

El derecho de autor después del DR-CAFTA

♦ Por Edwin Espinal Hernández

La entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA) el 1 de marzo de 2007, puso en vigor las modificaciones introducidas por este acuerdo en virtud de su Ley de Implementación No.424-06, del 20 de noviembre de 2006, en las leyes Nos.20-00 sobre Propiedad Industrial, 65-00 sobre Derecho de Autor, 153-98 sobre Telecomunicaciones, 173 de 1966 sobre protección a los agentes importadores de mercaderías y productos, 226-06 sobre la Dirección General de Aduanas, 6-85 sobre la Secretaría de Agricultura y el Código Procesal Penal.

Los cambios producidos en estos textos obedecen, conforme la parte motiva de la Ley No.424-06, a la necesidad de asegurar *“la plena consistencia”* entre el orden jurídico interno y los compromisos del Tratado, *“de forma que se elimine toda posibilidad de contradicción que pueda crear confusión e inseguridad jurídica para los agentes económicos y la inversión”*. En este trabajo abordaremos las transformaciones operadas en la Ley No.65-00 sobre Derecho de Autor, del 21 de agosto de 2000, las cuales, en forma general, han venido a mejorar la protección del derecho de autor y sus derechos afines.

LA DEROGACIÓN DEL DERECHO DE RETRACTO

La entrada en vigencia del DR-CAFTA trajo consigo la desaparición del denominado derecho de retracto o de retiro de la obra del comercio, uno de los derechos morales reconocidos a los autores de creaciones intelectuales protegidas por la Ley No.65-00. La derogación expresa que de dicha facultad hace el Art.65 de la Ley No.424-06 implica que, desde el pasado 1 de marzo, el autor de una obra literaria o artística no puede retirarla de circulación ni suspender cualquier forma de utilización, aun cuando la hubiese autorizado previamente.

Así las cosas, el tercero al que un autor haya cedido todos o ciertos derechos de explotación o autorizado determinado uso de la obra, podrá continuar ejerciendo pacíficamente el derecho o el uso atribuido, sin que pueda mediar revocación o suspensión alguna. Bajo el estatuto actual, la rectificación de posiciones o el desistimiento de ideas u opiniones expresadas con anterioridad por un autor, no podrá materializarse con la revocación de la cesión de

derechos de explotación o la suspensión de la autorización que hubiese otorgado para el uso de su creación; la cláusula que en un contrato prevea tales posibilidades sería nula, por su imposibilidad legal de ejercicio.

Sin embargo, la modificación introducida no eliminó la posibilidad de que el autor pueda suspender las utilidades no autorizadas de la obra. En ese sentido, el Art.179 de la Ley No.65-00 permite que el titular afectado pueda solicitar al juez civil una ordenanza para la suspensión inmediata de la actividad ilegítima, especialmente la reproducción, distribución, comunicación pública o importación ilícita, según proceda, aunque en lo adelante deberá establecer la certidumbre de la infracción del derecho y constituir una garantía para evitar abusos y proteger al demandado.

EL ESTADO COMO TITULAR DE DERECHOS DE AUTOR

El legislador no sólo ha atribuido al Estado la obligación de tutelar el derecho de autor mediante su protección administrativa, sino que también le ha conferido capacidad para su ejercicio derivado. Así, aun cuando es de principio que solamente la persona natural puede ser autor de una obra literaria o artística y consecuentemente titular originario de derechos autorales, la Ley No.65-00 reconoce que el Estado puede ejercer los mismos como titular derivado (Art.5) cuando, salvo pacto en contrario, se presumen cedidos a los organismos públicos los derechos patrimoniales sobre las obras creadas por sus empleados o funcionarios, en cumplimiento de las obligaciones inherentes a sus cargos (Art.13).

Este único escenario para la explotación derivada del derecho de autor ha sido ampliado a propósito de la ratificación del DR-CAFTA, al atribuírsele la posibilidad de ser titular de derechos patrimoniales, una vez haya fallecido el autor de que se trate, si este no cuenta con herederos legales.

La Ley No.424-06 modificó en ese sentido los artículos 21 y 23 de la Ley No.65-00. La nueva redacción del Art.21 integra el texto de la parte capital del Art.23, y, al tiempo de ampliar el plazo de protección del aspecto patrimonial del derecho de autor de cincuenta a setenta años, establece que *"si no hubiese cónyuge, herederos ni causahabientes del autor, el Estado permanecerá como titular de los derechos hasta que expire el plazo de setenta años a partir de la muerte del autor"*. Hasta la entrada en vigencia del DR-CAFTA, el citado Art.23 disponía que la ausencia de cónyuge, herederos o causahabientes hacía cesar la protección de la obra y que la misma pasaba al dominio público, esto es, que podía ser utilizada de manera libre bajo cualquier forma o procedimiento, aunque respetándose la paternidad del autor y su integridad (Art.148). En esa eventualidad, al Estado le correspondía solamente garantizar tales atributos, por intermedio de las instituciones que tuviere a bien designar (Art.18).

En lo adelante, el Estado no sólo deberá velar por el respeto a los dere-

chos de paternidad e integridad de aquellas obras cuyo autores hayan fallecido sin dejar herederos, sino que también, tendrá la oportunidad de explotarlas en su contenido patrimonial, por sí o mediante cesiones o licencias de derechos, hasta que se completen los setenta años de protección y caigan en dominio público.

No obstante, en el aspecto práctico, la Ley No.424-06 dejó un asunto pendiente: la atribución de la explotación de las obras que comentamos a una entidad pública. Ya la Ley No.65-00 prevé en su Art.45 que el Estado puede conceder licencias obligatorias de traducción y reproducción de obras extranjeras, por intermedio de las entidades a las que atribuya competencia. Queda pues en manos del Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo reglamentar ese aspecto, no considerado por la Ley No.424-06.

AUMENTO DEL PLAZO DE PROTECCIÓN TEMPORAL DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, acuerdo internacional fundamental en materia de derecho de autor, fija como regla general, que la protección concedida en provecho de los creadores intelectuales se extenderá durante su vida y cincuenta años después de su muerte (Art. 7.1), sin perjuicio de que los Estados signatarios del mismo consagren un plazo mayor o plazos especiales para ciertas categorías de obras (Art.7.6). República Dominicana, al suscribir el Convenio en 1997, adoptó la referida disposición, especificando que el derecho de autor durante el término de cincuenta años corresponde al cónyuge superviviente, herederos y causahabientes del autor (Art.21 Ley No.65-00). Idéntico plazo atribuyó el legislador a las obras anónimas y colectivas, programas de computadoras y fotografías, así como a los titulares de derechos conexos (Arts.24, 25, 26, y 29). Excepcionalmente, las obras audiovisuales fueron protegidas por 70 años a partir de su publicación, presentación o realización (Art.27).

Esta realidad cambió desde la entrada en vigor del DR-CAFTA: a partir de entonces y en consideración a la modificación del artículo 21 de la Ley No.65-00 operada por la Ley No.424-06, se dispensa una protección post mortem autoris de 70 años, en forma genérica, respecto de todas las categorías de obras literarias y artísticas. El mismo plazo fue concedido a favor de los titulares de derechos conexos, a saber, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Art.29).

Dos consideraciones fundamentales se han planteado para la extensión de la duración del término de la protección del derecho de autor. La primera es la necesidad *"de mantener por más tiempo en la esfera del dominio del autor o sus derechohabientes el control sobre la explotación de las obras"*, si se considera, por un lado, la inversión de enormes recursos humanos, económicos y técnicos en las nuevas creaciones producto de la innovación, y por otro, la valoración como

mercancías de las obras protegidas por el derecho de autor, en el marco del comercio internacional¹. Efectivamente, el incremento del mínimo convencional en dos décadas más, favorecerá que, incluso los nietos de un autor fallecido, sean retribuidos por la explotación de la obra de su causante.

En segundo lugar, el aumento de la protección mínima hará menos eficaz y frecuente la aplicación de la denominada regla del cotejo de plazos, que clarifica cuál es la legislación aplicable en los casos en que se deba dispensar protección a favor del autor de una obra², planteando que el plazo de duración en todos los casos no excederá, en el país donde se reclama la protección, del plazo de protección que se concede a la obra en su país de origen (Art.7.8 Convenio de Berna).

La citada regla aparece transcrita en el párrafo del Art.21 de la Ley No.65-00, aunque nuestro legislador resaltó que si las leyes del país de origen de la obra acordaren una protección superior a los 70 años, regirán las disposiciones de nuestro texto legal. En ese sentido, cabe acotar que las leyes de Costa Rica y Nicaragua prevén el mismo plazo que el consignado en nuestra ley; Honduras y Guatemala, contemplan 75 años, mientras que Panamá y El Salvador 50 años. De este modo, la protección brindada a los derechos autorales sobre obras hondureñas, guatemaltecas, costarricenses y nicaragüenses en nuestro territorio, es la misma que se otorga a las obras de autores dominicanos y viceversa. El DR-CAFTA ha venido pues a uniformar, en el orden centroamericano, un aspecto clave en el derecho de autor, en provecho del intercambio cultural y económico.

ACTUALIDAD INFORMATIVA

Al amparo de la antigua redacción del Art.33 de la Ley No.65-00, el ejercicio del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de un artículo, una fotografía, una ilustración o un comentario, referente a acontecimientos de actualidad, le era vedado a su autor si tales obras han sido publicadas previamente, en la prensa o radiodifundidas por radio o televisión, siempre y cuando no la hubiese prohibido expresamente. En otras palabras, si su autor no hacía constar, al momento de la publicación, una reserva de derechos respecto de los mismos (con la frase "Prohibida su reproducción" o utilizando el símbolo ©, por ejemplo), su uso por terceros era libre, en provecho del ejercicio del derecho a la información.

Esta excepción fue sensiblemente modificada tras la entrada en vigor del DR-CAFTA y ya sólo pueden ser reproducidos por la prensa, la radiodifu-

1 Zapata López, Fernando "Duración de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos", ponencia presentada en el Octavo Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2001, p.14.

2 Zapata López, op. cit., p.12-13.

sión o la transmisión por hilo (cable) al público, en primer lugar, artículos de actualidad, relativos a la discusión de temas económicos, políticos o religiosos, previamente publicados en periódicos o colecciones periódicas y, en segundo orden, las obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, o sea, programas de televisión o radio en los que se aborden dichas temáticas. La nueva redacción del Art.33 sujeta esta posibilidad al cumplimiento de dos condiciones: a) que la reproducción o radiodifusión no se hubiese reservado expresamente en forma previa; y b) que siempre habrá de indicarse la fuente de la que se ha tomado el artículo u obra de que se trate.

Los cambios favorecen sin duda a la prensa, la radio y la televisión nacionales. En efecto, por ejemplo, ya no es posible reproducir libremente en una obra literaria las fotografías o ilustraciones publicadas en un medio periodístico, aun cuando su autor o titular no haya hecho una reserva respecto del ejercicio de ese derecho, por haber quedado excluida esa posibilidad en el renovado texto bajo citas. Del mismo modo, los editoriales, reportajes, etc., aparecidos en un periódico tampoco podrían ser reproducidos sin la autorización correspondiente, verbigracia mediante su lectura total o parcial por televisión o radio, pues para los únicos que se estableció tal liberalidad fue para los ya citados artículos de actualidad económicos, políticos o religiosos, claro, siempre y cuando ello no hubiese sido prohibido expresamente.

Por supuesto, lo anterior no quita que, respecto de los ya indicados materiales de prensa, se puedan citar los pasajes que se justifiquen, con el fin de la información ofrecida, en virtud del derecho de cita.

ARTE PÚBLICO Y OBRAS DE ARQUITECTURA

En su conferencia "Otriedad, transitoriedad y permanencia – Las apuestas de las artes visuales dominicanas para el siglo XXI", pronunciada dentro del programa de animación y formación del XXI Concurso de Arte Eduardo León Jimenes, la crítica de arte Myrna Guerrero afirma que los espacios públicos, tales como parques, avenidas, calles, vallas publicitarias, etc., se vienen perfilando "como los nuevos espacios para el arte dominicano de hoy", pues en ellos "el artista se siente más libre para expresarse y el público más convocado a despertar, participar y reaccionar". El arte público, esto es, el que se realiza "en espacios exteriores, al alcance de la vista de los transeúntes, conductores y pasajeros", en tanto modalidad que permite "dar respuestas satisfactorias a la multiplicidad de soluciones contemporáneas", ha colocado al arte dominicano en el camino de la búsqueda de alternativas para su expresión³.

En provecho de esa innovadora corriente, la Ley No.424-06 ha introdu-

3 Guerrero, Myrna "Otriedad, transitoriedad y permanencia – Las apuestas de las artes visuales dominicanas para el siglo XXI" en "XXI Concurso de Arte Eduardo León Jimenes – catálogo de obras 2006", Grupo León Jimenes – Centro León, 2006, p.116-118.

cido una modificación que establece que las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, podrán ser reproducidas por medio de pinturas, dibujos, fotografías o fijaciones audiovisuales sólo para uso personal. El nuevo texto sustituye así la letra del Art.39 de la ley, que en su redacción inicial permitía, además de la reproducción, la distribución y la comunicación públicas de las reproducciones obtenidas, sin necesidad de obtener el consentimiento previo y por escrito del autor.

En lo adelante, el ejercicio del derecho de explotación por parte del autor de la obra únicamente se verá limitado, cuando la reproducción se realice con fines personales. De este modo, por ejemplo, las esculturas ubicadas en el boulevard de la avenida 27 de Febrero de Santo Domingo, podrán ser libremente fotografiadas, grabadas en vídeo o plasmadas en dibujos y pinturas, siempre que tales fotografías, vídeos, dibujos y pinturas no sean comercializadas. En consecuencia, si alguna de estas obras quisiera ser utilizada, verbigracia, como motivo para ilustrar una publicación, habrá de requerirse la correspondiente licencia para su reproducción. Hay que observar, no obstante, que en vista de que las limitaciones al derecho de autor son de interpretación restrictiva, la que comentamos no se extiende a las obras que se exhiben temporalmente en vías públicas, calles o plazas, como serían las fotografías de las exposiciones mostradas en las verjas del parque Independencia de Santo Domingo y el Gran Teatro del Cibao de Santiago.

Pero la modificación no alcanza solamente a obras de arte, pues dado que no se restringe su tipo, la misma considera igualmente a las obras de arquitectura. En efecto, la nueva redacción del artículo 39 permite la reproducción no autorizada y para uso personal sólo de las fachadas de obras arquitectónicas. Así las cosas, la reproducción de la imagen exterior e interior de una edificación emblemática - el renovado Monumento a los Héroes de la Restauración de Santiago de los Caballeros, por ejemplo - en postales, artículos de souvenir, como réplicas a escala, llaveros, camisetas, ceniceros, etc., comerciales para la televisión o publicidad en prensa, ameritaría de una autorización previa y escrita del arquitecto que lo diseñó, o en su defecto, de sus herederos.

Esta modificación, que se corresponde con el carácter tuitivo o protector de nuestra ley de derecho de autor, beneficiará sobremanera al arte público y a la creación arquitectónica, poniendo en manos de los creadores una provechosa fuente de recursos y un nuevo reconocimiento a su creatividad.

ATRIBUCIONES DE LA ONDA EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

Una de las pocas modificaciones que introdujo la Ley de Implementación del DR-CAFTA en la Ley No.65-00, en lo que toca a la Oficina Nacional de Derecho de Autor (ONDA), es la referida a su rol como instancia administrati-

va que debe velar por el respeto a los derechos sobre la programación contenida en las señales de radiodifusión. Partiendo de la facultad que le otorga el legislador de aplicar, a petición de parte y como sanción administrativa, el cierre temporal o definitivo de establecimientos donde se haya producido una infracción al derecho de autor (Art.187, actual 197 de la Ley No.65-00 y 116 del Reglamento No.362-01, del 14 de marzo de 2001), un nuevo párrafo en el Art.132 le fija las siguientes pautas: a) las decisiones relativas a solicitudes de cierre temporal o permanente de establecimientos transmisores de señales de radio o cable no autorizadas, deberán ser otorgadas en un plazo máximo de 60 días, contado a partir de la fecha de solicitud; b) tales decisiones deben ser formuladas por escrito y estar motivadas; c) cualquier cierre deberá ser efectivo inmediatamente se emita la decisión al respecto; d) el cierre temporal deberá ser hasta por 30 días; y e) el no cesar la transmisión o retransmisión luego del cierre deberá ser considerado una violación "clasificada" bajo el literal d) del Art.105 de la Ley General de Telecomunicaciones No.153-98 del 27 de mayo de 1998. Otro párrafo ratifica la competencia de la oficina para actuar de oficio en esta materia, ya prevista en otros textos de la Ley No.65-00.

De estos cambios, resaltan, en primer orden, la fijación de un plazo particularizado, para dictaminar las solicitudes sometidas a la ONDA, requiriendo el cierre de una empresa transmisora de señales de cable o radio que resulte infractora de los derechos de terceros y, en segundo lugar, la tipificación de una falta asimilable a la prestación de servicios de telecomunicaciones sin la correspondiente concesión, licencia o inscripción, que es la que prevé el artículo ya referido de la Ley General de Telecomunicaciones.

Hasta la entrada en vigencia del DR-CAFTA, la ONDA no estaba sujeta a ningún plazo para el dictamen de resoluciones en la materia que comentamos; en ese sentido, la modificación pone de manifiesto el interés del gobierno de los Estados Unidos en que canales de televisión y empresas de cable locales sean sancionados con rapidez, ante la práctica del robo de señales originadas en su territorio.

De otro lado, debemos indicar que la continuación de la transmisión o retransmisión de señales, no obstante haberse ordenado el cierre del establecimiento infractor, no se corresponde con la falta grave, prevista en la Ley General de Telecomunicaciones; nos parece más bien que la redacción del nuevo párrafo del Art.132 no logró recoger el mandato previsto en el Anexo sobre Procedimientos y Remedios Referentes a las Transmisiones o Retransmisiones por difusión o Cable en la República Dominicana del Capítulo Quince del DR-CAFTA, que desarrolla las disposiciones contenidas en el Art.15.11 del Tratado de Libre Comercio en este ámbito y que plantea, de manera fundamental, una adecuación legislativa, a fin de que el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL) quede facultado para suspender, temporalmente, las concesiones o licencias de operación que otorgue, o ambas, cuando la Oficina

Nacional de Derecho de Autor (ONDA) u otra autoridad competente determine que organismos de radiodifusión hubiesen hecho transmisiones o retransmisiones de señales, sin el permiso de los titulares de los derechos del contenido de la señal o la señal per se.

La retransmisión no autorizada de señales como tal había sido considerada por el INDOTEL como una falta administrativa leve, en atención a los artículos 103 (b) y 107 de la Ley No.153-98 y en virtud de su resolución No.012-04, del 30 de enero de 2004, al considerarla una *“clara evidencia de competencia desleal y de prácticas restrictivas a la competencia, frente a los operadores que si dan cumplimiento a los compromisos derivados del respeto al derecho de autor y a la retransmisión de señales a través de sus sistemas de cable”*.

Dado que este nivel de sanción no fue efectivo para solucionar el problema – se sancionaron entonces veinticuatro empresas de cable a pedido de la Oficina Nacional de Derecho de Autor - el INDOTEL, conforme manda el Anexo, debía aumentar los cargos por incumplimiento hasta *“un nivel efectivo”*. La consideración como una falta grave de la continuación de la transmisión o retransmisión, no obstante se haya ordenado su interrupción, apunta en ese sentido.

DISPOSICIONES REFERIDAS A CIERTAS OBRAS

En su primigenia redacción, la Ley No.65-00 favorecía la restricción del principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual en la transmisión, por acto inter vivos, del contenido patrimonial del derecho de autor, siguiendo así la orientación de la doctrina autoralista, que plantea que dicho principio perjudica a la parte más débil de la relación, que es habitualmente el autor⁴. Esa limitante ha sido rota con las modificaciones introducidas por la Ley No.424-06, particularmente en las disposiciones especiales para ciertas obras de su Título Quinto, dando a las partes la oportunidad de ir en contra de los mínimos legales.

Así, el derecho de exposición pública de una obra de artes visuales, realizada en virtud de un contrato por encargo, que era conferido plenamente al contratante, en el porvenir, su ejercicio será posible *“a menos que las partes hayan dispuesto de otra manera”* (Art.55). Por otra parte, el derecho de utilización por los autores de la obra audiovisual de la parte que constituya su contribución, si el productor no la concluye en el plazo convenido o no la hace difundir en el curso de los tres años siguientes, será igualmente permitido, *“a menos que las partes hayan dispuesto de otra manera”* (Art.64, párrafo). Finalmente, en lo adelante, los coautores e intérpretes principales de una obra audiovisual conservarán el derecho de participar proporcionalmente con el productor en la remuneración equitativa que se recaude por su copia privada, siempre que

4 Lipszyc, Delia *“Derecho de autor y derechos conexos”*, Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 2001, p.274.

“no hubiesen acordado de otra manera”, sin perjuicio de los derechos exclusivos conferidos al productor (Art.67).

El reconocimiento a la libertad contractual en los contratos reglados a que hemos hecho referencia, apunta a la eventual afectación de los autores y titulares de derechos en sus negociaciones, rompiendo así el equilibrio que debe buscar la ley entre sus intereses y los de los terceros.

EL MARCO CONTRACTUAL

Con la entrada en vigencia del DR-CAFTA, el Capítulo II del Título VI de la Ley No.65-00, contentivo de disposiciones referentes a la materia contractual autoral, integró como objeto de los contratos de cesión y licencia de derechos patrimoniales, a las interpretaciones o ejecuciones y a los fonogramas, considerando así no tan solo a las obras literarias o artísticas, sino también las prestaciones personales y técnicas de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, respectivamente. Para estos titulares de derechos conexos, no existía hasta ahora en nuestra ley autoral – salvo los artículos que versan sobre el contrato de inclusión de la obra en fonogramas – ningún texto que estableciese el marco para su relación contractual con terceros, con lo que la Ley No.424-06 salvó este olvido del legislador.

Fuera de la inserción de las interpretaciones o ejecuciones y los fonogramas en los artículos 79 a 84 de la Ley No.65-00, encontramos tres modificaciones sustanciales en este Capítulo. La primera de ellas es la sustitución de la parte capital del Art.79, en el que en lo adelante se dispone que las previsiones del título (ha de ser capítulo) se aplican siempre que las partes no hayan acordado una figura diferente al contrato para la transferencia de derechos patrimoniales (¿!). El segundo cambio relevante, aunque a nuestro juicio con una redacción igualmente confusa, es la atribución conferida al cesionario de cualquier derecho patrimonial en virtud de un contrato, especialmente de un contrato de trabajo, de ejercer el mismo en nombre del cedente (Art.83).

Finalmente, las contrataciones globales de la producción futura o el compromiso de no producir o restringir la producción futura, sólo serán nulas de pleno derecho si así lo establecieren las partes contratantes (Art.84), lo que permite a los autores y titulares de derechos un pleno dominio sobre el producto de su creatividad, sin limitaciones legales.

En definitiva, la autonomía de la voluntad o principio de libertad contractual encuentra con estos cambios una admisión irrestricta en la Ley No.65-00.

DESAPARICIÓN DEL IN DUBIO PRO AUTORE

El Art.133 de la Ley No.65-00 consignaba en su redacción original lo siguiente: “La protección ofrecida por las disposiciones de este título a los titulares de

derechos afines o conexos, no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas consagradas por la presente ley. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en él podrá interpretarse en menoscabo de esa protección. En caso de duda, se decidirá lo que más favorezca al autor". Este texto, al tiempo de reproducir en su parte capital la "cláusula de salvaguarda" contenida en los Artículos Primero de la Convención sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961 (Convención de Roma), ratificada por nuestro país en virtud de la resolución No.654 de 1977 del Congreso Nacional, y 1.2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF) de 1996, adoptado por nuestro país conforme resolución No.150-03 del Congreso Nacional, del 12 de agosto de 2003, iba más allá, al disponer en su parte in fine que, en caso de duda, debía decidirse a favor del autor.

Esta norma, como bien indicó la Oficina Nacional de Derecho de Autor, al resolver sobre la homologación de tarifas de la Sociedad Dominicana de Productores Fonográficos, Inc. (SODINPRO), en su resolución No.1-04, de fecha 20 de febrero de 2004, señaló: "*se entiende en el sentido de que, si en un conflicto entre el titular del derecho de autor y el de un derecho conexo (o entre el derecho del autor y cualquiera otro previsto en la ley), existieren dudas interpretativas, éstas deben resolverse en beneficio del titular del primero; que, en consecuencia, para la aplicación del "in dubio pro auctoris" tiene que haber dudas interpretativas".* Este razonamiento de la ONDA siguió el criterio externado por la Suprema Corte de Justicia, a propósito de un idéntico principio en materia de Derecho Laboral, el *in dubio pro operario*, cuando estableció que "*para la aplicación del VIII Principio Fundamental del Código de Trabajo, que prescribe que "si hay duda en la interpretación o alcance de la ley, se decidirá en el sentido más favorable al trabajador", es necesario que se presente un conflicto de interpretación jurídica"* (Cas.9 de septiembre de 1998, B.J.1054, p.472-473).

La Ley No.424-06 eliminó el *in dubio pro autore* del Art.133, sustituyendo esa fórmula por este párrafo: "*Con el fin de garantizar que no se establezca ninguna jerarquía entre los derechos de autor, por una parte, y los derechos de los intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por otra parte, en casos en que se requiera la autorización tanto del autor de la obra contenida en un fonograma como del artista intérprete o ejecutante o del productor del fonograma, el requerimiento de la autorización del autor no exime el requerimiento del intérprete o ejecutante o del productor, ni viceversa".*

El texto anterior no es más que la reproducción de la parte *in fine* de la declaración concertada del Art.1.2 del TOIEF - vale decir la glosa su parte capital -, y que expresa lo siguiente: "*Queda entendido que el Artículo 1.2) aclara la relación entre los derechos sobre los fonogramas en virtud del presente Tratado y el derecho de autor sobre obras incorporadas en fonogramas. Cuando fuera necesaria la autoriza-*

ción del autor de una obra incorporada en el fonograma y un artista intérprete o ejecutante o productor propietario de los derechos sobre el fonograma, no dejará de existir la necesidad de la autorización del autor debido a que también es necesaria la autorización del artista intérprete o ejecutante del productor, y viceversa”.

A este comentario puede agregarse además lo significado en la Guía de la Convención de Roma respecto del Artículo Primero de esta última, dado que como dijimos el Art.1.2 del TOIEF lo reproduce: *“Este artículo se limita a estipular la salvaguardia del derecho de autor. No proclama la supremacía de este último, declarando expresamente que la protección de los derechos conexos no debe ser superior ni por su contenido ni por su amplitud a la dispensada por derecho de autor. Por otro lado, el tenor mismo de algunas disposiciones de la convención demuestra que los derechos conexos no son necesariamente de categoría inferior a la de los derechos de los autores.”*

No obstante la desaparición del *in dubio pro autore*, la salvaguarda que del derecho de autor hace el Art.133 frente a los derechos conexos, se mantiene incólume. La imposibilidad de menoscabar la protección conferida a los autores de obras musicales por el hecho de que se otorgue protección a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, queda ahora explicada en el sentido de que siempre será necesario contar con la autorización de ambos para la comunicación pública de obras musicales incorporadas en fonogramas. La ONDA ya lo había expresado claramente en su precitada resolución:

“Considerando: Que como lo aclara la Guía de la Convención de Roma, la cláusula de salvaguarda lo que quiere decir es que los derechos conexos o su extensión no pueden ser más amplios que los de los autores, mandato convencional dirigido a los legisladores nacionales para que no incluyan a favor de artistas, productores o radiodifusores derechos que no ostentan los autores, lo que no ocurre en la legislación dominicana; que por el contrario, la Ley No.65-00 consagra a favor de artistas o productores un derecho de remuneración por la comunicación pública de los fonogramas (salvo en el caso de puesta a disposición a través de transmisiones interactivas), mientras que los autores gozan de un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras, es decir, que el contenido de los derechos atribuidos a artistas y productores es en ese caso inferior a los reconocidos a los autores; que si una legislación reconoce “derechos iguales” (como aquellas que atribuyen a los productores un derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus fonogramas), como ocurre en varios textos nacionales, tampoco se infringe la cláusula de salvaguarda, porque ésta lo que obliga es a que no haya una protección legal “superior”, pero no impide que sea equivalente”.

Considerando: Que no sería coherente con la «cláusula de salvaguardia» que, por ejemplo, la utilización de una obra por determinado medio o procedimiento fuese lícita sin el consentimiento del titular ni pago de remuneración (por ubicarse entre los casos de excepción al derecho exclusivo de explotación del autor), mientras que en las mismas

circunstancias, el uso de una interpretación o ejecución artística, de una producción fonográfica o de una emisión de radiodifusión, estuviera sujeta al consentimiento previo del titular del respectivo derecho y sometida, además, a una contraprestación económica; que eso no ocurre en el caso que nos ocupa, pues la cláusula de salvaguarda va dirigida a los legisladores y ninguna relación tiene con el monto de las tarifas; que de lo contrario, se castigaría sin razón a una eficaz gestión colectiva de los derechos conexos, en favor de una gestión deficiente de los derechos de los autores, si aquella debiera necesariamente seguir la suerte de las tarifas fijadas por la sociedad de gestión colectiva de los autores, si ésta a su vez mantiene tarifas mínimas o, incluso, hasta ridículas; que la misma cláusula de salvaguarda de la Convención de Roma también aparece en el TOIEF, de modo que no puede ofrecer una interpretación distinta.

DERECHOS CONEXOS

La Ley No.424-06 ha ampliado el haz de derechos patrimoniales de los artistas, intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, al introducir disposiciones contenidas en el Tratado de la OMPI, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF). Así, ha consagrado a favor de los artistas, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión: 1) de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando constituyan por sí mismas una ejecución o una interpretación radiodifundidas; 2) de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas; y 3) del original o de los ejemplares que contienen sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (Artículos 135 y 137).

La primera apunta a que el artista tendrá la facultad para consentir o no la transmisión inalámbrica de su interpretación o ejecución directa o en vivo (como lo sería la actuación de un cantante en un concierto en un recinto público), pero no así respecto de la que se realiza por la radiodifusión u otro medio de comunicación al público (por ejemplo, la actuación en un programa de televisión). El derecho exclusivo respecto de las segundas, en consonancia con el Art.136 de la ley, se traduce en una licencia no voluntaria, respecto de la cual se generará un derecho de remuneración.

En lo que respecta a los productores de fonogramas, el derecho exclusivo que se les confiere de autorizar o prohibir la radiodifusión o comunicación al público de sus fonogramas, rompe con la tradición en las legislaciones del sistema latino de negar su reconocimiento⁵, aunque el mismo es atenuado por el Art.142, que le otorga el derecho a recibir una contraprestación por el uso de sus fonogramas - limitado en lo adelante a comunicaciones no interactivas - , la cual compartirá con los artistas intérpretes o ejecutantes, aunque ya no necesariamente en partes iguales (Art.143).

⁵ Antequera, Ricardo "Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos", Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, 2001, p.144.

MEDIDAS DE OBSERVANCIA

Una mejor concreción de las sanciones en materia civil y penal, mayores facultades condenatorias para el juez apoderado, respecto del material infractor y nuevos rigorismos para la puesta en práctica de medidas cautelares, pueden considerarse como las modificaciones claves que en materia de observancia de los derechos de autor introdujo la Ley No.424-06.

La precisión de que las multas a imponerse en los procesos en esta materia serán tasadas a partir de salarios mínimos mensuales, salva la falta de especificidad temporal que acusaba el artículo 169 de la ley 65-00 respecto de dicho parámetro, mientras que la facultad otorgada al juez de fijar indemnizaciones por cada obra entre veinte mil y dos millones de pesos, ante la imposibilidad de evaluar los daños y perjuicios (Art.177, párrafo III), abandona la derogada consideración de que el monto del resarcimiento económico nunca sería inferior al mínimo de la multa establecida como sanción penal (50 salarios mínimos) en relación con cada violación.

En lo adelante, en la sentencia condenatoria que establezca la existencia de una violación, el juez ya no sólo tendrá facultad para ordenar la destrucción de los ejemplares reproducidos o empleados ilícitamente y los instrumentos utilizados para la reproducción y la publicación del dispositivo de la decisión en un periódico, sino que también podrá establecer la incautación de mercancías infractoras y de los materiales y accesorios utilizados para la comisión de la infracción, en caso de que no lo hubiesen sido previamente; la puesta, fuera de los canales comerciales, de los materiales o implementos utilizados en la fabricación o creación de mercancías ilícitas; e incluso, la donación, con fines de caridad, de las mercancías infractoras, siempre que cuente con la autorización del titular del derecho infringido (Art.183).

La solicitud para los embargos conservatorio y retentivo de ejemplares reproducidos ilícitamente, de equipos o dispositivos utilizados para la comisión del ilícito, del producido de la distribución de ejemplares ilícitos o la comunicación pública no autorizada y de los dispositivos relacionados con la elusión de medidas tecnológicas efectivas, deberá ser acompañada de evidencias que establezcan con certidumbre la inminencia de la infracción y de la prestación de una garantía que impida abusos en contra del demandado (Art.179). Idénticos requerimientos se hacen al solicitante de la suspensión de despacho de mercancías infractoras por ante la Procuraduría Fiscal competente o la Dirección General de Aduanas, amén, eventualmente, de un cargo por el almacenaje de la mercancía objeto de la medida (Art.185). A nuestro juicio, tales modificaciones, contrario a lo que se desea, disuadirían el poder recurrir a estos procedimientos. Sí hay que resaltar que el solicitante de una medida en frontera tendrá en lo sucesivo la obligación de interponer la correspondiente demanda al fondo en un plazo no mayor de diez días y no dentro de treinta días, como se estipulaba

originalmente (Art.185, párrafo IV), lo que favorece la agilización de los procesos judiciales que correspondan.

Una disposición saludable es la que manda la publicación o puesta a disposición del público de las decisiones que se rindan en esta materia (Art.168, párrafo I), lo que permitiría la conformación de una doctrina jurisprudencial autoral, que en la actualidad es incipiente.

El “velo pirata” se descorrerá en el porvenir, pues fue incluida la posibilidad de que, al dictar sentencia, el juez imponga como obligación al infractor, bajo pena de sanción, el proporcionar al titular del derecho cualquier información que posea respecto de cualquier persona involucrada en cualquier aspecto de la infracción, así como de los medios de producción o canales de distribución para los productos infractores (Art.168, párrafo III).

El juez penal adquiere también mayor competencia sancionadora, pues podrá ordenar la incautación, el decomiso y la destrucción de los materiales e implementos utilizados en la creación de la mercancía infractora, de la mercancía como tal y de todo activo y evidencia documental relacionada con la actividad ilícita (Art.173).

El fortalecimiento de tales aspectos nodales, traduce el interés del legislador de mejorar la protección de los derechos de propiedad intelectual, considerando “*el mejor interés nacional*”, como se expresa en la parte motiva de la ley y pone de manifiesto el compromiso del Estado dominicano de favorecer el comercio de bienes protegidos por el derecho de autor, al amparo de un marco jurídico disuasivo de la comisión de ilícitos en esta materia.

LA PUESTA A DISPOSICIÓN, “NUEVA” FORMA DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Todo autor de una obra literaria o artística tiene derecho a autorizar o no la comunicación pública de su creación, es decir, hacerla accesible al público por cualquier procedimiento o medio conocido. El Art.19 de la Ley No.65-00 trae entre otros actos de comunicación pública, “*el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando incorporen o constituyan obras protegidas*” (numeral 6, literal m), el cual, en el criterio de la autoralista argentina Delia Lipszyc, no es otro que el conocido también como “puesta a disposición”, en el que el público puede acceder en forma interactiva y previa solicitud, a través de la Internet, a obras protegidas por el derecho de autor⁶.

No obstante establecerse en forma expresa en el Art.19 y prever el mismo cualquier otra forma de difusión no referida anteriormente (numeral 6, literal i), la Ley No.424-06, en la modificación que realizó al ya citado texto legal, la

⁶ Lipszyc, Delia “Nuevos temas en derecho de autor y derechos conexos”, Ediciones UNESCO-CERLALC-ZAVALLIA, 2004, p.281.

integra como un nuevo procedimiento o medio para permitir la difusión de obras, clarificando que su objeto es el de permitir que *“los miembros del público puedan acceder a dichas obras en el lugar y en el momento de su preferencia”*.

Ya el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (TODA), ratificado por nuestro país y por ende norma de derecho interno, había reconocido el derecho exclusivo de la puesta a disposición como una modalidad de comunicación pública (Art.8), de modo pues que con esta inclusión en la Ley No.65-00 no se hace otra cosa que fijar lo que era ya un asunto resuelto, eliminar, como lo hace el TODA, cualquier vacío interpretativo que pudiera existir en relación con los derechos susceptibles de aplicarse en materia de transmisiones digitales (Ficsor, Mihály: 1997: 338). En beneficio de este reconocimiento y considerando la necesidad de una protección efectiva en el ámbito digital, fueron modificadas igualmente las disposiciones referidas a las medidas tecnológicas o de autotutela, valorándose así la incidencia de los avances tecnológicos en el derecho de autor.

LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS

Hasta la entrada en vigencia del DR-CAFTA, los denominados mecanismos de autotutela tenían un limitado tratamiento en la Ley No.65-00. Aunque se reconocía tácitamente que su transgresión abría la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a través de la jurisdicción civil (Art.177), de manera expresa se consignaban únicamente las sanciones de prisión correccional de tres meses a tres años y multa de cincuenta a mil salarios mínimos respecto de: a) la fabricación, ensamblaje, importación o venta de dispositivos, sistemas o equipos capaces de soslayar o desactivar mecanismos destinados a impedir, controlar o restringir la reproducción de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones y emisiones y la recepción de programas transmitidos por las redes de telecomunicaciones; b) los actos de alteración, eliminación o elusión propiamente dichos de los medios técnicos que impidieran o limitaran su reproducción o control; y c) la supresión no autorizada de cualquier información electrónica sobre la gestión colectiva de derechos (Art.169, numerales 8,9 y 10). Tales penalidades se fundaban en la facultad reconocida al autor o titular de derechos de incorporar por sí o por terceros, mecanismos, sistemas o dispositivos de autotutela, con el fin de impedir la comunicación, recepción, retransmisión, reproducción, modificación o alteración no autorizada (Art.19 Reglamento No.362-01, del 14 de marzo de 2001).

La Ley No.424-06 modificó profundamente esta materia, dedicándole un apartado completo, al variar el contenido del Título XIV de la Ley No.65-00 y llevando sus disposiciones a un nuevo Título XV, bajo una numeración diferente. En el novísimo renglón se abordan las prohibiciones relacionadas con medidas tecnológicas, información de gestión de derechos y señales de satélite

codificadas portadoras de programas, especificándose de manera expresa que su violación puede ser perseguida por las vías civil o penal, las dos primeras y penal, la segunda (Arts.189,192 y 195).

De otro lado, los renovados artículos 186 y 188 de la Ley No.65-00 contienen las nociones de medidas tecnológicas efectivas e información sobre gestión de derechos; la segunda ya había sido conceptualizada en su Reglamento de aplicación No.362-01, del 14 de marzo de 2001 (Art.2, numeral 17), pero no así la primera, con lo queda salvada esta indefinición. La medida tecnológica efectiva es entendida como cualquier tecnología, dispositivo o componente que controla el acceso a una materia objeto de protección, mientras que la información sobre gestión de derechos es aquella que identifica a la obra, interpretación, ejecución o fonograma y a su respectivo autor, intérprete, ejecutante o productor y sus términos y condiciones de uso.

Finalmente, y como parte de esta reestructurada concepción, la Ley No.424-06 introduce como novedad, en primer lugar, un conjunto de situaciones excepcionales en las que no se consideran ilícitas la evasión de medidas tecnológicas o la supresión o alteración de informaciones sobre gestión de derechos (Arts.187, párrafo I y 189, párrafo I), en segundo orden, el aumento de las sanciones previstas: la prisión correccional tiene como plazos imponibles de seis meses a tres años, mientras que la multa puede alcanzar desde los 50 a los 1,000 salarios mínimos mensuales.