

La solución alternativa de conflictos y los derechos de autor

Alvaro Galindo
Cardona

Las alternativas para solucionar conflictos, como la mediación, la conciliación, el arbitraje y la evaluación neutral de casos son opciones colaborativas para solucionar las controversias que se presentan en esta materia.

Las legislaciones nacionales y los organismos internacionales han prestado atención al desarrollo de vías pacíficas para solucionar los problemas que se presentan en la materia autoral. Así, ha habido avance y profundización de estudio en la gama de opciones que se presentan para abordar las diferencias, a través de la negociación, la mediación, el arbitraje, o sistemas híbridos, como la mediación-arbitraje o la evaluación neutral de casos.

Las principales instituciones a nivel mundial que se han preocupado por desarrollar normativa pertinente a la materia de solución de controversias son la Organización Mundial de Propiedad Intelectual y la Organización Mundial de Comercio. Ambas han creado una estructura especializada y completa: una justificación lógica para los particulares y para los Estados al optar por este mecanismo.

EL DERECHO DE AUTOR

Generalidades

El Derecho de Autor no es una materia nueva, si nos referimos a la historia de la humanidad. Sin embargo, si nos referimos al Derecho de Autor desde una visión meramente positivista, podemos ver que es reciente su tratamiento en los diferentes cuerpos legislativos o estatutarios¹.

Una forma de referimos al Derecho de Autor, con un abordaje eminentemente histórico, es irnos a una de sus primeras manifestaciones: quien tomaba la idea de otro, para atribuírsela como propia, era rechazado y criticado por sus conciudadanos².

Conforme va evolucionando la sociedad, se empiezan a producir las primeras manifestaciones jurisprudenciales, legislativas y estatutarias, que reflejan una preocupación, bien sea por la producción intelectual del autor, o por la protección de los demás agentes involucrados con la creación³.

La preocupación del Estado por la protección y regulación de los derechos del autor y por regular la explotación de las obras se va haciendo cada vez más constante. Se presentan conflictos entre los diferentes actores a los que hemos hecho mención, es decir, el Estado, autores, libreros y editores. Surgen agremiaciones fuertes, que tratan de obtener mayores ventajas por parte del poder constituido. Es importante señalar que los conflictos en aquel entonces siempre se ventilaban ante los tribunales comunes, sin que existiera otra posibilidad de resolver los problemas que se presentaban.

En la actualidad las diferentes organizaciones regionales y mundiales que trabajan en temas relacionados con la Propiedad Intelectual, y en particular con el Derecho de Autor, han fijado dentro de sus agendas el desarrollo de medios accesibles a las partes para solucionar los problemas supervinientes⁴.

El Derecho de Autor es un Derecho Humano⁵. Esta simple mención, aunque pareciera no tener mayor importancia, tiene significación fundamental para el propósito de este artículo. Este Derecho Humano está compuesto de dos partes fundamentales: derechos morales y derechos patrimoniales. Los derechos morales del autor son irrenunciables y sólo transferibles, con limitaciones, por causa de muerte⁶. En cambio, el derecho patrimonial del autor puede ser ejercido por éste directamente o transferido⁷ a terceros para la explotación de la obra⁸.

Definición

De manera general, como lo señala Antequera Parilli⁹, podemos definir a los Derechos Intelectuales¹⁰: "...como el área jurídica que contempla sistemas de protección para los bienes inmateriales, de carácter intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades afines o conexas". Dentro de este concepto laxo, podemos concluir que se encuentran amparados bajo los Derechos Intelectuales, el Derecho de Autor y la Propiedad Industrial.

Para los fines de este estudio, definamos al Derecho de Autor de acuerdo al concepto que propone la Profesora

ra Lipszyc como "...la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales¹¹."

Este concepto nos trae, en su estructura, varios elementos que destacamos: derecho subjetivo, es decir, aquellos que tienen que ver con el derecho-facultad de la persona, sobre creaciones¹², refiriéndose a la actividad intelectual que se plasma en el bien inmaterial, que presenta individualidad, lo que implica que quede manifestada en la creación la impronta de la personalidad del autor, de tal manera que sea factible su distinción frente a las obras del ingenio de otros¹³.

Objeto del Derecho de Autor

El objeto del Derecho de Autor es la obra definida como "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"¹⁴.

La obra, como principal objeto de protección del Derecho en estudio, tiene ciertas características:

- debe contener el resultado creativo de la persona ya sea en el campo literario o en el artístico;
- su protección se produce sin importar el mérito, destino, género o forma de expresión; y,
- debe contar con el requisito de la originalidad¹⁵.

Estas características nos dejan apreciar que la obra está íntimamente ligada a la personalidad del autor y que no podemos hablar de ella sin la existencia de la persona humana¹⁶.

Como el autor tiene lazos que son irrenunciables con su obra, debemos recordar que la idea no es objeto de protección de este Derecho: podríamos decir que ella es su primera manifestación, pero que no tendrá ninguna protección hasta que no se vea plasmada, de alguna forma, en el fuero externo de la persona. Esto nos lleva a señalar que este concepto es abstracto: la obra es un bien inmaterial, distinto del bien material en el cual ella se plasma¹⁷.

Convenciones internacionales sobre el Derecho de Autor

El principal instrumento internacional sobre derecho de autor, hoy en día, es el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas¹⁸.

Este instrumento, que ha sido sometido a cambios desde su creación, ha tenido la virtud de adaptarse a las circunstancias, y ha convivido con dos sistemas de diferente ideología: la tradición jurídica del Derecho de Autor y la tradición jurídica del "copyright"¹⁹, primando sobre éste la visión autoral.

Por otro lado, tenemos la Convención Universal sobre Derecho de Autor²⁰, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y que trató de paliar en alguna medida el hecho de que algunos Estados no se habían adherido a la Convención de Berna (CB). La Convención Universal tiene niveles de protección inferiores a la CB.

Hoy en día este instrumento, -la Convención Universal- ha dejado de tener mayor relevancia, ya que casi todos los Estados se han adherido a la CB y ha quedado prácticamente sin utilización dicha Convención Universal.

SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Generalidades

La solución alternativa de conflictos es una corriente que ha despertado gran interés a nivel mundial. Sin embargo, debemos señalar que estos medios de enfrentar los problemas que se presentan no son nuevos. Podemos apreciar a través de la historia diferentes manifestaciones de estos mecanismos: en la antigüedad las personas que tenían un problema acudían al más fuerte del grupo para que resolviera el conflicto en cuestión. Recordemos también la ley del Talión, en que se retribuía con un mal proporcional al daño causado.

Manifestaciones más construidas de estos mecanismos se dan en la historia, que "...registra el uso del juicio arbitral desde los pueblos de la antigüedad. Comenta BORJAS que de dicho juicio se habla en los Libros de Moisés; que fue empleado en la India y en Grecia; y que en Roma aparece como una de las más antiguas instituciones. En las fuentes romanas, que son las más próximas a nuestra legislación, y, en particular, en el Digesto y en el Código de Justiniano, el citado juicio constituyó objeto de reglamentación especial. El laudo arbitral fue equiparado a la sentencia, pero de él no se admitía que naciera ningún tipo de acción o excepción, sino únicamente el derecho de hacer cumplir, a la parte que se negara a ejecutarlo, la pena establecida para tal supuesto en el compromiso²¹."

A mediados de los años '70, Estados Unidos emprendió un movimiento encaminado a la aplicación de Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas²², que resulta en planes piloto conocidos como "Multi Doors" o Multi Puertas, llamados así por la gama de alternativas que se presentaban a los litigantes, para que acudieran a estos mecanismos como una opción frente a la administración de justicia formal. Dicha experiencia exitosa ha llevado a nuestros países a incluir en sus agendas de modernización de la Administración de Justicia, planes piloto para la utilización de estos mecanismos.

Negociación

Es un procedimiento de solución de conflictos con participación de dos o más partes en un diálogo directo, sin la intervención de terceros, para la solución de conflictos²³.

Hay diferentes teorías o métodos para la aplicación de la negociación para la solución de conflictos²⁴. El más aceptado, y por ende el más divulgado, es el Método de Negociación por Principios o en Base a los Intereses. Esta teoría ha sido desarrollada por el profesor emérito de la Universidad de Harvard, Roger Fisher, dentro del Proyecto de Negociación de esa institución. La propuesta es que las partes por lo general tienen intereses, que pueden ser comunes, diferentes o contrapuestos y que están detrás de las posiciones manifiestas. Es trabajo fundamental de las partes el poder identificar dichos intereses para, sobre éstos, trabajar en la construcción de opciones que puedan llevar a las partes a posibles acuerdos²⁵.

Mediación

Es un procedimiento alternativo a la justicia ordinaria, mediante el cual, con la ayuda de un tercero llamado mediador, se puede dar por terminado el conflicto. Su utili-

zación ha tenido bastante éxito en los últimos años, debido a la lentitud generalizada de nuestros aparatos judiciales en América Latina, los altos costos de la justicia estatal, entre otros factores.

Este mecanismo tiene algunas virtudes: se incentiva el diálogo a través de una conversación civilizada, para que el acuerdo satisfaga los intereses de las partes intervinientes. Si las partes llegan a un acuerdo, el acta con la firma del mediador tiene la fuerza de una sentencia de última instancia dictada por la justicia ordinaria. En caso de incumplimiento de una de las partes (caso excepcional), se deberá pedir la ejecución del acta de la misma manera que se ejecuta una sentencia que no ha sido cumplida.

Siempre que hablemos de este mecanismo, debemos tener en cuenta que la confidencialidad lo hace muy atractivo para personas que no quieren que los problemas que mantienen trasciendan al público.

Una deficiencia académica señala que la mediación "es un procedimiento en el que un intermediario neutral, el mediador, a petición de las partes en una controversia, procura prestarles asistencia para llegar a una solución mutuamente satisfactoria. El mediador no tiene autoridad para imponer una solución a las partes. La mediación es también voluntaria en el sentido de que cualquiera de las partes, si así lo decide, podrá abandonar la mediación en cualquier etapa anterior a la firma de una solución concertada²⁶."

Elementos esenciales de este concepto son:

- Neutralidad:** El tercero deberá ser una persona que no tenga interés personal en el asunto presentado para su intervención y deberá guardar imparcialidad durante todo el procedimiento. Si se ve afectada la neutralidad del tercero, éste debe excusarse de seguir conociendo el conflicto.
- Solución mutuamente satisfactoria:** La esencia de la mediación es que las partes se convierten en sus propios jueces, y el mediador cumple el papel de facilitador, ayudando durante el avance de la audiencia, a que las partes "vean" los puntos que los acercan y que pueden ser útiles para la construcción de un acuerdo. El acuerdo debe ser producto de la satisfacción de los intereses de las partes, de lo cual el mediador debe tener certeza, ya que un acuerdo no satisfactorio es la puerta abierta para su incumplimiento.
- Voluntariedad:** Este concepto tiene dos aristas: primero, el sometimiento, es decir, si las partes no pactaron previamente en la relación contractual que mantengan el obligatorio sometimiento a mediación, no podrá imponerse su concurrencia. Segundo: cualquiera de las partes durante el transcurso de la mediación podrá decidir su terminación, sin necesidad de un motivo predeterminado.

Cabe señalar que la mediación tiene un proceso poco estructurado y requiere de la especialización adecuada del tercero para que pueda tener éxito. Además, luego de algunos años de experiencia en la materia, hay que señalar que la especialización del mediador en la materia controvertida podrá darle mayores elementos para intervenir adecuadamente, en beneficio de las partes.

Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos al cual las partes se someten de común acuerdo, a tra-

vés de la inclusión del convenio arbitral en la forma de una cláusula del contrato, o por la firma de un convenio arbitral posterior al surgimiento de la controversia.

Las ventajas más reconocidas de este sistema de solución de conflictos son:

- Celeridad:** El tribunal arbitral conoce únicamente la cuestión sometida a su competencia, y tiene la posibilidad de otorgar el tiempo necesario para un estudio cuidadoso y exclusivo del problema.
- Especialidad:** Los árbitros son, por regla general, especialistas en la materia puesta a su consideración. Además, como las partes tienen la oportunidad de seleccionarlos, los árbitros tendrán conocimientos previos sobre el tema.
- Infraestructura:** Los centros que prestan estos servicios (El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, por ejemplo), cuentan con todas las facilidades logísticas, tecnológicas y administrativas para prestar un servicio de gran calidad.
- Ahorro:** Cuando se habla de arbitraje se presenta el tema de sus costos. Las partes que han tenido experiencias al ser parte de un proceso arbitral, reconocen que el costo-beneficio del sistema es satisfactorio frente a la espera que puede significar un proceso judicial. Más aún cuando las partes son empresarios que quieren que sus actividades comerciales no se vean afectadas por largos y complejos procesos.
- Confianza:** Existen mayores posibilidades de transparencia, porque las partes designan a los árbitros. Probablemente sus fallos serán cumplidos voluntariamente, por la seguridad de que han sido producto de un profundo análisis, alejado de cualquier influencia externa.
- Confidencialidad:** Aunque suene redundante, esta garantía es fundamental y entraña parte del éxito de esta institución, ya que las partes sienten que sus asuntos serán guardados con celo, sin la intromisión de intereses de terceros.

Una vez hecha esta breve reflexión de los mecanismos de solución de conflictos más relevantes, pasemos entonces a estudiar los diferentes métodos que encontramos en materia de interés para este trabajo.

LAS VÍAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE AUTOR

Formas de solucionar los conflictos en el ámbito del Derecho de Autor

Las diferentes legislaciones tienen diversas formas (muchas veces análogas) de resolver los conflictos relacionados con el derecho de autor.

Desde las primeras intenciones por regular las formas de protección del derecho de autor se plasmó la preocupación por los conflictos que se pudieren presentar²⁷. También desde entonces se ha visto la necesidad de que los diferentes tratados internacionales, así como las legislaciones nacionales, contengan mecanismos de solución de conflictos, convencionales o novedosos²⁸. Las formas convencionales que podemos hallar en las diferentes legislaciones son por lo general el proceso administrativo y el proceso civil propiamente dicho²⁹.

Las formas novedosas o alternativas más conocidas hoy en día son la mediación, la conciliación, el arbitraje y

la evaluación neutral de casos. Todos ellos están dirigidos a buscar formas menos confrontativas y, mutatis mutandi, más colaborativas para solucionar las controversias que se presentan.

Debemos señalar que estas vías alternativas de solución de conflictos pueden ser utilizadas para conflictos que se generan entre los Estados miembros de la Unión de Berna, como aquellos conflictos que se presentan entre particulares de un Estado u originarios de diferentes Estados. La distinción es necesaria, ya que los mecanismos de solución de conflictos previstos en los diferentes cuerpos normativos de carácter internacional sobre la materia de este artículo son generalmente para aplicación entre los Estados miembros del tratado. En cambio, los mecanismos alternativos de solución de conflictos que contienen las leyes nacionales de cada Estado son para los problemas que surjan entre particulares.

Si bien se puede pensar a primera vista que el hacer esta distinción es llover sobre mojado³⁰, tiene sentido ya que cada día es mayor la especialización que adquieren los cuerpos normativos internacionales y nacionales sobre la materia. Es decir los tratados, cada vez más, desarrollan vías muy expeditas e idóneas de solución de conflictos que se presentan entre los Estados y las leyes nacionales desarrollan nuevos mecanismos de solución de conflictos, que son propuestos generalmente por la doctrina.

La solución de conflictos en el marco de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) fue creada mediante un Convenio firmado en Estocolmo el 14 de Julio de 1967. Sus fines son "fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración. cuando así proceda, con cualquier otra organización mundial; y, ii) Asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones³¹."

Esta organización, la institución más importante a nivel mundial en propiedad intelectual, ha fundado un centro de arbitraje y mediación (CMA) creado en 1994 para ofrecer los servicios de solución de conflictos entre particulares. Pero hay que señalar que no solamente es importante que este tipo de organizaciones de carácter universal velen por la solución de conflictos entre Estados, sino también entre particulares. Estos mecanismos son opciones que presenta la OMPI a los procedimientos civiles de cada Estado.

Este Centro tiene dos características fundamentales:

- a. Es independiente: Para que las partes estén dispuestas a plantear sus controversias ante el Centro, es importante que se garantice que no podrá someterse a ningún tipo de presión a los funcionarios que prestan sus servicios. Si existiera algún temor con respecto a esta garantía, sería muy difícil que un particular estuviere dispuesto a llevar su problema ante el Centro. Es más, hay que tener en cuenta que es generalmente aceptado por la doctrina que no es la institución propiamente dicha, cualquiera que ésta sea, la que lleva a una persona a someter sus conflictos a ese organismo, sino la calidad de sus colaboradores, tanto profesional como éticamente hablando.
- b. Es neutral: Esta característica tiene una relevancia trascendental y tiene mucho que ver con la imparcialidad

con la que se presta el servicio. Si una parte una vez sometida a, por ejemplo, un proceso de mediación, siente que el mediador está deliberadamente tratando de beneficiar a la otra parte, perderá toda credibilidad en el sistema. Esta característica tiene que estar reflejada en el Centro como institución, sin tomar partido a favor de ningún lado.

Quienes recurran a los servicios del Centro contarán con la asesoría de expertos en las diferentes materias relativas a la Propiedad Intelectual. Además, existen listas de profesionales expertos en la solución alternativa de conflictos, con experiencia en estos temas reconocida a nivel mundial. El Centro también cuenta con toda la asistencia necesaria de la tecnología más avanzada para prestar un servicio no solamente transparente, sino eficiente. Es tal el avance que ha tenido el Centro que, pese a sus pocos años de creación, desde diciembre de 1999 ha puesto al servicio del mundo la solución de conflictos relacionados con los nombres de dominio en Internet.

La Mediación de la OMPI

El 1 de octubre de 1994 entró en vigor el reglamento del Centro, con 27 artículos. Este reglamento establece una presunción fundamental: si las partes han pactado el sometimiento al Centro para resolver cualquier divergencia que se pueda presentar, se entenderá incluido a dicho acuerdo el reglamento del Centro.

El reglamento presenta algunos conceptos fundamentales:

- a. La mediación podrá iniciar cuando una de las partes remita una solicitud al Centro para que se convoque a una audiencia. No se aclara si cualquiera de las partes, sin pacto previo de mediación, puede solicitar que se realice la convocatoria³². Este comentario se encamina a señalar que algunas leyes nacionales, de contemporánea data³³, abren la posibilidad para que cualquier persona pueda presentar una solicitud de mediación a un centro, sin necesidad de que exista el pacto previo. La parte solicitada, en caso de aceptar dicha convocatoria, puede acudir de manera voluntaria. El efecto de la no concurrencia no acarrea perjuicio alguno, ni presunciones de mala fe en caso de un posterior juicio. La solicitud deberá contener los datos de las partes (nombres, teléfonos, direcciones, télex, fax, etc.), con la finalidad de poder realizar las convocatorias de manera expedita. También deberá contener la descripción del motivo de la controversia.
- b. El Centro, una vez recibida la solicitud, deberá fijar una fecha para dar inicio a la mediación y comunicar a las partes la fecha de su comienzo. Además, siempre que las partes no lo hayan designado de común acuerdo, deberá nombrar al mediador que intervendrá en el proceso³⁴, previa consulta a las partes. Es evidente que el mediador deberá actuar apegado a los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia³⁵.
- c. Las partes deberán, luego de recibida la convocatoria, indicar los nombres y datos necesarios de la o las personas que podrán actuar a su nombre y representación. Además, se presume la buena fe de las partes para el correcto funcionamiento de la audiencia.
- d. La confidencialidad es una de las garantías básicas y el elemento diferenciador de la mediación. Cuando se habla de confidencialidad debemos tener en cuenta que

este concepto es uno de los que hace que sea tan atractiva esta figura. Si las partes tienen la seguridad de que todo lo que se discuta en la audiencia, sin importar si se llega a una solución o no del conflicto, será guardado con absoluta reserva, podrán actuar con mayor soltura. Esta confidencialidad se da no solo durante la mediación, sino antes y después. Pueden existir personas que no les interesa que se conozca públicamente que están involucradas, por un posible perjuicio a su nombre o porque se pueden dar más reclamos en el mismo sentido. Cabe señalar también que esta confidencialidad obliga al mediador y a todas las partes y los representantes que hayan actuado en la mediación. Se garantiza la absoluta reserva, y llega a exigirse la destrucción de cualquier soporte en el cual se hayan recogido las discusiones mantenidas y la devolución de cualquier material que hayan intercambiado las partes. Esta confidencialidad se garantiza con un acuerdo previo que firman las partes intervinientes. El contenido de las discusiones que mantenga el mediador con alguna de las partes por separado no podrá ser divulgado, a no ser que cuente con la autorización expresa de la parte con la cual mantuvo la reunión.

e. La necesidad de que las partes envíen información detallada al mediador antes de la primera reunión es *sui generis*. Hay quienes piensan (me cuento entre ellos) que en determinadas circunstancias el mediador debe llegar sin mayor información sobre el contenido mismo de la mediación, ya que lo contrario puede incidir en que se tengan juicios de valor anticipados sobre el problema, con influencia negativa en la necesaria independencia e imparcialidad. Lo que debe conocer el mediador, previo a la audiencia, es la identidad de las partes para que pueda excusarse, en caso de que exista alguna causa de impedimento.

f. El mediador, cumpliendo con una de las características esenciales de su función, no puede emitir criterio sobre el fondo de la cuestión, con carácter vinculante para las partes. Son éstas las que deben, de común acuerdo, obligarse en un acta a cumplir con lo pactado. Además, de considerarlo pertinente, podrá recomendar a las partes el sometimiento a otro tipo de procedimiento, sea pericial o arbitral, si considera que la mediación no es fructífera para la solución del problema presentado. Aquí cabe una interesante posibilidad: que antes de terminar la mediación se pueda presentar ofertas finales y en caso de que no sean aceptadas, sobre la base de las mismas, un tribunal arbitral resuelva el asunto. Consideramos que para esto es necesario que exista acuerdo previo de las partes antes de la presentación de las ofertas de arreglo. El árbitro podrá ser el mismo mediador. Aparece aquí un sistema híbrido: mediación-arbitraje. Su desventaja es la posibilidad de que se pierda una de las virtudes de la mediación: que el tercero imparcial no resuelva el conflicto, por lo que las partes no tienen ninguna reserva para formular posibles opciones de acuerdo. Si se pierde esa ventaja será difícil que las partes estén dispuestas a hacer ofertas que puedan desvirtuar su posición ante el mediador, convertido luego en árbitro.

g. La mediación termina por acta de mediación total o parcial, por la decisión del mediador de dar por terminada la mediación, o por decisión de una de las partes.

h. La prescripción se aplicará de acuerdo a la legislación aplicable al conflicto, desde el inicio de la mediación.

La solución de conflictos en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC)

La OMC tiene entre sus normas las relativas a solución entre los Estados miembros. Estas normas están contenidas en el "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias"³⁶. También en los ADPIC³⁷, encontramos en la Parte V, artículos 63 y 64, disposiciones pertinentes a la prevención y solución de diferencias.

Es importante realizar un análisis sobre las disposiciones:

a. **Ámbito de aplicación:** Sus normas son aplicables, en materia de consultas y solución de diferencias, a las que surjan con respecto a los acuerdos que son parte del Apéndice 1 del Acuerdo de Marrakech, entre los que se encuentra el de los ADPIC. También serán aplicables estas normas para consultas y solución de diferencias que surjan, relativas a derechos y obligaciones de los Miembros.

b. **Administración:** En el ESD³⁸, se crea el Órgano de Solución de Diferencias (OSD)³⁹, encargado de administrar las normas, consultas y solución de divergencias, materia del Entendimiento. Para cumplir esta función existe la facultad para establecer grupos especiales, adoptar los informes de esos grupos y del órgano de apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, como autorizar la suspensión de concesiones, con la debida información a los Consejos y Comités de la OMC sobre los asuntos relativos a la solución de divergencias. La intervención de este órgano se dará, siempre y cuando las negociaciones directas hayan sido infructuosas.

c. En este punto vale la pena señalar algunos principios:

1. El Entendimiento considera que es necesario que el sistema aporte seguridad y previsibilidad, lo que entendemos como una necesaria seguridad jurídica de los Estados Miembros.

2. Sirve para preservar los derechos y obligaciones, sin que sus resoluciones produzcan su aumento o reducción.

3. La celeridad es esencial, ya que un Estado Miembro puede ver afectados sus derechos por parte de otro.

4. Todas las soluciones, incluyendo los laudos arbitrales, deben ser compatibles con los acuerdos.

5. Se considera que el último recurso al que se debe acudir es la suspensión discriminatoria de concesiones, previa autorización del OSD.

6. Será el Miembro contra quien se presenta la acusación el que deba refutar la acusación planteada, en vista de la presunción de que la transgresión de las normas tiene efectos desfavorables contra otro Miembro.

7. Los procedimientos que son parte de este Entendimiento no deben considerarse contenciosos y deben contar con la buena fe y colaboración de los Miembros.

d. **Mecanismos de solución de diferencias⁴⁰:** El ESD pone a disposición de las partes una serie de diferentes mecanismos a los que pueden recurrir para solucionar sus conflictos. Para explicar cada uno de ellos los sepa-

haremos en aquellos de carácter obligatorio y otros de carácter voluntario⁴¹.

De carácter obligatorio:

- **Consultas:** Si alguno de los Estados miembros considera que existe una diferencia, éste será el primer mecanismo que puede utilizar dentro del sistema de solución de conflictos de la OMC. Los Estados consultados deberán examinar dichas consultas. En el caso de que, dentro de un plazo previamente establecido por el ESD, o de común acuerdo entre las partes, no se llegue a resolver la divergencia, el Estado reclamante podrá pedir la conformación de un grupo especial, para lo cual debe entrar a operar el OSD. También puede darse este último supuesto en el caso de que los Estados decidan de común acuerdo iniciar, antes de la culminación del proceso de consulta, que se conforme un grupo especial. Estas consultas gozan de presupuestos fundamentales: la buena fe de las partes, el compromiso de intentar resolver la divergencia de común acuerdo previo a intentar otra medida; su carácter confidencial.

- **Grupos especiales:** Estos se establecerán a pedido de uno de los Estados miembros, a menos que el OSD decida no establecer un grupo especial. Esta solicitud debe contener: indicación de si ha existido el procedimiento de consultas, ya explicado; la medidas en litigio; y, los fundamentos de la reclamación. Para esto existe un mandato uniforme propuesto por el ESD, a no ser que las partes decidan cambiarlo. El grupo especial tomará en cuenta para sus recomendaciones, que deberá presentar al OSD⁴², las argumentaciones presentadas por los Estados. Debemos señalar que, sin perjuicio de la entrada en funciones de los grupos especiales, las partes pueden llegar a solucionar la diferencia de mutuo acuerdo.

- **Órgano de Solución de Diferencias:** El informe de los grupos especiales será la base para emitir sus conclusiones. El OSD podrá no adoptar el informe o podrán las partes involucradas apelar su contenido. Con este fin, el OSD mantendrá un Órgano Permanente de Apelación. Todo el proceso de apelación gozará de la garantía de confidencialidad, necesaria para estos procesos. Este Órgano tiene la facultad de confirmar, reformar o revocar el informe de los grupos especiales. El informe del Órgano de Apelación es vinculante para las partes y para el OSD, a no ser que este último, por consenso, decida no aceptarlo.

- **Arbitraje:** Tendrá lugar cuando existan diferencias en cuanto al plazo para cumplir o poner en aplicación las recomendaciones del OSD, y al nivel de suspensión de concesiones u obligaciones, cuando ésta haya sido la recomendación del OSD, por incumplimiento de sus recomendaciones o resoluciones.

De carácter voluntario:

- **Buenos oficios, conciliación, mediación y arbitraje:** De acuerdo al ESD, sin perjuicio de los procesos entablados para la solución de diferencias el Director General o Presidente del OSD, previa petición, ofrecerá sus buenos oficios, conciliación y mediación con objeto de ayudar a las partes a resolver la diferencia antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial. Para prestar la asistencia antes mencionada, el Director General o el Presidente del OSD podrán consultar las

fuentes que uno u otro consideren pertinentes. Esta opción es fundamental, ya que se da énfasis al diálogo y a la construcción de acuerdos, antes que a la imposición de una decisión adoptada por un tercero. De igual forma, las partes pueden pactar, de común acuerdo, el arbitraje. El laudo arbitral será vinculante para las partes y deberá ser notificado al OSD y al Consejo o Comité.

Mecanismos de Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD: Las recomendaciones y resoluciones deben ser cumplidas de manera ágil y eficiente. Los plazos de cumplimiento serán prudentiales y estarán sujetos a la aprobación del OSD y en caso de no darse acuerdo, será establecido por un arbitraje vinculante. La suspensión de concesiones u otras obligaciones por parte del Estado contra el cual se haya tomado una medida, declarada incompatible con la normativa de un acuerdo⁴³, debe tener cierta prelación, relativas al mismo sector⁴⁴; otros sectores en el marco del acuerdo abarcado o, en el marco de otro acuerdo abarcado.

Como se puede apreciar, y según señala Zelada Castedo, "...la efectividad de dicho cumplimiento reposa (...) en la posibilidad de que un Estado miembro perjudicado por una medida declarada incompatible pueda imponer sanciones o ejercer el derecho a la retorción, mediante la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La competencia del Órgano se limita a la aprobación de la correspondiente autorización"⁴⁵.

Para concluir este análisis hay que destacar la importancia del ESD como cuerpo normativo rector para la solución de diferencias en el marco de la OMC. Es un instrumento de avanzada para la solución alternativa de conflictos, que tiene total independencia de los procedimientos ordinarios de administración de justicia, lo cual explica por sí solo su relevancia⁴⁶.

ALGUNAS CONCLUSIONES

1. El Derecho Intelectual tiene características sui generis, por lo que debe ser estudiado como una rama independiente del Derecho.
2. En este Derecho Intelectual o derechos intelectuales, encontramos al Derecho de Autor, que como fin último busca proteger las creaciones del intelecto humano que gocen de originalidad, entendida ésta como la huella que deja el autor impresa en su obra.
3. Es importante que esta protección cuente con mecanismos idóneos para que ese postulado no quede sin posibilidad de realización.
4. Es importante dedicar tiempo y recursos para el estudio de las diferentes formas de solución de conflictos que se pueden aplicar al derecho de autor y derechos conexos. Para esto se debe contar con la participación de especialistas y organizaciones dedicadas al desarrollo y prestación de servicios relacionados con la solución de conflictos.
5. El compromiso debe ser a mediano y largo plazo, ya que a pesar de los esfuerzos hasta ahora realizados en la investigación del conflicto y su resolución, todavía hay mucho camino por recorrer.
6. Para cumplir con estos objetivos debe existir el compromiso de los Estados para tratar de resolver los conflictos que se presenten a través de soluciones concer-

tadas de manera directa o con la ayuda de terceros especializados. De igual forma los Estados y los Organismos Internacionales deben enfocar sus esfuerzos a la búsqueda de la creación de una cultura del diálogo, a través de la cual se pueda construir una sociedad más

civilizada en la forma de resolver sus problemas. Esta cultura del diálogo se construye en las familias, los colegios, las universidades, con la ayuda de los medios de comunicación y el apoyo a través de políticas de los Estados y los Organismos Internacionales.

NOTAS

1. Así, en la ponencia del Dr. Mariano Uzcátegui Urdaneta, publicada por la revista de Propiedad Intelectual Año I-No. 1 (Mérida, noviembre de 1995) del Postgrado de Propiedad Intelectual de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de los Andes, señala: "...debemos dejar muy clara la idea de que una cosa es la Historia de la Creación Intelectual y otra la Historia del Derecho sobre la Creación Intelectual, en otras palabras: la Historia de la Creación Intelectual (hecho) y la Historia del Derecho Intelectual (derecho)."
2. Según Dock, citado por Lipszyc, "los autores romanos tenían conciencia del hecho de que la publicación y la explotación de la obra pone en juego intereses espirituales y morales. Era el autor quien tenía la facultad de decidir la divulgación de su obra y los plagiarios eran mal vistos por la opinión pública". LIPSZYC, Delia, "Derecho de Autor y Derechos Conexos" Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, 1993. p. 28
3. Lipszyc comenta: Michaélidés-Nouaros subraya que el derecho al respeto de la integridad de la obra no permaneció inadvertido en la antigüedad. Los copistas de las obras de los grandes trágicos y los actores que las representaban eran muy poco respetuosos de su texto. Para paliar este estado de cosas, en el año 330 a.C. una ley ateniense "ordenó que copias exactas de las obras de tres grandes clásicos fueran depositadas en los archivos del Estado; los actores deberían repetir este texto oficial"... BO. cita. p. 28.
3. Luego del nacimiento de la Imprenta de tipos móviles, se da el surgimiento de "Privilegios" otorgados por el Estado a los libreros, reservándose aquel la posibilidad de censurar el contenido de las obras.
4. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) cuenta con un Centro de Mediación y Arbitraje. De igual forma, la Organización Mundial de Comercio (OMC) ha conformado un panel permanente para la solución de controversias. Se hará mención a sus respectivos ordenamientos en el tercer capítulo de este trabajo.
5. Señala Antequera Parilli "...no hay dudas en que el del autor constituye uno de los atributos fundamentales del hombre, que no solamente se dirige a proteger la expresión creativa de la persona humana, fruto de su talento y de su espíritu, sino que además constituye un elemento primordial para estimular la creatividad y hacer posible el disfrute de otros Derechos Humanos como el derecho a la cultura, al desarrollo, al entretenimiento y a la información." ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "Derecho de Autor". Ed. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual/Dirección Nacional del Derecho de Autor, Caracas-1998, p. 79.
De igual manera, señala Lipszyc "La inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, importa el reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida." Ob. cit. p. 39.
6. El Convenio de Berna (CB) en su artículo 6 bis2 señala que los derechos morales del autor "...serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos." Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, 1886.
7. Resaltamos la palabra "transferido" ya que para los efectos de este trabajo, es de trascendental importancia el que los derechos patrimoniales del autor sean transferibles ya sea por acto entre vivos o mortis causa. Si nuestras legislaciones se encontraran dentro de la doctrina de la teoría monista, se podría tener inconvenientes al querer proponer mecanismos alternativos de solución de conflictos como vías válidas para resolver las controversias que se presentan en el Derecho de autor. Nos atrevemos a hacer esta afirmación ya que si los derechos patrimoniales, al igual que los morales, fueran intransferibles por acto entre vivos, sería polémica la tesis de poder "transar" sobre derechos no disponibles.

NOTAS

8. Es obra "toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible". Organización Mundial de Propiedad Intelectual "Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos" 1980.
9. Ob. cit., p. 37
10. El Convenio que establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, define su ámbito de acción de acuerdo a la definición del concepto de propiedad intelectual como los derechos relativos a: "las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes; a los fonogramas; a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico."
11. LIPSZYC, Delia, ob. cit., p. 11.
12. Estas creaciones deben quedar plasmadas en el fuero externo de la persona, ya que el Derecho de autor no protege las ideas. Según el jurista Antequera Parilli, el derecho de autor no protege las ideas "...sino el ropaje con que ellas se visten, de manera que a partir de las misma idea pueden surgir diversas obras, cada una de ellas con su propia originalidad". Ob. cit. p. 130.
13. Siempre debemos entender que, al menos en nuestro sistema jurídico latino, autor es una persona física que crea la obra. Por lo tanto solo estos sujetos podrán ostentar la calidad de titulares originarios del derecho. La ley ecuatoriana, a nuestro criterio de manera equivocada, radica la titularidad en cabeza de personas jurídicas en el caso de una obra colectiva. Estas son excepciones a la regla general, aceptada por la mayoría de las legislaciones que comparten el sistema jurídico continental europeo.
14. Decisión 351, artículo 3 de las definiciones, de la Comunidad Andina de Naciones.
15. ANTEQUERA P., Ricardo, ob. cit., p. 127.
16. Es importante señalar que en el sistema de tradición Anglosajona, del Copyright, es posible que tenga la calidad de autor una persona moral o jurídica, lo que en nuestro sistema, de tradición jurídica continental europea no tiene cabida, por lo menos en la doctrina.
17. De todas maneras, cabe señalar que el soporte físico no hace a la obra, ya que esta es reconocida y protegida por el simple hecho de ser expresada por su autor. Como lo señala Antequera Parilli, "...el objeto del derecho de autor es la obra exteriorizada, y no el simple soporte físico que sirve como vehículo para que la creación sea conocida." Ob. cit. p. 135.
18. Este Convenio es del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971.
19. LIPSZYC, Delia, Curso Académico Regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, Conferencia sobre las "Consecuencias sustantivas de la adhesión al Convenio de Berna. Los beneficiarios de la protección: autores, derechohabientes, y titulares de derechos." La Habana, junio de 1998.
20. Aprobada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952.
21. TROCONIS DE, Iris G., Introducción al Estudio del Arbitraje en Venezuela. Edit. Funeda. Mérida- 1999, p. 47.
22. Su traducción al inglés es Alternative Dispute Resolution, conocido bajo las siglas ADR.
23. Según Edward de Bono, el conflicto es una percibida divergencia de intereses, ya que en la práctica, éstos aparecen por las percepciones distintas que tienen las partes al enfrentar un mismo tema, y que dependerán en gran medida de nuestro bagaje cultural y social, la estructura familiar, entre otras.
24. Señalamos la negociación para la solución de conflictos, ya que no siempre la negociación es producto de un conflicto, como cuando acudimos a comprar un carro. Hay quienes señalan que ésta no es una negociación propiamente dicha, sino un negocio con un propósito determinado.

NOTAS

25. Esta síntesis del método no pretende en lo absoluto agotar el tema. Tanto es así que hoy en día podemos asegurar que existen decenas de libros escritos que desarrollan su contenido en base a este método.
26. Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
27. El artículo 33 del Convenio de Berna establece la posibilidad de que cualquier diferencia que surgiera entre dos o más países de la Unión y que no haya sido resuelta por negociación, podrá ser llevada ante la Corte Internacional de Justicia, a menos que se haya pactado otra forma de solución.
28. Al hablar de mecanismos de solución de conflictos convencionales, nos referimos a los procedimientos administrativos o judiciales, que normalmente contienen las diferentes leyes de todos los países en cuanto a la solución de conflictos. Al referirnos a mecanismos novedosos, nos referimos a la mediación, a la conciliación extra-proceso, al arbitraje y cualquier otra forma distinta a los mecanismos que encontramos normalmente en los cuerpos normativos. Cabe señalar que si bien son "mecanismos novedosos" es claro que estos son inclusive anteriores, desde una visión histórica, al proceso judicial formal como lo conocemos en nuestros días. Para mayor información ver: GALINDO C., Alvaro, Tesis para la obtención del Título de Doctor en Jurisprudencia "Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos", Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1997.
29. Según Cabanellas, proceso administrativo es "El de carácter gubernativo o contencioso resultante de impugnar las resoluciones y disposiciones de la Administración pública."; proceso civil es "El que se tramita por la jurisdicción ordinaria y sobre conflictos que atañen primordialmente al Derecho Privado".
30. Entiéndase "una perogrullada".
31. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Estocolmo, 1967, artículo -
32. Art. 3 b): "La petición de mediación contendrá o irá acompañada de: ii) el texto del acuerdo de mediación." Entiéndase por acuerdo de mediación el sometimiento de las partes para resolver por esta vía una controversia que pueda surgir o haya surgido, que podrá formar parte de un contrato como una cláusula más del mismo o puede pactarse como un contrato de manera independiente.
33. Ley de arbitraje y mediación de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial del 4 de septiembre de 1997.
34. La palabra proceso no tiene, en este caso, la connotación que generalmente le damos los abogados en el sentido de formalidad. La mediación cuenta con la ventaja de la informalidad, entendida esta como flexibilidad en el transcurso de la misma.
35. La neutralidad, según nuestro criterio personal, es algo muy difícil de alcanzar ya que cada persona tiene sus propios principios e ideologías, lo que hace imposible alcanzar la tan ansiada neutralidad.
La imparcialidad es un concepto, a nuestra manera de ver, más objetivo, en el sentido de que es imparcial el mediador que no trata de beneficiar a ninguna de las partes y que su objetivo, antes de llegar a un acuerdo, es lograr la comunicación y entendimiento entre las partes.
La independencia es otro criterio que nos debe llevar a reflexión. Pierde independencia el mediador cuando es originario del mismo país de una de las partes? La respuesta a nuestra manera de ver es negativa, ya que la nacionalidad del mediador no debe ser un aspecto que juzgue la independencia o no del mediador. Esta debe entenderse más como el mediador que no debe tener lazos de consanguinidad o afinidad con las partes, ni tener interés personal en el negocio que se ventila.
36. Este entendimiento está mencionado en el artículo 64.1 del Acuerdo sobre los ADPIC (ESD) y constituye el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech, que establece la OMC, acordado el 15 de abril de 1994 y tiene vigencia desde el 1 de enero de 1995.
37. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 1994. Este acuerdo constituye el Anexo 1c del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, que fue concertado el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1995. El Acuerdo sobre los ADPIC es obligatorio para todos los Miembros de la OMC.
38. "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de divergencias."

NOTAS

39. El Acuerdo establece que las funciones de Organismo de Solución de Diferencias serán ejercidas por el Consejo General de la OMC.

40. Diferencias, entendidas éstas como "un desacuerdo o controversia entre dos Estados miembros de la OMC derivados de la reclamación de uno de ellos por la adopción de una medida de orden interno que, por una parte, afecta el funcionamiento de un acuerdo abarcado por ser incompatible con las normas del mismo y, por consiguiente, anula o menoscaba derechos en favor del Estado reclamante y que, por otra parte, tiene, por presunción, efectos desfavorables". Esta definición la encontramos en ZELADA C., Alberto, Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional, Universidad Andina Simón Bolívar, 1996, p. 18-19.

41. Ob. cit., p. 16.

42. Este informe deberá contener: las constataciones de hecho; la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes; y, las razones en que se basan sus conclusiones y recomendaciones.

43. Para el tema de preocupación de este trabajo, debe entenderse que la medida va en contra de la normativa que forma parte del Acuerdo de los ADPIC.

44. Entiéndase el de Propiedad Intelectual, para el propósito de este trabajo.

45. Ob. cit. p. 27.

46. TROCONIS DE, Iris G., ob. cit. p. 283.