

OMPI



GCPIC/1

ORIGINAL: Francés

FECHA: 25 de noviembre de 1998

S

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

**GRUPO DE CONSULTORES SOBRE LOS ASPECTOS DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PROTECCIÓN DE
OBRAS Y OBJETOS DE DERECHOS CONEXOS TRANSMITIDOS
MEDIANTE REDES DIGITALES MUNDIALES**

Ginebra, 16 a 18 de diciembre de 1998

ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PROTECCIÓN DE
LAS OBRAS Y LOS OBJETOS DE DERECHOS CONEXOS TRANSMITIDOS POR
LAS REDES DIGITALES MUNDIALES

*exposición del Sr. André Lucas
profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Nantes (Francia)*

1. Como señala su título, que es el mismo que se indica en la carta de encargo del Señor Subdirector General de la OMPI, de fecha 21 de agosto de 1998, el presente estudio se limita a los aspectos de derecho internacional privado relativos al derecho de autor y los derechos conexos en un entorno digital. Por lo tanto, no se ocupa del conjunto de problemas de derecho sustantivo que plantea la adaptación del derecho de la propiedad intelectual a esta nueva situación. Asimismo, deja de lado las cuestiones de derecho internacional privado que no se refieren al derecho de autor y los derechos conexos, así como excluye el enfoque transversal con el que algunos plantean globalmente el problema del derecho aplicable a la difusión de los contenidos ilícitos¹, si esta ilicitud se refiere bien a la violación de un derecho de propiedad intelectual, bien al desconocimiento de las normas que rigen la difamación, la pornografía, el revisionismo, etc. Sin duda, si bien las comparaciones son posibles y provechosas, la especificidad del derecho de autor y los derechos conexos justifica esta limitación del campo de análisis.

El presente informe se ocupará en mayor medida del derecho de autor que de los derechos conexos. Por dos razones: en primer lugar, la reflexión de los internacionalistas se ha llevado y aún se lleva adelante a partir del derecho de autor. Además, cabe constatar que la distinción entre el derecho de autor y los derechos conexos no goza de una aceptación universal. No obstante, la orientación que la OMPI ha adoptado es coherente. Por las redes circulan no sólo las obras, sino también las prestaciones y las grabaciones de los titulares de los derechos conexos. Y la extensión de la investigación podría producir consecuencias, precisamente porque puede resultar difícil transponer algunos análisis realizados en el campo del derecho de autor, y centrados en el carácter personal de ese derecho, en los derechos conexos cuya dimensión es fundamentalmente, para no decir exclusivamente, patrimonial².

2. El “marco de referencia” incluido en la carta del Subdirector General antes mencionada sugiere hacer hincapié en los conflictos de legislaciones, pero también tener en cuenta las cuestiones de competencia jurisdiccional.

3. No se menciona el otro elemento básico del derecho internacional privado, es decir, la condición de los extranjeros. Sin embargo, exige algunas observaciones previas, debido a las confusiones a las que ha dado y sigue dando origen, en materia de derecho de autor y derechos conexos, confusiones que difuminan el límite entre los conflictos de leyes y la condición de los extranjeros y complican así una cuestión que ya es peligrosa por sí misma.³ Simplificando un poco, de hecho se puede decir que a menudo las reflexiones se han basado en la afirmación, al menos implícita (pero en ocasiones explícita) de que al extranjero facultado a hacer valer su derecho de autor en un país podrá aplicarse sólo la legislación del tribunal de ese país. Lo que se ha criticado como la “vieja tentación de amalgamar la condición de los extranjeros y los conflictos de legislaciones”⁴ ha pesado y pesa aún sobre el sentido que cabe

¹ Un enfoque que se presenta también a menudo cuando es necesario abordar la cuestión de la responsabilidad de los proveedores de acceso.

² Véase, por ejemplo, el párrafo 28, más abajo.

³ Con respecto a dicha aseveración, véase, por ejemplo, en la doctrina francesa, *Droit international privé*, de H. Battifol y P. Lagarde, París, LGDJ, tomo 2, 7ª edición, 1983, párrafo 530 (“el concepto de un derecho aplicable a la propiedad literaria se destaca con dificultad de la cuestión previa de saber si los extranjeros están facultados, en Francia, a gozar de ese derecho”). *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur*, de J.-S. Bergé, París, LGDJ, 1996, párrafo 288 (“si existe un campo en que las cuestiones relativas a la condición de los extranjeros y al conflicto entre las legislaciones coexisten en la mayor confusión, es justamente el del derecho de autor”).

⁴ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de H.-J. Lucas, París, Litec, 1994, párrafo 956.

dar al principio denominado del trato nacional, que figura en el Artículo 5.1) del Convenio de Berna y recogido por muchos otros instrumentos internacionales. Mientras el objetivo de ese principio consistía en evitar a los autores las discriminaciones que podría ocasionarles su condición de extranjeros, muchos han pretendido descubrir en él un principio sobre los conflictos entre las legislaciones aplicable a las obras⁵ pues, según ellos, la asimilación del extranjero al nacional podía únicamente conducir a la aplicación de la *lex fori* a las obras extranjeras. Ello explica que con frecuencia se presente como un incumplimiento de trato nacional, designado como una norma de “reciprocidad”, la aplicación del derecho del país de origen prevista en ciertos casos por el Convenio, por ejemplo en el principio de comparación de los plazos que figura en el Artículo 7.8).

4. El Artículo 3.1) del Acuerdo sobre los ADPIC recoge esa ambigüedad; dispone que el objetivo del trato nacional es la “protección” de la propiedad intelectual, y explica en una nota que el término “protección” incluye en particular “los aspectos relativos al ejercicio de los derechos”. Puesto que, en principio, la asimilación de los extranjeros a los nacionales surge del “goce” de los derechos,⁶ y la referencia a su “ejercicio” tiende a alentar el desplazamiento de la condición de los extranjeros hacia los conflictos de legislación. Se orientan en el mismo sentido el hecho de que el Artículo 3.2) tolere las excepciones al trato nacional mediante una remisión al contenido de las normas locales, así como el vínculo establecido en la concordancia entre el trato nacional y el trato de la nación más favorecida (previsto en el Artículo 4), puesto que éste no podría limitarse únicamente al campo de la condición de los extranjeros.

5. Sin embargo, en aras de la claridad de los conceptos, parece indispensable trazar una distinción nítida entre los dos ámbitos de inquietud. Claramente, en la práctica, la elección del derecho aplicable podrá resultar más o menos ventajosa para el extranjero. Se coincidirá fácilmente en que la aplicación acumulativa de la legislación del país de la protección y del país de origen, como en el mecanismo de comparación de los plazos prescrita en el Artículo 7.8) del Convenio de Berna, en la práctica resultará menos ventajosa para los autores extranjeros y ello, dicho sea de paso, puede justificar que se la critique como un elemento de discriminación indirecta en el sentido del Artículo 6 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, según la interpretación del Tribunal de Justicia en la causa *Phil Collins*, en 1993.⁷

Empero, esa aseveración no permite disimular uno de los principios fundamentales del derecho internacional privado, según el que la cuestión del goce de los derechos por un extranjero no rige la elección del derecho aplicable al fondo de la cuestión. Una cosa es que un extranjero esté facultado a hacer valer un derecho en un país determinado y ello, en ciertos países como Francia es evidente, en mayor o menor medida; otra cosa es saber qué

⁵ *Le conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, de H. Desbois, A. Françon y A. Kéréver, París, Dalloz, 1976, párrafo 135 (menciona “la solución del conflicto entre las legislaciones, que mantiene y afirma el Artículo 5.1)”). *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, estudio realizado por solicitud de la Comisión de las Comunidades Europeas, Colección Estudios, Serie Sector Cultural, párrafo 3, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1980, párrafo 17 (destaca también “la norma sobre conflictos de legislación que figura en el principio del trato nacional”).

⁶ *Droit international privé*, de D. Holleaux, J. Foyer y G. Geouffre de la Pradelle, París, Masson, 1987, párrafo 149.

⁷ *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur*, de J.-S. Bergé, párrafo 519, obra mencionada en la nota 3, más arriba.

legislación deberá aplicar el tribunal.⁸ En efecto, tal como se verá, cabe concebir que el tribunal que entiende en la causa aplique una legislación que no es la suya.

6. Cabe plantear previamente otra ambigüedad, de carácter terminológico, relativa al concepto de la “territorialidad”. El marco que el Subdirector General fijó para el presente estudio precisa que deberá centrarse la atención en la “existencia conjunta o separada del principio de territorialidad del derecho de autor y la naturaleza mundial de las redes digitales”. En efecto, esa palabra se pronuncia y escribe muy a menudo en el campo del derecho internacional de la propiedad literaria y artística. Pueden atribuírsele varias acepciones, y ello invita a la circunspección.⁹ Puede entenderse la territorialidad simplemente como una vinculación territorial de la que deriva la elección de la legislación aplicable (el lugar de publicación, el lugar de violación del derecho). En esta acepción, plantea ya unas dificultades, pues algunos consideran que por la universalidad de las redes digitales, esos tipos de vinculación pasan a ser artificiales,¹⁰ pero es totalmente compatible con la idea de un conflicto de legislaciones. Además, esa palabra se utiliza con frecuencia en el campo de la propiedad intelectual para expresar la tendencia a elaborar el principio de que el tribunal que entiende en la causa no podrá aplicar una legislación que no sea la suya. Entonces, queda claro que el enfoque termina por negar pura y simplemente el conflicto de legislaciones y ello permite evitar cualquier reflexión en ese campo, pero surge de una mentalidad nacionalista estrecha que, en los albores del nuevo milenio, nos hace retroceder hacia las épocas feudales.¹¹

Por cierto, la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual, que se origina en la historia (en lo que hace tanto al derecho de autor como a las patentes), aún se funda en el derecho positivo. En particular, justifica el rechazo del agotamiento internacional del derecho de distribución. Por otra parte, resulta interesante observar que el derecho comunitario europeo no quiebra realmente esta orientación, pues si impone este agotamiento, lo hace sólo en la esfera territorial de la Comunidad. Sin embargo, lo que ha podido caracterizarse como el “denominado principio de la territorialidad”¹² no excluye los conflictos de legislación. Así pues, se puede decir, y se dice a menudo, que el Artículo 5.2) del Convenio de Berna se inspira en un enfoque basado en la territorialidad, al disponer que “la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”, aunque

⁸ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 298, obra mencionada en la nota 4, más arriba. Véase también *Droit international privé*, de B. Audit, París, Economica, 2ª edición, 1997 (“analizadas debidamente, las disposiciones que prevén la protección de los extranjeros dejan en suspenso la cuestión de saber en virtud de qué legislación se ejercen los derechos”).

⁹ En ese sentido, véase *Sur le droit international privé du droit d’auteur: Il diritto d’auteur*, de G. Koumantos, abril-septiembre de 1979, páginas 619 y 620. Véase también el resumen de la exposición del mismo autor en el Congreso de la ALAI del centenario del Convenio de Berna, pág. 178 (“nunca comprendí qué se entiende por territorialidad”). *Droit pénal international* de A. Huet y R. Koering-Joulin, París, PUF, Thémis, 1994, pág. 194, según el cual “se trata de una de esos falsos conceptos claros”. *International Intellectual Property, Conflicts of Laws and Internet Remedies*, de P. E. Geller, de publicación próxima en *Liber Amicorum Herman Cohen Jehoram*, compilado por J.J.C. Kabel, La Haya, Kluwer, 1998 (“The ambiguity of territoriality”).

¹⁰ Véanse los párrafos 63 y 102, más abajo, en que se refuta esta tesis.

¹¹ *Droit international privé*, de H. Battifol y P. Lagarde, tomo 1, 1993, párrafo 13; obra mencionada en la nota 3, más arriba (“En materia de conflictos de legislación, en la época feudal estaba en vigor un sistema totalmente opuesto al de la personalidad, que se denominaba, generalmente, de la territorialidad. En cada territorio se aplicaba una sola legislación, con independencia de las personas que intervinieran en la causa, los bienes en cuestión, los actos en litigio”). Véase también *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur*, de J.-S. Bergé, párrafo 301, obra mencionada en la nota 3, más arriba.

¹² Informe general ante el Congreso de la ALAI, de 1996, de G. Koumantos, en *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, pág. 261.

ello no prescribe la aplicación exclusiva de la *lex fori*. En efecto, algunos sostienen que la disposición no impide inquirir, en ciertos aspectos, en la legislación del país de origen,¹³ y se considera generalmente que la expresión “legislación del país en que se reclama la protección” designa la legislación del país para el que se reclama la protección,¹⁴ lo cual demuestra que es probable que, no obstante la soberanía del Estado, el tribunal que entiende en la causa deba aplicar una legislación que no sea la propia, otra legislación que, hipotéticamente, gozará de extraterritorialidad. Por ejemplo, si el tribunal francés aplica el derecho italiano a una falsificación cometida en Italia, no se entiende qué interés pueda haber en decir que el litigio se regirá por el principio de la territorialidad.

7. Ciertamente debido a este equívoco fundamental, cabe reconocer que en alguna medida se ha dejado de lado la ciencia de los conflictos de legislación en el campo del derecho de autor y los derechos conexos. El Convenio de Berna y los que le han seguido guardan silencio en lo que hace a ese punto y las pocas disposiciones que dedican a la cuestión se prestan, en definitiva, a unas interpretaciones divergentes.¹⁵

Una laguna semejante no resultaría demasiado perjudicial si, por otra parte, esos instrumentos nacionales incluyeran unas normas de derecho sustantivo destinadas a disipar las incertidumbres surgidas de la dimensión internacional de la explotación de las obras. Sin embargo, no es así. En cuanto al derecho comunitario europeo, si bien ciertamente se sancionaron unas normas sobre los conflictos de legislación, en particular en la Directiva del 27 de septiembre de 1993 sobre la transmisión por satélite y por cable y en la del 29 de octubre de 1993, sobre la duración de la protección, cabe preguntarse si esas normas no forman parte de una lógica de la libre circulación de los productos y la libre prestación de los servicios antes que de la lógica tradicional en materia de conflictos de legislación.

8. El gran mérito de Internet, después de los satélites, es el de obligar a descubrir nuevamente los aspectos internacionales de la disciplina, velados durante demasiado tiempo, al sobrepasar la tendencia temerosa a la territorialidad, heredada de la tradición regia de los privilegios. Como ya lo dijera Battifol¹⁶, resulta vano pretender librarse de los problemas relativos a los conflictos de legislación so pretexto de que son demasiado complejos, porque “la realidad se encarga de demostrar que los problemas no se resuelven ignorándolos, puesto que son reales”.

9. Sin embargo, al mismo tiempo, el hecho de que las redes digitales plantean nuevamente unas cuestiones antiguas no resueltas, o mal resueltas, demuestra que no hay que ceder apresuradamente (y que, tal vez, hasta sea necesario resistir) a la tentación de creer que obligan a replantearse totalmente el sistema. No sólo aún hay lugar para unas normas jurídicas y, en particular unas normas de derecho internacional, en el entorno digital, a pesar de algunos pioneros de Internet inspirados en la tradición libertaria de los primeros tiempos, que querrían fomentar la idea de que la dimensión mundial de las redes supone un vacío jurídico profundo, sino que no existen razones para afirmar categóricamente, como un postulado que surge de la evidencia, que la nueva situación técnica supone una ruptura total

¹³ Véanse los párrafos 45 y siguientes, más abajo.

¹⁴ Véanse los párrafos 34 y 35, más abajo.

¹⁵ *Droit international privé*, de B. Audit, párrafo 1069 (“De hecho, es evidente que los conflictos de legislación no han recibido una atención suficiente en varios convenios”).

¹⁶ Rev. Crit. DIP, 1971, pág. 273.

con el pasado. Con esta actitud de prudencia y “duda científica” se llevará adelante el presente estudio.

10. Si se analizan concretamente los desafíos que las técnicas digitales plantean a los internacionalistas, naturalmente se piensa en la cuestión de la localización del daño en la transmisión digital que, desde hace tiempo, está en el centro de las controversias. Nos ocuparemos de ella en el segundo capítulo. Empero, el campo de estudio delimitado en la carta de encargo del Subdirector General impone, ante todo, trazar un estado de la situación, al averiguar de qué manera la nueva circunstancia digital modifica los principios aplicables a la determinación de la legislación que rige el derecho de autor.

Capítulo 1. Los principios aplicables a la determinación de la legislación que rige el derecho de autor y los derechos conexos.

11. Resulta particularmente difícil resumir todas las teorías que puedan haberse formulado sobre el tema de la legislación aplicable al derecho de autor (de momento, los derechos conexos se han dejado ligeramente de lado). Puesto que, como hemos dicho, el derecho convencional carece de nitidez, es necesario inquirir en los sistemas nacionales de derecho internacional privado. Ahora bien, las respuestas varían de un sistema a otro. También varían dentro de cada sistema, pues la disciplina se basa en gran medida en la doctrina y, con frecuencia, la jurisprudencia es incierta. Lógicamente, el presente estudio no puede pretender ser exhaustivo en lo que hace a esa cuestión. En definitiva, se centra en el impacto de las redes digitales y, por lo tanto, no aspira a recoger la totalidad de las controversias. En todo caso, se dedicará a exponer las tendencias principales que se han elaborado.

12. Para reseñar esas tendencias, tras haber precisado el papel de la legislación que rige el contrato (Sección 1), es necesario examinar los diferentes puntos de vinculación que se han sugerido para determinar la legislación aplicable al derecho: la legislación aplicable a la persona (Sección 2), la legislación aplicable a los bienes (Sección 3), la de la jurisdicción (Sección 4), la del país de la protección (Sección 5), la del país de origen (sección 6).

Sección 1. La legislación que rige el contrato

13. Nadie objeta que la legislación que rige el contrato desempeña un papel importante en materia de derecho de autor y derechos conexos. Hasta se puede predecir que ese papel será fundamental en el entorno digital. Sin duda resultaría exagerado anunciar que debido a la conjunción del contrato y las protecciones técnicas (de las obras y las prestaciones) el derecho exclusivo pasará a ser inútil.¹⁷ Sin embargo, las virtudes del contrato, celebradas particularmente en la tradición del *common law*, y por éste en la tradición internacional, hacen surgir una esperanza de que pueda asistir al desarrollo, contemporáneo al comercio electrónico, de unos usos convencionales que den origen a una suerte de “*lex mediatica*”, una nueva fase de la *lex mercatoria* que los internacionalistas conocen tan bien y que, como ella, tienda a superar la dificultad de los conflictos de legislación.¹⁸

¹⁷ Véase *Droit d’auteur et numérique*, de A. Lucas, París, Litec, 1998, párrafo 593, en que figura una crítica a esa tesis.

¹⁸ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafos 995 y 996, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

14. Mientras se espera que se haga realidad este pronóstico optimista, no queda sino preguntarse acerca de la determinación (1) y el ámbito (2) de la legislación que rige el contrato.

1. La determinación de la legislación que rige el contrato

15. No se examinará con detenimiento esta cuestión clásica que no parece haberse renovado realmente en el entorno digital. Se trata en particular de saber cómo determinar la legislación que rige el contrato cuando las partes han callado al respecto.

16. El Artículo 4.1) del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, firmado el 19 de junio de 1980 por los Estados miembros de la Comunidad Europea, prevé que en un caso semejante, “el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos” y el párrafo siguiente añade la presunción de que el “contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central”, presunción que quedará excluida, según el Artículo 4.5), “cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”.

17. El concepto de prestación característica, inspirado en el derecho suizo, ya ha suscitado varias controversias en lo que respecta a los contratos que entrañan una cesión o licencia del derecho de autor o los derechos conexos. Para poner énfasis en el hecho de que, en principio, esos contratos están destinados a organizar la explotación de las obras o las prestaciones, se tenderá a preferir, en ausencia de otro indicio, la residencia o el lugar de establecimiento de quien realiza la explotación, salvo la posibilidad de remitirse a la legislación de la residencia o el lugar de establecimiento del titular de los derechos cedidos o concedidos, si el contrato no impone la obligación de explotación al beneficiario de la cesión o la concesión.¹⁹ Para centrar la atención en el objeto del derecho cedido o concedido, sin el cual no sería posible explotación alguna, se dirá que quien debe la prestación característica es el titular del derecho de autor o el derecho conexo.²⁰

¹⁹ *Droit d'auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, París, Litec, Biblioteca de derecho de la empresa, 1990, párrafo 651 y siguientes. En ese sentido y en lo que hace a la doctrina alemana, véase Th. Dreier en *Copyright in Cyberspace*, pág. 301, obra mencionada en la nota 12, más arriba. Asimismo, podrá preferirse el indicio del lugar de explotación. En ese sentido, véase el Artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Austria, del 15 de junio de 1978. En ese caso, entonces, de realizarse la explotación en varios países se plantea el inconveniente de que se produzca una “fragmentación” incompatible con las necesidades de la práctica (*La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafo 75, obra mencionada en la nota 5, más arriba. Compárese *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, en el resumen del Informe General ante el Congreso de la ALAI en el centenario del Convenio de Berna, traducción del texto original en alemán, páginas 111 y 112, (sugiere la aplicación de la legislación del país de la utilización “primaria” o, en su defecto, la legislación del país de establecimiento del licenciante o el licenciatario, según el caso).

²⁰ En ese sentido, véase el Artículo 122 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987, que plantea el principio de que “los contratos relativos a la propiedad intelectual se rigen por el derecho del Estado en que quien cede o concede el derecho de propiedad intelectual tiene su residencia habitual”. Compárese *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, en *Étude de droit comparé et de droit international privé*, de M. Josselin-Gall, París, GLN Joly, 1995, párrafos 327 y siguientes, en que se sugiere la aplicación del derecho de la residencia del autor si el contrato se refiere al encargo de una obra que aún no se ha creado.

18. Tal vez, en el marco de un eventual convenio internacional sobre los aspectos de derecho internacional privado relativos al derecho de autor y los derechos conexos, resultaría oportuno aclarar la situación para enunciar algunos principios rectores. Todas las teorías están respaldadas por unos argumentos serios. Sin embargo, el lugar de establecimiento de quien realiza la explotación parece corresponder a un centro de gravedad de aceptación más fácil en todos los sistemas jurídicos.²¹

2. El ámbito de la legislación que rige el contrato

19. La cuestión del ámbito de aplicación del contrato de explotación del derecho de autor o de los derechos conexos suscita numerosas controversias. De hecho, si bien es cierto que en la práctica la legislación que rige el contrato y la legislación aplicable al derecho (la legislación del derecho) coinciden en ocasiones,²² esta conjunción no puede ser la norma; conviene, entonces, establecer qué concierne a cada una de ellas.

20. Nadie discute que corresponde a la legislación del contrato regir las condiciones de su formación y las obligaciones personales de las partes. Aplicada al derecho de autor esa observación significa, por ejemplo, que deberá inquirirse únicamente en esa legislación para saber cómo interpretar el contrato o determinar la forma de remuneración (proporcional o de suma fija).²³ Sin embargo, aún existen varias zonas borrosas. En particular la cuestión se discute en lo que hace a la posibilidad de cesión del derecho y no parece poder definirse en base a la distinción, clásica para los contratos relativos a los bienes corpóreos, entre los efectos reales del contrato,²⁴ que obedecen a la legislación aplicable a los bienes, y los efectos personales, que pertenecen al derecho que rige el contrato.²⁵

21. Este equívoco merecería presentarse en el marco del convenio internacional mencionado más arriba. De hecho, resulta particularmente nocivo para la seguridad de las transacciones relativas a la propiedad intelectual que un problema tan importante se deje en

²¹ En ese sentido, por lo que respecta a las redes digitales y en favor del derecho del lugar de explotación del servidor, véase *Propriété littéraire et artistique*, de P.-I. Gautier, París, PUF, Droit Fondamental, 2ª edición, 1996, pág. 227. En lo que hace al contrato celebrado entre la sociedad de gestión colectiva que representa al titular del derecho de autor o los derechos conexos, compárese *Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage immatériel des oeuvres*, del mismo autor, D. 1996, Chron., pág. 131, párrafo 10, en que sugiere privilegiar el lugar de establecimiento de la sociedad si se trata de un "sistema de servicios múltiples" que propone contemporáneamente al servidor todas las autorizaciones (por ej. para una obra en multimedia), y el lugar de establecimiento del servidor si las autorizaciones están fraccionadas.

²² En la esfera audiovisual, véase *Les droits sur les films en droit international privé*, de A. Françon, RIDA, octubre de 1972, párrafo 74, pág. 3.

²³ *Le droit d'auteur en France*, de H. Desbois, París, Dalloz, 3ª edición, 1978, párrafo 791bis. *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafos 81 y 82; obra mencionada en la nota 5, más arriba.

²⁴ En definitiva, la aplicación del criterio supondría que el límite entre la cesión y la licencia es muy nítido (véase, por ejemplo, *Droit d'auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, párrafo 673, obra mencionada en la nota 19, más arriba, que excluye la aplicación de la legislación relativa a los bienes para la simple "concesión del derecho de autor"), lo cual dista de ser así, pues los sistemas jurídicos cuentan con una tradición jurídica a ese respecto (E. Ulmer, *op cit.*, párrafo 60 y siguientes).

²⁵ E. Ulmer, párrafo 68 de la *op.cit.*, en que se añade (párrafo 69) que el derecho que rige el contrato no podrá regir la cuestión de la posibilidad de cesión, relativa a la naturaleza del derecho. En ese sentido, y en materia de patentes, véase *Juge et loi du brevet*, de M. Vivant, París Litec, 1997, pág. 297. Compárese *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, de J.-S. Bergé, párrafos 335 y siguientes, obra mencionada en la nota 3, más arriba, en que la cuestión de la "disponibilidad" del derecho se confía a la legislación aplicable al derecho.

manos de una jurisprudencia fluctuante y una doctrina compartida. Por su parte, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información²⁶ no contribuye a aclarar la situación, puesto que los únicos límites que parece asignar al derecho que rige el contrato son “ciertas condiciones de aplicación” que pudiera plantear la “legislación del país en que tiene lugar la explotación de la obra”²⁷, y ello supone ir demasiado lejos. Efectivamente, la lógica dicta que esa legislación no debería regir las condiciones de adquisición propias del derecho de autor²⁸ ni, a mayor razón, su contenido.²⁹

22. En cualquier caso es necesario tener en cuenta los correctivos clásicos que constituyen las normas de policía o de aplicación inmediata, así como la reserva del orden público internacional. También en ese sentido, las nociones varían en una medida que suscita una incertidumbre lamentable para la explotación internacional de las obras y las prestaciones.

23. Así, en Alemania, generalmente se considera³⁰ que la ley del contrato no puede poner en jaque las disposiciones de la Ley de Derecho de Autor de 1965 que organiza la protección del autor, considerado más débil, mediante la prohibición de conceder un derecho de utilización para los modos de utilización desconocidos (Artículo 31.4)), o mediante la norma que dispone que el alcance de una concesión se limita a los modos de utilización que la naturaleza y el objeto de la transacción suponen (teoría de la finalidad o *Zweckübertragungstheorie*, art. 31.5)); si la remuneración convenida es manifiestamente desproporcionada en relación con los beneficios que derivan de la utilización de la obra, mediante el derecho del autor que otorga la concesión a lograr la modificación del contrato para que le permita una participación equitativa en las ganancias, teniendo en cuenta las circunstancias (art. 36); mediante el derecho del autor a denunciar los contratos que entrañan la concesión de derechos respecto de las obras futuras no determinadas o determinadas sólo por su género (art. 40); o mediante el derecho de retiro de la concesión por ausencia de ejercicio por el beneficiario (art.41) o por el cambio de convencimiento del autor (art.42).

24. Es probable que en otros países se pudieran encontrar unas soluciones menos fragmentadas. En Francia, por ejemplo, si bien Desbois enseñaba que el orden público internacional debía imponer la aplicación de la legislación del ámbito de la jurisdicción para una cesión global de las obras futuras “incompatible con la libertad individual”³¹, no llegaba

²⁶ COM (95) 382 final, julio de 1995.

²⁷ pág. 39. La Comisión añade: “se plantea la cuestión de saber hasta qué punto se limita la libertad de las partes y si las normas en esta materia podrían ser necesarias o útiles”. Véase también *Le droit d’auteur, du logiciel au multimédia*, de A.Strowel y J.-P. Triaille, Bruselas, Story-Scientia et Bruylant, 1997, párrafo 514, también en favor de una visión amplia (“se puede concluir que todas las cuestiones pertenecen, en principio, al derecho que rige el contrato”).

²⁸ *Droit d’auteur et conflict de lois*, de J.Raynard, párrafo 672, obra mencionada en la nota 19, más arriba. En ese sentido, véase *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 957, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

²⁹ J. Raynard, *op. cit.*, párrafo 677. En ese sentido, véase A. y H.-J. Lucas, *eod. loc.* Véase también *Du droit applicable dans le “village planétaire”, au titre de l’usage immatériel des oeuvres*, de P.-Y. Gautier, D 1996, chron. pág.131, párrafo 13 (“todo lo que se refiere al contenido y a la propia existencia del derecho de autor (moral y patrimonial), la fuente del contrato, entra en el ámbito de la legislación de la que surge su protección”).

³⁰ Th. Dreier, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 302, obra mencionada en la nota 12, más arriba.

³¹ *Le droit d’auteur en France*, párrafo 791bis, obra mencionada anteriormente. Véase también *Les contrats d’exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique*, de M. Josselin-Gall, pág. 439, obra mencionada en la nota 20, más arriba, en que se sostiene, sin embargo, que la solución resultaría menos coherente si el contrato se refiriera sólo a unas obras futuras determinadas o, al menos, determinables.

hasta el punto de afirmar categóricamente que debía excluirse la legislación que rige el contrato en favor de todas las disposiciones protectoras del derecho francés. Por otra parte, resultaría difícil conciliar dicho postulado con el Artículo 16 del Convenio de Roma, antes mencionado, que no prevé la exclusión de la legislación designada, salvo cuando su aplicación “sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

Sección 2. La legislación aplicable a la persona

25. Habida cuenta de la dimensión personalista que se dio tradicionalmente al derecho de autor, la legislación aplicable a la persona, entendida como la de la nacionalidad del autor, o como la de su domicilio o residencia,³² habría podido cosechar los favores de la jurisprudencia y la doctrina. No ha sido así.³³

26. Sólo en el caso de las obras no publicadas se propuso la vinculación a la legislación nacional del autor, la mayoría de las veces sin entusiasmo, sino “en ausencia de algo mejor”, como una consecuencia de la imposibilidad de localización a partir de la publicación.³⁴

27. Por sí solo, ese argumento no podría convencer a los que pretenden someter la totalidad del derecho de autor a la legislación del lugar de la protección.³⁵ Sin duda, se trata de una propuesta fundada en el postulado implícito de que los derechos patrimoniales del autor surgen a partir de la difusión,³⁶ y ello impediría recurrir a los criterios ordinarios de vinculación. Empero, una petición de principio semejante, que no puede respaldarse en texto alguno, no entraña en absoluto la convicción.

28. Para mayor abundamiento, es particularmente difícil poner en práctica para las obras creadas por varios autores,³⁷ que tienden a ser cada vez más frecuentes en el entorno digital, la solución de la legislación aplicable a la persona que, además, no se justifica en lo que hace a los derechos conexos, de naturaleza patrimonial, reconocidos a los productores y a los organismos de radiodifusión.

Sección 3. La legislación aplicable a los bienes

29. Cabe referirse a la legislación aplicable a los bienes para completar la descripción, aunque ésta no goza de una aceptación popular que justifique que se le dedique una elaboración muy extensa.

30. El obstáculo principal que se ha enfrentado a este criterio de vinculación surge del hecho de que las obras y las prestaciones, si bien son la base de un derecho que puede hacerse

³² A menudo, las legislaciones nacionales se valen indistintamente de ambos criterios, y el propio art. 3 del Convenio de Berna, que define los criterios de vinculación a la Unión, asimila la residencia habitual a la nacionalidad.

³³ Véase, no obstante, CA de París, 22 de noviembre de 1888: S. 1890, 2, pág. 121, en que se asegura la existencia del derecho exclusivo de Chopin según su legislación nacional.

³⁴ *Le droit d'auteur en France*, de H. Desbois, párrafo 790, obra mencionada en la nota 23, más arriba. Compárese con las opiniones más prudentes de H. Battifol y P. Lagarde, en *Droit international privé*, párrafo 531, nota 4, mencionado en la nota 3, más arriba.

³⁵ Acerca de esta tesis, véanse los párrafos 44 y siguientes, más abajo.

³⁶ Así se explicaría la afirmación de Desbois (*op. cit.*), según la cual es la “más respetuosa del derecho moral”.

³⁷ En ese sentido, en lo que hace a las obras audiovisuales, véase *Les droits sur les films en droit international privé*, de A. Françon, pág. 25, obra mencionada en la nota 22, más arriba.

valer contra todos, no se prestan a la misma localización territorial que los bienes corpóreos,³⁸ a excepción del caso particular de las obras arquitectónicas, previsto en el Artículo 5.4) del Convenio de Berna.

31. Es cierto que se ha propuesto superar la dificultad al reconocer abiertamente a las obras una ubicuidad que permita localizarlas “simultáneamente en el territorio de cada Estado”.³⁹ La tesis resulta atrayente porque pone de manifiesto la fuerza irresistible de propagación de las obras, desde antes de las redes digitales. A ello se refería ya Voltaire al escribir, en el siglo XVIII: “con los libros sucede lo mismo que con el fuego de nuestras fraguas; vamos a buscar fuego a la casa del vecino, lo encendemos en nuestra propia casa, lo comunicamos a los otros y pertenece a todos”.

32. Empero, el criterio de vinculación no funciona respecto del derecho internacional privado, pues no permite, como tal, designar la legislación aplicable. En efecto, es evidente que la legislación local no se aplicará como una verdadera legislación relativa al bien en cada uno de los países en que se localiza la obra de esa manera ficticia, sino, antes bien, como *lex loci delicti* o como *lex fori*, y ello demuestra el artificio de la presentación.⁴⁰

Sección 4. La legislación de la jurisdicción

33. Naturalmente, el derecho de la jurisdicción o *lex fori* desempeña un papel tradicional que nadie discute, en lo que hace a las cuestiones procesales y a las medidas provisionales.⁴¹ Baste recordar la importancia decisiva de lo que en el Acuerdo sobre los ADPIC se denominan los medios de “observancia de los derechos de propiedad intelectual” a los que se dedican muchas disposiciones detalladas.⁴²

34. La cuestión fundamental consiste en saber si se trata de la legislación prevista en el Artículo 5.2) del Convenio de Berna con la expresión “legislación del país en que se reclama la protección”.

35. La opinión dominante es que la expresión “país en que se reclama la protección” debe entenderse en el sentido de “país para el que se reclama la protección”.⁴³

³⁸ *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafo 13, mencionado en la nota 5, más arriba. *La protection internationale de l’auteur*, de K. Spoendlin, pág. 109, obra mencionada en la nota 19, más arriba.

³⁹ *Droit d’auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, párrafo 455, obra mencionada en la nota 19, más arriba.

⁴⁰ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 975, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

⁴¹ *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, SJZ 92 (1996), 285-294, en la pág. 289.

⁴² Artículos 41 a 61.

⁴³ *Les conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, de H. Desbois y A. Kéréver, párrafo 137, obra mencionada en la nota 5, más arriba. *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafo 17, obra mencionada en la nota 5, más arriba. *La protection internationale de l’auteur*, de K. Spoendlin, eod. loc.. *International Copyright: an introduction in International Copyright Law and Practice*, de P. E. Geller, compilado por P. E. Geller, Nueva York, Matthew Bender, actualización de 1998, INT-41. En derecho común, véase también *London Film Productions contra Intercontinental Communications*, 589 F. Supp. 47 (S.D.N.Y 1984), en que se distingue netamente entre la legislación de la jurisdicción (norteamericana) y la del país de la protección.

36. Sin embargo, se debe admitir que muy a menudo se interpreta, al menos implícitamente, que el Artículo 5.2) designa la *lex fori*. Esta desviación puede explicarse de tres maneras. En primer lugar, forma parte de la tendencia antigua y recurrente a afirmar categóricamente que, en materia de derecho de autor, el tribunal aplicará sólo su propia legislación⁴⁴ y que, en ocasiones, impulsa a los tribunales a aplicar la *lex fori* sin explicación alguna.⁴⁵

Además, la afirmación presente en el texto según la cual la legislación del país en que se reclama la protección deberá regir los “medios procesales acordados al autor”, si se escoge una acepción restrictiva de la expresión “medios procesales”, puede llevar a pensar que, de esa manera, se designa la *lex fori*.

Finalmente, el “atajo” se basa en la conjunción que ocurre con frecuencia entre las dos localizaciones (el autor ventila la cuestión ante el tribunal del país en que se vulneró su derecho), una conjunción que impulsó, justamente, a los redactores del Convenio de Berna a mencionar, en la misma frase, “la extensión de la protección” y “los medios procesales”.⁴⁶

37. De todos modos, cabe señalar la confusión. Además del hecho de que los medios procesales previstos en el Artículo 5.2) (como, por otra parte, los que se enumeran en el Acuerdo sobre los ADPIC) no son exclusivamente judiciales,⁴⁷ el texto somete igualmente “la extensión de la protección” a la legislación del país en que se reclama la protección, y ello basta para disipar el equívoco.

En cuanto a la conjunción de hecho entre la legislación de la jurisdicción y la del país de la protección, no es ineluctable en absoluto. De hecho, el autor podrá ventilar la cuestión ante un tribunal que no sea el de la falsificación, por ejemplo al valerse de un privilegio de jurisdicción⁴⁸ o de las normas sobre la competencia internacional para interponer una acción en el país en que el responsable de la falsificación posea bienes⁴⁹. Entonces, la aplicación de la legislación de la jurisdicción pierde su justificación. Sin duda, facilitará la tarea del tribunal, pero surge de un concepto estrecho de territorialidad que no es admisible en la era de las redes digitales.⁵⁰

Sección 5. La legislación del país de la protección

38. Como hemos visto, el Artículo 5.2) del Convenio de Berna designa la legislación del país de la protección, en el sentido del país para el cual se reclama la protección.

39. Es común fundar la solución en un enfoque basado en la territorialidad. Respalda la observación el hecho de que la determinación de la legislación aplicable depende de una

⁴⁴ Véase el párrafo 6, *supra*.

⁴⁵ En lo que hace al derecho francés, véase *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, de J.-S. Bergé, párrafos 292 y siguientes, obra mencionada en la nota 3, más arriba.

⁴⁶ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 1072, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

⁴⁷ *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, pág. 102, obra mencionada en la nota 19, *supra*.

⁴⁸ A. y H.-J. Lucas, *op. cit.*, párrafo 1073.

⁴⁹ *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, de H. Desbois, A. Françon y A. Kéréver, párrafo 137, obra mencionada en la nota 5, más arriba.

⁵⁰ *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, pág. 289, obra mencionada en la nota 41, más arriba.

localización territorial. El fundamento pierde vigor si se prevé una territorialidad estricta según la cual el tribunal que entiende en la causa nunca podrá aplicar una legislación extranjera.⁵¹

40. En cualquier caso, nadie discute el papel que esta legislación desempeña. La controversia se refiere al alcance de ese papel, pues algunos sostienen que la titularidad, o la existencia del derecho deben someterse a la legislación del país de origen, una vinculación que debemos estudiar a continuación.

Sección 6. El país de origen

41. El propio Convenio de Berna atribuye la competencia, en ciertos casos, a lo que denomina “la legislación del país de origen de la obra”, entendida como la legislación del país de la primera publicación.⁵²

42. Cabe preguntarse si es necesario ir más lejos y remitir por principio a esa legislación la existencia o la titularidad del derecho. Si se trata de la titularidad, el Artículo 14bis.2).a) del Convenio ofrece una respuesta negativa, al prever que “la determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame”. Sin embargo, existe la tentación de razonar *a contrario* y deducir que, en las otras hipótesis, la cuestión de la titularidad del derecho deberá quedar regida por la legislación del país de origen.

43. Sostiene dicha opinión una corriente doctrinaria, que enseña que el Artículo 5.2), al someter a la legislación del país de la protección la “extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor”, tomó partido por la confirmación del derecho.⁵³

44. Parece difícil conciliarla con la letra del Artículo 5.2), pues no puede interpretarse, sin artificio, que la expresión “alcance de la protección” prevé únicamente las consecuencias de la violación del derecho exclusivo, y menos aún con la intención de ese Artículo, puesto que todo lleva a pensar que, no obstante la redacción torpe, la intención de los redactores era formular una norma general de conflicto.⁵⁴

⁵¹ Respecto de la ambigüedad del concepto de territorialidad, véase el párrafo 6, más arriba.

⁵² Art. 2.7) (obras de arte aplicadas), art. 7.8) (principio de comparación de los plazos), art. 14bis.2).c) (la forma del compromiso asumido por los autores en beneficio del productor de una obra cinematográfica), art. 14ter.2) (*droit de suite*).

⁵³ *Le droit international privé et la Convention de Berne*, de G. Koumantos, Dr. auteur 1998, pág. 448. *The private international law of copyright in an era of technological change*, de J. Ginsburg, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1998, pág. 99. A. Kéréver: RIDA, julio de 1998, párrafo 177, pág. 197. En Francia, algunas decisiones se han pronunciado en ese sentido. Véase, por ejemplo, CA Paris, 4^e ch, 9 de febrero de 1995: RIDA, octubre de 1995, párrafo 166, pág. 310. TGI Paris, 3^e ch, 16 de mayo de 1997: JCP E 1998, pág. 1251, obs. H.-J. Lucas.

⁵⁴ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A y H.-J. Lucas, párrafo 1068, obra mencionada en la nota 4, más arriba. En ese sentido, véase *La protection internationale de l’auteur*, de K. Spoendlin, pág. 108, obra mencionada en la nota 19, más arriba. *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur*, de J.-S. Bergé, párrafo 416, obra mencionada en la nota 3, más arriba.

45. La controversia traspasa el ámbito del derecho convencional. Algunas legislaciones nacionales⁵⁵ ratifican la tesis que sostiene que la legislación del país de protección regirá por principio la totalidad de las cuestiones relativas al derecho (derecho de autor o derechos conexos), así como otras jurisprudencias⁵⁶ y doctrinas⁵⁷.

46. Sin embargo, no goza de aceptación unánime. En efecto, a menudo se sostiene la idea de que si la legislación del país de la protección debe regir las consecuencias de la violación del derecho, corresponde a la legislación del país de origen establecer quién es su titular y aun, según algunos, si existe un derecho. El Artículo 67 de la Ley de Derecho de Autor de Grecia, de 1993, se inclina manifiestamente en ese sentido, pues formula el principio de que “el derecho de autor sobre las obras publicadas se regirá por el derecho del Estado en que la obra se haya puesto lícitamente a disposición del público por primera vez”, y precisa que la legislación aplicable según ese principio rige “la definición del sujeto de derecho, de su objeto, de su contenido, de su duración y las restricciones relativas a ellos”. Varios autores se

⁵⁵ Véase el Artículo 110.1) de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987 (“los derechos de propiedad intelectual quedan regidos por la legislación del Estado para el que se reivindica la protección de la propiedad intelectual”). Véase también el Artículo 34 de la Ley austríaca del 15 de junio de 1978 (la legislación del Estado en que se realiza un acto de explotación o violación) y el Artículo 54 de la Ley italiana del 31 de mayo de 1995 (la legislación del Estado en que se utiliza la obra). Compárese la presunción en favor de la legislación del país de la protección que figura en la Ley del Reino Unido de 1995, o el Artículo L311-7 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia que, en su redacción que surge de la Ley del 3 de enero de 1995, prevé que los autores que están facultados a reclamar una remuneración por copia privada son sólo “los autores a los efectos del presente Código”, y ello impone el concepto francés de la condición de autor a una cuestión ajena al derecho moral.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, en Alemania, BGH 2 de octubre de 1997, *Spielbankaffaire*: GRUR Int. 1998, 427; en lo que hace a Francia, véase CA Paris, 13 de junio de 1985: RDP ind., núm. 2, pág. 116. TGI Paris 3^e ch., 23 de mayo de 1990: RIDA de octubre de 1990, párrafo 146, pág. 325. Véase también Aldon Accessories Ltd. contra Spiegel Inc., 738 F. 2d 548 (2d Cir.), cert. denied, 469 US 982 (1984); Syema Photo News Inc. contra Globe Int'l. Inc., 616 F. Supp.1153 (S.D.N.Y.1985), en que se aplica la legislación norteamericana a la titularidad de los derechos, citados por J. Ginsburg en *Copyright in Cyberspace*, en la pág. 325, véase la nota 12, más arriba. Compárese, en Francia, Cass. 1^{re} civ., 28 de mayo de 1991, *Huston*: JCP 1991, II, 21731, nota de A. Françon, en lo relativo a la aplicación imperativa de la legislación sobre el derecho moral.

⁵⁷ *La propriété intellectuelle et le droit international privé* de E. Ulmer párrafos 15 y 51 y siguientes, obra mencionada en la nota 5, más arriba, y *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, páginas 106 y siguientes, obra mencionada en la nota 19, más arriba. *Rapport international allemand*, de Th. Dreier, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 300, obra mencionada en la nota 12, más arriba- *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, pág. 511, obra mencionada en la nota 27, más arriba. *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, páginas 289 y 290, obra mencionada en la nota 41, más arriba. *Uhreberrecht Kommentar*, de P. Katzemberger, compilado por G. Schhicker, Munich, C.H. Beck, segunda edición, de próxima publicación en 1999, Vor §§ 120 ff., párrafo 129.

adhieren a esta tendencia a remitir a la legislación del país de origen la titularidad⁵⁸, una solución aceptada en ocasiones por la legislación⁵⁹ o por la jurisprudencia⁶⁰, o la propia existencia del derecho.⁶¹

47. Este último enfoque parece más coherente. De hecho, resulta difícil comprender por qué la indagación en la legislación del país de origen debería limitarse a la titularidad.⁶² En efecto, la lógica del razonamiento debería conducir a extender la solución a la determinación de la existencia de una obra y de su carácter original,⁶³ y aun la duración de los derechos.⁶⁴

48. Los argumentos a favor de la legislación del país de origen son muy conocidos. Nos limitaremos a recordar el principal de ellos, a saber, que favorece la difusión de las obras al garantizar la seguridad de las personas facultadas que, por ejemplo, podrían identificar con mayor facilidad al titular del derecho, y saber que la cuestión queda resuelta, de una vez por todas, antes de que la obra traspase las fronteras.⁶⁵

49. En realidad, además del hecho de que la existencia de una larga cadena de contratos podría complicar la situación por suscitar incertidumbre, la seguridad ligada a la estabilidad de la vinculación constituiría una ventaja sólo si el país de origen pudiera identificarse con facilidad. No es el caso. No es en lo absoluto satisfactorio remitirse a la publicación en el sentido del Artículo 3.3) del Convenio de Berna (la fabricación de ejemplares en una cantidad suficiente como para satisfacer razonablemente las necesidades del público).⁶⁶ En principio,

⁵⁸ *Op. cit.* de G. Koumantos y J. Ginsburg, obra mencionada en la nota 53, más arriba. *Droit International privé* de H. Battifol y P. Lagarde, tomo 2, párrafo 531, obra mencionada en la nota 3, más arriba. *Les Contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique*, de M. Josselin-Gall, párrafo 271, obra mencionada en la nota 20, más arriba. *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, de J.-S. Bergé, párrafos 320 y siguientes, obra mencionada en la nota 3, más arriba. *Propriété intellectuelle, la détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, de A. Kéréver, pág. 261, en *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, bajo la dirección de J. Frémont y J.-P. Ducasse, Centro de Investigación de Derecho Público de la Universidad de Montreal, 1996, páginas 253 a 270. F. Pollaud-Dulian, J.-Cl. *Droit International*, Fasc. 563-60, párrafos 59 y 67. *Rapport national néerlandais*, de J. Seignette, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 310, obra mencionada en la nota 12, más arriba.

⁵⁹ En ese sentido, véase el Artículo 104A de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU., en la redacción resultante de la Ley de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC. Respecto del alcance de esa disposición, véase *The private international law of copyright in an era of technological change*, de J. Ginsburg, pág. 108, obra mencionada en la nota 53, más arriba.

⁶⁰ De esta manera se ha interpretado a menudo en Francia el dictamen denominado de la Cortina de hierro (Cass. 1^{re} civ., 22 de diciembre de 1959: D. 1960, pág. 93, nota de G. Holleaux) en que se aplica la legislación francesa a las violaciones cometidas en Francia contra las obras musicales compuestas por autores rusos, puesto que éstos gozaban de un derecho exclusivo sobre esas obras, en la legislación del país de origen.

⁶¹ M. Josselin-Gall, *eod. loc.* J.-S. Bergé, *op. cit.*, párrafo 245.

⁶² *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 963, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

⁶³ ¿Para qué indagar en la legislación extranjera para saber si el demandante es realmente el titular de un derecho sobre una obra que, hipotéticamente, podría no estar protegida en ese país?

⁶⁴ En ese sentido, véase J.-S. Bergé, *op. cit.*, párrafo 247.

⁶⁵ Respecto de esta cuestión, véase *Droit international privé*, de H. Battifol y P. Lagarde, párrafo 531, obra mencionada en la nota 3, más arriba (es conveniente que los particulares que desean informarse sobre los derechos del autor puedan remitirse a la legislación del lugar en que la obra ha comenzado a existir, en lo que a ellos respecta). Véase también *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, párrafo 510, obra mencionada en la nota 27, más arriba, según quienes la legislación del país de origen “tiene la ventaja de la sencillez y la constancia”).

⁶⁶ Sin embargo, véase *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, de J.-S. Bergé, párrafo 279, obra mencionada en la nota 3, más arriba (“en la práctica, parece difícil evitar la aplicación de los criterios más restrictivos definidos en el Convenio de Berna”).

si el papel fundamental atribuido al acto de publicación desde el punto de vista del conflicto de legislaciones se explica mediante la idea de que “la legislación del lugar de origen del derecho de autor se identifica con el lugar en que la obra adquirió, por primera vez, una dimensión social, es decir el lugar en que se encontró con el público por primera vez”,⁶⁷ resulta difícil comprender por qué, a este respecto, se resta importancia a la simple comunicación al público.

50. Sin embargo, la aplicación de esa solución planteará unas dificultades prácticas para la difusión por las redes digitales. Si nos atenemos al concepto del Convenio de Berna, relativo la publicación material, parece lógico considerar que esa difusión no significa publicación, puesto que, sin forzar el texto, la simple puesta a disposición no podrá constituir una fabricación de ejemplares.⁶⁸ Con ello se afirma categóricamente que una obra difundida por primera vez en la red no ha sido publicada, si bien el mundo entero puede recibirla (y reproducirla) y ello, dicho sea de paso, resulta de difícil comprensión para los comunes mortales⁶⁹ y, en todo caso, no permite hallar un país de origen.

Naturalmente, puede siempre imaginarse que ampliar la definición englobaría la difusión mediante la red. También en este caso deberá localizarse esa difusión. El lugar en que se carga la obra, susceptible de varias manipulaciones, no ofrece una seguridad suficiente.⁷⁰ Es más tentador designar el lugar de establecimiento del operador encargado del sitio Web.⁷¹ Sin embargo, Internet no es una red estructurada y es más difícil localizar los operadores, que pueden ser de poca importancia, que hallar la sede social del productor de la obra cinematográfica a partir del cual podrá determinarse el país de origen de la obra, por aplicación del Artículo 5.4) del Convenio de Berna. Si se deja en manos del tribunal la determinación del país de origen “teniendo en cuenta las circunstancias del caso”⁷² se excluye toda posibilidad de previsión. Aún se cuenta con el domicilio o la residencia del autor,⁷³ pero no es fácil aplicar esa solución al caso, muy frecuente, de la multiplicidad de autores.⁷⁴

51. Por su parte, la teoría de la aplicación de la legislación del país de protección a la totalidad del derecho no genera una inseguridad tan intensa como se ha dicho. La teoría de los derechos adquiridos que algunos autores invocaron expresamente en el pasado para justificar el recurso a la legislación del país de origen⁷⁵ podría corregir sus efectos⁷⁶, si no se impone la elección de la legislación aplicable. Por cierto, no podrán aplicarse las soluciones previstas en

⁶⁷ J.-S. Bergé, *op.cit.*, párrafo 270.

⁶⁸ Véase una opinión opuesta en *The private international law of copyright in an era of technological change*, de J. Ginsburg, pág. 15, obra mencionada en la nota 53, más arriba.

⁶⁹ *Brains and Other Paraphernalia of the Digital Age*, de D. Nimmer, Harvard Journal of Law and Technology núm. 10, 1-46 (1996), pág.15.

⁷⁰ *Internet et les réseaux numériques*, Informe del Consejo de Estado, París, *La Documentation française*, 1998, pág. 149.

⁷¹ J. Ginsburg, *op. cit.*, pág. 18.

⁷² *Internet et les réseaux numériques*, informe mencionado, pág. 149.

⁷³ En este sentido, y como criterio alternativo, véase J. Ginsburg, *eod. loc.*. Véase también, como indicador, *Internet et les réseaux numériques*, informe mencionado, *eod. loc.*

⁷⁴ Compárese J. Ginsburg, *eod. loc.*, que propone, en ese caso, que se tenga en cuenta el país en que reside la mayoría de los autores.

⁷⁵ *Principes de droit international privé*, de A. Pillet, edición Pedone et Alliet, 1093, párrafo 305, pág. 549. *Traité de droit international privé français*, de J.-P. Niboyet, París, Sirey, tomo 4, 1947, párrafos 1313 y siguientes.

⁷⁶ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.J.Lucas, párrafo 978, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

materia de “conflictos sobre bienes muebles” para el caso en que esos bienes traspasen las fronteras, pues no existe un desplazamiento propiamente dicho.⁷⁷ Sin embargo, aparentemente podría seguirse la misma lógica para reconocer en un país determinado los efectos de una cesión producida en otro, incluida la primera cesión autorizada por el autor, y aun los efectos de una atribución del derecho establecida por la legislación.⁷⁸

52. Por otra parte, la aplicación de la legislación del país de origen suscita objeciones importantes. Se dijo que, por la lógica en que se basa, esa legislación no sólo debería regir la titularidad, sino también la existencia del derecho y su duración. Sin embargo, resulta difícil comprender por qué habría que detenerse a mitad del camino. ¿Por qué no aplicar la misma legislación al propio contenido del derecho, por ejemplo, a las excepciones? De todos modos, a esta conclusión conduce la afirmación que la elección de la legislación del país de origen se justifica por la idea de que “es racional que el Estado del lugar de la publicación rija los derechos respectivos del autor y del público”.⁷⁹ En ese caso, esa legislación regiría la totalidad de la cuestión, con la única reserva de las sanciones. Recogió esta tesis la Ley de Derecho de Autor de Grecia, de 1993.⁸⁰ Empero, la tesis no resultó particularmente interesante, pues los usuarios no sabrían dónde buscar amparo si la violación en un territorio del derecho de autor o de un derecho conexo se apreciara de manera diferente según el país en que el derecho nació⁸¹ y ello, en cualquier caso, no podría imponerse a un tribunal en materia penal.

En realidad, el desmembramiento del derecho de autor que resulta del análisis propuesto es insostenible. Se ha dicho que la titularidad del derecho es inseparable de su existencia,⁸² así como lo es de su contenido. Por ejemplo, ¿qué coherencia tendría un sistema en que las normas de protección del autor, definido como una persona física, se aplicaran a una persona jurídica que una legislación extranjera designara como autor? Igualmente, el derecho moral es inseparable de los derechos patrimoniales y es impensable someterlos a legislaciones diferentes.

Ciertamente, sucede en otros campos del derecho internacional privado que antes de aplicar el derecho sustantivo se indague en otra legislación. Por ejemplo, antes de aplicar el derecho sucesorio será necesario remitirse a la legislación nacional para establecer la filiación; pero en ese caso porque existen dos categorías distintas de vinculación. No es el caso del derecho de autor que, en ese aspecto, se distingue de los demás derechos subjetivos reales o personales, salvo que se afirme categóricamente que el goce de un derecho pertenece a una categoría distinta de la de su ejercicio, pero ello nunca se admitió para los otros derechos subjetivos, por ejemplo, para la propiedad de los bienes muebles.⁸³

⁷⁷ *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, pág. 109, obra mencionada en la nota 19, más arriba.

⁷⁸ *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafos 57 y 58, mencionado en la nota 5, más arriba. K. Spoendlin, *op. cit.*, páginas 108 y 109.

⁷⁹ *Droit international privé*, de H. Battifol y P- Lagarde, párrafo 531, obra mencionada en la nota 3, más arriba.

⁸⁰ Véase el párrafo 46, *supra*.

⁸¹ *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, pág. 107, mencionado en la nota 19, más arriba.

⁸² Véase el párrafo 47, *supra*.

⁸³ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 962, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

53. Concretamente, cabe preguntarse si aún tiene sentido, en el entorno digital, atribuir un protagonismo a la legislación del país de origen. La tentación de recurrir a ella se basa en el postulado de que la elección del lugar de publicación traduce la voluntad del autor de “naturalizar” su obra. Empero, ese razonamiento, criticado por otra parte,⁸⁴ se derrumba en las redes mundiales. Publicar una obra por primera vez en un país y un idioma determinados puede interpretarse como la voluntad de crear un vínculo con ese país. Ir al encuentro de un público indiferenciado, en Internet, no puede tener el mismo significado. En realidad, el enfoque materialista y “nacionalista” está completamente superado.

54. En cuanto a la solución supletoria que ofrecen la residencia o el lugar de establecimiento del operador o del autor, quiebra totalmente esta lógica tradicional, sin ofrecer otra base que permita justificar la vinculación propuesta. Por otra parte, si se trata del operador, contradice abiertamente la dimensión personalista del derecho de autor.

55. La tesis según la cual la legislación del país de origen rige la existencia y la titularidad del derecho formaba parte, al comienzo, de la línea ortodoxa de pensamiento que exigía una “doble protección”, que se mantuvo mucho tiempo en el Convenio de Berna y sirvió, en el pasado, para ejercer una presión sobre los Estados y convencerlos de que elevaran el nivel de la protección. Cabe preguntarse si no está superada⁸⁵ esta forma de “reciprocidad” que se nutre de un cierto proteccionismo y que, de alguna manera, toma los autores como “rehenes”.

56. La legislación del país de la protección presenta unas ventajas evidentes. Es más lógico aplicar la misma legislación a todas las violaciones que se sufren en un mismo país. Igualmente, es más sencillo, en la práctica, cuando esa legislación es, además, la del ámbito de la jurisdicción y ello, como se ha dicho, ocurre con frecuencia. Por el contrario, a menudo resulta difícil para el tribunal conocer la legislación del país de origen y ello “deja el campo libre al mejor demandante”.⁸⁶

57. La objeción principal que se opone a la aplicación de esa legislación es que, en realidad, se reduce a la *lex loci delicti* que tendría en cuenta sólo la violación del derecho. Ahora bien, ese derecho existe desde antes de cualquier violación y es indispensable saber desde el comienzo qué legislación lo regirá, sin que sea necesario esperar a que se lo viole. Podrá responderse que la expresión “la legislación del país de la protección” permite precisamente disipar ese equívoco. No se trata sólo de la legislación aplicable a la acción por responsabilidad civil como consecuencia de la violación, sino de la legislación aplicable a la explotación del derecho en todas sus formas, aunque, en la práctica, lo que suscitará las dificultades es el derecho a prohibir y no el derecho a autorizar (para recoger una formulación clásica y, por otra parte, criticable).

58. El debate podrá parecer teórico, y hasta una época reciente lo era. La aparición de las redes digitales le da una dimensión práctica indiscutible. De todos modos, saber qué legislación deberá determinar la titularidad de los derechos relativos a las obras y las prestaciones difundidas por Internet constituye una apuesta importante. Por lo tanto, deberá

⁸⁴ Véase *Droit d’auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, párrafo 419, obra mencionada en la nota 19, más arriba, en que se duda de la presencia constante de esa voluntad de localización.

⁸⁵ En este sentido, véase *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafo 14, mencionada en la nota 5, más arriba.

⁸⁶ *Le droit d’auteur, du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, párrafo 511, obra mencionada en la nota 17, más arriba.

aclararse esa cuestión para no dejar a los actores en la incertidumbre. Parece ser más fácil generalizar la tesis que remite la totalidad del derecho a la legislación del país de la protección. En cualquier caso, lo fundamental es decidir.

Conclusiones

59. La dificultad que se presenta al adecuar el derecho internacional privado al entorno digital en el campo del derecho de autor y los derechos conexos surge sin duda en mayor medida de la incapacidad de los juristas para acordar unas bases conceptuales claras, que de la ruptura que ese entorno supondría con una territorialidad imposible de definir.

60. Desde este punto de vista, parece oportuno definirse, llegado el caso en un instrumento internacional, por lo menos respecto de dos series de cuestiones fundamentales:

- la determinación de la legislación que rige el contrato y su papel en relación con la legislación que rige el derecho
- la oportunidad de someter a la legislación del país de origen ciertas cuestiones tales como la existencia del derecho, su titularidad, su duración.

61. Respecto del primer punto, podría decidirse que en ausencia de una elección de las partes, la legislación que rige el contrato se determinaría por referencia al lugar de establecimiento de quien realiza la explotación y regiría únicamente las condiciones de formación del contrato y las obligaciones personales de las partes, con exclusión de las condiciones de adquisición propias del derecho y su contenido. Tal vez aun sería posible prever una norma que haga hincapié en la necesidad de circunscribir a unos límites estrechos los correctivos constituidos por las normas de policía o de aplicación inmediata, así como la reserva de orden público internacional. Respecto del segundo punto, parecería conformarse en mayor medida a la evolución del derecho internacional y, en particular, del Convenio de Berna, optar por la aplicación de la legislación del país de la protección a la totalidad de cuestiones suscitadas por el derecho de autor o los derechos conexos, y excluir el recurso a la legislación del país de origen (al margen de las hipótesis previstas expresamente en los convenios internacionales). Sería oportuno precisar que deberían tenerse en cuenta los derechos adquiridos regularmente en un país distinto del de la protección, en particular según las sugerencias que formula Ulmer en lo que hace a las obras creadas en el marco de un contrato de trabajo o por encargo.⁸⁷

Capítulo 2. La localización del daño en la transmisión digital

62. Con independencia de los campos respectivos de la legislación del país de la protección y de la del país de origen, aún cabe preguntarse acerca de la localización del daño en el caso de la difusión mundial por las redes digitales. Se trata de la cuestión más “espinosa”, actualmente, del derecho internacional de la propiedad literaria y artística que, por otra parte, desvió ligeramente la atención de las otras.

⁸⁷ *Op. cit.*, Anexo, Propuesta de normas concernientes a los bienes inmateriales en el marco de un convenio relativo al derecho internacional privado en los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, pág. 121, Artículo E.

63. Para los internacionalistas es un debate muy antiguo. Tampoco es totalmente nuevo para los especialistas de la propiedad intelectual, que ya han debido ejercitar su sagacidad en lo que hace a los satélites. De todos modos, existe una diferencia de grado, quizás de naturaleza. Ya no está en juego la flecha del arquero que cruza una frontera, ni el satélite que, súbitamente, atraviesa varios países; se trata de una difusión susceptible de causar un perjuicio en todos los países del mundo y que cae dentro de la esfera de unas legislaciones muy diferentes.⁸⁸ Por lo tanto, es necesario precaverse de subestimar el cambio. Es cierto que también es necesario precaverse del exceso opuesto. No sólo debe rechazarse la petición de principio que afirma que el espacio cibernético es un espacio sin derecho y, en particular, sin derecho internacional privado, sino que, como se verá, el postulado que propone que toda vinculación territorial pasa a ser obsoleta a la luz de la inmateralidad que las técnicas digitales suponen, no resiste el examen. Para limitarse a un solo ejemplo, la puesta a disposición de las obras y las prestaciones por la red digital entraña, en el estado de la técnica, una fijación previa que constituye indiscutiblemente una reproducción⁸⁹ susceptible de localización, como cualquier otra fabricación de ejemplares.⁹⁰

64. Tal como lo sugiere la carta de encargo del Subdirector General, es necesario analizar la cuestión desde el punto de vista de la competencia internacional⁹¹ (Sección 1) y desde el punto de vista de los conflictos de legislación (Sección 2); deben distinguirse los dos aspectos, no obstante los vínculos que mantienen.

Sección 1. La competencia jurisdiccional

65. El Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado entre los Estados de la Comunidad Europea, cuyo ámbito de aplicación el Convenio de Lugano del 16 de septiembre de 1988 ha extendido a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, y que es de aplicación en materia de propiedad intelectual,⁹² deja al damnificado la posibilidad de escoger una jurisdicción del Estado del domicilio o el establecimiento del demandado (la competencia general que surge del Artículo 2) o el tribunal del lugar en que “se haya producido el daño” (la competencia en materia delictual o cuasidelictual que surge del Artículo 5.3)).

⁸⁸ Véase el ejemplo que da P.E. Galler (*Conflicts of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally networked World*, en *The Future of Copyright in a Digital Environment* compilado por P.B. Hugenholtz, Kluwer, 1996, páginas 27 a 48, en la página 27.) de la difusión en la red, en los Estados Unidos, Alemania y Francia de unas películas de Buster Keaton en versión coloreada. En los Estados Unidos, las películas forman parte del dominio público, pero aún están protegidas en Alemania; ya no lo están en Francia (el ejemplo no tiene en cuenta la prolongación de la duración de la protección que resulta de la Ley del 27 de marzo de 1997), pero la difusión en una versión coloreada se considera allí como una violación del derecho moral, que es perpetuo.

⁸⁹ Sin embargo, esa calificación se presta al debate en lo que hace a las fijaciones transitorias que intervienen en el transcurso del procedimiento de transmisión digital, una controversia que, por otra parte, tiene su peso en el derecho internacional privado.

⁹⁰ *Applicable Law in transfrontier on-line transmissions*, de P. Schønning, RIDA, octubre de 1996, párrafo 170, páginas 21 a 53, en la pág. 29.

⁹¹ Se dejará de lado la cuestión del arbitraje, si bien, en el ciberespacio, se producen unos experimentos interesantes. Véase *The private international law of copyright in an era of technological change*, de J. Ginsburg, páginas 137 y 138, obra mencionada en la nota 53, más arriba; allí figura una opinión favorable a esa justicia contractual.

⁹² Con reserva de las normas especiales de competencia sancionadas “en materia de inscripción o de validez de patentes, marcas, diseños y modelos y de otros derechos análogos que requieran depósito o registro”, (art. 16.4)).

66. Puesto que el Artículo 5.3) no ofrece otras precisiones sobre qué debe entenderse por esta última expresión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el dictamen *Minas de potasio de Alsacia*⁹³, ofreció al damnificado la posibilidad de escoger entre el lugar del acontecimiento causal (o hecho generador) y el lugar en que se produjo el daño. No se precisó cómo se aplicaría la norma en caso de una multiplicidad de daños en países diferentes. La incertidumbre se planteó en la causa *Fiona Shevill*⁹⁴, en que el Tribunal estableció que, en caso de difamación mediante un artículo de la prensa difundido en varios Estados contratantes, deberá interpretarse la expresión “lugar en que se produjo el daño” en el sentido de que “el damnificado podrá entablar contra el editor una acción por reparación, tanto ante las jurisdicciones del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para atribuir la reparación por la totalidad de los daños resultantes de la difamación, como ante las jurisdicciones de cada Estado contratante en que se hubiese difundido la publicación y en que el damnificado sostiene haber sufrido un perjuicio a su reputación, competentes para entender sólo en los daños causados en el Estado de la jurisdicción en cuestión”.

67. El Tribunal de Apelación de Francia se pronunció en el mismo sentido en una acción entablada para obtener la indemnización por un perjuicio surgido de una falsificación en materia de derecho de autor. El Tribunal de Apelación de París había dictaminado que la acción de los autores contra el editor inglés no podía prosperar, pues tendía a obtener la reparación de los daños y perjuicios producidos en Francia por la falsificación y había dispuesto que recurrieran ante las jurisdicciones inglesas para obtener la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios. En el recurso se reprochó al dictamen que hubiese privado al damnificado del beneficio de la opción de competencia que permite el Artículo 5.3) del Convenio de Bruselas. De ninguna manera, fue la respuesta del Tribunal de Apelación. En materia de falsificación, esa opción “deberá interpretarse en el sentido de que el damnificado podrá entablar la acción por indemnización tanto ante la jurisdicción del Estado del lugar de establecimiento del autor de la falsificación, con competencia para reparar la totalidad del perjuicio resultante, como ante la jurisdicción del Estado contratante en que el objeto de la falsificación se difunde, con competencia para conocer únicamente en los daños sufridos en ese Estado.”⁹⁵

68. Se trata de evitar una competencia universal de la jurisdicción en la que se ventila la causa cuando el hecho generador podría producir sus efectos en muchos países, sin sacrificar con ello los derechos del damnificado que, si pretende obtener de una vez la reparación por la totalidad del perjuicio sufrido, podrá siempre escoger comparecer ante la jurisdicción del hecho generador,⁹⁶ puesto que éste se localiza en el lugar de establecimiento del editor responsable de la difamación o la falsificación.

69. En la práctica, la solución permite al demandado ventilar la causa en un tribunal de cualquier país, pues la red teje su trama en el mundo entero,⁹⁷ y queda entendido que si quiere

⁹³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 30 de noviembre de 1976: Rec. CJCE, pág. 1735.

⁹⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 7 de marzo de 1995: D. 1996, pág. 61, nota de G. Parléani.

⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 16 de julio de 1997, *Wegmann*: JDI 1998, pág. 136, observación de A. Huet.

⁹⁶ Para no hablar de la competencia de la jurisdicción del demandado, prevista en el art. 2 del Convenio.

⁹⁷ *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, de M. Vivant, JCP 1996, I, 3969, párrafo 14.

obtener de una vez la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido,⁹⁸ deberá ventilar la causa ante la jurisdicción del hecho generador. Si la jurisdicción no es la del país de establecimiento del “autor de la falsificación”,⁹⁹ su competencia se limitará al daño sufrido en su territorio, y ello “supone que se identifiquen precisamente las conexiones individuales con el servidor”.¹⁰⁰

70. Además, esa jurisprudencia regula sólo el problema de la indemnización. Ahora bien, el damnificado de la falsificación también querrá obtener la cesación de la violación. Cabe entonces preguntarse qué medidas podrá adoptar a este respecto cada una de las jurisdicciones competentes. Resulta tentador sugerir por simetría que, a diferencia de la jurisdicción del lugar de establecimiento del servidor que, por cierto, podrá prohibir la puesta a disposición del público, las jurisdicciones de los distintos países en que tuvo lugar la difusión deberían poder ordenar sólo unas prohibiciones limitadas a su territorio. Sin embargo, no es seguro que una restricción de esa índole pueda ponerse en práctica siempre, desde el punto de vista técnico, al menos no actualmente.¹⁰¹ En cualquier caso, para el damnificado, esa restricción limita el interés de la opción que se le ofrece.

71. Cabe reconocer que esta fragmentación de los procedimientos no resulta totalmente satisfactoria. Para mejorar el mecanismo, un informe oficial francés sugirió que se corrigieran sus efectos nefastos para las víctimas de la falsificación, al permitirles “ventilar la cuestión ante un tribunal distinto de aquel del lugar de emisión, que se consideraría competente para reparar la totalidad del perjuicio sufrido en el mundo entero”. Este tribunal sería “el que presente los vínculos más estrechos con el perjuicio”, y se plantea una presunción en favor de aquel del lugar de residencia habitual del damnificado (para una persona física) o el lugar principal de establecimiento (para una persona moral); dicha presunción sería simple y podría

⁹⁸ Ése no es necesariamente el objetivo deseado, si bien ello permite reducir las tasas y evitar el problema a veces delicado de individualizar el perjuicio en cada país (respecto de esta objeción, véase *La compétence internationale en matière délictuelle dans la Convention de Bruxelles, Travaux Comité Fr.*, de K. Kerameus, DIP, 1994, pág. 272). En efecto, se ha observado justamente (*Droit international privé*, de B. Audit, párrafo 621, obra mencionada en la nota 8, más arriba) que la concentración de las competencias, conveniente en materia patrimonial, no lo es tanto en el campo de las violaciones a la personalidad, en que “para el interesado, el hecho de obtener una decisión de fondo en cada uno de los países en que estima haber sufrido una violación de su derecho, constituye una reparación más adecuada que la obtención de una decisión única en un país determinado” y que, de todos modos, será necesario ventilar la cuestión ante las distintas jurisdicciones, si se quieren obtener unas medidas judiciales tales como las confiscaciones.

⁹⁹ Tomada al pie de la letra, esta fórmula del Tribunal de Apelación francés (1^{re} civ., 16 de julio de 1997, mencionado anteriormente) se refiere únicamente a quien tomó la iniciativa de la reproducción o la comunicación ilícitas, si bien, en realidad, no existe razón alguna para no extender la solución a todos aquellos que puedan considerarse responsables de la puesta a disposición del público de las obras o las prestaciones objeto de la falsificación, incluidos, de ser el caso, los prestadores de acceso, en cualquier caso dentro de los límites del perjuicio causado. La observación resulta importante, en la práctica, porque la víctima de la falsificación, que no siempre cuenta con la posibilidad práctica de ventilar el asunto ante el tribunal del lugar de establecimiento del servidor, a menudo logrará localizar en el país de recepción otro participante que podría considerarse responsable. *Le droit d’auteur, Du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, párrafo 509, nota 123, mencionado anteriormente en la nota 27).

¹⁰⁰ *Du droit applicable dans le “village planétaire”*, de P.-Y. Gautier, párrafo 6, obra mencionada en la nota 29, más arriba, en que se añade que las técnicas de identificación de las obras permiten que ello se haga perfectamente.

¹⁰¹ Compárese, en los Estados Unidos, la causa Playboy contra Chuckleberry, 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996), en la que el juez ordena al servidor italiano que prohíba el acceso al sitio desde los EE.UU. o, en su defecto, que “desconecte” completamente el sitio.

refutarse en función de las “circunstancias particulares”, especialmente “si la porción fundamental del perjuicio se sufrió en un solo país”.¹⁰²

72. Esta propuesta, que atempera el rechazo del principio del *forum actoris* que figura en el Artículo 3 del Convenio de Bruselas, aúna las opiniones de los autores que estiman que para las violaciones a la intimidad cometidas mediante la prensa, deberá reconocerse competente el tribunal del domicilio del damnificado “en cuanto lugar de comisión de delito en su conjunto”.¹⁰³ Igualmente se la defendió en materia de derecho de autor.¹⁰⁴ La propuesta responde con certeza a la preocupación relativa a la seguridad del damnificado, que es un elemento a tener en cuenta para la competencia jurisdiccional, aunque la preocupación relativa a una buena administración de la justicia sigue siendo el criterio principal.¹⁰⁵

73. En el mismo informe se presenta el concepto de que, en el marco de la Directiva sobre el derecho de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información, en curso de elaboración, así como en el marco de la nueva negociación del Convenio de Bruselas, podría suponerse en la Unión Europea (o en el Espacio Económico Europeo) que el país que mantiene los vínculos más estrechos con el perjuicio es el país de emisión, entendido como el país de “residencia habitual” del editor del contenido en cuestión, y no el país de residencia del damnificado.¹⁰⁶ Sin embargo, no podría extenderse este principio fuera del ámbito europeo, pues supone la existencia de un nivel de armonización entre los Estados interesados que permita alejar el riesgo de desplazamientos.

74. Por otra parte, se notará que según el Artículo 24 del Convenio de Bruselas, las medidas provisionales o conservatorias previstas por la legislación de un Estado contratante podrán ser ordenadas por la jurisdicción de ese mismo Estado aunque la competencia para conocer del fondo de la cuestión corresponda a la jurisdicción de otro Estado contratante. La solución goza de un notable mérito práctico, en particular si se admite que el tribunal podrá ordenar sobre esa base unas medidas que produzcan efectos fuera de la jurisdicción, lo cual, en realidad, no es seguro.¹⁰⁷

75. En cualquier caso, para el damnificado de la falsificación no es suficiente obtener una decisión favorable. También será necesario que la decisión pueda reconocerse y ejecutarse en otro país, por ejemplo, para obtener el cierre del sitio en que se cometió la falsificación. A este respecto, el Convenio de Bruselas contiene unas disposiciones liberales. En efecto, el

¹⁰² *Internet et les réseaux numériques*, Informe del Consejo de Estado, pág. 151, mencionado anteriormente en la nota 70.

¹⁰³ *Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé*, de P. Bourel, RCADI II/1989, tomo 214, pág. 355 y siguientes. En lo que hace a las redes digitales, véase también *Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé*, de F. Dessemontet, en *Le droit au défi d'Internet*, Ginebra, Librairie Droz, 1997, páginas 77 a 101, párrafo 27.

¹⁰⁴ *The celestial jukebox and earthbound courts: judicial competence in the European Union and the United States over copyright infringement in cyberspace*, de J. Ginsburg y M. Gauthier, RIDA, julio de 1997, párrafo 173, páginas 61 a 135, en la pág. 85, en que se argumenta que el acto de falsificación presenta un carácter personal, en particular en lo que hace al derecho moral.

¹⁰⁵ Véase el dictamen CA de París, 1^{re} ch., 5 de noviembre de 1997: D.1997, inf. rap. pág. 260, en que se funda en este imperativo la norma de competencia especial del Artículo 5.3) del Convenio de Bruselas.

¹⁰⁶ Informe mencionado anteriormente, pág. 152, en que se precisa que, también en ese caso, se trataría de una presunción simple.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, W. Cornish, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 339, obra mencionada en la nota 12, más arriba, en que se manifiesta escepticismo respecto de la eficacia, en el Reino Unido, del procedimiento neerlandés de “kort gedind”.

primer párrafo del Artículo 26 establece el principio de que “Las resoluciones dictadas en un Estado contratante serán reconocidas en los demás Estados contratantes, sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento” y el primer párrafo del Artículo 31 prevé que la orden de ejecución se obtendrá mediante una simple solicitud.

76. Evidentemente, la situación es menos sencilla en el derecho común, pues cada país impone sus propias condiciones.¹⁰⁸ Por lo general, puede dudarse de que el damnificado de la falsificación goce en el país de emisión, en que reside generalmente el autor de la falsificación, de la posibilidad de obtener la ejecución de una decisión condenatoria obtenida en uno de los países de recepción si el acto no se considerase como una violación del derecho de autor o de un derecho conexo en el país de emisión.¹⁰⁹ Igualmente, se prevén algunas dificultades si el juez que emitió el dictamen se atribuyó la competencia en virtud de un privilegio de jurisdicción.¹¹⁰

77. Entonces, el saldo no es muy alentador. Se recibiría con agrado un aumento de la cooperación internacional en materia de falsificación, con el que podría colaborar la OMPI, por ejemplo, para facilitar y acelerar los procedimientos de ejecución de las sentencias extranjeras.¹¹¹ Se destacó que un convenio internacional sobre derecho de autor no se presta al examen de esas cuestiones transversales de procedimiento.¹¹² Sin embargo, es posible hacer hincapié, en sentido opuesto, en la urgencia de adoptar unas medidas adecuadas para garantizar la efectividad del derecho exclusivo en el entorno digital.

Sección 2. La legislación aplicable

78. El problema de la legislación aplicable al derecho de autor o a los derechos conexos tiene relación con el de la competencia jurisdiccional, pero ambos deben distinguirse con atención. La atención se centró en dos legislaciones que compiten y que suelen designarse como la legislación del país de emisión y la del país de recepción (1). Sin embargo, es necesario observar más allá, pues se han propuesto otras vinculaciones (2).

1. La legislación del país de emisión y la del país de recepción

79. La legislación del país de la protección que, según una opinión de aceptación generalizada a la que adhiere el presente estudio, debería regir la totalidad del derecho de autor y los derechos conexos, representa, en la práctica, una forma de *lex loci delicti*. Ahora bien, es conocida la controversia clásica que, para la determinación de la *lex loci delicti*, opone a los que afirman que se trata de la legislación del lugar en que se produjo el hecho generador y los que defienden la aplicación de la legislación del lugar en que se causó el perjuicio. No resulta sorprendente que esta controversia se plantee también en lo que respecta a la cuestión particular de la localización del daño en la transmisión digital, con la excepción

¹⁰⁸ Véase un panorama de las dificultades prácticas en *The celestial jukebox and earthbound courts*, de J. Ginsburg y M. Gauthier, pág. 99 y siguientes, obra mencionada en la nota 104, más arriba.

¹⁰⁹ Informe del Consejo de Estado, mencionado en la nota 150, más arriba.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, J. Ginsburg y M. Gauthier, *op. cit.*, pág. 123, en que se observa que se corre el riesgo de que el privilegio de jurisdicción del demandante francés, previsto en el Artículo 14 del Código Civil se considere incompatible con las exigencias de la legislación norteamericana.

¹¹¹ Informe del Consejo de Estado, mencionado anteriormente, pág. 152.

¹¹² *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, páginas 133 y 134, obra mencionada en la nota 19, más arriba.

de que, en lugar de referirse al hecho generador y a la realización del perjuicio, se mencionan la emisión y la recepción.

80. Además, deben precisarse los datos del debate. Existe un acuerdo unánime respecto del papel que desempeña la legislación del país de emisión. La controversia gira principalmente en torno de saber si este papel debe ser exclusivo o si conviene dejar un lugar para la legislación del país de recepción, y queda entendido que, en el caso afirmativo, se impondrá el plural (**las** legislaciones de **los** países de recepción), pues una característica de las redes digitales es que permiten la difusión en todo el mundo. Se examinarán sucesivamente las dos teorías.

1. La aplicación exclusiva de la legislación del país de emisión

81. La legislación del país de emisión gozó en un principio del favor de la Comisión de las Comunidades Europeas. Al trasponer el mecanismo utilizado para la radiodifusión por satélite en la Directiva del 27 de septiembre de 1993,¹¹³ el Libro Verde sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información sugería establecer como principio, por razones de “eficacia económica”, la “aplicación de la legislación del Estado miembro de origen del servicio”.¹¹⁴ Empero, se ha criticado esta sugerencia, y la Comisión desistió y se limitó a anunciar una comunicación sobre el derecho aplicable,¹¹⁵ que aún estamos esperando.

Algunos sectores de la doctrina también defienden esa solución.¹¹⁶

82. Puede respaldarse en varios argumentos. En primer lugar, parece lógico que el acto de explotación única realizado por una única persona que efectúa la difusión quede regido por una legislación única.

En segundo lugar, el lugar en que se realiza el acto de cargar la obra parecería ser el que ofrece el punto de contacto más significativo con la relación jurídica.¹¹⁷

¹¹³ Diario Oficial L248/15, del 6 de octubre de 1993.

¹¹⁴ Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM (95) 382 final, julio de 1995, pág. 41.

¹¹⁵ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el seguimiento del Libro Verde sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM (96) 508 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 23.

¹¹⁶ En ese sentido, y en favor de la aplicación de la legislación del “lugar de puesta a disposición por Internet”, véase *Internet et la Loi*, de Th. Piette-Coudol y A. Bertrand, Dalloz, 1997, pág. 55 y siguientes. Véase también *Anwendbares Recht bei internationalen Online-Diensten*, de J. Dieselhorst, ZUM 1998, páginas 293 a 300. También véase *Internet et les réseaux numériques*, en el Informe del Consejo de Estado, mencionado anteriormente en la nota 70, pág. 152, que, sin embargo, limita la solución a la difusión efectuada dentro de la Unión Europea. Véase también *Internet und IPR. Kollisionrechtliche Anknüpfungen in internationalen Datennetzen*, de Th. Hoeren y D. Thum, en *Beiträge zum Urheberrecht V*, compilado por R. Dittrich, Viena, Manz, 1997, páginas 78 y 79. Compárese con *Du droit applicable dans le “village planétaire”*, de P.-Y. Gautier, párrafo 4, obra mencionada en la nota 29, más arriba, en que se excluye la vinculación con el “lugar de establecimiento del servidor y desde donde carga las obras en la red”, aunque se sostiene que es “sólida”.

¹¹⁷ P.-Y. Gautier, *eod. loc.*, (“si nos remitimos a las tendencias actuales del derecho internacional privado, que designan la legislación del país en que se concentra la sustancia de la situación litigiosa, resulta claro que, en ese caso, la “proximidad” es la del punto de partida de la transmisión en línea, única, antes de que estalle en millones de puntos”).

En tercer lugar, si se acepta la idea de que la propia puesta a disposición del público en la red constituye el acto de explotación sujeto a la autorización del titular del derecho, también podrá parecer natural que sólo ese acto se tenga en cuenta para determinar la legislación aplicable.

Finalmente, la elección de la legislación del país de emisión permite también ofrecer a los operadores de las redes digitales una mayor facilidad de comprensión del derecho, y ello es fundamental para el desarrollo armónico de la sociedad de la información. El imperativo relativo a la posibilidad de prever la vinculación, que desempeña un papel fundamental en materia de derecho de autor, de manera general representa una preferencia por la aplicación de la legislación del lugar en que se produjo el hecho generador, porque “en principio, es en relación con ella que el demandado habrá examinado si actuaba correctamente o no”.¹¹⁸ Se trató de un argumento importante n lo que hace a los satélites,¹¹⁹ y resulta tentador extenderla al acto de cargar la obra en la red.¹²⁰

83. Ninguno de estos argumentos es decisivo. No es ilógico (si bien es menos sencillo) que un acto único de explotación cuyas consecuencias se producen en varios países quede regido en forma distributiva por las legislaciones de esos países.

Afirmar que el lugar en que se realiza el acto de cargar en la red es el que mantiene la relación más significativa con la situación que surge de la transmisión digital también constituye una petición de principio. De hecho, también se podría considerar que ese lugar resulta indiferente y que la causa de la transmisión es el diálogo con el usuario en el otro extremo del procedimiento.

Por lo que respecta a la afirmación de que la colocación en la red, en cuanto tal, es un acto de explotación, no puede resultar suficiente para justificar la competencia exclusiva de la legislación del país de emisión. Una cosa es calificar un acto desde el punto de vista técnico en lo que atañe a la definición del derecho de representación (o de comunicación al público). Otra es localizar la explotación desde el punto de vista económico, como surge de la justificación de la legislación del país de la protección que, como se ha visto, debía considerarse como la legislación aplicable a la explotación del derecho en todas sus formas.¹²¹ Ahora bien, es difícil objetar que la difusión en las redes corresponde a una explotación económica en los distintos países en que los usuarios se conectan.¹²²

Finalmente, la idea según la cual quien realiza la difusión debería conocer el contenido de la legislación del país de emisión y adaptar sus actividades en consecuencia no autoriza a

¹¹⁸ *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, de H. Desbois, A. Françon y A. Kéréver, párrafo 137, obra mencionada en la nota 5, más arriba.

¹¹⁹ Es cierto que la directiva procuró en menor medida resolver un problema de conflictos de legislación que crear, mediante un mínimo de armonización, las condiciones necesarias para facilitar la aplicación del principio de libre prestación de los servicios desde la óptica del mercado interior. Ello explica que se inspire en una práctica de sesgo unilateral, al pretender mantener, en la mayor medida posible, la competencia de la legislación de uno de los Estados miembros.

¹²⁰ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 980, obra mencionada anteriormente en la nota 4. *Internet et droit d'auteur: Droit et patrimoine*, de P. Sirinelli, diciembre de 1997, páginas 74 a 81, en la pág. 79.

¹²¹ Véase el párrafo 57, *supra*.

¹²² En este sentido, véase *Applicable law in transfrontier on-line transmissions*, de P. Schønning, pág. 46, obra mencionada en la nota 90, más arriba, que destaca que la transmisión, por ejemplo, podría sustituir fácilmente una compra en el país de recepción.

pretender que pueda interesarse completamente en las legislaciones de los países en que la información podría causar un daño que, después de todo, podría (debería) también preverse.

84. El precedente de los satélites no debe confundir. La diferencia importante consiste en que en las redes digitales la difusión no es un procedimiento unilateral. En la radiodifusión tradicional, la acción determinante es la de emitir;¹²³ pero esta presentación ya no es pertinente al ámbito de Internet. Mientras los programas difundidos por satélite siguen el mismo camino a la misma hora para llegar a unos clientes pasivos, las obras y las prestaciones circulan por las autopistas de la información a solicitud de los consumidores conforme a unos itinerarios que es imposible, por otra parte, seguir en detalle (puesto que el modo de funcionamiento de la red hace que el itinerario sea indiferente). Además, cada usuario es un emisor en potencia.¹²⁴ Por estas particularidades resulta “más difícil concebir que la recepción pueda declararse ajena a la explotación”.¹²⁵

85. Desde el punto de vista práctico, la objeción más seria a la aplicación exclusiva de la legislación del país de emisión es el riesgo de desplazamiento hacia los países de emisión que otorgan un nivel más bajo de protección.¹²⁶ Se trata de un riesgo muy real, teniendo en cuenta tanto las diferencias notables que existen entre las legislaciones nacionales, en particular en lo que hace a las excepciones al derecho exclusivo, como la extrema facilidad para manipular el lugar de la carga en las redes digitales. La Directiva europea pudo evitar ese riesgo gracias a la armonización (incompleta, por otra parte) entre los Estados miembros, pero esta barrera de protección desaparece si el razonamiento se aplica a escala mundial.

¹²³ P. Katzenberger en G. Schricker, párrafo 141; obra mencionada en la nota 57, más arriba.

¹²⁴ *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur*, de J.-S. Bergé, párrafo 319ter, obra mencionada en la nota 3, más arriba.

¹²⁵ *Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, de A. Kéréver, pág. 266, obra mencionada en la nota 58, más arriba. En este sentido, véase la respuesta del Gobierno francés al Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, de enero de 1996, pág. 5. Véase *Applicable law in transfrontier on-line transmissions*, de P. Schønning, pág. 37, obra mencionada en la nota 90, más arriba.

¹²⁶ En este sentido, véase la pág. 5 de la respuesta del Gobierno francés, mencionada en la nota precedente. *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, pág. 290, obra mencionada en la nota 41, más arriba. *Du droit applicable dans le “village planétaire”*, de P.-Y. Gautier, párrafo 4, obra mencionada en la nota 29, más arriba. *Internet et le droit d’auteur*, de P. Sirinelli, páginas 79 y 80, obra mencionada en la nota 120, más arriba. *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, de M. Vivant, JCP 1996, I, 3969, párrafo 9.

86. Para responder a esa objeción, podría escogerse ya no el lugar físico del acto de cargar la obra, sino el lugar de establecimiento del responsable de la difusión, que se presta en menor medida a esas manipulaciones y que, además, presenta la ventaja de que es más fácil determinarlo.¹²⁷ La propia Directiva antes mencionada deja espacio para este criterio en lo que hace a las difusiones por satélite emitidas desde un Estado no miembro de la Comunidad Europea que no garantice un “nivel de protección” suficiente.

Gracias a su estabilidad, esta vinculación resulta seguramente interesante. Sin embargo, cabe observar que se basa en una lógica ligeramente distinta de la que justifica la elección de la legislación del país de emisión, en la problemática tradicional de la *lex loci delicti*. De hecho, la legislación del país de emisión está llamada a regir la acción por responsabilidad por ser la legislación del lugar en que tiene lugar el hecho generador. La localización a partir del lugar de establecimiento del responsable de la emisión forma parte de otra corriente muy coherente, por cierto, pero respecto de la cual no se entiende claramente por qué debería excluir cualquier otra vinculación. Podrá admitirse que el país en que está establecido quien decide se asimile al país de emisión; es más difícil comprender por qué sólo la legislación de ese país debería regir la violación del derecho. En rigor, el autor o el titular del derecho conexo podrían verse sometidos a la aplicación exclusiva de una legislación que corresponde a una localización técnica de la explotación y no de una legislación que vincula arbitrariamente la situación al centro de los intereses de quien realiza la explotación.¹²⁸

2. La aplicación acumulativa de la legislación del país de emisión y las legislaciones de los países de recepción.

87. La doctrina dominante¹²⁹ aprueba la aplicación de las legislaciones de los países de recepción para la reparación del daño local. La solución, que forma parte de la tendencia

¹²⁷ *The private international law of copyright in an era of technological change*, de J. Ginsburg, pág. 81, obra mencionada en la nota 53, más arriba. Véase también la pág. 151 de *Internet et les réseaux numériques*, Informe del Consejo de Estado, mencionado en la nota 70, más arriba, en que se propone escoger el país de la residencia habitual del editor del contenido, y se sugiere contemporáneamente la limitación sin cambios de esa vinculación al ámbito europeo. Compárese *Lois, contrats et usages du multimédia*, de P. Deprez y V. Fauchoux, París, Dixit, 1997, pág. 198, en que se da preferencia al lugar de establecimiento del servidor. Respecto de la dificultad para localizar el “lugar de origen de la transmisión”, véase *Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, de A. Kéréver, pág. 267, obra mencionada en la nota 58, más arriba. *The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure*, de S. Fraser, 15 *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, 759-818 (1997), pág. 785. Sin embargo, véase una posición más optimista en *Rapport général* de G. Koumantos, en *Le droit d’auteur en cyberspace*, pág. 264, obra mencionada en la nota 12, más arriba. *Le droit d’auteur, Du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, párrafo 512, obra mencionada en la nota 27, más arriba.

¹²⁸ Compárese *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, pág. 293, obra mencionada en la nota 41, más arriba, en que se observa que el sistema centrado en la legislación del país de emisión y la legislación del domicilio del demandado “se organiza en torno a los intereses del demandado”.

¹²⁹ *Droit international privé*, de B. Audit, párrafo 777, obra mencionada en la nota 8, más arriba. *Legislation Applicable to Transnational Relations Between the Operators of Digital Communication Systems*, en el Simposio internacional de la UNESCO sobre derecho de autor y comunicación en la sociedad de la información, UNESCO, 1997, páginas 204 a 211, en la pág. 208. *La protection internationale et communautaire du droit d’auteur*, de J.-S. Bergé, párrafo 314, obra mencionada en la nota 3, más arriba. *Rapport national allemand*, de Th. Dreier, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 303, obra mencionada más arriba, en la nota 12. *Du droit applicable dans le “village planétaire”*, de P.-Y. Gautier, párrafo 6, obra mencionada en la nota 29, más arriba. P.-Katzemberger, en G. Schricker, párrafo 145, obra mencionada en la nota 57, más arriba. *Droit d’auteur et numérique*, de A. Lucas, Litec 1998, párrafos 664 y siguientes. *Rapport national néerlandais*, de J. Seignette, en *Copyright in cyberspace*, pág. 316, obra mencionada precedentemente, en la nota 12. *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, de M. Vivant, JCP 1996, I, 3969, párrafo 6.

general del derecho internacional privado a privilegiar la legislación del lugar en que se sufrió el perjuicio,¹³⁰ y que no puede sino suscitar la simpatía de los Estados dispuestos a defender la propia soberanía, se une a la que adoptó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa Fiona Sheville.¹³¹ Por cierto, este dictamen resuelve una simple cuestión de competencia jurisdiccional y, por las condiciones de apreciación del carácter perjudicial del hecho litigioso y las condiciones de prueba de la existencia y el alcance del perjuicio, remite expresamente al derecho sustantivo designado por las normas sobre conflictos de legislación del derecho nacional de la jurisdicción en que se ventila la causa, pero se puede prever fácilmente que “para determinar tanto la competencia como el derecho sustantivo, se aplicarán unos criterios similares”,¹³² pues cada una de las jurisdicciones competentes en virtud del Artículo 5.3) del Convenio de Bruselas aplicará su propio derecho sustantivo.

En el caso de las redes digitales, una decisión judicial francesa se pronunció claramente en favor de la aplicación de la legislación francesa, en cuanto legislación del país de recepción, en un litigio relativo al derecho de marcas.¹³³

88. El inconveniente principal de esta aplicación distributiva de las legislaciones de los diferentes países de recepción consiste en que posibilita la aplicación, no sólo de **algunas** legislaciones, como en el entorno analógico, sino, potencialmente, de **todas** las legislaciones del mundo. Por cierto, el panorama no es tan negativo. En la práctica, el daño se sufrirá sólo en un cierto número de países,¹³⁴ cuyas legislaciones con frecuencia serán similares.¹³⁵ Además, si se admite la idea, expuesta más arriba,¹³⁶ de que la jurisdicción del domicilio del damnificado se reconoce competente en la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido en el mundo entero, ese tribunal podría también informarse fácilmente, mediante una cooperación internacional con la que la OMPI podría colaborar, sobre el contenido de las distintas legislaciones extranjeras que hubiese de aplicar.¹³⁷ No obstante, podría complicarse y hasta comprometerse la reparación que se debe al damnificado por el riesgo de contradicciones y de falta de ejecución de la decisión en el extranjero.¹³⁸ Y el propio responsable sostendrá que no es razonable obligarlo a adaptar sus actividades a un número tan grande de legislaciones a la vez. Como se ha observado justamente, “no es bueno un sistema jurídico que coloca al sujeto de derecho en una situación tal que, sin que nada pueda hacerse, resulte culpable y hasta se lo considere un delincuente”.¹³⁹

Ello explica que se hayan propuesto otras vinculaciones.

¹³⁰ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A y H.-J. Lucas, párrafo 980, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

¹³¹ 7 de marzo de 1995, véase la nota 94, más arriba.

¹³² G. Parléani, nota 12, más arriba.

¹³³ TGI Draguignan, 21 de agosto de 1997: *Cahiers Lamy de droit de l'informatique*, diciembre de 1997, pág. 25, observaciones de S. Nardon (“los medios que surgen del almacenamiento de información y del lugar de su emisión no podrán prosperar, pues implican necesariamente una recepción de las informaciones ofrecidas al público en una esfera territorial sometida a la aplicación de la legislación nacional en vigor”).

¹³⁴ *Internet, le droit d'auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, pág. 291, obra mencionada en la nota 41, más arriba (“cuando se examina el alcance patrimonial de los actos, el resultado parece localizarse sólo en uno o varios países”).

¹³⁵ G. Koumantos, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 340, obra mencionada en la nota 12, más arriba.

¹³⁶ Véase el párrafo 71, *supra*.

¹³⁷ *Internet et les réseaux numériques*, informe del Consejo de Estado, pág. 151, mencionado en la nota 70, más arriba.

¹³⁸ *Internet et les réseaux numériques*, pág. 173.

¹³⁹ *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, de M. Vivant, JCP 1996, I, 3969, párrafo 29.

Sección 2. Otras vinculaciones

89. Como sucede a menudo en derecho internacional privado, la dificultad de optar por principio por una vinculación lleva a sugerir unas vinculaciones múltiples, “en cascada”, o alternativas. Resulta imposible analizar de modo exhaustivo los numerosos “ramilletes” de legislaciones aplicables que se ofrecen para ser recogidos.¹⁴⁰

90. La formula inspirada en la doctrina de la búsqueda de la “legislación mejor” y que se traduce en la elaboración de una norma parcialmente sustantiva de conflicto de legislaciones, cuenta con unas ventajas y ello explica que haya sido escogida en ciertas legislaciones¹⁴¹ y ciertos convenios internacionales.¹⁴² Sin embargo, cabe preguntarse si está bien adaptada a la dimensión mundial y a la complejidad de los problemas por resolver. En efecto, las vinculaciones múltiples son difíciles de manejar,¹⁴³ un defecto que resulta ser particularmente molesto en el entorno digital, en que la claridad de las normas es un imperativo fundamental tanto para los operadores como para los titulares de derecho, de manera que es difícil elaborar unos paradigmas.

91. En todo caso, no parece conveniente dejar que el propio titular de los derechos escoja de entre el ramillete que se le ofrece la legislación que le es más favorable, pues ello supone la imposibilidad de previsión de los operadores. Tampoco resulta satisfactorio dejar que el tribunal escoja la legislación aplicable en materia de derecho de autor, como proponía la “teoría de Bogsch” para la transmisión por satélite¹⁴⁴. En efecto, la comparación puede ser particularmente difícil, pues el concepto de “nivel de protección” no es muy nítido¹⁴⁵.

Por la misma razón parece difícil entrar en la lógica de un sistema que pretendería quebrar toda vinculación territorial y dejaría decidir al juez, al cabo de un análisis funcional, qué legislación protege de la manera más eficaz la obra en cuestión, teniendo en cuenta ciertos principios de preferencia.¹⁴⁶

96. Desde el punto de vista del método, reaparece la controversia clásica sobre las ventajas comparativas de una localización objetiva fundada en unos criterios abstractos y de la búsqueda de una “proper law” que mantenga los lazos más estrechos con la situación en cuestión. El primer enfoque, que forma parte de la tradición francesa, tiene en cuenta de

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, la propuesta común de F. Dessemontet y J. Ginsburg, anexada al estudio de Dessemontet *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, páginas 293 y 294, obra mencionada en la nota 41, más arriba. *Du droit applicable dans le “village planétaire”*, de P.-Y. Gautier, párrafo 5, mencionada en la nota 29, más arriba. *Le droit d’auteur, Du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, párrafos 512 y 512bis, obra mencionada en la nota 27, más arriba.

¹⁴¹ Véase el Artículo 133 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (la responsabilidad por los actos ilícitos), y el art. 139 de la misma Ley (actos ilícitos contra la personalidad).

¹⁴² Véase, por ejemplo, el Convenio de La Haya del 2 de octubre de 1973 sobre la legislación aplicable a la responsabilidad que deriva de los productos (Artículos 4 a 6). Véase también el sistema escogido para los satélites en la Directiva europea de 1993, antes mencionada.

¹⁴³ *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, de M. Vivant, JCP 196, I, 3969, párrafo 10.

¹⁴⁴ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 942, obra mencionada anteriormente, en la nota 4.

¹⁴⁵ *Applicable law in transfrontier on-line transmissions*, de P. Schønning, pág. 45, obra mencionada en la nota 90, más arriba.

¹⁴⁶ Respecto de esta teoría, véase *Les conflicts de lois dans le cyberspace*, de P. E. Geller, Bull. dr. aut. de enero/marzo de 1997, páginas 3 a 15, que precisa que se trata de facilitar así la aplicación del trato nacional.

modo mejor el imperativo de la posibilidad de previsión, y la segunda, en boga en los Estados Unidos cuenta con la ventaja de la flexibilidad. Tal vez, una de las soluciones de compromiso consiste en designar una legislación que se presume sea la más adecuada, y dejar que las parte se ocupen de invertirla al demostrar la existencia de otros puntos de contacto.¹⁴⁷

93. La solución ideal, la más radical, consiste naturalmente en la adopción de una reglamentación internacional uniforme en materia de derecho de autor y derechos conexos.¹⁴⁸ En el pasado, los Estados pudieron lograrlo en lo relativo al derecho del transporte. Cabe imaginar que sabrán hacer gala de la misma lucidez en lo que atañe a esta nueva forma de comunicación constituida por las redes digitales. Los invita a ello el preámbulo del Convenio de Berna, que hace hincapié en el “deseo” de los signatarios de “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

Desde ese punto de vista, la elaboración de una “*lex mediatica*”¹⁴⁹ podría representar un papel útil al permitir que se tome conciencia de la necesidad de eliminar las distorsiones incompatibles con la circulación de las obras y las prestaciones en las redes digitales. Sin embargo, además de ser necesario velar porque no se sacrifiquen con demasiada rapidez los intereses de los usuarios debido a la generalización de los contratos de adhesión leoninos,¹⁵⁰ no es razonable esperar que esas normas puedan ver la luz rápidamente.

94. A plazo corto o medio, únicamente sería realista pensar en la aplicación de la legislación del país de emisión en un área geográfica en que la armonización de las legislaciones nacionales sea bastante elevada. Esa es la solución que se sugiere en el marco europeo del informe antes mencionado del Consejo de Estado francés,¹⁵¹ al proponer la idea, que podría tomar cuerpo cuando el proceso de armonización en curso habrá alcanzado un “nivel satisfactorio” (ello significa que esa condición no se cumple hoy en día), de un “espacio europeo jurídico único en lo relativo a la legislación aplicable”. Se trataría de aplicar la legislación del país de emisión cuando el “responsable del contenido” está establecido en un país de la Unión Europea (o del Espacio Económico Europeo). En los demás casos, se mantendría el principio de la “legislación que presenta el vínculo más estrecho con el daño”, que se presumiría ser aquel en que el damnificado tiene su residencia habitual o su lugar de establecimiento principal, una presunción simple susceptible de refutación en relación con las “circunstancias particulares de la cuestión”.

95. Sin embargo, queda claro que una solución limitada a un espacio tan restringido no despertaría un interés práctico particular, teniendo en cuenta las dimensiones mundiales de las redes digitales. De todos modos, cuenta con la ventaja de señalar el camino, al hacer hincapié en la condición previa de los progresos sustantivos en el acercamiento de las legislaciones

¹⁴⁷ Compárese, en cuanto a la localización del contrato, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, de H. Battifol, Mélanges Maury, París, Dalloz y Sirey, 1960, tomo 1, páginas 42 y 43.

¹⁴⁸ *Internet und IPR*, de Th. Hoeren y D. Thum, pág. 96, obra mencionada en la nota 116, más arriba.

¹⁴⁹ Véase el párrafo 13, *supra*.

¹⁵⁰ Véanse las Directivas europeas del 5 de abril de 1993 sobre la protección de los consumidores y del 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. La primera regula el conflicto de legislaciones desde un punto de vista unilateral (art. 5.2)) en el que se inspira también, en los Estados Unidos, el proyecto de Artículo 2B-107.c) del *Uniform Commercial Code* (de abril de 1998). Por lo que respecta al derecho de autor, se ha criticado este proyecto pues parece legitimar las prácticas comerciales que limitan la “reverse engineering” y el “fair use”, con el riesgo de quebrar el equilibrio entre los derechos y los intereses.

¹⁵¹ *Internet et les réseaux numériques*, páginas 151 y 152, mencionado anteriormente en la nota 70.

nacionales. Este acercamiento debería superar ampliamente los mínimos resultantes del Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados de la OMPI de 1996, que indican un nivel demasiado bajo, especialmente por no abordar a fondo el problema fundamental de las excepciones al derecho exclusivo.

96. En lo inmediato, si quiere evitarse el sistema consistente en la aplicación distributiva de las legislaciones de los países de recepción, la elección mejor parece ser la de la legislación del país en que se encuentra el domicilio, la residencia o el lugar de establecimiento del titular de derecho víctima de una violación. Podría objetarse que esa legislación no mantiene un vínculo directo con la situación. Sin embargo, además de ser una vinculación práctica, teniendo en cuenta la dificultad de localizar la violación del derecho, puede justificársela gracias a la idea de que el daño se constata en el lugar en que se encuentra la sede de los intereses perjudicados por el daño.¹⁵² Así razona una gran parte de la doctrina, en materia de violación de los derechos relativos a la personalidad.¹⁵³ Y la idea se sigue también para el derecho de autor.¹⁵⁴

Merece que se la promueva. Literalmente, no es incompatible con el texto del Artículo 5.2) del Convenio de Berna que prevé el “país en que se reclama la protección” y ofrece la ventaja de situar el centro de gravedad en la persona del titular del derecho. Además, parece corresponder a la evolución general en materia de responsabilidad civil.¹⁵⁵

97. Para evitar que la aplicación de esta legislación produzca resultados inicuos para quien realiza la emisión, podrá pensarse en subordinar su aplicación a la condición de que quien realiza la emisión haya podido (o debido) razonablemente prever la producción de un daño en el país de recepción. La reserva es clásica. Se la halla en las normas nacionales¹⁵⁶ o en los

¹⁵² Informe mencionado anteriormente, pág. 174 (“*in fine*, la totalidad del daño se sufre en el domicilio de la persona perjudicada”). *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, de F. Dessemontet, en *Internet, which Court Decides? Which Law Applies?*, compilado por F. Boele-Woelki y C. Kessedjian, Kluwer, 1998, páginas 47 a 64, en la pág. 60 (“al final de cuentas, la violación de los derechos de propiedad intelectual, por ejemplo del autor o de sus causahabientes, se produce en un lugar determinado: el del daño patrimonial”).

¹⁵³ *Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé*, de F. Dessemontet, párrafo 28, obra mencionada en la nota 100, más arriba. H. Gaudemet-Tallon: Rev. crit. DIP 1983, pág. 676. *Droit international privé*, de Y. Loussouarn y P. Bourel, París, Dalloz, 1998, párrafo 274.

¹⁵⁴ Véase *Internet et les réseaux numériques*, informe citado anteriormente. Véase también *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, de F. Dessemontet, en *Internet, which Court Decides? Which Law Applies?*, compilado por F. Boele-Woelki y C. Kessedjian, Kluwer, 1998, páginas 47 a 64, en la pág. 60 (“al final de cuentas, la violación de los derechos de propiedad intelectual, por ejemplo del autor o de sus causahabientes, se produce en un lugar determinado: el del daño patrimonial”). Véase también la propuesta común de J. Ginsburg y F. Dessemontet, mencionada anteriormente, en la nota 140, que expone el principio de que la legislación aplicable es la del Estado “en cuyo territorio se produjo el daño consiguiente a la violación del derecho de autor”, antes de precisar: “por regla general, a los efectos de la aplicación del presente Artículo, se entenderá que el daño se produjo en el Estado en que el damnificado tiene su residencia habitual o el lugar principal de establecimiento de sus negocios”.

¹⁵⁵ *Internet et les réseaux numériques*, pág. 173, Informe mencionado más arriba, que destaca que la labor internacional actual respecto de las normas de derecho internacional privado en la materia, que deberían conducir a la elaboración de un nuevo Convenio de Roma (denominado Roma 2) respaldan el principio de la aplicación de “la legislación del país que mantiene los vínculos más estrechos con el daño, es decir una presunción que designa el país de residencia habitual del damnificado”, y precisa que las mismas normas se aplicarían en lo que hace a la elección del tribunal competente y, además, el tribunal del lugar del domicilio sería competente también para reparar la totalidad del daño sufrido.

¹⁵⁶ Véase el art. 139 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987 (“...siempre y cuando el autor del daño hubiese podido prever que el resultado se produciría en ese Estado”).

convenios internacionales,¹⁵⁷ y la doctrina la acoge favorablemente en la esfera general de la responsabilidad civil.¹⁵⁸ Por lo tanto, no resulta sorprendente que se la examine en este contexto.

98. Sin embargo, cabe preguntarse cuál sería su alcance en el entorno digital. Si se trata solamente de garantizar que quien tomó la iniciativa de la difusión podía (debía) saber que esa difusión alcanzaría un país determinado, es fácil responder que el interesado sabe muy bien (en cualquier caso, debe saber) de antemano que las redes digitales tejen su trama en todas partes, en el mundo. Si se trata de subordinar su responsabilidad a la demostración de que podía (debía) prever que se vulnerarían el derecho de autor o un derecho conexo, en un país determinado, el criterio suplementario recobra interés. Por ejemplo, permitirá excluir una legislación que rechazaría el principio de cualquier excepción al derecho exclusivo o que prolongaría la duración de la protección más allá de los plazos previstos habitualmente.

Empero, resultaría excesivo vincular el éxito positivo de la acción a la condición de que el acto sea igualmente ilícito con respecto a la legislación del país de emisión, como lo admitía antiguamente el derecho inglés en materia de responsabilidad civil, antes de su evolución en este tema. Como máximo, se podría prever solicitar al tribunal que tenga en cuenta dicha legislación para apreciar el “comportamiento del demandado”,¹⁵⁹ como prevé el Artículo 7 del Convenio de La Haya del 4 de mayo de 1971 sobre la legislación aplicable en materia de accidentes de tránsito.¹⁶⁰

Conclusiones

99. En la situación actual del derecho positivo, y teniendo en cuenta las diferencias notables que subsisten entre las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor y derechos conexos, el país de emisión no constituye una vinculación adecuada para localizar el daño en la transmisión digital. El lugar del establecimiento del responsable de la difusión ofrece una vinculación más estable, pero la legislación correspondiente no podrá regir por sí sola la violación del derecho de autor o los derechos conexos. La única solución consiste, entonces, en la aplicación acumulativa de la legislación del país de emisión y de las legislaciones de los diferentes países de recepción.

100. En el futuro, la solución mejor para favorecer la difusión de las obras y las prestaciones en las redes digitales sería la adopción de una reglamentación internacional uniforme que pudiera eliminar las distorsiones entre las legislaciones nacionales. Entre tanto, el centro de gravedad que constituyen el domicilio, la residencia o el lugar de establecimiento del titular del derecho vulnerado podrán ofrecer una vinculación adecuada, a la que sólo se

¹⁵⁷ Véase el art. 7 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la responsabilidad derivada de los productos, en que se excluye la legislación aplicable en principio “si la persona cuya responsabilidad se invoca declara que no podía razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo serían colocados en el comercio en el Estado en cuestión”.

¹⁵⁸ *Droit international privé*, de H. Battifol y P. Lagarde, párrafo 561, obra mencionada anteriormente en la nota 3 (la aplicación de la legislación del lugar en que se produjo el daño, excepto “cuando el demandado no podía prever que su acto produciría efectos en ese lugar”).

¹⁵⁹ *Juris-Classeur Droit international*, de G. Legier, fascículo 553-1, 1993, párrafo 110.

¹⁶⁰ “Con independencia de la legislación aplicable, en la determinación de la responsabilidad deberán tenerse en cuenta las normas de tránsito y de seguridad en vigor en el lugar al momento del accidente”. Véase también el Art. 9 del Convenio de 1973, antes mencionado, sobre la responsabilidad derivada de los productos.

podría añadir la condición de que el responsable de la difusión hubiese podido razonablemente prever que esa violación se produciría en el país en cuestión.

Conclusiones generales

101. No sería realista negar que las redes digitales renuevan la reflexión sobre la legislación aplicable al derecho de autor y los derechos conexos. Ya se ha superado el concepto del siglo pasado, basado en la territorialidad, puesto al servicio de un nacionalismo severo mediante la confusión incesante entre la condición de los extranjeros y los conflictos de legislación y que condujo a la elaboración del postulado, al menos implícito, de que el tribunal nacional podía aplicar únicamente su propia legislación.

102. Creer que la ubicuidad de las obras y las prestaciones en el nuevo entorno técnico impide toda vinculación territorial, sería caer en el exceso opuesto. Hoy en día las obras se burlan las fronteras. Y, aunque existe una diferencia de grado y, en ciertos aspectos, de naturaleza, entre la radiodifusión clásica y la transmisión digital, cabe constatar que lo que interesa al público no es una realidad virtual e impalpable, sino unas obras y unas grabaciones que en algún momento se encarnan en una realidad sensible y, por lo tanto, material. Con independencia de lo que se haya dicho, no es absurdo pensar en unas vinculaciones relacionadas con el lugar de emisión o el lugar de recepción. Cabe añadir que la emisión es el producto de un operador y que la recepción podrá vulnerar el derecho exclusivo de un autor o de un titular de derechos conexos, personas que pueden localizarse en el lugar de su domicilio, residencia o establecimiento.

103. La aplicación de la legislación del país de la protección, tal como la formula el Artículo 5.2) del Convenio de Berna, sigue siendo un punto de partida adecuado. Un instrumento internacional, bajo la égida de la OMPI, podría aclarar el papel de esta legislación, al precisar, por una parte, que la legislación del contrato rige únicamente las condiciones de formación de ese contrato y las obligaciones personales de las partes, excluyendo las condiciones de adquisición particulares del derecho y su contenido y, por la otra, que la legislación del país de la protección rige el conjunto de las cuestiones que plantea el derecho de autor o los derechos conexos; el recurso a la legislación del país de origen se admitirá sólo en las hipótesis previstas expresamente en los convenios internacionales, con la salvedad de tener en cuenta los derechos adquiridos regularmente en un país distinto del país de la protección.

104. Si se trata de localizar la violación del derecho, no constituye un problema la imposibilidad de una vinculación territorial, sino la dificultad de elegir entre unas vinculaciones regidas, cada una de ellas, por una lógica propia y que pueden combinarse infinitamente. No obstante sus ventajas, deberá excluirse la legislación del país de emisión, si se examina la emisión tanto desde el punto de vista técnico (el lugar en que se realiza el acto físico de la carga), como desde el punto de vista jurídico (el lugar de establecimiento de quien realiza la emisión). La solución más respetuosa de los principios, teniendo en cuenta la especificidad del derecho de autor y los derechos conexos, consiste en la aplicación de la legislación del país de emisión, para reparar la totalidad del daño, y en la aplicación distributiva de las legislaciones de los distintos países de recepción, para reparar el daño sufrido en cada uno de esos países. El instrumento internacional mencionado más arriba podría aportar precisión en este sentido.

105. Mientras se espera una hipotética armonización internacional, para la que la OMPI podría continuar la labor, la adopción de una reglamentación internacional uniforme, que podría fundarse en la “*lex mediatica*”, la mejor solución alternativa para paliar los inconvenientes de esa vinculación consistiría en aplicar la legislación del país en que se hallan el domicilio, la residencia o el establecimiento del titular del derecho vulnerado, con la reserva de la posibilidad de previsión para quien realiza el daño en ese país.

[Fin del documento]