

La Mediación en la Solución de Conflictos de Derechos de Autor en Cuba: Necesidad de su Implementación

JORGE LUIS ORDELIN FONT

Profesor de Derecho de Autor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Notario público con competencia en la provincia Santiago de Cuba. Cursa Especialidad en Derecho Civil y Familia por la Universidad de Oriente y Maestría en Derecho Civil por la Universidad de La Habana. E-mail: jlordelin@fd.uo.edu.cu

RAÚL JOSÉ VEGA CARDONA

Profesor de Derecho de Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Juez profesional no permanente, Sala Civil del Tribunal Provincial Popular, Santiago de Cuba. Cursa Especialidad en Derecho Civil y Familia, Universidad de Oriente y Maestría en Derecho Civil, Universidad de La Habana. E-mail: rvega@fd.uo.edu.cu

Recibido: 29-05-12 Aceptado: 20-06-12

Resumen:

El presente artículo tiene como objeto fundamentar la necesidad de implementar la mediación, como mecanismo de solución de conflictos en materia de derecho de autor, en el ordenamiento jurídico cubano. Para ello parte de tener en cuenta las características de la mediación como mecanismo de solución de conflictos y la situación actual que tiene la protección de los derechos de autor en el ordenamiento jurídico cubano, tanto en su regulación sustantiva como la posibilidad de solucionar estos conflictos en sede penal, administrativa y civil; lo cual conlleva al establecimiento de las principales ventajas que tiene dicho procedimiento en la realidad jurídica actual en Cuba.

PALABRAS CLAVES: Mediación, Solución de Conflictos, Derecho de Autor, Cuba.

Mediation in Cuba's Copyright Conflict Resolution: The Need for Its Implementation

Abstract:

This article is intended to establish the need for implementing Mediation as a mechanism for Copyright conflict resolution in the Cuban legal system. First, it takes into account Mediation's qualities as a dispute resolution mechanism as well as Copyright protection's present status in the legal system, both in its substantive regulation and its ability to resolve conflicts in criminal, administrative and civil courts; then, it proceeds to establish Mediation's main advantages in Cuba's present legal reality.

KEYWORDS: Mediation, Conflict Resolution, Copyright, Cuba.

Cuando los poderes del Estado se refieren al término "cultura de paz", buscan en todo momento una reflexión colectiva y una participación abierta y democrática de todos los ciudadanos, que facilite la posterior toma de decisiones.

Rolando Vega Robert

La adopción de mecanismos eficientes que garanticen los derechos de propiedad intelectual-y en especial los derechos de autor- constituyen un estímulo para el desarrollo y preservación de la cultura en los países en desarrollo, y en especial para Cuba. Al unísono de la consagración normativa de estos derechos, estos mecanismos se convierten en garantía de los mismos para obtener su respeto en caso de ser vulnerados. Si vital para el desarrollo de un derecho, cualquiera que este sea, es su correcta consagración normativa, ésta queda despojada de toda concreción, si no dispone de los medios que permitan su defensa. De ahí la necesidad de una correcta interrelación entre la regulación normativa de la cual emana el derecho subjetivo y la acción para su defensa.

En el ordenamiento jurídico cubano, el Derecho de Autor -y los llamados Derechos Conexos- es una de las materias que menor desarrollo legislativo ha presentado en los últimos años, en correspondencia con los cambios operados en la materia a nivel internacional.¹ Situación que se ve agravada con los mecanismos de solución de conflictos existentes.

Es entonces, ineludible, en medio de esta compleja situación, buscar mecanismos alternativos, que permitan de una forma rápida y eficaz la solución de los conflictos de derechos de autor, sin que ello implique la espera de una inmensa actividad legislativa, como sería la adopción de una nueva Ley de Derecho de Autor. Es por ello que se hace necesario fundamentar la necesidad de implementar la mediación como mecanismo de solución de conflictos de derechos de autor en Cuba, a partir de establecer las características y ventajas de la mediación como mecanismo de solución de controversias, la situación de la solución de conflictos de esta materia en el ordenamiento jurídico cubano y las posibilidades reales que tiene dicho procedimiento para su establecimiento en el mismo.

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Para nadie es oculta la crisis de la justicia togada, expresada en la imposibilidad de un sistema jurídico eficaz y en los altos costos y dilaciones de los procesos. Amén del nivel de complejidad que cada día alcanzan los mismos a partir de la especialización de las diferentes ramas del Derecho y su excesiva regulación. Ante estos dilemas, se han buscado medios alternativos que permitan la resolución satisfactoria de las controversias. Si bien es prácticamente imposible que la actual sociedad se desarrolle sin éstas; sí es posible buscar mecanismos alternativos dentro del tradicional proceso judicial que, sin significar una ruptura con el mismo; dentro del propio poder judicial rompan los viejos esquemas que han esquematizado, concentrado o reducido la función judicial, al tiempo que se preserven los valores supremos del mismo, como son la imparcialidad, la justicia y el respeto de los derechos de los ciudadanos.

Los procedimientos alternativos de solución de controversias no son más que aquellos mecanismos neutrales, a partir de los cuales las partes tienen la posibilidad de resolver controversias sin tener que acudir a los tribunales. Procedimientos que son escogidos por las partes y que tienen entre sus principales beneficios, la economía en tiempo y costos, la flexibilidad, el control por éstas, la neutralidad, la sencillez del procedimiento, la confidencialidad y la competencia. Se reconocen como medios alternativos a la solución de conflictos la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Siendo sólo la mediación el objeto de este artículo.

La mediación. Concepto y características

La mediación surge en los Estados Unidos en los años 60 y 70, de allí se extiende inmediatamente a Canadá para llegar a Inglaterra en los 80 y al resto de Europa en los años 90.

Aunque es muy difícil brindar una definición que contemple todas las características de la mediación y su campo de acción, puesto que es un proceso que va más allá del contenido del conflicto que se pretende resolver²; con este término se hace alusión a la posibilidad que tienen los particulares de solucionar sus conflictos por sí mismos, manteniendo el pleno control del procedimiento y por tanto su resultado.

Etimológicamente la palabra mediación en latín quiere decir *mediatio*, *-onis*, «acción o efecto de mediar» y mediar proviene del latín *mediāre*, que significa «interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad»³. Para Jay Folberg y Alison Taylor la mediación es posible de definirla como el proceso mediante el cual los participantes con la asistencia de una persona o personas naturales aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.⁴ Constituye un método no adversativo, en el cual no existe un tercero ajeno al conflicto que decida el mismo, sino que son las partes, quienes deben de buscarle una solución al conflicto, que como elemento esencial de las relaciones humanas, es imposible de evitar, pues en sí misma la contradicción es causa de desarrollo de la sociedad. Sin embargo, en la solución del mismo más que la búsqueda de posiciones de fuerzas o de parte se busca la forma o vía de reconsiderar los intereses de cada uno de los implicados de forma tal que todos resulten ganadores.

Podemos entonces precisar algunas de las características de este mecanismo de solución de conflictos:

- *Procedimiento voluntario*, es solicitado por una o por ambas partes, quienes pueden abandonar la misma en cualquier etapa anterior a la firma de una solución concertada.
- *Método alternativo*, ya que es extra-judicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, caracterizado por su rapidez, efectividad y economía de gastos.
- *Procedimiento informal*, en el mismo no existen reglas preestablecidas, se facilita de esta forma no sólo la participación activa de las partes sino la creatividad en la búsqueda de soluciones, que no es impuesta por terceros ajenos al conflicto.
- *Existencia de un tercero ajeno al conflicto*, éste tiene carácter neutral busca que las partes se aproximen para la solución del conflicto y la identificación de sus intereses.
- *Carácter de confidencial*, está basada en el diálogo, todo lo que se dice sobre el conflicto y los documentos presentados o informes para lograr la búsqueda de identificación de intereses es absolutamente confidencial, incluso posterior a la culminación del proceso. Éste carácter permite a las partes negociar de forma más productiva para que de forma abierta estas puedan identificar sus intereses, fundamentalmente en los casos que existan intereses económicos.

- *La decisión no es impuesta a las partes*, la misma se alcanza de acuerdo a los intereses comunes de ambas partes, siendo por tanto justa y satisfactoria. Resultado que se obtiene por ser una **negociación cooperativa**, en la medida en que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no sólo una de ellas, por eso se la considera una vía no adversarial, porque evita la postura antagónica de ganador - perdedor⁵.
- Cuando se arriba a un acuerdo éste es pactado de forma escrita, adquiriendo la fuerza de un contrato.

Tipos de mediación, diferencias de la conciliación

Los tipos de mediación dependen de los criterios escogidos para su clasificación. De esta forma según el número de mediadores ésta puede tener el carácter de singular o colectiva, también llamada co-mediación, esta última. Según el objeto puede ser comunitaria, escolar, civil y mercantil, penal y familiar⁶. Asimismo en dependencia de su relación con el proceso judicial esta puede ser extraprocésal, si se realiza fuera de un proceso judicial sin que sea una fase previa del mismo; preprocesal cuando se constituye una fase previa al proceso para su acceso a los tribunales; e intraprocésal cuando se realiza dentro del proceso judicial como audiencia preliminar.

En este último supuesto existen autores que coinciden en afirmar que no estamos en presencia de una mediación en estricto sentido, sino de la conciliación. Si bien las diferencias entre la mediación y el arbitraje⁷ quedan visiblemente determinadas no sucede lo mismo con la conciliación. De hecho existe literatura que utiliza indistintamente uno y otro término. De esta forma la mediación intraprocésal es también conocida como conciliación mientras que la conciliación extrajudicial es reconocida como mediación.

Si bien ambos métodos alternativos surgieron producto de la separación del antiguo sistema judicial adversarial, para autores como Gozaíni

mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación facilita la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema -aun cuando lo lleva en su destino- sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto (2010, p. 8)⁸.

Si bien la mediación va más allá de la conciliación, el papel del conciliador tiene mayor protagonismo que el mediador, dado que no sólo se limita a acercar a las partes, facilitarle su comunicación e identificación de intereses sino que debe de procurar la solución y proponer el arreglo preparando a las partes para su aceptación.

Características del mediador

Las diferencias anteriormente apuntadas, sobre las distinciones entre la mediación y la conciliación, hacen más complejo el papel del mediador en el proceso. Éste debe contar con la preparación necesaria para propiciar el balance de poder adecuado entre las partes, a partir de la comunicación efectiva entre las mismas, actividad que debe desarrollar sin aplicar normas jurídicas, ni emitir resoluciones, pero con los conocimientos jurídicos necesarios para ayudar, guiar, asesorar y orientar al entendimiento entre las partes, tratando de encontrar intereses coincidentes donde parece que es imposible encontrar, por las propias dimensiones que el conflicto ha adquirido.

Se enumeran entonces una serie de características que deben de concurrir en aquella persona que esté llamado a fungir como mediador⁹. Preparación no sólo en aspectos psicosociales y jurídicos sino también experiencia en la resolución de conflictos, voluntad para buscar “lo justo”, lo humano y no lo meramente formal o técnico, capacidad para prever con la solución evitar conflictos futuros y excelentes condiciones éticas, morales e intelectuales. Las condiciones personales del mediador permitirán que dentro de la búsqueda de la solución del conflicto se cree espacio para los interesados, identificando intereses, sentimientos, para ayudar a la toma de una decisión.

Según la función que realice el mediador la mediación puede adquirir la condición de:

a) Mediación-facilitación, en la que el mediador facilita la comunicación entre las partes, contribuyendo a que cada una de ellas comprenda la posición, perspectiva e intereses de la otra parte en relación con la controversia.

b) Mediación-evaluación, en la que el mediador realiza una evaluación de la controversia que luego las partes están libres de aceptar o rechazar como solución de la controversia¹⁰.

LA MEDIACIÓN Y LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHO DE AUTOR

Como mecanismo de solución alternativa de conflictos, la mediación es recomendada en aquellas situaciones donde se busque agilizar el proceso de solución del mismo y bajo el principio de economía y confidencialidad, sea necesario que las partes preserven la relación. Necesariamente no tiene que utilizarse como salida alternativa en una controversia sino que también pueda servir de medio de prevención cuando existen negociaciones estancadas en un acuerdo y sea necesaria la intervención de un tercero para solucionar el mismo. Para Hofedank, la mediación no es recomendable cuando las partes no valoran una solución consensual, sino la condena de la otra parte, o si la ruptura de la relación entre las partes está segura.¹¹

En materia de solución de conflictos en los que se encuentren implicados los derechos de autor tenemos que tener en cuenta dos condiciones: la naturaleza compleja del Derecho de Autor y la necesidad, en determinados casos, de continuar la relación entre autor y el infractor de sus derechos; especialmente cuando éste último es el usuario de la obra y son los intereses económicos los que están presentes.

En la primera condición debemos considerar que la relación autor-obra sólo es posible a partir del ejercicio de las facultades que el Derecho de Autor reconoce a los creadores. Constituye una relación jurídica *sui generis*. Estas facultades están compuestas por el derecho moral y el derecho patrimonial.

Las facultades que comprenden el derecho moral sustentan la conexión directa del autor con su obra, la defensa de la creación del autor como acto sublime de expresión de la personalidad del creador, el producto más genuino del desarrollo intelectual de un ser humano. Como facultades inherentes a la personalidad del creador y, dado el carácter intangible de la personalidad humana, estas facultades son inalienables, perpetuas, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.

A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales, constituyen las facultades mediante las cuales el autor dispone la utilización de la obra, con excepción de las limitaciones establecidas en la ley y obtiene

beneficios económicos. Son estos derechos los que permiten que la obra pueda ser objeto del comercio, aunque de forma *sui géneris*, por la incidencia que en el acto de transmisión desempeñan los derechos morales. Estas facultades tienen una incidencia directa en el patrimonio del autor de la obra, y pueden ser renunciables, transmisibles por cualquiera de los medios establecidos en Derecho, dígase transmisión *mortis causa*, presunción legal de cesión, o cesión contractual y no son perpetuos, es decir, sólo podrán ser ejercitadas de forma exclusiva por el creador en un plazo de tiempo.

Por su parte la segunda condición se encuentra relacionada con la necesidad de continuar con la relación entre el autor y el infractor, sobre todo cuando este es usuario de la obra. El incremento de las transacciones comerciales en los que se encuentran implicados derechos de propiedad intelectual y específicamente derechos de autor, ha traído consigo que en estas relaciones comerciales, por lo general, el autor sea la parte débil, al estarle vedado en múltiples casos la posibilidad de negociación y tener que adherirse a contratos-tipos, en los que las condiciones están previamente establecidas, amén de que no siempre el autor puede pagar los altos costos que suponen los procesos judiciales, para hacer valer sus derechos ante las infracciones cometidas.

De esta forma el desarrollo de las industrias culturales patentiza la necesidad de que métodos alternativos como la mediación sean utilizados en relaciones tan complejas como son el entorno digital, las transacciones informáticas, los contratos en el ámbito artístico, en deportes, espectáculos, etc. Tómese en cuenta, además, que no sólo existen los derechos de autor sino también los derechos conexos o afines a los mismos, lo cual incide en el incremento del número de titulares e implicados en la transmisión y difusión de la obra propiciando relaciones contractuales más complejas, controversias que pueden interferir o paralizar la actividad de difusión de la obra artística.

Panorámica sobre la solución de conflictos en materia de derechos de autor en Cuba

En medio de ésta compleja situación Cuba, está llamada a la búsqueda de alternativas que si bien sean capaces de mantener y preservar el legado de las políticas públicas culturales, que potencien el libre acceso a la cultura y la identidad nacional y sirvan también para garantizar su inserción en un mundo cada vez más globalizado, donde también puedan desarrollarse las

iniciativas particulares, la protección de los derechos de propiedad intelectual y el comercio de los bienes intangibles. La existencia de un mercado cultural en Cuba no debe ser visto como la mercantilización de la cultura cubana, sino como dijera uno de los más destacados intelectuales cubanos contemporáneos, el doctor Torres Cuevas «El mercado es un hecho; pero el hecho cultural puede y debe ser pensado, auténtico, creador, para ser en medio de otros “productos”, un verdadero espacio al constante cambio de la “idea cubana”»¹².

Bajo la premisa, anteriormente apuntada, se propiciará necesariamente el desarrollo de la mediación en el derecho de autor en Cuba, como mecanismo que permite no sólo la protección de estos derechos sino el progreso de sectores como el de la música, la literatura, las artes plásticas y audiovisuales. De ahí que el desarrollo de la creación intelectual y la cultura nacional quede garantizado con la eficaz protección de dichos derechos.

Desde el punto de vista de la regulación sustantiva de los derechos de autor en el ordenamiento jurídico cubano, rige la Ley No. 14, Ley del Derecho de Autor, de 28 de diciembre de 1977, modificada por el Decreto - Ley No. 156, de 28 de septiembre de 1994, en relación a los artículos 43,45 y 47, donde se amplía el período común de vigencia del derecho de autor a 50 años, y para las obras fotográficas a 25 años. Sin embargo, lo cierto es, que este cuerpo normativo se ve complementado por un conjunto de Resoluciones dictadas por el Ministerio de Cultura, por el Director General del Centro Nacional de Derecho de Autor, así como Instrucciones y Circulares, disposiciones que si bien han tratado de perfeccionar y desarrollar las instituciones de Derecho de Autor, éstas quedan sólo dentro del marco que le permite la Ley 14, que no se atempera a los tiempos actuales y a las modernas tendencias doctrinales y legislativas del Derecho de Autor, amén de la consabida dispersión legislativa que provoca, con las aludidas consecuencias de esta.

Entre las últimas resoluciones dictadas podemos mencionar:

- Resolución No. 10, de 19 de febrero de 2008, del Ministro de Cultura, que regula la concertación de contratos y la remuneración a los autores por la edición de las obras literarias que se expresan en forma de libro o folleto elaborados fuera del desempeño de un empleo.
- Resolución No. 11, del 19 de febrero de 2008, del Ministro de Cultura, que dispone la remuneración al autor por la primera presentación o ejecución pública de una obra, mediante acuerdo entre partes.

- Resolución No. 10 del 6 de julio de 2009, del Director General del Centro Nacional de Derecho de Autor, que dispone las tarifas para el pago de la segunda o sucesivas representaciones de obras dramáticas y dramático-musicales.
- Resolución No. 100 del 4 de diciembre de 2009, del Ministro de Cultura, que dispone sobre la remuneración a creadores cuyas obras se reproducen en soportes de video.

Aún quedan por regular dentro del ordenamiento jurídico cubano temas tan trascendentales como la protección de los derechos conexos, si bien existen disposiciones que protegen a artistas intérpretes y ejecutantes, en las cuales se les reconoce derechos de remuneración por la reproducción de sus prestaciones artísticas, así como normas de Derecho Laboral, en las que se establece un régimen complementario de protección a esas figuras; la protección de los derechos de autor en el entorno digital, y el reconocimiento de facultades como el Derecho de Participación, Derecho de Alquiler, o Distribución. Incide en esta situación, además el hecho de que no fue hasta enero de 1996, que se hizo vigente la adhesión por parte de Cuba del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas (ADPIC), promovido por la Organización Mundial de Comercio (OMC), mientras que en febrero de 1996, se suscribió el Convenio de Berna, para la Protección de Obras Artísticas y Literarias (Acta de París de 1971).

A la par de estas limitaciones, no existe un mecanismo eficiente para la reparación del daño causado al derecho que tienen los autores, cuando el mismo ha sido vulnerado por una conducta infractora. La garantía en el desarrollo de los derechos de autor se encuentre en la creación y perfeccionamiento de un sistema que en sede administrativa, judicial civil y penal sea capaz de reparar el perjuicio causado. A los dilemas existentes en la legislación sustantiva y procesal se une la falta de conocimiento y voluntad por parte de los usuarios, incluso estatales, acerca de sus obligaciones en la materia; así como las serias dificultades de organización de la mayoría de las entidades que explotan o administran las obras que generan derechos de autor¹³.

Los principales conflictos de derecho de autor en Cuba en la materia son la modificación y transformación de obras originarias para obras audiovisuales sin consentimiento de los autores, dígame, argumentos, guiones, obras literarias; para su uso en la televisión. Reproducción sin

autorización de obras de las artes plásticas (pinturas, esculturas y fotografías) en etiquetas, carteles, logotipos, camisetas, postales. Plagios parciales y totales de telenovelas, investigaciones históricas, cuentos, novelas, programas de computación. Falsificación de obras de las artes plásticas, fonogramas y libros. Apropiación indebida de derechos sobre obras. Utilización no autorizada de dibujos y modelos industriales y artesanales. Incorrecta consignación de créditos autorales. Contratos editoriales irregulares. Publicación indiscriminada y desautorizada de ejemplares de obras. Situación jurídica de herederos. Trámites notariales y judiciales para la adjudicación sucesoria¹⁴.

En Cuba, a partir de la aprobación del Código Penal de 1987¹⁵, se produjo una despenalización de las figuras típicas de violación de la propiedad intelectual, lo cual limitó el conocimiento de los asuntos en los cuales se violan dichos derechos a proceso civil y administrativo, si bien no existen normas sobre acciones civiles especiales en cuanto a derecho de autor, sino que dichos procesos pueden ser ventilados en el marco del sistema procesal general, destinados fundamentalmente para obtener la debida indemnización de daños y perjuicios por ilícitos civiles e incumplimiento de contratos en la materia. Proceso que se realizará conforme lo establece la Ley 7 de 1977 modificada por el Decreto Ley 241 del 2006.

Analicemos entonces cada una de las partes que deben de conformar el mecanismo de solución de conflictos de derechos de autor en una sociedad dada.

En sede penal si bien la Ley No. 14. Ley del Derecho de Autor de 28 de diciembre de 1977 establece en su artículo 50 que las violaciones del derecho de autor se sancionan en la forma que establece la legislación penal vigente, pudiendo los afectados ejercitar las acciones que corresponda, en el Código Penal no existe un precepto que expresamente proteja a los derechos de autor, en ninguna de sus posibles posiciones: protección de los derechos morales, protección de los derechos patrimoniales o ambos.

El Código Penal vigente en Cuba, Ley 62/1988 de 30 de abril en el Título VI tipifica los Delitos contra el Patrimonio Cultural. Evidentemente el bien jurídico protegido en éste título no es el derecho de autor, no sólo por el hecho de que dicho título persigue la protección de un bien jurídico de interés colectivo como lo es la protección de toda obra que forme parte del patrimonio cultural de la nación, sino por el mero hecho de que no toda obra

es parte del patrimonio cultural de la nación, sino solamente aquella que, por su especial relevancia en relación con la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, la educación, el arte, la ciencia y la cultura en general integra el Patrimonio Cultural de la Nación¹⁶.

Sólo el artículo 246 del Código Penal, perteneciente al título anteriormente expresado tipifica conductas que directamente tienen su concreción en el ámbito de la protección de los derechos de autor, como es la de falsificar y traficar con obras de arte. La trascendencia de esta regulación para la protección de los derechos de autor la sintetiza concretamente la profesora Goite Pierre al afirmar: «existe esa clara mezcla del patrimonio cultural con la propiedad intelectual»¹⁷.

Como bien afirma la profesora Goite Pierre, cualquier otro ataque a los derechos de autor en el ordenamiento jurídico cubano en sede penal no estaría en relación directa con la propiedad intelectual, puesto que, de forma indirecta delitos como el hurto, robo, apropiaciones, estafas o daños, al proteger el patrimonio pueden proteger las obras de derechos de autor. Sin embargo aún quedan por regular infracciones de derechos de autor, constitutivas de delitos, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como el plagio, la reproducción, comunicación, distribución, transmisión, representación o ejecución una obra, transformación sin el consentimiento de su titular.

No existe, entonces, en sede penal correlación entre la actual regulación que brinda el ordenamiento jurídico cubano y el artículo 61 de los ADPIC, donde se conmina a las partes del Tratado a establecer procedimientos y sanciones penales, al menos, para los casos de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Por supuesto, que si no existe la tipificación de la conducta constitutiva de delito, mucho menos pudiera pensarse de la punibilidad de la misma, con sanciones pecuniarias suficientemente *disuasorias* que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente, según reza el propio artículo del Tratado comentado. Tampoco figuran sanciones accesorias como la confiscación y el comiso, que si bien encuentran respaldo en el ordenamiento penal no es dable su aplicación en la materia que nos ocupa.

En consecuencia con la tendencia en la legislación comparada latinoamericana, de utilizar la vía administrativa para la solución de conflictos en materia de Derecho de Autor,¹⁸ Cuba prevé en la Resolución No. 162 de

fecha 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura, el Procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre derecho de autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación de la ley vigente. Siendo competente para resolver este tipo de conflictos el Director General del Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA),¹⁹ institución adscrita al Ministerio de Cultura de la República de Cuba²⁰.

Analicemos brevemente la existencia o no de un régimen sancionatorio en sede administrativa en el ordenamiento jurídico cubano. Cuando hablamos de procedimiento administrativo debemos tener en cuenta que el mismo se configura cuando se impugna la voluntad de la Administración. Sin embargo, pudiéramos hablar entonces de voluntad administrativa en el procedimiento que establece la Resolución No. 162 del 2002. Para ello debemos tener en cuenta que no goza el ordenamiento jurídico cubano, en materia de derecho de autor, de una regulación expresa donde se establezcan las principales infracciones que son objeto del procedimiento administrativo, que se convierten a su vez en exclusión, en materia de competencia del proceso civil.

Al no encontrarse determinadas cuales son las infracciones que competen a este procedimiento, no existe por tanto, una voluntad administrativa materializada en la sanción de dicha infracción. De lo cual se deriva que no podemos hablar de un régimen propiamente sancionatorio, en el cual la relación jurídica de este procedimiento se establezca a partir de la voluntad de la administración al imponer una sanción a la conducta infractora previamente establecida en el ordenamiento jurídico.

El carácter administrativo del procedimiento deviene entonces, no de la voluntad de la administración pública que necesita ser impugnada sino de la institución competente para la solución del conflicto, pues el CENDA, es una institución que es parte de la Administración Pública cubana. Se sustenta esta posición en la propia regulación que establece la Resolución No. 162/2002, al permitir que todos los titulares de los derechos de autor que se consideren perjudicados pueden presentar una reclamación por escrito, sin formalidad alguna, ante el Director General del CENDA, en la que deben exponer sus generales, los hechos presuntamente violatorios de sus derechos, los medios de prueba de que intenten valerse y sus pretensiones concretas²¹.

Como se aprecia, para iniciar el procedimiento no se hace necesario

ningún pronunciamiento de la administración que de lugar al mismo, como sostiene la teoría y práctica del Derecho Administrativo. Ello a su vez ha ocasionado otros dilemas en sede civil para la solución de conflictos, puesto que al no estar regulados los supuestos de la competencia administrativa y no ser necesario la voluntad administrativa para la configuración de ésta relación jurídica, no existe una delimitación entre ambas sedes de solución de conflicto, evidenciándose una mayor preponderancia de soluciones en vía administrativa que en sede civil, cuando debería de ser lo contrario, a la par de una administrativización de la materia.

Esta situación se complejiza, al existir la posibilidad de que el titular del derecho pueda al mismo tiempo que inste a la autoridad administrativa ejercitar la acción civil correspondiente, demandando el cese del acto ilícito del infractor y la indemnización de los daños materiales y morales causados²². A diferencia de lo establecido en los ADPIC, donde los procedimientos administrativos se contemplan como una posibilidad de solucionar conflictos, siempre que puedan ordenarse dichos procedimientos con los principios propios del proceso civil, el respeto al debido proceso legal, la irrestricta garantía de defensa, la actuación imparcial del funcionario, el acceso permanente a las actuaciones, contradicción e igualdad; la regulación que hace el referido artículo al mencionar los asuntos de conocimiento del proceso civil: cese del acto ilícito del infractor y la indemnización de los daños materiales y morales causados, parece que limita el conocimiento de dicha jurisdicción; mientras presupone el completo conocimiento de la autoridad administrativa de todos los conflictos que pueden surgir en la materia. No sin antes ocasionar otras consecuencias como la contradicción de decisiones. Posición que el profesor Mendoza Díaz ha resumido de la siguiente forma:

La apertura de dos cauces de conocimiento paralelos para una misma pretensión, uno en sede administrativa y el otro en sede judicial, sin los mecanismos de paralización propios de la litispendencia, puede conllevar a que se adopten decisiones contradictorias emanadas de diferentes ámbitos jurisdiccionales.²³ (2011, p. 227).

El procedimiento administrativo cubano para la solución de dichos conflictos de derechos de autor a criterio del profesor anteriormente citado, está cercano al procedimiento de las contravenciones.²⁴ Principios como contradicción, proposición y práctica de pruebas no quedan debidamente configurados dentro del procedimiento. Nada se dice sobre la identificación

y protección de la información confidencial y sobre la posibilidad obligar a la parte contraria a aportar pruebas que tiene en su poder, tal cual lo establecen los artículos 42 y 43, respectivamente de los ADPIC.

Tampoco se hace referencia al alcance de la decisión que emite el Director del CENDA, si tiene el carácter de resarcitorio, si existe la posibilidad de imponer multas como medio disuasorio de las infracciones o si tiene fuerza ejecutiva para el condenar al pago de los derechos devengados; ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido, debido a una infracción de su derecho, así como ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones.²⁵ De hecho aunque se declaren en la Resolución pertinente estas decisiones, su ejecución se hace imposible al no existir en éste ámbito los medios necesarios para la ejecución de la decisión administrativa. Aunque en consonancia con las exigencias mínimas de los procedimientos administrativos en Derecho de autor existe la posibilidad de que contra lo resuelto por el Director General del CENDA pueda establecerse procedimiento administrativo ante la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, dentro del término de 30 días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación de la resolución²⁶. Resolución judicial que a su vez puede ser objeto del correspondiente Recurso de Casación ante la Sala de la Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República.

Ventajas de la aplicación de la mediación en la solución de conflictos de derecho de autor en Cuba

A partir de las características de la mediación y la situación actual de la solución de conflictos de derechos de autor en Cuba, la mediación, contribuye a la eficaz solución de los mismos, aun y cuando no se concrete un acuerdo, pero al menos, si se logra identificar los puntos controvertidos que finalmente serán debatidos en sede judicial y/o administrativa.

Dentro de las ventajas que traería consigo, para el desarrollo y protección de los derechos de autor, el establecimiento de un mecanismo de mediación en esta materia para Cuba, serían los siguientes:

- *Establecimiento de un procedimiento único:* Se elimina el riesgo de que un mismo proceso sea de conocimiento en las dos jurisdicciones al mismo tiempo, no sólo porque surge de alternativa a los mismos antes de estos, sino que una vez identificados los intereses en caso de que no exista acuerdo, sirve a las partes para determinar claramente cual será la vía más rápida para la solución del mismo.
- *Mecanismo de Depuración:* relacionada con la ventaja anterior, siempre será aconsejable que la mediación sea siempre utilizada antes de acudir a los tribunales o al CENDA, no como requisito para su posterior acceso, sino por las grandes posibilidades que brinda para las partes a definir sus intereses y razones de controversia. Lo que a su vez hará mas clara y precisa el objeto del conflicto.
- Incentiva la creatividad en la búsqueda de soluciones a los conflictos en la materia, lo cual sin lugar a dudas contribuirá al enriquecimiento y desarrollo del Derecho de Autor en Cuba. Debemos recordar que la legislación no siempre responde a los diferentes supuestos que se pueden dar en la vida práctica, situación que se agudiza con los dilemas que presenta el derecho sustantivo, y ya enunciamos, de ahí que exista la posibilidad de que las partes puedan encontrar soluciones en aspectos que la norma propiamente no regula, pero que si se encuentran analizadas por la doctrina y por los convenios internacionales.
- El desarrollo que está alcanzando el Derecho de Autor en nuestro país a partir de las consideraciones anteriormente expuestas y ante las carencias de un procedimiento efectivo de solución de conflictos hace que sea necesario la búsqueda de soluciones rápidas y prácticas, lo que economiza tiempo y dinero, especialmente en el tema del traslado de los autores hacia Ciudad de La Habana, como sucede hoy en día.
- *Especialización:* Se deberán formar mediadores especialistas en la materia, quienes deberán poseer también un alto nivel de técnica y experiencia en la solución de controversias.
- *Continuidad de las relaciones:* Permitirá que las relaciones entre las partes continúen tras la solución amigable del conflicto. Máxime si

se tiene en cuenta que en Cuba la relación autor-usuario (dígase, editor, productor, etc.) está caracterizada porque éstos últimos son, por lo general únicos y entidades públicas, de ahí que la relación con las mismas sea prácticamente obligatoria para la difusión de la obra.

- *Desarrollo de otros medios alternativos de solución de conflictos como el arbitraje:* Permitirá establecer en los contratos cláusulas que sometan la solución de conflictos entre las partes a la Mediación, y de esta no ser posible, a la búsqueda de otros medios alternativos, antes de llegar al procedimiento administrativo o a la vía judicial.
- Podrá ser objeto de dicho proceso cualquier incumplimiento o violación que se deriven de la aplicación de la legislación vigente de derecho de autor en Cuba.
- *Procedimiento no obligatorio:* las partes podrán solicitar la mediación de manera conjunta o separada, teniendo en cuenta si la misma fue pactada en el contrato o la idea de mediar será acogida a aun cuando no se ha previsto dicho mecanismo de solución alternativa.
- *Lugar que se desarrollará la mediación y nombramiento del mediador:* Si bien a nivel internacional existen Centro Privados de Solución de Controversias y Centros Públicos, lo cierto es que en Cuba sin necesidad de crear centros públicos especializados, cabe la posibilidad de que la Organización de Bufetes Colectivos habilite mediadores, especializados en determinadas ramas del Derecho y que dicho servicio sea prestado para todas las personas naturales y jurídica cubanas y extranjeras. Ello conlleva que se confeccionen listas de mediadores con requisitos a reunir, trámites de inscripción, forma para designarlos y causales de exclusión, tarifas de honorarios y gastos administrativos. Este mecanismo traerá beneficios económicos a los autores, a quienes les permitirá iniciar la búsqueda de solución del conflicto desde su propia provincia, sin necesidad de trasladarse hacia la capital del país La Habana, para iniciar el procedimiento administrativo.

CONSIDERACIONES FINALES

A partir de los elementos antes expuestos, se colige que, ciertamente existe en el tema de la solución de conflictos de derechos de autor en el ordenamiento jurídico cubano determinados aspectos y/o puntos que no han recibido el tratamiento legislativo y práctico adecuado, lo cual tiene una incidencia directa en la protección real de los derechos de autor en Cuba, y por demás en el desarrollo de la cultura y su correspondiente protección internacional.

Defendemos la idea de que en Cuba debe de existir un procedimiento de mediación único que permita la solución de los conflictos en materia de derecho de autor, el mismo se deberá de desarrollar bajo los principios de imparcialidad, confidencialidad y equidad, cómo única vía de ofrecer las garantías necesarias para garantizar el éxito de éste con el arribo de acuerdo por las partes en conflicto, teniendo en cuenta sus propios intereses y la necesidad de defender el trabajo creador.

NOTAS

¹ Debemos de tener en cuenta el redimensionamiento que sufrió el Derecho de Autor a partir de la revolución tecnológica con la invención de Internet y las redes digitales. Sobre este particular no existen disposiciones en el ordenamiento jurídico cubano.

² Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La mediación Una nueva metodología para la resolución de controversias*, p. 8.

³ *Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española*. (1992) Madrid: Editorial Espasa. Tomo II, 21° ed.

⁴ Jay Folberg y Alison Taylor *cit. pos.* Moreno-Baldivieso, Ramiro, *Medios alternativos de solución de controversias*.

⁵ Carlos Torrego, Juan *cit. pos.* Petzold Rodríguez, María (2004) Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El arbitraje y la mediación en *Revista Frónesis* v.11 n.2. Caracas.

⁶ Vado Grajales, Luis Octavio, *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*. [Documento en Línea] Disponible: <http://comunidad.vlex.com/aulavitual> [Consulta: 2011, diciembre 11] p. 5.

⁷ La mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje. Si bien en la mediación el resultado se determina por voluntad de las partes, en el arbitraje el resultado emerge de una norma objetiva que es la ley aplicable. La mediación es un procedimiento basado en intereses, el arbitraje es un procedimiento basado en derechos. En la mediación el resultado debe ser aceptado por ambas partes de acuerdo a la respuesta de sus intereses y necesidades, por consiguiente una parte debe convencer a la otra o negociar con ella; el mediador es solo el conducto de comunicación entre partes. En el arbitraje las partes

presentan la defensa de sus intereses y derechos ante el árbitro que es quien decidirá la controversia de acuerdo a derecho. El arbitraje es un medio de heterocomposición de los intereses en conflicto, porque el árbitro, un tercero, decide la solución. El procedimiento arbitral propiamente dicho, que concluye con la dictación del laudo arbitral que tiene la característica de cosa juzgada. *Apud.* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*; Vado Grajales, Luis Octavio, *op. cit.*; ; Petzold Rodríguez, María, *op. cit.*

⁸ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*

⁹ Para necesarios e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) conocedor del conflicto; e) poseedor de una serie intención de ayudar; f) hábil para la comunicación; g) imaginativo; h) flexible; i) neutral; j) imparcial; k) paciente; l) de buen humor; ll) persuasivo; m) sigiloso (respeto la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) capta los intereses distinguiéndolos de las posiciones; q) conciliador; r) eficaz; s) conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto. Vid. Wilde Zulema, Gaibrois Luis M., Ceriani Cernadas Ana A.M. de y Noziglia Alejandro, *cit. pos.* Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*

¹⁰ Maldonado Orias, Gabriela, *Propuesta de mediación y arbitraje en propiedad industrial para la Comunidad Andina de Naciones*. Obra suministrada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Bolivia, p. 26.

¹¹ Hofedank, Annemarie, (2006) *Modalidades alternativas de solución de conflictos en Alemania. Formas, efectos y nuevos proyectos*, Colonia Alemania, [Documento en Línea] Disponible: <http://www.schiedsamt.de> [Consulta: 2011, diciembre 12] p. 19.

¹² Cueva Torres, Eduardo. (2007). Cultura en Cuba, en *La Jiribilla. Revista de Cultura Cubana*. La Habana. Año VI.

¹³ SOTO GRANADO Margarita, *El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica* [Documento en Línea] Disponible: <http://www.jurídicas.unam.mx> [Consulta: 2011, diciembre 15] p. 95.

¹⁴ Soto Granado, *op. cit.*

¹⁵ Ley 62/1987 Código Penal de la República de Cuba.

¹⁶ Art. Ley Nº 1/1977 de 4 de agosto, Ley de Protección al Patrimonio Cultural

¹⁷ Goite Pierre, Mayda (2011). La propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico penal cubano. La cultura popular como bien jurídico protegido. En *Cultura Popular y Propiedad Intelectual* pp. 201-219. Madrid. Bajo la dirección de VALDÉS Caridad y ROGEL Carlos, Colección de Propiedad Intelectual.

¹⁸ Antequera Parilli, Ricardo (Agosto, 2006) *La observancia del derecho de autor y los derechos conexos en los países de América Latina, Capítulo III, preparado por el CERLAC*.

¹⁹ Art. 1 de la Resolución No. 162 de fecha 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura. Procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre derecho de autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación.

²⁰ Decreto 20/1978 de 21 de febrero de 1978, creación del Centro Nacional de Derecho de Autor.

²¹ Art. 2 Resolución 162/2002 de la Resolución No. 162 de fecha 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura. Procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre derecho de autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación

²² Art. 8 Art. 1de la Resolución No. 162 de fecha 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura. Procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre derecho de autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación.

²³ Mendoza Díaz, Juan, (2011). Aspectos procesales vinculados a la protección de la cultura popular en *Cultura Popular y Propiedad Intelectual* pp. 221-233. Madrid. Bajo la dirección de Valdés Caridad y Rogel Carlos, Colección de Propiedad Intelectual.

²⁴ Mendoza Díaz, Juan, *op. cit.*, p. 226.

²⁵ Arts. 45, 46, 48 *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*.

²⁶ Art. 9 de la Resolución No. 162 de fecha 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura. Procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre derecho de autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación.

REFERENCIAS

- Antequera Parilli, R. (2005-2011). *La importancia del derecho de autor en el mundo contemporáneo. La producción de bienes culturales y el impacto tecnológico*. Documento preparado exclusivamente para los participantes en el Curso Virtual sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, organizado por el CERLALC.
- Antequera Parilli, R. (2006). *La observancia del derecho de autor y los derechos conexos en los países de América Latina*, Capítulo III, preparado por el CERLAC.
- Cueva Torres, E. (2007). Cultura en Cuba, en *La Jiribilla. Revista de Cultura Cubana*. La Habana. Año VI.
- Goite Pierre, M. (2011). La propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico penal cubano. La cultura popular como bien jurídico protegido. En *Cultura Popular y Propiedad Intelectual* pp. 201-219. Madrid. Bajo la dirección de Valdés, C. y Rogel C., Colección de Propiedad Intelectual. Gozáini, O., *La mediación Una nueva metodología para la resolución de controversias*, p. 8.
- *Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española*. (1992) Madrid: Editorial Espasa. Tomo II, 21° ed.
- Hofedank, A. (2006). *Modalidades alternativas de solución de conflictos en Alemania. Formas, efectos y nuevos proyectos*, Colonia Alemania, [Documento en Línea] Disponible: [http:// http://www.schiedsamt.de](http://www.schiedsamt.de) [Consulta: 2011, diciembre 12].
- Maldonado Orias, G., *Propuesta de mediación y arbitraje en propiedad industrial para la Comunidad Andina de Naciones*, Obra suministrada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Bolivia.
- Mendoza Díaz, J. (2011). Aspectos procesales vinculados a la protección de la cultura popular en *Cultura Popular y Propiedad Intelectual* pp. 221-233. Madrid. Bajo la dirección de Valdés, C. y Rogel, C., Colección de Propiedad Intelectual.
- Moreno-Baldivieso, Ramiro, *Medios alternativos de solución de controversias*.
- Soto Granado, M. *El derecho de autor en Cuba. Casos destacados de la práctica jurídica* [Documento en Línea] Disponible: [http:// www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) [Consulta: 2011, diciembre 15].

- Petzold Rodríguez, M. (2004). Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El arbitraje y la mediación en *Revista Frónesis* v.11 n.2. Caracas.
- Vado Grajales, L. *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*. [Documento en Línea] Disponible: <http://comunidad.vlex.com/aulavitual> [Consulta: 2011, diciembre 11].
- *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*.
- Ley 14/1977 de 28 de diciembre, *Ley del Derecho de Autor*.
- Decreto-Ley N° 156 de 1994 modificativo de la Ley 14/1977.
- Ley 62/1987 de 29 de diciembre de 1987 *Código Penal de la República de Cuba*.
- Ley N° 1/1977 de 4 de agosto, *Ley de Protección al Patrimonio Cultural*.
- Decreto 20/1978 de 21 de febrero de 1978, creación del Centro Nacional de Derecho de Autor.
- Resolución No. 162 de fecha 15 de noviembre de 2002, del Ministro de Cultura. Procedimiento para la presentación, el análisis y la solución de las reclamaciones por incumplimiento o violación de la legislación vigente sobre derecho de autor y para la tramitación de solicitudes de aclaración o interpretación.