
- h) Coreográficas y pantomímicas;
- i) Dibujos;
- j) Pintura, escultura, arquitectura, modelos
- k) Obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria
- l) Impresos, planos y mapas
- m) Plásticos, fotografías, grabados y fonogramas
- n) Cualquier producción científica, literaria, artística o de carácter didáctica realizada bajo cualquier clase de procedimiento de reproducción.
- o) Expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y definiciones matemáticas.

La norma estudiada sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (1933) no hace referencia alguna a las obras huérfanas, se está ante la inexistencia de una regulación sobre esta clase de obras y, en consecuencia, no hay una disposición referida a la búsqueda diligente. Con base a lo anterior, se puede afirmar que no existe en Argentina proceso legal alguno enfocado a la identificación del titular de los derechos de estas obras o a encontrar su paradero, tampoco existe un órgano que tenga entre sus funciones el registro o inscripción de ellas. Lo mismo ocurre para

estas obras, en temas relacionados con las licencias o sociedades de gestión colectiva.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se debe plantear que la Ley 11.723 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual está incompleta con respecto al tema de estudio y descontextualizada, teniendo en cuenta que ante el desarrollo tecnológico actual y la proliferación de obras huérfanas a través de las redes e internet no se protege a los autores de la mismas, además también afecta e impide que las obras creadas en toda clase de soporte lleguen a la sociedad por no estar autorizado su empleo por los autores o las autoridades pertinente pertinentes aun cuando sean necesarias para el proceso cultural, educativo y el interés general.

Este problema presente en la legislación Argentina en materia de derechos de autor, limita el uso de las obras. Ello refleja gran diferencia con la legislación de la Unión Europea y los países miembros estudiados, ya que en su normativa se contempla el uso y protección a esta clase de obras, además de procedimientos dirigidos a su reconocimiento.

### **2.2.2. Chile**

La legislación chilena en materia de Derecho de Autor está plasmada en la Ley N° 17.336 (1970, pág. 1) la que en su artículo 1 reconoce que está dirigida a salvaguardar los derechos de los autores basados en el acto de la creación de la obra, adquiriendo su dominio en el ámbito literario, científico y artística independientemente de su forma de expresión. Igualmente, gozan de los derechos conexos que de ella se derivan y de aquellos correspondientes a los derechos tanto morales como patrimoniales. Por su lado, en el artículo 3 la norma (1970, pág. 1) reconoce la protección de las siguientes obras que estén plasmadas en:

- a) Artículos, escritos, folletos y libros, entre otros, cualquiera que sea su naturaleza;
- b) Los discursos, memorias y conferencias orales, escritas o grabadas al igual que otras obras de igual naturaleza;
- c) Composiciones de carácter musical, tenga o no texto;
- d) obras de carácter dramático, dramático-musical, teatrales, pantomímicas, coreografías que estén plasmadas de forma escrita o de otra manera;
- e) Fotografías, litografías y grabados;

- f) Adaptaciones de carácter radial o televisuales y obras creadas para la televisión y la radio, otras creaciones dentro de este medio;
- g) Los proyectos arquitectónicos, maquetas, mapas y bocetos;
- h) Revista y periódicos u otras publicaciones de esta clase;
- i) Obras de tipo cinematográficas;
- j) Pintura, ilustraciones, dibujos y otras obras semejantes;
- k) Esculturas y obras de las artes figurativas;
- l) Videogramas y diaporamas;
- m) Programas de computación; y
- n) Dibujos o parámetros textiles.

La mencionada Ley chilena (1970, pág. 2) en el artículo 5 hace una clasificación de los tipos de obra que protege entre las que se encuentran: individual, colectiva, inédita, póstuma, en colaboración, seudónima, entre otras. Sin embargo, no contempla las obras huérfanas.

Igualmente, en el artículo 71 (1970, pág. 17) regula las limitaciones y excepciones, pero al no reconocer las obras huérfanas, no aplica esta disposición. Lo mismo sucede con las sociedades de gestión colectiva previstas en el artículo 91 de la norma. Tampoco existe un procedimiento de búsqueda diligente, ni una entidad administrativa encargada de controlar y precautelar esta clase de obras.

### **2.2.3. Colombia**

Corresponde revisar la normativa en materia de derecho de autor, se debe comenzar por decir que en Colombia la Ley Número 23 regula lo concerniente a los derechos de autor (1982, pág. 1) que en su artículo 1 prevé que los autores de obras de naturaleza científica, literaria y artísticas gozan de su salvaguarda. De igual forma asegura la protección de intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas, organismos de radiodifusión, en lo referente a los derechos conexos.

Se debe señalar que dicha Ley (1982) inicialmente, no reconocía la protección de las obras huérfanas. Sin embargo, a través de la Ley No.1915 (2018, pág. 10) es modificada y dedica el Capítulo II a regular las obras objeto de revisión. Al respecto el artículo 18 define que se comprenden dentro de este tipo aquellas que estén precauteladas por el derecho de autor o derechos conexos y que han sido objeto de publicación por primera vez en Colombia o, cuando aún no se haya hecho, la primera

radiodifusión haya ocurrido en este país y en el que su titular o varios de ellos de las obras o fonogramas, no estén debidamente identificados o de estarlo no se han localizado, aun cuando se haya desarrollado una búsqueda diligente registrada de estos.

Por otro lado, el artículo 19 de la Ley No.1915 (2018, pág. 10) establece lo concerniente a la identificación de los titulares. En caso de ello en los que recaiga el derecho sobre una misma obra o un fonograma y no todos se han identificados o, aun cuando lo hayan sido, no se han localizado, la obra o fonograma se podrán usar apegados a la normativa, cuando los titulares de derechos identificados y localizados hayan expedido la autorización para ello.

En ese orden la norma colombiana (2018, pág. 11) autoriza en su artículo 20 a las personas autorizadas y el contexto bajo el que pueden utilizar las obras huérfanas, específicamente en: museos, bibliotecas, centros de enseñanza, repositorios, archivos, organismos públicos dedicados a la radiodifusión, conservación del patrimonio. Para ello deben estar domiciliados en territorio colombiano, actuar de acuerdo con su misión cuando responda al interés público y se corresponda con:

- a) Libros, periódicos, revistas, revistas de corte especializado u otra clase de material impreso que estén presentes en colecciones pertenecientes a bibliotecas, unidades educativas, museos, archivos, organismos de conservación del patrimonio sonoro o cinematográfico, que resulten accesibles al público;
- b) Obras de tipo cinematográficas o audiovisuales y los fonogramas que estén en colecciones de bibliotecas y los otras instituciones antes mencionadas;
- c) Aquellas obras cinematográficas o audiovisuales al igual que los fonogramas que hayan sido producidos por organismos del sector público de radiodifusión que obren en sus archivos, estén salvaguardadas por derechos de autor o derechos conexos y que se hayan publicado por primera vez en Colombia o que, a falta de ello, la radiodifusión se haya realizado en dicho territorio nacional.

La norma objeto de examen (2018, pág. 11) aclara que aquellas obras y fonogramas antes expuestos, que nunca hayan sido objeto de publicación y radiodifusión en territorio colombiano y que hayan sido puestos a disposición del público por las instituciones de radiodifusión u organismos de conservación del patrimonio sonoro o

cinematográfico en otros países, bajo la autorización de los titulares de derechos, siempre y cuando sea razonable inferir que estos no se oponen a que sean empleadas bajo los usos que se analizarán más adelante.

La Ley No.1915 (2018, pág. 11) prevé en el artículo 21 lo relativo a la búsqueda diligente, esta debe llevarse a cabo por parte de las instituciones antes mencionadas, por cada obra u otra clase de prestación protegida empleando la buena fe. Estas deben consultar las fuentes pertinentes según la categoría de obra o prestación, la búsqueda se debe realizar antes de usar la obra o fonograma.

En esa línea, el artículo antes mencionado, exige que la búsqueda diligente debe desarrollarse en el sitio donde tuvo lugar la primera publicación, de no existir ello, entonces dirigirse a donde ocurrió la primera radiodifusión. Además de existir elementos probatorios que indiquen que en otros países existe información acerca de los titulares de derechos, se deben consultar las fuentes de información existentes en dichas naciones.

La Ley colombiana (2018, pág. 12) prevé que el Gobierno Nacional, mediante el Ministerio del Interior y a través de la coordinación de la Dirección Nacional de Derecho deben definirse las fuentes de información para la búsqueda de autores y titulares por clase de obras o fonogramas. Igualmente, el artículo 22 regula la prueba de dicha búsqueda, antes de usar las obras. Esta debe ser inscripta por las entidades mencionadas en el Registro Nacional de Derecho de Autor y debe constar: los resultados que acrediten que una obra o fonograma debe ser categorizada como obra huérfana. También el uso que las instituciones hacen de estas, entre otros elementos.

Sobre el uso de las obras huérfanas en Colombia, el artículo 23 de la Ley (2018, pág. 12) dispone, que, las entidades que se han expuesto anteriormente pueden ejecutar el uso de las obras huérfanas que estén dentro de sus colecciones, bajo las siguientes condiciones:

- a) Cuando sea puesta a disposición del público.
- b) A los efectos de la reproducción para digitalizar para que el público pueda disponer de ella, con fines de conservación, restauración o indexación.

Las entidades de radiodifusión u organismos de conservación del patrimonio sonoro o cinematográfico solo pueden efectivizar los usos antes expuestos con objetivos de llevar a la práctica su misión sustentada en el interés público, especialmente para la

conservación y restauración de las obras y fonogramas de su colección, y con la finalidad de que se pueda acceder a estas bajo un objetivo cultural y educativo.

Por otra parte, el artículo 24 de la disposición (2018, pág. 13) se refiere al fin de la orfandad de la obra, en caso de que, los titulares de derechos sobre ella o fonograma, pueden poner fin a esta condición en cualquier momento y a recibir una compensación equitativa por su uso.

Como se observa, Colombia según la normativa analizada cuenta con un amplio marco legal enfocado al reconocimiento y protección de las obras huérfanas, semejante a la regulación de la materia en los países de la Unión Europea revisados en la investigación.

Lo antes expuesto constituye un paso de avance en la materia de estudio, entre otros aspectos porque este país es miembro de la Comunidad Andina de Naciones donde no existe una consagración y tratamiento jurídico regional determinado para esta clase de obras o fonogramas, ya que como expone Pabón (2014, pág. 3) existe carencia de legislación y jurisprudencia que impide su adecuado reconocimiento y protección.

#### **2.2.4. Ecuador**

Para realizar la revisión de la normativa ecuatoriana, se debe plantear que con anterioridad en la investigación se hizo alusión de manera general a la regulación de las obras huérfanas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 70) y dentro de ella, específicamente el artículo 214 que prevé lo siguiente:

Art. 214.- Obras o prestaciones denominadas huérfanas. - Se entiende por obras o prestaciones huérfanas aquellas cuyos derechos de autor o derechos conexos se encuentran vigentes conforme los plazos de protección establecidos en este Código, pero cuyos titulares no están identificados o de estarlo, no ha sido posible su localización.

Quien pretenda utilizar obras o prestaciones huérfanas deberá ejecutar todos los actos y gestiones razonables tendientes a la identificación del titular del derecho y notificar a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.

En caso de que el legítimo titular o su derecho habiente apareciere y justificare debidamente tal calidad, podrá ejercer las acciones previstas en este Código. (pág. 70)

Igualmente, se mencionaron algunas limitaciones y excepciones relacionadas con las obras huérfanas. Sin embargo, luego de la revisión de la normativa de otros países como España, Italia y Colombia, es evidente que la regulación es general, pobre e incompleta.

En el caso de Ecuador, como se aprecia, si bien el ordenamiento jurídico reconoce la protección de este tipo de obras no regula la pertinencia de un sistema o procedimiento de búsqueda diligente, fuentes de consulta para información sobre el estatus jurídico de estas obras y su titularidad. Tampoco sigue la suerte del registro de ellas ni qué sucede una vez que se identifiquen respecto al destino de las regalías cuando sean obtenidas a partir de la administración y gestión de derechos por entidades de gestión colectiva. A pesar de todo esto, deja abierta la posibilidad de reglamentación y se considera en su protección, superior a la legislación argentina y chilena.

## CAPÍTULO III

### 3. METODOLOGÍA

Para determinar la metodología de la investigación a emplear en la investigación es importante tener en cuenta que esta se sustenta en la Ciencia y según Blanco y Villalpando (2012, pág. 9) tiene como finalidad, analizar, dar explicación, predecir, actuar y prever para poder conocer la realidad acerca de determinado fenómeno, sus elementos y particularidades y alguna manera transformar la situación en un mayor o menor nivel.

La investigación desarrollada es jurídica atendiendo a que como expone Ayestarán (2017):

Es la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado. (pág. 27)

Las fuentes esenciales de la investigación jurídica, como explica Tamayo (2002, pág. 11) y que se emplearon en este trabajo de investigación y que coadyuvaron al conocimiento legal sobre el Derecho de Autor y las obras huérfanas son:

- a) La normativa jurídica;
- b) La jurisprudencia;
- c) Los criterios doctrinales; y
- d) La realidad sobre la situación que presenta el país en el tema de estudio.

El estudio desarrollado sobre los derechos de autor y obras huérfanas en el Ecuador se ejecutó según los siguientes pasos en virtud de las indicaciones de Hernández, Fernández y Baptista (2006, pág. 12):

- a) Determinación del tema basado en una propuesta para solucionar el problema de las obras huérfanas en el Ecuador;
- b) El planteamiento del problema partiendo de que en el país la regulación sobre el tema de estudio es incompleta;
- c) Trazado de objetivos de investigación: el general sustentado en desarrollar un estudio teórico normativo acerca de la regulación jurídica de las obras

huérfanas en sede de derechos de autor, con especial énfasis en el caso Ecuador, que establezca las recomendaciones que permitan el perfeccionamiento de las insuficiencias de la legislación nacional.

Los objetivos específicos están dirigidos a:

1. Sistematizar los referentes teóricos y la regulación jurídica de las obras huérfanas por el Derecho de autor a nivel internacional y en Ecuador;
  2. Comparar la regulación jurídica de las obras huérfanas, en la legislación de varios países con Ecuador;
  3. Identificar las insuficiencias de la legislación ecuatoriana en sede de derechos de autor y
  4. Elaborar un informe teórico que sistematice las valoraciones técnico-jurídicas y metodológicas acerca de las obras huérfanas y su regulación, que incluya recomendaciones para su perfeccionamiento a través de la reglamentación específica en la legislación nacional ecuatoriana de derechos de autor y conexos.
- d) Determinación de los criterios de justificación de la investigación;
  - e) Aplicación de métodos;
  - f) Elaboración del marco teórico;
  - g) Desarrollo del estudio sobre Derecho comparado;
  - h) Presentación de resultados a través de un informe técnico; y
  - i) Conclusiones.

### **3.1. Diseño de la Investigación**

La investigación se ha desarrollado teniendo en cuenta inicialmente el acercamiento al tema de una forma empírica, constatando información dispersa en diarios de noticias, escuchando opiniones diversas, para luego proceder a la búsqueda de información en instituciones que se relacionan al tema como el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), varias bibliotecas nacionales, y en soporte digital, diferentes textos y bases de datos como Ebrary, que contiene tanto revistas indexadas, como textos de doctrina. Respecto a la legislación se consultó la base de datos LEXIS y VLEX, esta última también con doctrina y estudios comparados de legislación.

Se considera que el tipo de investigación jurídica en este caso es mixto, pues contempla características de una investigación teórica y empírica, como reconoce García Fernández (2015, pág. 456) se basa en “las fuentes formales e históricas como en las fuentes reales del Derecho, y empleará los métodos de interpretación de la ley, las técnicas documentales, y las técnicas de campo.”

La investigación, ha sido diseñada con enfoque cualitativo, teniendo en cuenta que como indica Hernández, Fernández y Baptista (2006, pág. 263) se sustenta en la lógica y se entrecruzan en su desarrollo campos, especialidades y problemáticas diversas. En este caso se trata la propiedad intelectual, y dentro de ella, el derecho de autor con respecto a las obras huérfanas. En la investigación con enfoque cualitativo “el objetivo es la riqueza, profundidad y calidad de la información.” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2006, pág. 279)

Esta clase de investigación nace de un problema, en este caso es la inexistencia de una regulación jurídica completa enfocada en la protección de las obras huérfanas. El estudio cualitativo presenta varias condiciones que permiten comprender la dimensión del fenómeno, la interpretación y entendimiento en el orden práctico.

Esta investigación, como indica Pastrana (2006, pág. 7) se ejecuta de lo general a lo particular. En este caso, se ha trabajado el tema de las obras huérfanas desde su definición, naturaleza hasta su regulación jurídica en el Ecuador y otros países, partiendo inicialmente de su encuadre como obra protegida por el Derecho de Autor y sus generalidades, para luego ir determinando sus particularidades y los problemas que presenta. Como investigación teórica, proporciona los criterios doctrinales fundamentales sobre el tema, al igual que dota de las herramientas necesarias para estudiar el fenómeno y concluir sobre él de manera adecuada, de forma tal que constituya un aporte para el derecho nacional.

Como analizan Croda y Abad (2016, pág. 4) en el orden legal, emplear metodologías cualitativas fortalece sus resultados, teniendo en cuenta que permite contrastar la información de carácter doctrinal y normativa generando una opinión, interpretación y una percepción que responde a esta clase de investigación.

Por otro lado, la investigación es de tipo descriptiva y analítica, en ella se analizan las particularidades del fenómeno del derecho de autor y las obras huérfanas, partiendo

de su concepto y su finalidad es buscar las particularidades de esta, conocerlas para poder encontrar dificultades y arribar a conclusiones certeras que constituyan un aporte investigativo importante en el orden legal.

La investigación descriptiva para Hernández, Fernández y Baptista (2006, pág. 281) especifica conceptos, principios, características y rasgos fundamentales del tema objeto de estudio. Por otro lado, se analizan las obras huérfanas y el comportamiento de las instituciones del derecho de autor en su tratamiento y regulación, para sistematizar y precisar aspectos que inciden y determinan la necesidad de realizar un informe técnico sobre las cuestiones esenciales que deben incluirse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para precautelar a los titulares del derecho de autor y derechos conexos a este tipo de obras.

### **3.2 Métodos y Técnicas**

Para desarrollar de forma adecuada la investigación se aplicaron varios métodos, pero antes de adentrarse en cada uno de ellos es importante plantear que el método científico es para Villabella (2016, pág. 14) un procedimiento que se emplea para estudiar de manera certera un objeto o fenómeno. Constituye una estrategia para investigar cierto problema basado en técnicas, instrumentos y pautas que permiten generar un nuevo conocimiento sobre la cuestión.

Los métodos aplicados a la investigación esencialmente teórica, como en este caso, tienen lugar para Villabella (2016, pág. 16) desde el pensamiento lógico permite analizar, sintetizar, comparar, generalizar mediante acciones que se relacionan

El tipo de investigación mencionado se aplica al tema jurídico objeto de estudio en la combinación de diversos métodos de las Ciencias Sociales y de las Jurídicas en particular, lo descompone en partes para asegurar su análisis y comprensión, determinando sus relaciones, basado en la revisión de la doctrina y la normativa fundamentalmente, pero también en la opinión de expertos. Entre los métodos empleados y su combinación, destacan:

El método **analítico-sintético**, que según Pastrana (2006, pág. 5) ayuda a la desintegración del fenómeno de estudio en sus partes esenciales para revisarlo de manera integral. Trae como resultado la generación de un nuevo conocimiento sobre el asunto estudiado.

El método mencionado desde el orden analítico estudia exhaustivamente el fenómeno desde su regulación, funcionamiento y vínculos. Se complementa con la actividad sintética referida a sintetizar el problema objeto de estudio, de forma tal que une ambas acciones: análisis y síntesis para determinar causas, hasta encontrar la explicación y arribar a conclusiones.

De igual forma, en la investigación al estudiar lo concerniente a los antecedentes del Derecho de Autor se aplicó el **método histórico lógico** teniendo en cuenta que para Fusco (2015, pág. 43) estudia hechos anteriores para encontrar causas y explicaciones a fenómenos que están presentes en la actualidad.

Asimismo, la investigación histórica goza de científicidad y pertenece a la esfera humanística a través de la que se registran los acontecimientos y su significado en el momento que ocurrieron y su influencia en el presente y futuro, tal como ha tenido lugar en materia de Derechos de Autor.

En el plano jurídico y especialmente del Derecho de Autor, la aplicación del método de investigación antes mencionado, permite mostrar el desarrollo y el progreso que va teniendo la materia dentro de la sociedad para entender la situación actual del fenómeno.

El **método inductivo**, a través del que se revisaron de manera detallada el asunto de las obras huérfanas mediante este se acumuló información que permitió definir una posición ante sus particularidades y regulación jurídica que permitió llegar a conclusiones. A través de este método como analiza se revisa información, se razona y se concluye acertadamente.

**Este método** en el orden jurídico, tal como explica De la Puente, (1985, pág. 4) tiene como características los criterios del legislador acerca del tema de estudio al igual que la jerarquía normativa y de la legislación, los que generan el proceso de tipo inductivo. Este método toma en cuenta que cada disposición jurídica no es aislada, sino que forma parte de un sistema legal. En el caso de esta investigación se revisan las normas sobre la materia encabezadas por la Constitución y en armonía con ella las regulaciones vigentes en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos.

Por otra parte, se utilizó también el método **exegético jurídico** que resulta muy importante dentro de la investigación legal porque mediante él se revisa la etimología

de las regulaciones, se desarrolla desde la teoría, se describe y se determina el espíritu que el legislador pretendía con su expedición.

En ese orden aplicando el método exegético jurídico, se realizó el examen de cada uno de los artículos, palabra a palabra de las normas revisadas en materia de Derecho de Autor de manera literal, entre las que se pueden mencionar está el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos norma vigente en el Ecuador sobre el tema de las obras huérfanas.

El método exegético para De Bartolomé (2014, pág. 6) lleva al casuismo lo que permite considerar los diferentes supuestos que pueden presentarse en un determinado asunto o materia del derecho, determinar contradicciones y vacíos en las normas jurídicas.

Igualmente se utilizó el **método sistemático**, el que facilitó la agrupación de las normas jurídicas de la misma materia. Al respecto De Bartolomé (2014, pág. 8), afirma que permite unir todas las regulaciones según el tema, elementos y procedimientos que lo componen y los efectos que genera su aplicación.

Este método sistémico se aplicó adecuadamente en el desarrollo de la presente investigación, respetando los siguientes parámetros indicados por De Bartolomé (2014, pág. 10):

1. Agrupación las disposiciones jurídicas que responden a una misma materia o fin.
2. Conocer la estructura de la norma.
3. Analizar su estructura (con respecto a cuestiones como conceptos, elementos, requerimientos y sus efectos, entre otros
4. Examinar su naturaleza jurídica.

Sobre el método sistémico, también conocido como sistémico-estructural-funcional Villabella (2016) expone que en el orden legal es fundamental porque:

Es un método válido para estudios cuyo objeto forma parte de un sistema; en el derecho, el enfoque sistémico posibilita visualizar el objeto que se investiga dentro del entramado de relaciones en que se integra, delimitar su rol funcional dentro del subsistema jurídico, desmembrarlo en sus diferentes estructuras y eslabones, delimitar las cualidades, precisar el conjunto de interconexiones y graduarlas. (pág. 19)

Por otro lado, se empleó en la investigación el **método de Derecho Comparado**, que tiene como finalidad, según Durán (2016, pág. 1) describir la regulación jurídica de determinado fenómeno, en este caso, las obras huérfanas para poder analizar las diferentes regulaciones que están presentes en otros sistemas jurídicos. Permite determinar similitudes y diferencias con la finalidad de entender y perfeccionar el sistema legal de determinado país. En este caso se realizó un análisis de Derecho Comparado sobre el tema con la Unión Europea y dos países de este continente, y la región latinoamericana como: Colombia, Chile y Argentina.

El Derecho Comparado permite el progreso del derecho al analizar determinada materia como el caso, de la Propiedad Intelectual y específicamente del derecho de autor y las obras huérfanas. Al respecto se afirma por Durán (2016, pág. 1) que puede traer consigo “comparaciones o trasplantes, fusiones, escisiones, entre otros tantos supuestos de derecho comparado.”

La mencionada autora Durán (2016, pág. 3) distingue que para ejecutar de forma correcta este método de investigación se deben seguir las siguientes etapas, las que se tuvieron en cuenta en el derecho comparado desarrollado:

- a) Seleccionar el tema objeto de comparación. En este caso el derecho de autor sobre las obras huérfanas.
- b) Búsqueda de información: en este caso se obtuvo información general acerca de la regulación del derecho de autor en las disposiciones jurídicas de las naciones revisadas.
- c) Identificación de semejanzas y diferencias existentes entre las legislaciones comparadas
- d) La evaluación de las soluciones adoptadas sobre el derecho de autor y las obras huérfanas por los diferentes sistemas jurídicos.

El Derecho comparado desarrollado en la investigación ha resultado de gran valor, teniendo en cuenta a que se ha determinado la existencia de referentes en la materia estudiada como la Unión Europea, entre otros que reconocen legalmente la importancia de proteger las obras huérfanas y de contar con un adecuado procedimiento de búsqueda diligente para asegurar su efectividad.

En cuanto a las técnicas empleadas para la presente investigación se encuentran: el análisis de documentos y la entrevista a expertos. El análisis de documentos permite

el estudio de la evolución histórica, los criterios doctrinales y el tratamiento jurídico que se le da al tema internacionalmente y en Ecuador. Por otra parte, los expertos han aportado criterios actuales de la situación que presenta el tema abordado, coincidiendo en muchos de los aspectos con lo planteado en este trabajo.

En el caso de las entrevistas, se han tenido en cuenta las opiniones de docentes-investigadores universitarios expertos en la materia de varias universidades, así como especialistas del SENADI, de Sociedades de gestión de derechos ecuatorianas, de ARCOTEL, abogados en ejercicio en temas de propiedad intelectual, así como de las federaciones deportivas ecuatorianas.

En cuanto a las técnicas de investigación empleadas, se utiliza la bibliográfica-documental, en ese sentido, como base la revisión de fuentes bibliográficas primarias y secundarias, documentos, trabajos de investigación, libros, monografías, artículos de revistas, en las que constan estudios y análisis doctrinales sobre los Derechos de Autor, las obras huérfanas y la situación legal con respecto al tema. De estas fuentes, se tomaron definiciones, reflexiones y otros aspectos, además se consultaron y examinaron normas legales que conforman el ordenamiento jurídico nacional e internacional sobre la materia, entre otros aspectos. Ello constituye el fundamento teórico de la investigación para llegar a las conclusiones.

La investigación bibliográfica documental, según Hernández, Fernández y Baptista (2006, pág. 281) permite describir, analizar e interpretar los procesos relacionados con el fenómeno de estudio, específicamente con las obras huérfanas y los procesos que deben nacer de ella como la búsqueda diligente, el fin de la orfandad de las obras y otras cuestiones fundamentales del estudio desarrollado. Todo ello facilita y permite una revisión y análisis holístico del asunto para arribar a conclusiones acertadas.

En ese sentido, se considera por Pastrana (2006, pág. 12) que la investigación cualitativa descriptiva según permite caracterizar rasgos fundamentales del fenómeno de estudio, así como analizar e interpretar los resultados de manera precisa.

De manera general, ha quedado descrita la metodología de la investigación en el orden jurídico, realizada con la finalidad de lograr conclusiones que constituyan aportes a la normativa jurídica ecuatoriana con respecto tanto al Derecho de Autor como a las obras huérfanas.

## CAPÍTULO IV

### 4. ANÁLISIS DE RESULTADOS

#### 4.1 Resultados del análisis doctrinal y del Derecho Comparado

Luego de revisada la doctrina acerca del Derecho de Autor y las obras huérfanas, resulta esencial plantear que todos los autores revisados, coinciden en que los titulares de este derecho ameritan la adecuada protección por parte del ordenamiento jurídico, aun cuando no estén identificados, ni localizados como ocurre en el caso de los creadores de las obras huérfanas.

Dicha figura no goza de protección en las legislaciones de todos los Estados como se observa en el análisis de Derecho comparado realizado con anterioridad. Sin embargo, existen normativas como las emanadas de la Unión Europea, Colombia y Ecuador en las que existe un reconocimiento de las obras huérfanas y en las condiciones enfocadas en su salvaguarda.

Los resultados del estudio comparado se aprecian en las siguientes semejanzas y diferencias en la legislación nacional de los países estudiados:

Las legislaciones de los dos países europeos analizadas (España e Italia) guardan similitud y coincidencias en cuanto a la definición de obras huérfanas, procedimientos de búsqueda diligente y compensación de los autores, al decretarse el fin de la orfandad de la obra. Al igual que cuentan con una norma propia enfocada a las obras huérfanas para responder y salvaguardar los derechos de autor tanto a nivel de la Unión Europea como del derecho interno. Estas semejanzas pueden estar dadas por la armonización de las normas europeas en materia de derechos de autor. Las diferencias son prácticamente mínimas, residen en la definición de las fuentes de búsqueda (ministerio, oficina nacional, sociedades de gestión, asociaciones de autores, registros nacionales) de las instituciones donde se deben agotar las ubicaciones de la información de este tipo de obras. Por otro lado, coinciden también en las autoridades nacionales encargadas de velar por estas políticas y el cumplimiento de la legislación, en que, por lo general, son entes públicos como los ministerios y oficinas nacionales de derechos de autor.

La situación de Chile con respecto a las obras huérfanas es similar a la de Argentina, las legislaciones de ambos países en materia de derechos de autor, dista mucho de

los referentes europeos antes revisados. Estos países ni siquiera cuentan según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2019, pág. 12) con regulaciones generales, ni con prácticas para encontrar a los autores de estas obras en el marco de su legislación en materia de derecho de autor y derechos conexos que resulten aplicables a este tipo de obras, lo que constituye una seria dificultad en el orden de la protección.

En el caso de la legislación colombiana a diferencia de Argentina y Chile, la norma nacional sí reconoce la protección de las obras huérfanas y establece en su regulación la necesidad de agotar mecanismos de búsqueda y localización de este tipo de obras para identificar a sus titulares de derechos antes de su utilización. Establece, además, las condiciones en que se utilizarán estas obras y donde particulariza acerca de su uso público respecto a los ingresos derivados de su utilización. En este sentido, muestra coincidencias en su regulación de España e Italia.

Por otra parte, la ecuatoriana, con independencia de que es más completa que las legislaciones argentina y chilena, al reconocer el ordenamiento jurídico ecuatoriano este tipo de obras no establece un procedimiento para su búsqueda diligente, no determina las fuentes de consulta, a los efectos de obtener información sobre los titulares de los derechos de autor, para identificarlos o localizarlos, aun cuando exige en el artículo 214 del Código, que quien pretenda usarlas debe hacerlo. Sin embargo, no prevé un mecanismo legal a estos fines, ni determina una autoridad encargada de registrar e inscribir estas obras para su ubicación y catalogación a estos fines.

De igual manera el ordenamiento jurídico ecuatoriano no define lo concerniente a la culminación de la condición de obra huérfana, ni se pronuncia acerca de una compensación a los autores por el uso de estas, ni a establecer vías como la concesión de licencias para el empleo de esta clase de obras por parte de las sociedades de gestión colectiva. Tampoco define destinos de los fondos en caso de ser gestionados sus derechos o administrados y gestionados por las entidades de gestión colectiva. Con ello, su reconocimiento cae en una suerte de “bolsa vacía” y los ingresos derivados de una supuesta titularidad adjudicada por un tercero que no es el verdadero titular de derechos, ni tan siquiera se establece deben dirigirse a fines de desarrollo social de los miembros de las sociedades de gestión o de la propia

cultura o su sistema institucional en beneficio de su desarrollo público. En cuyo caso, debería especificarse legislativamente.

No obstante, se debe reconocer que la normativa ecuatoriana, es superior a la de Argentina y Chile en las que no existe regulación sobre las obras huérfanas y existe un vacío legal al respecto. Los aspectos antes expuestos, obligan a que se reforme o se precise la necesaria reglamentación específica del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos sobre el tema de estudio, y se tome como referentes los países de la Unión Europea estudiados, y dentro de la región, la legislación colombiana. Con ello se garantizaría en el país la protección adecuada de estas obras, a sus titulares de derechos y en caso de su no identificación, podrían destinarse ingresos a fines públicos para el bienestar y desarrollo del sector autoral y de la cultura en general.

Se hace necesario revisar el caso de Ecuador, y aunque muestra una superioridad con respecto a otros países de la región, el estudio realizado permite identificar problemas que deben ser resueltos, a los efectos de brindar protección a los titulares de esta clase de creaciones y que se manifiestan en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. Estos son:

- a) La norma vigente no define un procedimiento claro de búsqueda diligente para identificar al titular de los derechos sobre las obras huérfanas o determinar su paradero;
- b) No se determina en la norma un órgano encargado de registrar o inscribir esta clase de obras;
- c) No existe un sistema o base de datos para la identificación y enumeración de obras huérfanas que son parte del dominio público;
- d) No está determinado legalmente el fin de la orfandad;
- e) No se prevé un sistema para indemnizar al autor que aparezca o se identifique como titular del derecho de autor de la obra que hasta ese momento se consideró huérfana;
- f) No existe regulación en cuanto a las sociedades de gestión colectiva en relación con las obras huérfanas, su administración y gestión de derechos en este caso;
- g) No se prevé, ni en el Código, ni en legislación reglamentaria, la expedición de licencias para el uso de las obras huérfanas.

Partiendo de las dificultades antes expuestas, es necesario elaborar un informe técnico jurídico que contenga los principales aspectos a considerar con respecto a las obras huérfanas y su respaldo legal, en virtud de la normativa ecuatoriana de la materia.

## **4.2. Informe Técnico Jurídico**

A continuación, se procede a la elaboración del informe técnico jurídico acerca de las obras huérfanas incluyendo la propuesta de aspectos para tener en cuenta en la normativa vigente en el país en materia de Derecho de Autor.

### **INFORME TÉCNICO JURÍDICO SOBRE OBRAS HUÉRFANAS**

#### **4.2.1. Antecedentes**

Con la promulgación en el Ecuador en fecha el 9 de diciembre de 2016 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, se dejó sin efecto la Ley de Propiedad Intelectual promulgada en el año 1998, la que, en el contexto actual, no resulta compatible con los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, la que posee un carácter eminentemente garantista y se enfoca en la protección de los derechos del Buen Vivir entre los que están: el derecho a la educación, la cultura, la información, entre otros y los restantes derechos clásicos en materia de derechos humanos

Igualmente, el régimen jurídico que contenía era eminentemente mercantilista en cuanto a los derechos de propiedad intelectual, en el que predominaba la figura del autor y el acceso a las obras era mucho más limitado, lo que representaba una restricción en el ejercicio de derechos fundamentales de carácter social, cultural y económico.

Ante ello, el legislador pretendió con la nueva norma propiciar un adecuado desarrollo sobre la creación, innovación en la ciencia y tecnología a nivel nacional, asumiendo el rol de la correcta aplicación de las normas de propiedad intelectual, en particular los Derechos de Autor y derechos conexos.

La norma vigente (2016) tiene por objeto como lo consigna en el artículo 1:

Normar el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales previsto en la Constitución de la República del Ecuador y su articulación principalmente con el Sistema Nacional de Educación, el Sistema de Educación Superior y el Sistema

Nacional de Cultura, con la finalidad de establecer un marco legal en el que se estructure la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación. (pág. 4)

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación regula entre otras cuestiones, lo concerniente a las obras huérfanas que son aquellas que deben ser objeto de protección por la Propiedad Intelectual, en las que, no ha sido posible identificar y localizar al titular de derechos. Esta clase de obras, están previstas en el artículo 214. Dicho reconocimiento con respecto a la norma anterior, y con legislaciones de otros países de la región como Chile y Argentina, constituye un paso de avance en la materia teniendo en cuenta que, en ninguna de las legislaciones sudamericanas mencionadas, existe.

No obstante, la legislación nacional con respecto a otros países como España e Italia, es incompleta, en una serie de aspectos que ameritan se tengan en cuenta para perfeccionar la normativa sobre el tema y proteger a los titulares del derecho de autor de las obras huérfanas, entre las que están: las gestiones para la búsqueda del autor, la forma de explotación por parte de terceros y bajo qué condiciones, el tiempo de protección y la forma de contabilización de este tiempo a efectos de pasar a ser parte del dominio público, la intervención de las sociedades de gestión en su actividad de administración de derechos y de recaudación de regalías derivadas de derechos (quedando pendiente el reparto a los autores no identificados o no localizados), el régimen de licencias y retribución económica, las normas a seguir una vez que se llegue a determinar al autor de la obra, sobre todo respecto de derechos no devengados, entre otros.

#### **4.2.2. Fundamentos legales en los que se sustenta el Informe Técnico**

##### **Jurídico**

La Constitución de la República (2008) en el artículo 1 reconoce que “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” (pág. 8)

De igual manera, el artículo 11 de la norma constitucional (2008, pág. 11) reconoce que el ejercicio de los derechos de las personas está sujeto a que estos se deben ejercitar, promover y exigir de manera particular o colectiva.

El texto constitucional (2008) prevé en el artículo 22:

Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría. (pág. 12)

El artículo 322 de la norma suprema (2008, pág. 100) reconoce entre las formas de propiedad, la intelectual, de conformidad con los términos y condiciones que dispone la ley.

En consonancia con la Constitución, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 5) resulta aplicable en virtud del artículo 2 tanto a personas naturales como jurídicas y otras modalidades asociativas que ejecuten acciones vinculadas a la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación.

En ese sentido, la norma vigente (2016, pág. 5) define en el artículo 3 sus fines enfocados, entre otros aspectos a: la promoción del progreso de la ciencia, la tecnología, la innovación y la creatividad enfocado en satisfacer necesidades y asegurar el ejercicio de derechos de las personas, de los pueblos y de la naturaleza; estimular la creación del conocimiento de una forma democrática basado en la colaboración y la solidaridad; determinar fuentes de financiamiento y los incentivos para desarrollar las actividades del sector, entre otros.

En el artículo 10 del Código (2016, pág. 11) reconoce como Autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales al organismo técnico adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, que tiene personalidad jurídica propia con potestades para regular, gestionar y controlar los derechos intelectuales y brindar los servicios de adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.

Los artículos 100 y 102 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (2016, pág. 40) establecen lo referente al reconocimiento y concesión de los derechos y salvaguarda de los derechos de los autores y de los demás titulares sobre sus obras. También que los Derechos de Autor surgen y son objeto de salvaguarda por el solo hecho de crear la obra. En esa línea, la disposición ecuatoriana prevé los derechos morales y patrimoniales de los autores.

Con respecto a las obras huérfanas, el artículo 214 del Código (2016) reza:

Obras o prestaciones denominadas huérfanas. - Se entiende por obras o prestaciones huérfanas aquellas cuyos derechos de autor o derechos conexos se encuentran vigentes conforme los plazos de protección establecidos en este Código, pero cuyos titulares no están identificados o de estarlo, no ha sido posible su localización. Quien pretenda utilizar obras o prestaciones huérfanas deberá ejecutar todos los actos y gestiones razonables tendientes a la identificación del titular del derecho y notificar a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. En caso de que el legítimo titular o su derechohabiente apareciere y justificare debidamente tal calidad, podrá ejercer las acciones previstas en este Código. (pág. 70)

En esa dirección, el artículo 212 de la norma vigente (2016) define aquellos actos que no requieren autorización para su uso en el que autoriza las bibliotecas o archivos en el numeral 16 a realizar actos en los que:

En el caso de obras huérfanas, o que no estén disponibles lícitamente en el comercio nacional por un plazo superior a un año contado a partir de su primera publicación, y mientras subsistan en esa calidad o circunstancia, las instituciones de enseñanza podrán utilizar en su integridad las obras a que se refieren los dos incisos anteriores, siempre que la utilización de dichas obras sea requerida por la autoridad educativa correspondiente. (pág. 68)

Teniendo en cuenta las disposiciones legales vigentes en el Ecuador que reconocen y amparan las obras huérfanas y la necesidad de salvaguardar la propiedad intelectual y específicamente los derechos de autor, es necesario en pos de mejorar la normativa vigente y asegurar sus fines determinar los elementos a tener en cuenta para completar y evitar vacíos con respecto a las obras huérfanas.

#### **4.2.3. Elementos a introducir en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad para proteger las obras huérfanas.**

##### **a) Procedimiento de búsqueda diligente**

Con la finalidad de que exista un procedimiento claro de búsqueda diligente para identificar al titular de los derechos sobre las obras huérfanas o determinar su paradero se debe establecer lo siguiente:

**PRIMERO:** El procedimiento de búsqueda diligente tiene como objeto identificar y determinar la ubicación del titular o titulares de los derechos de autor sobre la obra

huérfana. Este procedimiento, debe realizarse antes del uso de la obra, y ejecutarse por parte de las entidades beneficiarias de acuerdo con lo establecido en la normativa y bajo el principio de la buena fe.

**SEGUNDO:** El procedimiento de búsqueda diligente se debe desarrollar en el territorio ecuatoriano y previo acuerdo en otros países de la región y fuera de esta, con los que se haya pactado acerca del asunto. Se iniciará por la publicación inicial, de no existir, se revisa lo concerniente a la primera reproducción, publicación, actos de comunicación pública como la exhibición o radiodifusión; o distribución y transformación de estas obras en Ecuador, lugar inicial donde se efectuará su búsqueda. Cuando sea una obra en coautoría, o una coproducción y sus otros autores y productores radiquen en otros países, la búsqueda diligente debe realizarse en cada uno de ellos.

**TERCERO:** Para desarrollar la búsqueda previa al uso de las obras, es necesario que la Autoridad Nacional ecuatoriana, podría ser el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales ( SENADI), constituya una base de datos de obras huérfanas que estará bajo su administración y control.

**CUARTO:** Cuando la obra no esté registrada en la base de datos antes mencionada, la búsqueda se realizará consultando las siguientes fuentes de información, según la naturaleza de la obra:

- a) Catálogos de bibliotecas;
- b) Ficheros de autoridades bajo la custodia de archivos, bibliotecas y otras instituciones;
- c) Organizaciones de autores y editores en el Ecuador;
- d) Sociedades de gestión colectiva encargadas de gestionar derechos de reproducción y comunicación pública;
- e) Registros existentes en SENADI; y
- f) Bases de datos internacionales a las que sea posible acceder oficialmente.

Estas fuentes, deben ser consultadas sin perjuicio de examinar otras adicionalmente existentes en otros países y en la región, a las que se puedan acceder, cuando exista indicios que permitan afirmar que existe información acerca de los titulares de derechos.

**QUINTO:** Cuando las instituciones beneficiarias no posean los recursos para desarrollar la búsqueda diligente, podrá otra entidad llevarla a cabo en representación de la primera, a cambio de un pago por este servicio.

**SEXTO:** El procedimiento de búsqueda diligente termina a partir de que la institución beneficiaria registre la última de las respuestas recibidas a las consultas formuladas a las fuentes antes descritas. De no lograr resultados, se considerará esta gestión en el plazo de 60 días contados a partir de que se realizó la consulta.

**SÉPTIMO:** Las instituciones beneficiarias, luego de desarrollada la búsqueda diligente, deben informar a la Autoridad nacional la información que se detalla a continuación:

- a) Título de la obra.
- b) Búsqueda realizada haciendo constar su fecha y la fuente de información utilizada en la consulta.
- c) Los documentos expedidos por la fuente de información que acrediten que la búsqueda diligente resultó infructuosa por lo que la obra debe ser declarada huérfana e inscripta como tal en registro y base de datos establecidos al efecto, en virtud del artículo 214 del Código Orgánico de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.
- d) En caso de encontrar a los titulares de la obra, se deben aportar los documentos que acrediten su identificación y localización, lo que implica el fin de obra huérfana.

#### **b) Registros de la búsqueda diligente**

A los efectos de que exista un control a nivel nacional por parte de las instituciones beneficiarias con respecto al uso de las obras huérfanas se debe implementar un registro para demostrar las gestiones de búsqueda, por ello se recomienda:

**PRIMERO:** Las instituciones beneficiarias deben contar con un registro que pruebe las búsquedas diligentes desarrolladas que deberá acompañarse de los documentos oficiales expedidos por las fuentes de información consultadas que acrediten la acción realizada.

#### **c) Base de datos y órgano rector de obras huérfanas**

En el orden de contar con un sitio en el que se pueda encontrar información única a nivel nacional sobre las obras huérfanas es conveniente que se tome en cuenta lo siguiente:

**PRIMERO:** La Autoridad Nacional en el Ecuador debe crear o disponer funciones dentro de sus estructuras con la finalidad de crear un órgano encargado de constituir y mantener actualizada una base de datos o sistema para ejercer el control a escala nacional sobre obras huérfanas.

De igual manera, dicho órgano se encargará de realizar el registro o inscripción de esta clase de obras.

#### **d) Fin de la declaración de obra huérfana**

Con la finalidad de prever la identificación o determinación del paradero del titular del derecho de autor de las obras huérfanas, se propone que en la norma se reconozca lo siguiente:

**PRIMERO:** Los titulares de derechos de una obra declarada huérfana podrán pedir en cualquier momento a la autoridad nacional, o a la institución beneficiaria, que se termine con la declaración de tal condición, en lo concerniente a sus derechos. Ello debe acreditarse con los documentos probatorios correspondientes que demuestren su titularidad.

**SEGUNDO:** Cuando la petición se presenta ante la autoridad nacional, ésta debe en un plazo de 24 horas de recibida la misma, proceder a comunicar la situación a la institución beneficiaria declarando el fin de la obra huérfana. En estos mismos plazos de actuar la institución beneficiaria de presentarse los documentos ante ella.

**TERCERO:** A partir del momento que se comunica a la entidad beneficiaria la declaración de fin de la obra huérfana debe abstenerse de ejecutar cualquier acto que implique la explotación de la obra.

#### **e) Indemnización a los titulares de derechos de obras huérfanas**

Teniendo en cuenta que se puede declarar el fin de la obra huérfana, es necesario prever una forma de compensar al titular de los derechos por su uso. Por lo que el siguiente aspecto es esencial:

**PRIMERO:** Al ser declarada el fin de la condición de la obra huérfana sus titulares de derechos pueden presentar petición ante la institución entidad beneficiaria que corresponda, a los efectos de ser indemnizados a razón del uso que ésta haya realizado de la obra huérfana desde que fue declarada en tal condición, hasta la presentación de la solicitud del fin de dicha condición.

**SEGUNDO:** La indemnización se sujetará a:

- a) El uso que efectivamente se le haya dado a la obra huérfana;
- b) El carácter no comercial del uso dado por las instituciones beneficiarias de acuerdo con los fines vinculados con el bienestar general y el ejercicio de los derechos humanos
- c) El posible perjuicio que se haya generado los titulares de derechos.

**TERCERO:** La cuantía de la indemnización se debe definir por los titulares de derechos y la institución beneficiaria de común acuerdo. De no arribarse a este, la autoridad nacional competente, a solicitud de parte, debe determinar la cuantía que corresponda.

### **Sociedades de gestión colectiva en relación con las obras huérfanas**

En virtud de que la normativa ecuatoriana contempla la figura de las sociedades de gestión colectiva y regula su funcionamiento, ante la existencia de obras huérfanas es prudente que estas puedan gestionar las mismas y expedir licencias para su uso. Por ello se recomienda que:

**PRIMERO:** Las sociedades de gestión colectiva en Ecuador, podrán realizar la gestión de las obras declaradas huérfanas y se autorizan a expedir una licencia a favor de instituciones beneficiarias siempre que estén vinculadas al desarrollo de derechos relacionados con la educación, investigación, ciencia, cultura para el uso de dichas obras

**SEGUNDO:** Mientras la obra mantenga la condición de huérfana, los ingresos adquiridos por concepto de licencias, se empleará en la sociedad y se podrá distribuir entre sus socios, de acuerdo con lo previsto por Código Orgánico de los Conocimientos, creatividad e Innovación a estos efectos. Podría considerarse que estos ingresos, pasen a programas institucionales del Ministerio de la Cultura y

Patrimonio del Ecuador que permitan estimular el desarrollo de la cultura y políticas públicas en su beneficio.

Los elementos antes expuestos, resultan fundamentales tenerlos en cuenta en el país para perfeccionar y resolver los vacíos que están presentes en la regulación vigente en materia de obras huérfanas. Con ello se verán beneficiados directamente los titulares del derecho de autor de este tipo de obras.

## CONCLUSIONES

Luego de revisada la doctrina y la regulación jurídica sobre el tema de las obras huérfanas se llega a las conclusiones siguientes:

**PRIMERA:** El derecho de autor es un derecho humano reconocido en el artículo 22 de la norma constitucional ecuatoriana y en instrumentos internacionales en la materia, de ahí la necesidad de su respeto y protección. Se puede manifestar mediante la salvaguarda de la creación de obras de diferente naturaleza, y entre ellas están: las denominadas obras huérfanas. Estas se definen como las que su titular o titulares de derechos no han sido identificados, ni están localizados. Dicha figura está prevista en el artículo 214 del Código Orgánico de los Conocimientos, Creatividad, e Innovación e igualmente ha sido reconocida en las legislaciones de varios países con la finalidad de brindar la adecuada salvaguarda a los derechos de sus titulares.

**SEGUNDO:** Que, al comparar la regulación jurídica de las obras huérfanas, en la legislación de varios países con Ecuador, se concluye que la Unión Europea cuenta con normas comunes aplicables a los Estados Miembros que reconocen esta figura y deja claramente establecido los procedimientos para su búsqueda diligente, sus usos, los órganos encargados de regular esta clase de obras, el fin de la orfandad y el procedimiento compensatorio para sus titulares de derechos. En consonancia con ello están previstas las normas tanto en España como en Italia.

**TERCERO:** En el contexto regional se realizó una comparación sobre la regulación de las obras huérfanas con los países Argentina, Chile y Colombia con respecto a Ecuador. En los dos primeros, no se reconoce en su normativa en materia de Derecho de Autor esta figura, por lo que su regulación es nula existiendo una desprotección hacia sus titulares. En cambio, Colombia y Ecuador, si lo tienen consagrado en sus disposiciones. Colombia cuenta con un marco completo sobre el asunto, definiendo cuestiones elementales relacionadas con: su búsqueda, formas de gestión, control, usos y fines. Sin embargo, Ecuador solo dispone de manera muy general el asunto, estableciendo su reconocimiento y protección, e incluyendo la búsqueda, lo que hace que la normativa sea incompleta e insuficiente ante la presencia de esta clase de obras.

**CUARTO:** De la doctrina, la regulación jurídica y el Derecho comparado se deslinda que la legislación ecuatoriana en materia de derecho de autor es incompleta o insuficiente, teniendo en cuenta que: no cuenta con un procedimiento claro de búsqueda diligente para identificar al titular de los derechos sobre las obras huérfanas o localizarlos; no existe un órgano encargado de registrar e inscribir estas obras; carece de un sistema o base de datos para la identificación de obras huérfanas; no se regula lo concerniente al fin de la orfandad; no existe un sistema de indemnización para cuando el titular o titulares aparezcan o sean identificados y no se considera dentro de las sociedades de gestión colectiva lo relativo a las obras huérfanas y al empleo de licencias para legitimar su uso, o el de terceros.

**QUINTO:** Ante las insuficiencias presentes en la normativa ecuatoriana en materia de Derecho de Autor se presente un informe técnico jurídico en el que se sistematizan cuestiones técnico-jurídicas y metodológicas sobre las obras huérfanas y los elementos novedosos a tener en cuenta para perfeccionar la legislación nacional ecuatoriana de la materia, en el que se definen los procedimientos plazos y mecanismos para efectivizar la protección de las obras estudiadas.

## RECOMENDACIONES

De las conclusiones antes expuestas surgen las siguientes recomendaciones

**PRIMERA:** Resulta conveniente convocar, a los miembros de Colegio de Abogados, funcionarios públicos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI), al Consejo de la Judicatura, a las sociedades de gestión de derechos ecuatorianas y al sistema de instituciones culturales afines con el derecho de autor, en particular, el Ministerio de Cultura y Patrimonio, a los efectos de desarrollar talleres y debates con profesionales del Derecho y servidores públicos para profundizar en los temas vinculados al derecho de autor, y especialmente, enfocados en conocer las particularidades y la figura de las obras huérfanas. También analizar e intercambiar sobre las legislaciones que protegen esta clase de obras y que constituyen referentes mundiales sobre el tema como: España, Italia, y Colombia, en la región sudamericana.

**SEGUNDA:** Corresponde por parte de la autoridad nacional en materia de derechos de autor (SENADI) constituir una comisión de expertos para revisar la regulación de las obras huérfanas con la finalidad de identificar, previo estudio de la doctrina y la regulación jurídica del tema a escala internacional y regional, las insuficiencias que presenta este tipo de obra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

**TERCERA:** Se debe trabajar, por los entes mencionados, en un informe integral en el que se propongan las reformas o la adecuada reglamentación, que deben realizarse al Código Orgánico de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación, para que proteja adecuadamente y de forma completa a estas obras y sus titulares en caso de identificarse, así como su gestión de derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aragón, E. (2004). *Las entidades de gestión colectiva de derechos de Propiedad Intelectual*. Madrid: OMPI.
- Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (1933). *Ley 11.723 sobre el régimen Legal de la Propiedad Intelectual*. Buenos Aires: Boletín Oficial del 30 de septiembre de 1933. Recuperado el 28 de julio de 2020, de [https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg\\_ley11723.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley11723.pdf)
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París: ONU.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York: Registro Oficial 222 de 25 junio de 2010.
- Ayestarán, K. (2017). Investigación jurídica. *Revista Jurídica*, 3(2), 21-46. Recuperado el 7 de agosto de 2020, de <https://www.monografias.com/trabajos85/derecho-investigacion-juridica/derecho-investigacion-juridica.shtml>
- Barreda, Y. (2004). El agotamiento del derecho de distribución en el derecho de autor. *Revista Jurídica*, III(VIII), 10-26. Recuperado el 3 de agosto de 2020, de <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/9416/Calleja-Garc%C3%ADa%2C%20David.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Barrenechea, A. (2017). Régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor. *Derecho y Sociedad*, 13(4), 12-22. Recuperado el 13 de febrero de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19877>
- Blanco, M., & Villalpando, P. (2012). *Nociones Científicas del Protocolo de Investigación*. Madrid: Dykinson.
- Botero, C. (2013). *Las obras huérfanas y la gestión colectiva, una mala propuesta legislativa a la colombiana*. Bogotá: Fundación Karisma.
- Briones, D. (31 de mayo de 2019). *Derechos morales y patrimoniales*. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com): <https://www.derechoecuador.com/derechos-morales-y-derechos-patrimoniales>
- Busaniche, B. (2014). *La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Buenos Aires: Copyleft.

- Caso 975-2002 , 975-2002 (Colombia, Corte Constitucional 13 de noviembre de 2002).
- Caso CO: C-040 de 1994 , 40 (Colombia, Corte Constitucional de Colombia 3 de febrero de 1994).
- Castro, A. (2015). El Derecho de Autor como un Derecho Humano. *Revista Informática Jurídica.*, V(2), 22-37. Recuperado el 5 de julio de 2020, de <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/el-derecho-de-autor-como-un-derecho-humano/>
- Chile, Congreso Nacional. (1970). *Ley N° 17.336*. Santiago de Chile: Diario Oficial 25 de 2 de octubre de 1970.
- Christie, A. (2011). *Maximizar las excepciones permitidas a los derechos de Propiedad Intelectual*. Sidney: Edward Elgar Publishing.
- Colangelo, G., & Lincesso, I. (2012). Derecho versus tecnología: buscando una solución al problema del trabajo huérfano. *Revista Internacional de Tecnología, Conocimiento y Sociedad*, 20(3), 178-202. Recuperado el 2 de noviembre de 2019, de <https://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=23720>
- Colombet, C. (1997). *Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*. Madrid: UNESCO.
- Colombia, Congreso de la República. (1982). *Ley No 23 de 1982 Sobre derechos de autor*. Bogotá: Diario Oficial No. 35.949 de 19 de febrero de 1982.
- Colombia, Congreso de la República. (2018). *Ley No. 1915 modificatoria de la Ley 23 de 1982*. Bogotá: Diario Oficial. Año CLIV. N. 50652. 12, julio, 2018.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. (25 de noviembre de 2005). *Observación General No 17*. Recuperado el 13 de marzo de 2020, de [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org): [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf)
- Comunidad Andina de Naciones. (1993). *Decisión 351 Régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos*. Lima: Registro Oficial No. 366 , 25 de Enero 1994.
- Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores. (2017). *Estatutos CISAC*. Paris: OMPI.
- Croda, J. R., & Abad, E. (2016). Modelos de investigación cualitativa y cuantitativa y su aplicación en el estudio del derecho. *Revista Universita Ciencia*, 4(12), 13-24. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de <https://ux.edu.mx/wp->

content/uploads/2.-Modelos-de-investigaci%C3%B3n-cualitativa-y-cuantitativa-y-su-aplicaci%C3%B3n-en-el-estudio-del-derecho.pdf

- De Bartolomé, J. (2014). *Como estudiar Derecho*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- De la Puente, J. (1985). El método inductivo y la interpretación legal. *Revista PUCP*, 3(6), 3-9. Recuperado el 4 de agosto de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6445>
- Ducci, C. (1994). *Derecho Civil, Parte General*. Santiago de Chile: Jurídica Chile.
- Durán, M. (2016). *El derecho comparado en la investigación*. Granada: Universidad de Granada.
- Dusollier, S. (30 de abril de 2010). *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor, los derechos conexos y el dominio público*. Recuperado el 12 de agosto de 2020, de [www.wipo.in](http://www.wipo.in): [https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping\\_study\\_cr.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf)
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Quito: Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016.
- España, Rey de España. (1996). *Real Decreto Legislativo 1/1996, Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Registro en BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996.
- Ficsor, M. (2002). *La gestión colectiva del Derecho de Autor y derechos conexos*. Ginebra: OMPI.
- Fusco, G. (2015). Investigación Histórica. *Revista de Filosofía e Historia*, 6(2), 41-58. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/postgrado/manongo32/art11.pdf>
- Gamba Segovia, R. A., & Escobar Mora, C. A. (2013). Protección legal del software en las tecnologías de la información por medio de la propiedad intelectual. *Revista de Derecho, Comunicaciones y tecnología.*, 9(8), 8-15. Recuperado el 31 de julio de 2020, de [https://derechoytics.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=125%3Aproteccion-legal-del-software-en-las-tecnologias-de-la-informacion-por-medio-de-la-propiedad-intelectual&catid=11%3A9&Itemid=43&lang=es](https://derechoytics.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=125%3Aproteccion-legal-del-software-en-las-tecnologias-de-la-informacion-por-medio-de-la-propiedad-intelectual&catid=11%3A9&Itemid=43&lang=es)

- García Fernández, D. (2015). *La metodología de investigación jurídica en el siglo XXI*. México D.F: UNAM.
- Geiger, C. (2004). *Derechos fundamentales: una salvaguardia para la coherencia del derecho de propiedad intelectual*. Nueva York: International Review of Intellectual Property and Competence Law.
- González, M. (1993). *El derecho Moral del autor en la Ley Española de Propiedad Intelectual*. Madrid: Marcial Pons.
- Guadamuz, Á. (2016). *La identificación y el acceso al patrimonio cultural en el entorno digital*. Edimburgo: Universidad de Edimburgo.
- Halpern, S., Seymore, S., & Port, K. (2012). *Fundamentos de la Ley de Propiedad Intelectual de los Estados Unidos. Cuarta edición*. Londres: Wolters Kluwer.
- Hansen, D., Urban, J., & Hinze, G. (2013). *Obras huérfanas y búsqueda de titulares de derechos: ¿Quién participa en una 'búsqueda diligente' en los regímenes actuales y propuestos?* California: Universidad de California.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. México D.F: Mc Graw Hill.
- Italia, Parlamento de la República Italiana. (1941). *Ley No. 633 para la Protección de los derechos de autor y otros derechos relacionados con su ejercicio*. Roma: Registro 633.
- Italia, Parlamento de la República Italiana. (2014). *Decreto Legislativo 163*. Roma: Registro 166/2014.
- Jessen, L. (1989). *Derechos intelectuales*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Lifshitz-Goldberg, Y. (2010). *Obras Huerfanas*. Jerusalem: OMPI.
- Lipszyc, D. (2013). *Derecho de Autor y derechos conexos*. Bogotá: UNESCO.
- Martínez, V. (2012). *Licencias creative commons y la posibilidad de generar obras derivadas, en relación al derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Recuperado el 28 de julio de 2020, de [www.oas.org](http://www.oas.org): [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual . (2009). *La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los derechos conexos*. Ginebra: OMPI.

- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (9 de septiembre de 1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Recuperado el 20 de marzo de 2020, de [/www.wipo.int:https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html](http://www.wipo.int:https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor*. Ginebra: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2019). *Glosario de derechos de autor y derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Ginebra: OMPI.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (7 de noviembre de 2019). *Resumen de las respuestas al cuestionario para el estudio sobre sistemas de registro y depósito del derecho de autor-preparado por la OMPI*. Recuperado el 26 de julio de 2020, de [www.wipo.int:https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/registration/pdf/registration\\_summary\\_responses.pdf](http://www.wipo.int:https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/registration/pdf/registration_summary_responses.pdf)
- Ortiz Pierpaoli, F. (1998). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Paraguay: El Foro.
- Pabón, A. (2014). Digitalización, derechos de autor, obras huérfanas y acceso al conocimiento en la Comunidad Andina. *Revista Internacional de Derecho Mercantil* , 45(1), 11-33. Recuperado el 13 de mayo de 2019, de [https://www.researchgate.net/publication/277308752\\_DIGITALIZACION\\_DERECHOS\\_DE\\_AUTOR\\_OBRAS\\_HUERFANAS\\_Y\\_ACCESO\\_AL\\_CONOCIMIENTO\\_EN\\_LA\\_COMUNIDAD\\_ANDINA](https://www.researchgate.net/publication/277308752_DIGITALIZACION_DERECHOS_DE_AUTOR_OBRAS_HUERFANAS_Y_ACCESO_AL_CONOCIMIENTO_EN_LA_COMUNIDAD_ANDINA)
- Parlamento Europeo. (2012). *Directiva 2012/28*. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea L 299/5 de 27 de octubre de 2012.
- Parlamento Europeo y Consejo. (2014). *Directiva 2014/26/UE*. Estrasburgo: Registro L 84/96 del 20 de marzo de 2014.
- Pastrana, E. (2006). *Apuntes tomados del Seminario sobre epistemología y postmodernidad en las Ciencias Sociales*. Santiago de Compostela: USC.
- Real Academia de la Lengua Española . (2014). *Diccionario de la Academia de la Lengua Española* . Madrid: Espasa S.A.
- Reinoso, F. (2008). *Derecho patrimonial*. Madrid: S.L. - Dykinson.
- Rey de España. (2016). *Real Decreto 224/2016* . Madrid: Registro Núm. 141 BOE, 11 de junio de 2016.

- Ricketson, S. (5 de abril de 2003). *Derechos de Autor*. Recuperado el 8 de abril de 2020, de [www.wipo.int](http://www.wipo.int): [https://www.wipo.int/meetings/es/doc\\_details.jsp?doc\\_id=16805](https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=16805)
- Ringnalda, A. (2013). *Los defectos del proyecto de Directiva sobre obras huérfanas y obras huérfanas y la concesión de licencias colectivas extendidas como solución*. Utrecht: University of Utrecht.
- Ríos, W. R. (2004). La causal de irregistrabilidad marcaria, frente a los derechos de autor de un tercero (derecho de autor sobre los títulos de obra literarias, artísticas o científicas y los personajes ficticios o simbólicos). *Propiedad Inmaterial*, 8(6), 51-70. Recuperado el 3 de abril de 2019, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/1227>
- Salazar, G. (2013). Derechos de Autor: derechos morales y derechos patrimoniales. *Boletín legal*, 2(22), 1-36. Recuperado el 30 de julio de 2020, de <https://vlex.ec/vid/derechos-autor-morales-426752189#:~:text=Los%20Derechos%20Morales%20son%20el,usurpada%20por%20una%20tercera%20persona>.
- Samuelson, P. (2006). Desafíos en el mapeo del dominio público. En G. G. Pamela Samuelson, *El futuro del dominio público* (págs. 137-182). Nueva York: Aspen Publishers.
- Sentencia ES:TS:2013:371, 1869/2009 (España, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil 18 de enero de 2013).
- Serrano, F. (2000). *El Derecho Moral*. Ciudad de Guatemala: OMPI.
- Tamayo, M. (2002). *El proceso de la investigación científica. Cuarta edición*. México D.F: Limusa.
- Vega, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Vergara, A. (5 de julio de 2003). La teoría del dominio público: El estado de la cuestión. *Revista de Derecho Público*, 1(114), 26-51. Recuperado el 11 de agosto de 2020, de [https://www.researchgate.net/publication/259263381\\_La\\_teoria\\_del\\_dominio\\_publico\\_el\\_estado\\_de\\_la\\_cuestion\\_Madrid\\_1989](https://www.researchgate.net/publication/259263381_La_teoria_del_dominio_publico_el_estado_de_la_cuestion_Madrid_1989)
- Villabella, C. (2016). Los métodos de investigación jurídica. Algunas precisiones. *Revista de Investigación Científica*, 1(1), 1-35. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>

- Walker, E. (2014). Uso de obras huérfanas: estudio de diversas regulaciones en el derecho comparado como referencia para modernizar la legislación chilena sobre propiedad intelectual. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 845 - 870. Recuperado el 27 de julio de 2020, de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372014000300004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000300004)
- Ycasa, A. (2015). *El papel del Estado en el Derecho de autor y Derechos conexo*. Quito: Abya-yala.