

OMPI



S

GCPIC/2

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 30 de noviembre de 1999

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
GINEBRA

**GRUPO DE CONSULTORES SOBRE LOS ASPECTOS DEL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RELATIVOS A LA
PROTECCIÓN DE OBRAS Y OBJETOS DE DERECHOS
CONEXOS TRANSMITIDOS A TRAVÉS DE 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

Por

*la Sra. Jane C. Ginsburg, profesora (patrocinada por Morton L. Janklow)
de Derecho de la Propiedad Literaria y Artística de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Columbia, Nueva York*

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	EL “PAÍS DE ORIGEN” Y LA PUBLICACIÓN COMO PUNTO DE VINCULACIÓN EN UN MUNDO DIGITAL	4
A.	La “publicación” en las redes digitales	5
B.	El “país de origen” y el impacto de la “publicación” en Internet	6
	<i>Recomendación relativa al “país de origen”</i>	8
III.	LA ELECCIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EN LOS EE. UU. Y LA UE	8
A.	La competencia judicial en los EE. UU	9
1.	La competencia general	9
2.	La competencia especial	10
a.	La puesta a disposición de una obra en el ámbito de la jurisdicción según el principio de los “contactos mínimos”	11
b.	La puesta a disposición de una obra en el ámbito de la jurisdicción	13
3.	El alcance territorial de la demanda	15
4.	<i>Forum non conveniens</i>	17
B.	La competencia judicial en la UE	18
1.	La competencia respecto de un demandado de la UE: el alcance de la acción	18
2.	La competencia respecto de un demandado ajeno a la UE	20
C.	El reconocimiento y la ejecución de las sentencias	21
1.	de los tribunales de la UE, por otros tribunales de la UE	21
2.	de los tribunales ajenos a la UE, por los tribunales de la UE	22
3.	por los tribunales de los EE.UU	22
	<i>Recomendación relativa a la elección de la jurisdicción</i>	23
IV.	LA ELECCIÓN DEL DERECHO: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR	24
A.	La autoría y la titularidad en virtud del Convenio de Berna	24
B.	Las normas del derecho internacional privado sobre la elección del derecho	27

1. La titularidad inicial	28
2. Las cesiones de la titularidad	31
a. El principio básico: la <i>lex contractus</i>	31
b. Las desviaciones del principio de la <i>lex contractus</i>	32
i. La caracterización	33
ii. Las excepciones de orden público	34
 <i>Recomendación Relativa a la elección del derecho: la titularidad del derecho de autor</i>	 35
 V. LA ELECCIÓN DEL DERECHO: LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR	 36
A. ¿Prevalece la territorialidad?	37
B. Las alternativas a la territorialidad	39
1. El ejemplo estadounidense de la “copia de raíz”	39
2. Otros puntos de vinculación	42
a. El acto de inicio	42
b. El lugar de residencia del autor	44
c. Varios puntos de vinculación	45
3. Territorialidad <i>bis</i> : la presunción de aplicación de la <i>lex fori</i>	47
 <i>Recomendación relativa a la elección del derecho: la infracción del derecho de autor</i>	 48
Reconocimientos	49

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio se ocupa de varios problemas del derecho internacional privado del ámbito del derecho de autor y los derechos conexos (en adelante, denominados en conjunto “derecho de autor”), cuya solución tradicional Internet ha cuestionado. Una premisa importante en el derecho de autor, ejemplificada por la interpretación tradicional del artículo 5.2) del Convenio de Berna, consiste en que la protección por derecho de autor es de naturaleza territorial: cada país, dentro de las prescripciones sustantivas mínimas que impone el Convenio, fija el alcance de la protección por derecho de autor (incluidas las excepciones y las limitaciones a los derechos exclusivos) y los recursos disponibles en caso de infracción. Es decir, el Convenio de Berna impone un nivel mínimo, pero los países miembros podrán variar el límite máximo. Ahora que los medios digitales posibilitan la comunicación instantánea y mundial de las obras de autor, los enfoques del derecho de autor en el ámbito internacional, que varían según el territorio, se ven sometidos a una tensión considerable.

Un episodio del tipo *fait divers* ayuda a ilustrar el problema. El ex Presidente de Francia, François Mitterrand falleció en enero de 1996. Pocos días después de su muerte, quien fuera su médico personal publicó unas memorias, tituladas *Le Grand Secret* (El gran secreto), en que divulgaba información que, según sostenía la familia de Mitterrand, violaba el derecho a la intimidad después de la muerte del Presidente fallecido, en virtud del derecho francés. La familia obtuvo una orden judicial que prohibía la divulgación del libro, que se retiró rápidamente de la circulación. Sin embargo, antes de que todos los ejemplares desaparecieran de las librerías, el empresario de un “café del ciberespacio”, en una ciudad francesa de provincia, adquirió un ejemplar, reconoció por escáner las 190 páginas y publicó los archivos de imagen en un sitio de Internet; así puso la obra a disposición de quienquiera en el mundo que dispusiera del acceso a Internet. Frente a las amenazas de la familia Mitterrand, el empresario eliminó el material del servidor francés, pero pronto pudo encontrarse *Le Grand Secret* en unos sitios Web de los EE.UU., el Canadá y el Reino Unido.¹ Ahora supongamos que el editor del médico procurase hacer valer el derecho de autor en lo que atañe a *Le Grand Secret*. ¿Contra quién entablaría la demanda? ¿En qué jurisdicciones? ¿Qué legislación en materia de derecho de autor aplicaría?

II. EL “PAÍS DE ORIGEN” Y LA PUBLICACIÓN COMO PUNTO DE VINCULACIÓN EN UN MUNDO DIGITAL

El Convenio de Berna ofrece unos criterios elásticos en lo relativo a las condiciones que han de cumplirse para obtener la protección en virtud del tratado. Existen dos puntos de vinculación principales: 1) el autor es un nacional de un país parte en el Convenio de Berna o reside en él, o 2) el país de la primera publicación o la publicación “simultánea” (en un plazo de treinta días contados a partir de la primera publicación) es parte en el Convenio de Berna.² Así pues, el Convenio promueve la manipulación de los puntos de vinculación para aumentar

¹ Véase *Internet contourne la censure du livre du docteur Gubler*, de Michel Alberganti y Hervé Morin; en *Le Monde* del 25 de enero de 1996; *Le droit de l'Internet existe, personne ne l'a rencontré*, de Paul-André Tavoillot; en *La Tribune* del 25 de enero de 1996, en la pág. 6, columna 1; y *Besançon, site sismique*, de David Dufresne; en *Le cahier multimédia de libération*, del 26 de enero de 1996, en las páginas I y II.

² Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (texto de 1971), 1161 C.T.N.U. 3, artículo 3 (en adelante, Convenio de Berna).

las posibilidades de que los autores queden cubiertos por el Convenio de Berna. Como consecuencia de ello, los autores de los países que forman parte de la Unión, podrán obtener la protección que prevé el Convenio en la medida en que publiquen la obra en un país parte en el Convenio, en un plazo de treinta días contados a partir de la primera publicación.³ Gracias a ello, por ejemplo, durante el período prolongado en que los EE.UU. se mantuvieron al margen de la Unión de Berna,⁴ las obras estadounidenses pudieron, no obstante, reivindicar la nacionalidad en virtud del Convenio, mediante la publicación “simultánea” en el Canadá.

Sin embargo, la manipulación del punto de vinculación no fue un recurso disponible para todos los autores que la Unión no abarcase, al menos no para aquellos que no pudieran permitirse adoptar la residencia en un país parte en el Convenio ni la publicación simultánea en uno de esos países. No obstante, Internet puede facilitar considerablemente el acceso a los puntos de vinculación, pues aparentemente la publicación de una obra en Internet podría constituir una publicación simultánea en todos los países en que los usuarios disponen de acceso a Internet. Llego a esta conclusión sobre la base de la definición de “obras publicadas” que brinda el artículo 3.3) del Convenio de Berna, que dispone que una obra se considerará “publicada” siempre que los ejemplares se pongan a disposición del público de una manera que satisfaga razonablemente sus necesidades. No constituirán publicación una interpretación o ejecución ni una exposición públicas.⁵

A. La “publicación” en las redes digitales

Si se interpreta que los “ejemplares” incluyen las reproducciones temporales en RAM (la memoria temporal de un ordenador), entonces la publicación de una obra en un sitio Web pone los “ejemplares” a disposición de quienquiera disponga de acceso a ese sitio.⁶ Aunque se interpretara que a los efectos del artículo 3.3) el término “ejemplares” significa las incorporaciones de carácter más permanente, la puesta a disposición de una obra en un sitio Web también podría constituir una publicación, pues el público que la descarga podrá almacenar la obra en un formato de carácter más permanente, tal como un disco rígido, un disco flotante o una impresión. A su vez, ello significaría que la publicación “simultánea” se produce en cada país del mundo en que se dispone de acceso a Internet. Puesto que más

³ Si bien el concepto de la publicación simultánea ya existía en el texto de 1886 del Convenio de Berna, no se definió hasta la Revisión de Bruselas de 1948, al adoptarse una propuesta de Finlandia en lo relativo al período de gracia de treinta días. Véase *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, de Sam Ricketson, en la pág. 193 (1987). [En adelante, Ricketson].

⁴ Los EE.UU. enviaron un representante a la Conferencia de 1886, pero no pasaron a ser parte en la Unión hasta 1989. Véase *ídem*, páginas 922-23.

⁵ Históricamente, la exclusión de los modos efímeros de comunicación del alcance del concepto de publicación se explicó por motivos relativos a la prueba. Se sostenía que resultaría difícil evaluar en qué país se había producido efectivamente la primera interpretación o ejecución pública de una obra. Asimismo, se sostenía que, como una cuestión de política, si se facilitaba demasiado el acceso a la protección ofrecida por el Convenio para los autores que no formaran parte de la Unión, mediante una definición más amplia de “publicación”, no existiría incentivo alguno para que los Estados se adhirieran a la Unión. Para evaluar estas distintas opiniones, véase Ricketson, nota 3, *supra*, páginas 191 y 192.

⁶ Véase, por ejemplo, la Ley 17 U.S.C. § 117 (1994); *Mai contra Peak*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993); la Directiva del Consejo 91/250, de 1991, Diario Oficial (L.122) 42, art. 5; *Copyright for the Digital Era: The WIPO “Internet” Treaties*, de Mihály Ficsor, 21 Colum.-Vla J. L. & The Arts 197, 203-07 (1997).

de 130 de ellos son países miembros de la Unión de Berna,⁷ una obra divulgada en primer lugar en Internet cumpliría automáticamente con las condiciones necesarias para quedar cubierta por el Convenio de Berna, con independencia de la nacionalidad de su autor.

El segundo aspecto de la definición del acto de “publicación”, la exigencia de que la cantidad de ejemplares “puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades”, también resulta de importancia vital a la luz de las transmisiones digitales. Internet representa el punto culminante en el pasaje entre un esquema de comunicación de las obras a un público de receptores pasivos de una distribución o una interpretación o ejecución, y un esquema en que las redes ofrecen principalmente una consulta interactiva de las obras por iniciativa de ese mismo público.⁸ Las cuestiones relacionadas con la efectividad del acto de “poner las obras a disposición del público” y lo que constituye una cantidad razonable para satisfacer las necesidades del público, planteadas anteriormente por la aparición de las obras cinematográficas,⁹ asumen un significado nuevo en el mundo digital, pues se eliminan los intermediarios y el acceso pasa a ser inmediato, individual e instantáneo. De hecho, la publicación de cualquier obra en un sitio Web puede satisfacer los requisitos relativos a las “necesidades razonables” en materia de publicación y, por ello, permitir que la obra pueda ser objeto de la protección del Convenio de Berna. Empero, si la puesta a disposición en línea constituye una “publicación”, ¿cuál es o cuáles son el punto/los puntos de vinculación concretos? ¿Dónde se produce la publicación cuando la obra se publica en un sitio Web? ¿En el país desde el cual el autor publicó la obra? ¿En el país en que se encuentra el servidor anfitrión? ¿En el país en que los usuarios descargan la obra? ¿En todos ellos? Determinar el lugar de publicación en las redes digitales podrá exigir la realización de una elección clara entre los varios puntos de vinculación generados por la difusión digital.

La importancia del concepto de “publicación” y de especificar el punto o los puntos de vinculación no se limita a establecer si una obra quedará protegida por el Convenio de Berna. La “publicación” es fundamental también en lo que respecta al concepto de “país de origen” en el tratado, que resulta pertinente a varias cuestiones relativas a la protección internacional de las obras de autor.

B. El “país de origen” y el impacto de la “publicación” en Internet

El impacto de la publicación en Internet sobre la caracterización elástica del “país de origen” en el Convenio de Berna es particularmente importante en dos contextos: las obras locales y la duración de la protección. En primer lugar, recordemos que el Convenio de Berna exime explícitamente a los miembros de la Unión de la concesión del nivel de protección

⁷ Al mes de octubre de 1998, 131 países eran parte en el Convenio de Berna. Véase *Contracting Parties of Treaties Administered by WIPO, Berne Convention*, en <<http://www.wipo.org/eng/ratific/e-berne.htm>> (visitado el 13 de octubre de 1998).

⁸ En *Quel droit pour le cyberspace?*, de Pierre Trudel; *Légipresse*, marzo de 1996, núm. 129,II, pág. 10, se podrá encontrar una explicación del nuevo entorno de comunicación creado por el avance de Internet.

⁹ La satisfacción de los requisitos en materia de publicación en el contexto de las obras cinematográficas generó un debate amplio acerca de su modo de distribución y en lo relativo a qué constituía una cantidad razonable, en esas circunstancias. ¿Era suficiente la comunicación de un ejemplar al distribuidor o era necesario llegar a la etapa de la exhibición para que se produjese la publicación de la película? Puesto que el texto de la definición parece indicar que lo que importa es la disponibilidad, los comentaristas han resuelto la ambigüedad en favor de la etapa de comunicación a quien la exhibe. Véase Ricketson, nota 3, *supra*, pág. 184; y *La Notion de Publication dans les Conventions Internationales*, de S. Durrande, 111 RIDA 73, 106 (1982).

previsto en el Convenio, para las obras de autor *locales* de sus miembros.¹⁰ Un miembro de la Unión cumple con las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio de Berna si confiere a las obras *ajenas* a la Unión de Berna una protección acorde con el nivel mínimo prescrito en Convenio. Es probable que con la publicación universal y simultánea por conducto de Internet pueda considerarse toda obra de autor como una obra local en cada país de la Unión de Berna. Paradójicamente, de ser así, los niveles mínimos de protección prescritos por el Convenio de Berna podrían no resultar aplicables en ningún caso, pues no existirían obras extranjeras.

Otra posibilidad consiste en aplicar el artículo 5.4) del Convenio y concluir que, no obstante la primera publicación en varios países, el “país de origen” es aquel cuyo plazo de protección es el más corto. Como veremos, sin embargo, también ello genera problemas. Éstos surgen del “principio del plazo más corto”, del artículo 7.8). De conformidad con este principio, si el plazo en el país de origen es más corto que en el país en que se reclama la protección, se aplicará el plazo del país de origen, antes que el del país de la protección. Empero, si debe aplicarse el precepto del artículo 5.4) que establece que, en caso de ser varios los países de la primera publicación, el “país de origen” es aquel cuyo plazo es el más breve, entonces, corresponderá el plazo más breve a todas las obras.

Estas anomalías sugieren que el concepto de “publicación” en Internet debería limitarse a un único país de la Unión de Berna: pero, ¿cuál? Podría designarse como país de la primera publicación aquel desde el cual el autor comunicó la obra al servidor, aunque esta caracterización presenta algunas desventajas. En primer lugar, es posible que ese país guarde poca relación con la obra, pues el autor podrá cargar la obra desde un ordenador equipado con un módem, en cualquier lugar del mundo (incluidos los países en que el autor se encuentra meramente de viaje). En segundo lugar, la obra aún no se encuentra disponible al público hasta tanto no llegue a su lugar de residencia en el sitio Web al que los miembros del público accederán. A su vez, ello sugiere que el país de la primera publicación es aquel desde el cual la obra pasa a estar a disposición del público por primera vez; es decir, el país en que es posible localizar el sitio Web mediante el cual los miembros del público (dondequiera que estén) tienen acceso a la obra.

No obstante, esta elección tampoco está exenta de problemas. A diferencia de los países de la primera publicación tradicional, física, en que los autores o los editores organizan conscientemente el centro económico de explotación de su obra, el país en que se encuentra el servidor que acoge el sitio Web podría resultar completamente indiferente para el autor. Además es posible que el usuario de la red que carga o descarga la obra ni siquiera conozca la ubicación del sitio Web o de su servidor anfitrión. No sólo el criterio de la ubicación física del servidor Web no es pertinente, sino que la ubicación del establecimiento comercial efectivo del operador del sitio Web podría ser insignificante en la elección que de ese sitio haga el autor para difundir la obra. Es decir, si las condiciones de publicación son las mismas con independencia de la ubicación geográfica del establecimiento comercial del operador del sitio Web, entonces, la relación del país con la publicación parecería ser puramente fortuita. En cambio, si existe una relación entre las condiciones de publicación en un sitio Web determinado y el lugar de establecimiento comercial del sitio Web, la elección de ese sitio Web entraña el mismo tipo de decisión que la que los autores toman para las publicaciones

¹⁰ Convenio de Berna, artículos 5.1) y 5.3).

convencionales; en ese caso, el país de la “primera publicación” debería ser aquel donde se encuentra el establecimiento efectivo del operador del sitio Web.

Recomendación relativa al “país de origen”

Cuando un autor publica en una página Web de un tercero, cuyo operador representa un papel análogo al de un editor tradicional, debería considerarse como país de origen aquel donde se encuentra el establecimiento comercial del sitio Web. En ausencia de ese tipo de relación entre el autor y el operador del sitio Web, aún podría considerarse como país de origen el lugar donde se encuentra el establecimiento comercial del operador, si el autor también es un residente de ese país o tiene algún otro contacto significativo con él. En efecto, para establecer el país de origen, buscamos el país que mantiene la relación más significativa con el acto de puesta a disposición del público de la obra.¹¹

Como alternativa, habida cuenta de la posible dificultad para discernir cuál podría ser ese país, la atención podría dirigirse hacia el país de residencia del autor (o, en el caso de varios autores, aquel en que reside la mayoría de los coautores). Sin embargo, este criterio no figura actualmente en el Convenio de Berna; el texto de 1971 ofrece como punto de vinculación¹² sólo el país del que el autor es nacional. No obstante, si bien interpolar este punto de vinculación podría exigir una adición al texto, antes que una simple interpretación del mismo, en muchos casos la residencia del autor podría ofrecer, en un mundo digital, un punto de vinculación que guarda una relación más significativa con la explotación de la obra que la de los otros criterios más tradicionales.

III. LA ELECCIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EN LOS EE.UU Y LA UE

En el ejemplo de la publicación de *Le Grand Secret* desde Francia a los sitios Web en los Estados Unidos y el Reino Unido, el objetivo del titular de derecho al entablar una acción por infracción es concentrar el mayor número de partes y de demandas en una única jurisdicción. ¿En qué tribunal podrían los editores franceses obtener la competencia respecto de la persona del nacional de Francia que dio origen a la comunicación? ¿Respecto del operador del sitio Web estadounidense? ¿Respecto del operador del sitio Web del Reino Unido? ¿Respecto del servicio comercial de conexión a la red (de haberlo) que administra el sitio Web?¹³ Examinaremos estas preguntas desde el punto de vista de los principios de competencia judicial de los EE.UU y la UE, como un método para ilustrar las cuestiones relativas a la elección de la jurisdicción, que se plantean en relación con la utilización de Internet.

¹¹ De conformidad con la Ley estadounidense 17 U.S.C. § 104A(h)(C)(ii) (si la obra se ha publicado simultáneamente en dos o más países, el “país de origen” es el país “que mantiene los contactos más significativos con la obra”).

¹² Véase el artículo 5.4) del Convenio de Berna (sin embargo, el Convenio incluye la “residencia habitual” del “productor” de una obra cinematográfica).

¹³ Otra cuestión distinta es la pregunta relativa a si existe fundamento para atribuir al operador del sitio Web o del servicio de conexión a la red una eventual responsabilidad directa o indirecta por infracción del derecho de autor.

A. La competencia judicial en los EE.UU. en las demandas que surgen de los sitios Web extranjeros.

En los EE.UU. han surgido causas en un contexto interestatal de litigio, antes que internacional: el tribunal decide si tiene competencia respecto de un demandado de otro Estado de los EE.UU. Sin embargo, los principios que los tribunales han aplicado en esos casos regirían también las demandas relativas a los sitios Web situados fuera de los EE.UU. En gran medida, los tribunales estadounidenses han concluido que los principios existentes de la competencia respecto de la persona solucionan adecuadamente las controversias relativas a la facultad del tribunal de obligar a un demandado de otro Estado a comparecer ante él cuando la conexión de ese demandado con el Estado surge de sus actividades en Internet.

1. La competencia general

¿Cuáles son esos principios existentes? La Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo que la cláusula constitucional relativa a las garantías procesales exige la existencia de un nexo, entre el demandado y la jurisdicción, suficiente para justificar el ejercicio del poder judicial por el Estado con respecto al demandado de otro Estado.¹⁴ Las consideraciones tanto de justicia hacia los demandados, como de respeto por la soberanía del Estado hermano son el fundamento de este requisito. Por lo general, un tribunal tendrá una “competencia general” respecto de un demandado que bien reside en el ámbito de la jurisdicción, bien “desempeña una actividad comercial” de manera “sistemática y continua” en ese ámbito.¹⁵ La competencia general faculta al tribunal a entender en las pretensiones contra el demandado, con independencia de si la pretensión surgió de una actividad relacionada con el ámbito de la jurisdicción.¹⁶ En nuestra hipótesis, si los editores franceses hubieran entablado su acción por derecho de autor contra el operador del sitio Web estadounidense o el servicio de conexión a la red, tal como America Online (“AOL”), en Virginia, habría correspondido al tribunal federal de Virginia la competencia general respecto de esa parte, pues se trata del Estado en que se constituyó la sociedad comercial del demandado, o el lugar principal en que desempeña su actividad comercial. Por lo tanto, tendría competencia no sólo para entender en las demandas surgidas de la distribución en los EE.UU. de la obra protegida por derecho de autor, sino también en las demandas surgidas de la distribución de la obra en otros países. Pero, ¿y el operador del sitio Web del Reino Unido, y el nacional de Francia?

¹⁴ Véase, por ejemplo, *International Shoe Co. contra Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Respecto de los principios de la competencia respecto de la persona, aplicados a las causas sobre propiedad intelectual, véase, por ej., *Intellectual property*, de Peter Trooboff, en *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, de Campbell McLachlan y Peter Nygh, páginas 125 y 141 a 154 (1996).

¹⁵ Véase, por ejemplo, *Haelan Prods. Inc. contra Beso Biological Research, Inc.* 43 U.S.P.Q.2d 1672 (E.D. La. 1997).

¹⁶ Véase *Federal Practice and Procedure*, de Charles Alan Wright y Arthur R. Miller, páginas 1065 a 67 (segunda edición, 1987). Este fundamento de la competencia judicial se reconoce, generalmente, también fuera de los Estados Unidos. Véase también la Ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 2ª sección, art. 5.2), 1978, Diario Oficial 1978 (L304) 77; *Comparative Law: Cases, Texts, Materials*, de Rudolf B. Schlesinger, pág. 383 (1988). Convenio de las Comunidades Europeas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 27 de septiembre de 1968, 8 I.L.M. 229, artículos 2 y 5.3) [en adelante, el Convenio de Bruselas] (la competencia judicial en el ámbito de la Unión Europea).

2. La competencia especial

Cuando los contactos del demandado con el estado son menos intensivos que los de un demandado que “desempeña su actividad comercial” en el ámbito de la jurisdicción, un tribunal tendrá “competencia especial” para entender sólo en las causas que surjan del contacto del demandado con los actos relacionados con el Estado en que se encuentra la jurisdicción, en la medida en que el demandado tenga “ciertos contactos mínimos con [esa jurisdicción], de manera que la sustanciación del juicio no vulnere los ‘conceptos tradicionales del juego limpio y la justicia efectiva.’”¹⁷ Existirán unos “contactos mínimos” con el ámbito de la jurisdicción si se ha realizado “algún acto por el cual el demandado se vale intencionalmente del privilegio de desempeñar actividades en el Estado de la jurisdicción e invoca, con ello, los beneficios y las protecciones de sus normas”.¹⁸ Por lo que hace a las demandas por infracción del derecho de autor, si bien la competencia respecto del objeto de una acción por derecho de autor es exclusivamente federal,¹⁹ inicialmente, los tribunales federales procuran que las normas relativas a la competencia respecto de las partes surjan del derecho del Estado de la jurisdicción.²⁰

Al aplicar esos principios a las partes británica y francesa, el tribunal centraría su atención en el lugar del perjuicio. Podrá entenderse como el lugar del perjuicio, bien el lugar donde se originó el perjuicio, bien aquel donde produjo sus efectos. Mediante la primera caracterización, los demandados no residentes podrían ser sometidos a juicio en el punto de origen de la comunicación.²¹ Ello plantea el problema de localizar el origen de la comunicación. Según una opinión, la comunicación de *Le Grand Secret* se originó en Besanzón (Francia), desde donde el empresario del café del ciberespacio la envió a los sitios Web de los EE.UU. y el Reino Unido. Sin embargo, desde el punto de vista económico, este punto de origen parece algo fortuito: la comunicación no pasa a ser accesible (y, por lo tanto, económicamente amenazadora) hasta tanto se haya recibido en el sitio Web. Causa el daño presunto la disponibilidad pública de la obra para su acceso y descarga del sitio Web, no del ordenador en el hogar o en el café del nacional de Francia (quien, de todos modos, lo eliminó de su servidor).²² Desde el punto de vista de los miembros del público que procuran obtener *Le Grand Secret*, el sitio Web estadounidense es el centro de distribución de la obra.²³ De

¹⁷ International Shoe Co. contra Washington, 326 U.S. 310, 316 (1945).

¹⁸ Hanson contra Denckla, 357 U.S. 235,253 (1958).

¹⁹ 28 U.S.C. § 1338 (1994).

²⁰ Véase Fed R. Civ. P.4. Si bien aún no lo ha hecho, el Congreso podría sancionar unas normas nacionales de competencia judicial. Sin embargo, si la demanda surge en virtud de la legislación federal, y en ausencia de los contactos mínimos con cualquier Estado, corresponderá a un tribunal federal la competencia respecto de un demandado cuyos contactos globales con los Estados Unidos satisfagan los niveles constitucionales necesarios para fijar la competencia respecto de la persona. Véase ídem 4(k)(2).

²¹ La opinión que prevalece en los Estados Unidos y el exterior es que el demandante podrá entablar la acción por la comisión de un ilícito bien donde se originó el perjuicio, bien donde produjo sus efectos. Véase, por ejemplo, Wright y Miller, nota 16, *supra*, § 1069; Schlesinger, nota 16, *supra*, en la pág. 391; *Droit International Privé*, de Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, páginas 713 a 726 (1987); Convenio de Bruselas, nota 16, *supra*, art. 5.3); Causa 68/93, Sheville contra Presse Alliance, S.A., 1995 E.C.R. 289 y 20.

²² De conformidad con Summers contra The Washington Times, 21 Med. L. Rep 2127 (D.D.C. 1993), citado en Givens contra Quinn, 877 F. Supp 485, 491 (W.D. Mo. 1994) (en una acción por calumnias, se sostuvo que la “publicación” se produjo no cuando la fuente del periódico envió las declaraciones consideradas infamantes al periódico, sino cuando la calumnia presunta pasó a estar “disponible al público en general”).

²³ De conformidad con Compuserve, Inc. contra Patterson, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996) (en Ohio, la competencia respecto de la persona de un demandado no residente, en una sentencia declaratoria, se justificó porque, *inter*

este modo, la competencia de un tribunal estadounidense respecto del operador del sitio Web estadounidense y del nacional de un país extranjero que envió deliberadamente la obra a ese sitio sería adecuada en el ámbito del servidor en los EE.UU. El alcance territorial de la demanda abarcaría no sólo las distribuciones de la obra a los usuarios de los EE.UU., sino las distribuciones a los usuarios extranjeros que tienen acceso al sitio Web estadounidense y descargan material de él.

Ello nos conduce al fundamento último de la competencia judicial en los EE.UU.: el ámbito de jurisdicción como el lugar en que el perjuicio produce sus efectos. En nuestra hipótesis, el titular de derecho de autor haría valer el fundamento de la competencia respecto de la persona en un tribunal estadounidense contra el operador del sitio Web británico. Aquí, a diferencia del caso del operador del sitio Web estadounidense, no existe un “centro de distribución” en los EE.UU. Aunque podría haber recepción en los EE.UU., suponiendo que los usuarios estadounidense hubieran contactado el sitio británico, antes que el de los EE.UU., para obtener la obra. En cualquier caso, una vez que una obra se encuentra en la red, está disponible en todo el mundo, con independencia de la ubicación física del servidor.

a. La puesta a disposición de una obra en el ámbito de jurisdicción, según el principio de los “contactos mínimos”

La disponibilidad del material ¿es suficiente para justificar el ejercicio de la competencia respecto de la persona del operador del sitio Web, que no es estadounidense? Por lo general, la jurisprudencia cambiante de los EE.UU. sobre la competencia respecto de los demandados extranjeros que desempeñan actividades comerciales relacionadas con Internet (que no se limita a los casos de infracción del derecho de autor) no ha sostenido que la mera posibilidad de acceder, desde el ámbito de la jurisdicción, a los sitios Web de otro estado fuese suficiente para atribuir la competencia respecto de la persona de sus operadores. Antes bien, en las decisiones se examina la relación del sitio Web con la demanda, y el grado de interacción que el sitio Web permite con los residentes del ámbito de jurisdicción. La jurisprudencia considera que podrán someterse a una competencia especial los demandados que se valen de medios electrónicos para realizar transacciones comerciales en el ámbito de la jurisdicción,²⁴ o que utilizan el sitio Web para promocionar servicios comerciales en el ámbito de la jurisdicción (o en el mercado nacional, sin intentar excluir el ámbito de jurisdicción de su actividad de promoción en toda la nación).²⁵ Por oposición, los tribunales han denegado la

alia, el demandado enviaba periódicamente soporte lógico a Compuserve para su distribución por su red de programas compartidos).

²⁴ Véase, por ejemplo, Patterson, 89 F 3d 1257 (durante un período prolongado, un demandado de Texas utilizó el servidor del demandante, en Ohio, para distribuir productos de soporte lógico y ello justifica el sometimiento a la acción entablada en Ohio en que se declaró que el soporte lógico que el demandante distribuye en su red no infringe los derechos que surgen de la marca o del derecho de autor que asisten al demandado); véase también Resuscitation Technologies, Inc. contra Continental Health Care Corp., 1997 U.S. Dist. Lexis 3523 (S.D. Ind., 24 de marzo de 1997) (la correspondencia electrónica desde y hacia el ámbito de jurisdicción, relativa a las inversiones en una sociedad de otro Estado se consideraron suficientes para aplicar el principio de los contactos mínimos en lo relativo a las “transacciones comerciales”).

²⁵ Véase, por ejemplo, Hasbro, Inc. contra Clue Computing, Inc. 994 F. Supp 34 (D. Mass. 1997) (el demandado promueve su actividad comercial en el mercado nacional, no evita la promoción entre los clientes que pertenecen al ámbito de la jurisdicción y hace alarde de un cliente importante, que es una sociedad perteneciente al ámbito de la jurisdicción); Humphry contra Granite Gate, 568 N.W2d 715 (Minn. Ct. App. 1997) (El Fiscal General del Estado entabló una demanda contra la actividad comercial de juegos de azar por Internet de Belice/Nevada, al alegar que la publicidad del sitio Web, que describía la operación como “lícita” era engañosa; el tribunal

aplicación de la competencia respecto de la persona de los operadores de los sitios Web que constituyen publicidades “meramente pasivas”.²⁶

Un litigio del distrito meridional de Nueva York ofrece un ejemplo del enfoque del “sitio Web meramente pasivo” en lo que hace a las publicaciones en Internet. Se refería a un sitio Web de Misuri en que se hacía publicidad a un club local de *jazz* denominado Blue Note. Podía accederse al sitio Web desde Nueva York, donde se encuentra el famoso club de *jazz* Blue Note, la parte actora. El juez del tribunal en que se celebró el juicio sostuvo que “la creación de un sitio, como la colocación de un producto en la corriente comercial, puede percibirse en todo el país -o aun en todo el mundo- pero, sin otro agregado, no constituye un acto dirigido deliberadamente hacia el Estado en que se encuentra la jurisdicción.”²⁷ En esa causa, el tribunal destacó que los usuarios de Internet no podían adquirir entradas para los espectáculos del Blue Note de Misuri por conducto del sitio Web; para adquirir entradas o asistir al espectáculo deberían viajar a ese Estado. Por lo tanto, el sitio Web realizaba una publicidad que llegaba a los neoyorquinos (y a quienquiera tuviese acceso a Internet), pero no iniciaba una transacción con esos usuarios.

Por el contrario, en uno de los primeros dictámenes sobre la competencia en el entorno de Internet, un tribunal federal de distrito en Connecticut sostuvo que el principio de los contactos mínimos se cumplía cuando el sitio Web de un productor de soporte lógico no sólo llegaba a los residentes de Connecticut, sino que los invitaba a comunicarse telefónicamente mediante un número gratuito, para realizar los pedidos de compra.²⁸ El tribunal de Connecticut no indagó si se había producido alguna transacción mediante el número telefónico gratuito, ni siquiera si los residentes de Connecticut que dispusieran de acceso a Internet efectivamente se habían conectado con el sitio Web del demandado. Aparentemente,

dictaminó aprovechamiento deliberado, por el “propósito del demandado de procurar clientes en un área geográfica muy vasta”).

²⁶ Véase, por ejemplo, *Cybersell, Inc. contra Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997) (demanda relativa a una marca: la publicidad del sitio Web de una empresa de asesoramiento comercial de Florida promocionaba “servicios profesionales para la World Wide Web”, e invitaba a los clientes a llamar a un número telefónico en Florida o dirigirse por correo electrónico a los demandados; el tribunal sostuvo que un sitio Web pasivo, en sí mismo, no es suficiente para cumplir con el requisito de los contactos mínimos; los dictámenes previos establecieron una diferencia por haber supuesto “algo más que indicar que el demandado dirigió su actividad deliberadamente (si bien electrónicamente) y en forma notable hacia el Estado en que se encuentra la jurisdicción.” El demandado “no realizó acto alguno para alentar a las personas de Arizona a acceder a su sitio” y, aparentemente, no contaba con clientes de Arizona ni con mensajes procedentes de Arizona (a parte de los del demandante)); *Transcraft Corp. contra Doonan Trailer Corp.*, 45 U.S.P.Q. 2d 1097 (N.D.Ill. 1997) (si bien el sitio Web invita a formular preguntas por correo electrónico, los hechos no afirman que los residentes del ámbito de la jurisdicción se hayan dirigido al sitio Web por correo electrónico, ni que “se previera específicamente que el sitio Web llegara a los residentes [del ámbito de la jurisdicción]”; ni que el demandado haya alentado a establecer contactos con el ámbito de la jurisdicción).

²⁷ *Bensusan Restaurant Corp. contra King*, 937 F. Supp. 295, 301 (S.D.N.Y. 1996), concedido con fundamentos distintos, 126 F.3d 25 (2d Cir. 1997).

²⁸ Véase *Inset Sys., Inc. contra Instruction Set, Inc.*, 973 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996). Véase, sin embargo, el comentario de Richard S. Zembeck, *Jurisdiction and the Internet: Fundamental Fairness in the Networked World of Cyberspace*, 6 Alb. L.J. Sci. & Tech.339, 367-75 (1996) (en que se trazan analogías entre los litigios relativos a la publicidad interestatal y los números gratuitos; se sostuvo que ni la publicidad ni el número gratuito, por sí mismos, son suficientes para satisfacer el criterio de los contactos mínimos); de conformidad con *Federalism in Cyberspace* de Dan L. Burk, pág. 28, Conn. L. Review. 1095, 1111, núm. 70 (1996) (una crítica a Inset fundada en que podría conducir a hacer valer la competencia respecto de la persona de los usuarios distantes que acceden a sitios Web situados en otros Estados).

fue suficiente la capacidad potencial de acceder al ámbito de la jurisdicción y realizar transacciones en él.

No obstante su conflicto aparente, los dictámenes de las causas Blue Note e Inset pueden reconciliarse. En el primer caso, si bien se ponía en conocimiento de las actividades del demandado a los residentes del ámbito de la jurisdicción, éstos no podían realizar transacciones comerciales con el demandado *desde el ámbito de la jurisdicción*; deberían haber viajado al lugar en que se encontraba el establecimiento comercial del demandado. En el segundo caso, aparentemente el demandado invitaba a realizar transacciones desde el ámbito de la jurisdicción, si bien no queda claro que, de hecho, se haya realizado transacción alguna. Los casos de infracción del derecho de autor que tienen lugar en Internet se asemejan más al segundo ejemplo. Cuando el operador de un sitio Web de otro Estado pone a disposición una obra, para su descarga desde un sitio Web, no sólo el operador informa a los residentes del ámbito de la jurisdicción sobre la disponibilidad de la obra, sino que posibilita a los residentes de ese ámbito la recepción de la obra *en el ámbito de la jurisdicción*. Tal como sostuvo recientemente un tribunal federal de distrito, en Texas, en un litigio relativo a un sitio Web de otro Estado que ofrecía servicios de juego de azar, el operador podrá haber estado en California, pero el cliente de Texas participó en los juegos desde su casa: “el demandante de Texas participó en los juegos de azar mientras se encontraba en Texas, como si el casino estuviera situado físicamente en ese Estado...”²⁹ En forma similar, aquellos que visualizan o descargan unas obras protegidas por derecho de autor de los sitios Web de otros Estados, reciben el ejemplar o la exhibición en sus hogares, como si las obras se encontraran físicamente en el ámbito de la jurisdicción (de hecho, si el residente de ese ámbito imprime o guarda de otra manera el ejemplar, éste se encontrará físicamente en el ámbito de la jurisdicción).

b. La puesta a disposición la obra en el ámbito de la jurisdicción, según un principio más estricto

El presente análisis indica que los tribunales de los Estados en que la “norma de extensión de la competencia respecto de la persona” tiene el mismo alcance que las normas constitucionales podrán ejercer la competencia respecto de la persona de los demandados extranjeros que ponen las obras protegidas por derecho de autor a disposición, en el ámbito de la jurisdicción, por conducto de un sitio Web extranjero. Sin embargo, en algunos Estados, es posible que no sólo las normas constitucionales limiten la competencia judicial; la norma de extensión de la competencia respecto de la persona, en vigor en el Estado en que se encuentra el tribunal federal, podrá denegar el ejercicio de las facultades del Estado respecto de los demandados extranjeros con todo el alcance permitido por la constitución federal.³⁰ La puesta a disposición de una obra en el ámbito de la jurisdicción ¿satisface los niveles de competencia más estrictos de esos Estados, incluyendo Nueva York, una jurisdicción importante para los litigios en materia de derecho de autor?

²⁹ Thompson contra Handa-López, Inc., 998 F. Supp 738 (W.D. Tex. 1998).

³⁰ Compárese R.I. Gen. Laws § 9-5-33 (1956), Cal. Civ. Code § 410.10 (West 1973), N.J. Stat. Ann. § 4:4-4 (West 1996), Tex. Rev. Civ. Stat. Ann., art. 2031b (West 1996), y Tenn. Code Ann. § 20-2-214 (1944) (la Constitución permitió la aplicación plena de la norma de extensión de la competencia respecto de la persona), con MD. Code Ann., Cts. & Jud. Proc.”6-102, 6-103 (1995), Fla. Stat. Ann. § 48.193(1)(g) (West 1997), y Ga. Code Ann. § 9-10-91 (1996) (las normas de extensión de la competencia respecto de la persona son de aplicación más limitada).

Por lo general, las normas más restrictivas de extensión de la competencia respecto de la persona exigen que el demandante demuestre que el demandado cometió un ilícito en el Estado o lo cometió fuera del Estado, pero produjo efectos en el Estado. En el segundo caso, el demandante deberá demostrar también que el perjuicio en el Estado era previsible y que el demandado obtuvo una ganancia considerable del comercio interestatal.³¹ Cuando los usuarios de un Estado acceden a un sitio Web extranjero y descargan de él unos ejemplares que se supone son infractores, ¿se ha cometido un ilícito en el Estado, dando origen al primer fundamento de la competencia respecto de la persona? ¿O el ilícito (la copia o la distribución no autorizadas) se originó en otro Estado, y sólo produjo efectos (los ejemplares) en el Estado, dando origen al segundo fundamento de la competencia respecto de la persona?

La opinión que prevalece en los Estados Unidos respecto de la comunicación de las obras en las redes digitales sostiene que la copia se realiza cuando la obra se recibe en la memoria de un ordenador, aunque sea temporalmente.³² Como consecuencia de ello, cuando el receptor que se encuentra en un Estado accede a *Le Grand Secret* o lo descarga en el ordenador de su hogar, ha creado una copia no autorizada; entonces, se ha cometido un acto ilícito en ese Estado. Pero ¿quién lo ha cometido? El operador del sitio extranjero no ha realizado una copia en el Estado, simplemente ha posibilitado a los actores que se encuentran en ese Estado la realización de la copia. Según este razonamiento, podría considerarse que el operador es un infractor concurrente, antes que directo.³³ Sin embargo, un volumen importante de jurisprudencia (la mayoría de ella relativa a Playboy Enterprises) respecto de los sitios Web que ponen las obras a disposición para que los clientes las descarguen desde sus ordenadores en el hogar, ha caracterizado la puesta a disposición de las obras en un sitio Web o un BBS (sistema de tableros de anuncios) como una “distribución de ejemplares”, que genera la responsabilidad directa del operador del sitio Web o el BBS por la infracción del derecho de autor.³⁴ Entonces, según este enfoque, el operador del sitio Web extranjero debería someterse a la competencia respecto de la persona por haber cometido un ilícito, la infracción al derecho de autor, dentro del ámbito de la jurisdicción en que se recibieron los ejemplares.

Si, no obstante, el tribunal consideró que la puesta a disposición de la obra desde un sitio Web extranjero constituyó el ilícito,³⁵ entonces, la infracción del derecho de autor no se

³¹ Véase N.Y.C.P.L.R. § 302(a)(3)(ii) (McKinney, 1996).

³² La distribución electrónica entraña la realización de “ejemplares”, en el sentido de la Ley de Derecho de Autor de 1976, 17 U.S.C. § 101. Véase *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works* (1978), citado en *Copyright for the Nineties*, de Robert A. Gorman y Jane C. Ginsburg, 692 y núm. 164 (cuarta edición, 1993). Ese enfoque es la premisa del artículo 117 de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. y se ha seguido en la Unión Europea. Véase el artículo 4.a) de la Directiva del Consejo 91/250, 1991, Diario Oficial (L 122) 42. También los tribunales estadounidenses han aplicado este principio. Véase, por ejemplo, *Mai Sys. Corp. contra Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511,517 (9th Cir. 1993).

³³ Véase, por ejemplo, *Fonovisa, Inc. contra Cherry Auction, Inc.*, 76 F. 3d 259 (9th Cir. 1996); *Gershwin Publ’g Group Corp. contra Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971); *Polygram Int’l Publ’g, Inc. contra Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314 (D. Mass. 1994).

³⁴ Véase, por ejemplo, *Playboy contra Hardenburgh*, 982 F. Supp.503 (N.D. Ohio 1997); *Playboy contra Webworld*, 991 F. Supp. 543 (N.D. Tex. 1997); *Marobie Fla. contra Nafed*, 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill 1997).

³⁵ Cf. Directiva del Consejo 93/83 del 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, 1993, Diario Oficial (L 248) 15, artículo 1.2).b) [en adelante, “Directiva sobre la transmisión por satélite”].

habrá originado en el ámbito de la jurisdicción, sino que los ejemplares habrían producido efectos en ese ámbito. Si se aplica esta caracterización a nuestra hipótesis del operador del sitio Web británico, el titular del derecho también debería haber demostrado que el operador del sitio Web británico debería haber previsto que se descargaría material del sitio, en los EE.UU. y que el demandado británico obtendría un ingreso considerable del comercio interestatal o internacional. Con respecto a la fuente de ingreso del demandado británico, podría preverse que el titular de derecho de autor no procuraría asegurarse la competencia en los tribunales estadounidenses respecto del operador del sitio Web británico si éste no contara con activos en los Estados Unidos, que permitieran hacer efectiva la ejecución de la sentencia. Pero es posible que esa suposición sea demasiado apresurada. Supongamos que el demandante hubiera procurado solicitar una orden judicial destinada a impedir el acceso de los usuarios estadounidenses al sitio Web británico.³⁶ (Naturalmente, el demandante podría entablar una acción contra la parte británica en el Reino Unido, pero preferirá obtener la mayor cobertura posible de una única acción). En ese caso, la limitación relativa al “ingreso considerable” podría impedir que se dé curso a la demanda contra la parte extranjera. En cuanto al carácter de previsible, debería quedar claro que una vez que se publica un documento en un sitio Web, es previsible que se pueda acceder a él desde cualquier parte del mundo (suponiendo que el operador no haya limitado específicamente el acceso).

3. El alcance territorial de la demanda

Suponiendo que a la jurisdicción de los EE.UU. corresponda la competencia respecto de la persona de nuestro operador británico hipotético, cabe preguntarse ¿cuál es el alcance territorial de la demanda? Si ésta se basa en los efectos producidos en los EE.UU. por una infracción originada fuera de ese territorio, normalmente, el presunto infractor no residente estaría obligado a responder no sólo por los actos cometidos en los Estados Unidos.³⁷ En su demanda en los EE.UU., la parte actora no podría hacer valer la competencia del tribunal respecto de los actos extraterritoriales, tales como la distribución de los ejemplares en el Reino Unido o cualquier otra parte del mundo. De otra manera, en la práctica, no habría diferencia entre la competencia “especial” ejercida respecto de un demandado no residente en virtud de una norma de extensión de la competencia y la competencia “general” a la que un demandado residente estaría sometido.

En teoría, este razonamiento es sólido y, en la práctica, es poco feliz para el demandante que hace frente a una infracción de carácter mundial producida por las transmisiones digitales simultáneas e instantáneas: significa que, probablemente el demandante deberá entablar demandas en todo el mundo por la infracción que sufrió, en cada país de recepción/acceso. Naturalmente, el demandante podría dirigirse al país donde se

³⁶ Los tribunales estadounidenses pueden emitir órdenes “lo suficientemente amplias como para incluir los actos realizados fuera de los Estados Unidos que produzcan efectos significativos en el comercio de los EE.UU.” *Nintendo of America, Inc. contra Aeropower Co.*, 34 F.3d 246, 249 (4th Cir. 1994).

³⁷ En armonía con la causa 68/93, *Shevill contra Press Alliance, S.A.*, 1995 E.C.R. 289 y 33 (en una acción por injurias, el art. 3.5) del Convenio de Bruselas faculta a la víctima a entablar una acción por daños y perjuicios contra el editor, bien ante los tribunales del Estado contratante del lugar en que está establecido el editor de la publicación injuriosa, que gozan de la competencia para fijar los daños y perjuicios por la totalidad del daño causado por la injuria, bien ante los tribunales de cada Estado contratante en que se haya distribuido la publicación y en que la víctima alega haber sufrido un perjuicio a su reputación, que gozan únicamente de la competencia para dictaminar respecto del perjuicio causado en el estado del tribunal que entiende en la causa. *Ídem*). Véase el examen *infra*, parte B.

originó la infracción, o al domicilio del infractor, pero estas alternativas presentan dos problemas, como mínimo. En primer lugar, tal como demostró el empresario que copió *Le Grand Secret*, quien cargó el libro en los sitios de los Estados Unidos, el Reino Unido y el Canadá, podría haber más de un país de origen de la infracción. En segundo lugar, aun suponiendo que la infracción se hubiese originado en un único país, una norma que limitara la sustanciación del proceso al país de origen o al del domicilio del demandado podría generar el traslado, con fines oportunistas, de los servidores y los domicilios sociales hacia los equivalentes, en materia de derecho de autor, de las Islas Caimán.

¿Existe una alternativa a la necesidad de entablar la acción en todas partes o, en la práctica, en ningún lado? El “principio de la publicación única” en la legislación estadounidense en materia de calumnias e injurias puede ofrecer una analogía útil: considera la “comunicación en conjunto”, tal como en una edición de un periódico o en una transmisión radiofónica, como una “publicación única”; si bien el demandante puede siempre escoger entre las jurisdicciones competentes, sólo podrá elegir una.³⁸ Además, “la reparación, en toda acción, deberá incluir la totalidad de los daños y perjuicios que el demandante haya sufrido en todas las jurisdicciones, ocasionados por cualquier ilícito”.³⁹ El objetivo de esa norma es “evitar la multiplicidad de las demandas, así como el hostigamiento de los demandados y las posibles dificultades para el propio demandante”.⁴⁰ En efecto, el principio de la publicación única obliga a unificar las demandas que el demandante pudiera haber entablado en otras jurisdicciones. Si bien no estoy en conocimiento de sentencia alguna por injurias, en los EE.UU., en que se hayan concedido daños y perjuicios por las publicaciones extraterritoriales,⁴¹ en *Restatement (Second) of Torts* (Reexaminación (Segunda) del Derecho Contencioso) queda claro que el demandante tiene derecho a esa reparación.

Si los tribunales adecuaban el principio de la publicación única a las infracciones del derecho de autor cometidas en el ciberespacio, un tribunal estadounidense con competencia respecto de la persona de nuestro operador del sitio Web británico hipotético podría conceder los daños y perjuicios no sólo por el acto de descargar realizado en los EE.UU., sino por todos los actos de descargar, dondequiera que se hayan realizado (suponiendo que fuese posible calcular o evaluar su extensión).⁴² De esta manera, la norma podría simplificar en forma provechosa la demanda de la parte actora, así como la exposición del demandado a los litigios subsiguientes.

³⁸ Véase *Restatement (Second) of Torts* § 577A (1977).

³⁹ *Unif. Single Publication Act* § 1, 14 U.L.A. 377 (1990).

⁴⁰ *Restatement (Second) of Torts*, véase la nota 38, más arriba, § 577, cmt.d.

⁴¹ *Cf. Watt contra Longsdon*, 1 K.B. 130 (1930) (el cálculo de la cuantía de los daños y perjuicios incluyó la distribución en Marruecos de una publicación inglesa).

⁴² Cabría preguntarse si ha habido una “publicación única” cuando la obra no se “distribuye” mediante la comunicación a los usuarios que reciben los ejemplares o la interpretación o ejecución al mismo tiempo, sino mediante la acción de los propios usuarios, cuyo acceso a la obra será intermitente y en tiempos distintos. Sin embargo, puesto que (se supone que) cada usuario recibe la misma comunicación desde el mismo sitio Web, el carácter “único” de la publicación debería mantenerse. Véase *Restatement (Second) of Torts*, nota 38, más arriba, § 577A, cmt. d.

4. *Forum non conveniens*

De momento, supongamos que un tribunal estadounidense tiene competencia respecto de la persona de las partes, y se le solicitó que entendiera en la totalidad de una demanda multinacional. Además, supongamos que el tribunal estadounidense asumiera un enfoque territorial, y estableciera que es de aplicación la legislación en materia de derecho de autor de cada país en que se accedió a los objetos de la infracción o éstos se recibieron. Aun suponiendo que un tribunal federal estadounidense gozara de competencia por razón de la materia respecto de las demandas de derecho extranjero,⁴³ la doctrina del *forum non conveniens* podría justificar la desestimación de la totalidad o una parte de una acción si el tribunal concluye que otra jurisdicción es más conveniente y satisfará mejor el interés de la justicia.⁴⁴ Muchas de las consideraciones que los tribunales tienen en cuenta en el análisis del *forum non conveniens* se refieren a la conveniencia de las partes y los aspectos prácticos del juzgamiento de la causa, tales como el acceso a la prueba y la disponibilidad de testigos en el ámbito de la jurisdicción. Otros elementos incluyen la dificultad de aplicar las normas extranjeras, y el interés relativo de la posible jurisdicción extranjera por aplicar sus propias normas. Esta consideración podría sugerir la desestimación sistemática de las demandas fundadas en el derecho extranjero, pero se compensa con otro elemento fundamental: un tribunal de los EE.UU. no deberá desestimar una demanda a menos que pueda identificar una jurisdicción extranjera, en que el demandado pueda responder en juicio, que fuese más conveniente para juzgar las pretensiones.⁴⁵ Si la jurisdicción estadounidense es la única en que podrán ventilarse todas las pretensiones en materia de derecho de autor, el tribunal no deberá desestimar las demandas extranjeras simplemente porque exigen al tribunal la determinación y aplicación del derecho extranjero.⁴⁶

⁴³ Si la demanda enfrenta a un ciudadano extranjero y uno estadounidense, un tribunal federal tendrá competencia en virtud de la “diversidad” de las partes. Véase la Ley 28 U.S.C. § 1332(a)(2) (1994). Si bien no hay diversidad si tanto el demandante como el demandado son extranjeros, la competencia del tribunal federal respecto de la acción sería “suplementaria” de la pretensión surgida en virtud de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. (suponiendo que la demanda se funde en una Ley estadounidense). Ídem § 1367. En cuanto al fundamento de la demanda, la opinión dominante en los EE.UU. sostiene que una acción que surja en virtud de una norma extranjera de derecho de autor es una acción “transitoria” (por oposición a “local”) que podrá ventilarse en los tribunales federales o estatales de los EE.UU. Véase, por ejemplo, *London Film Prods. Ltd. contra Intercontinental Communications, Inc.*, 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984); y *Copyright: Principles, Law & Practice*, de III Paul Goldstein, § 16.2 (segunda edición, 1996).

⁴⁴ Véase, por ejemplo, *Gulf Oil Corp. contra Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947); *Boosey y Hawkes contra Disney*, 145 F. 3d 481; (2d Cir. 1998).

⁴⁵ Véase *Boosey*, 145 F. 3d 481; *Overseas Programming Companies Ltd. contra Cinematographische Commerzanstalt*, 684 F.2d 232 (2d Cir. 1982).

⁴⁶ Véase *Boosey*, 145 F. 3d, en fojas 492 (se sostiene que la renuencia a aplicar el derecho extranjero...por sí misma no justifica la desestimación); pero véase también *Isti TV Productions, Inc. contra California Authority of Racing Fairs*, 785 F. Supp. 854 (C.D. Cal. 1992) (se sostiene que la dificultad de aplicar la legislación mexicana sobre derecho de autor justifica la desestimación sobre la base del principio del *forum non conveniens*).

B. La competencia judicial en la UE

El Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁷ ofrece unas normas obligatorias sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de las sentencias, que son de aplicación en los tribunales de los Estados contratantes de la Unión Europea, para los litigios en materia civil y comercial con demandados domiciliados en un Estado contratante. El Título II del Convenio de Bruselas se ocupa de la competencia respecto de la persona y deroga las normas sobre competencia que el tribunal de un Estado aplicaría en los litigios puramente locales, o en los litigios transnacionales en que el demandado no está domiciliado en un Estado contratante. Puesto que en nuestra hipótesis se enfrenta una persona domiciliada en Francia (el editor) con unos demandados de la UE (el Reino Unido) y de fuera de la UE (los EE.UU.), las limitaciones que el Convenio de Bruselas impone al ejercicio de la competencia por los tribunales de los Estados contratantes controlarán las acciones entabladas en los tribunales franceses o ingleses contra el demandado británico, pero no regirán las demandas contra la parte estadounidense, entabladas en cualquier jurisdicción.⁴⁸

1. La competencia respecto de un demandado de la UE

El artículo 2 del Convenio de Bruselas establece que la jurisdicción principal corresponderá al tribunal del domicilio del demandado. Si bien el domicilio del demandado no es la jurisdicción exclusiva para una demanda por infracción del derecho de autor o incumplimiento de contrato contra las partes domiciliadas en la UE, desplaza otros fundamentos de la competencia en los Estados contratantes, tales como las normas sobre la “extensión” de la competencia basadas únicamente en los contactos del demandante con el ámbito de la jurisdicción.⁴⁹

Para las demandas por ilícitos, el artículo 5.3) del Convenio de Bruselas designa “el juez del lugar en que se haya producido el daño”. Sin embargo, en las demandas por ilícitos transnacionales, podría haber más de un lugar de esa índole. Consideremos nuestra hipótesis: al contener *Le Grand Secret* en su sitio Web, el demandado británico puso la obra infractora a disposición para su descarga en cualquier país en que los usuarios tuviesen acceso al sitio Web. Por lo tanto, esa parte de la infracción se originó en el Reino Unido, pero se comunica por Internet, y culmina dondequiera se reciban los ejemplares o las transmisiones, que podrían ser todas las naciones de la UE (y más allá también). Si bien los tribunales tanto del lugar en que comenzó a producirse el daño como de aquel (aquellos) en que se produjeron sus efectos son competentes en virtud del artículo 5.3), el alcance de su competencia no es el mismo. En

⁴⁷ Convenio 72/454 de 1972, Diario Oficial (L. 299) 32. Véase asimismo el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Convenio 88/592 de 1988, Diario Oficial (L 319) 9. A los efectos del debate sobre la infracción del derecho de autor en este artículo, el alcance de los convenios de Bruselas y Lugano es equivalente.

⁴⁸ Véase el art. 4 del Convenio de Bruselas (con respecto a los demandados no domiciliados en el territorio de un Estado contratante, los tribunales de esos Estados aplicarán las normas locales sobre competencia, incluyendo las que prevén la extensión de la competencia).

⁴⁹ Véase el art. 3.1) del Convenio de Bruselas. Remitimos al ejemplo de este tipo de norma que figura en el art. 14 del Código Civil de Francia, examinado más abajo. Sin embargo, el Convenio de Bruselas no elimina todas las normas que favorecen al demandante, por ejemplo, ofrece al demandante unas jurisdicciones alternativas, que no están a disposición de los demandados. Véase *infra*.

Sheville and Others contra Presse Alliance S.A.,⁵⁰ el Tribunal Europeo de Justicia sostuvo que los tribunales de cada Estado contratante en que se recibió una publicación injuriosa y en que el demandante sufrió el perjuicio debían limitarse a conceder la reparación de los daños y perjuicios por los daños sufridos dentro de sus propias fronteras. Por ello, el tribunal inglés que entendía en la demanda de la Sra. Sheville pudo ordenar la reparación de los daños y perjuicios producidos por los ejemplares de France-Soir recibidos en Inglaterra, pero no por los ejemplares distribuidos en otros Estados contratantes. Por el contrario, el Tribunal Europeo de Justicia sostuvo además que si la acción se entabla contra el editor, en el Estado contratante en que aquél está establecido, ésa será la jurisdicción competente para conceder la reparación por daños y perjuicios por la totalidad del daño que haya causado la declaración injuriosa, tanto el ámbito de la jurisdicción como en otros Estados contratantes.

Si se aplican esos principios a las demandas transnacionales por infracción, entonces, un titular de derechos podrá escoger entre las jurisdicciones en que las copias infractoras se hayan distribuido o la transmisiones infractoras se hayan recibido, en varios territorios de la UE. El titular del derecho de autor podrá entablar la acción donde se haya originado la infracción --el lugar de establecimiento de la parte que ha iniciado los actos infractores, o podrá entablar la acción en cada uno de los países en que la infracción culminó. Sin embargo, el único tribunal competente para tener en cuenta la totalidad del conjunto de actos infractores es el de la jurisdicción del lugar de establecimiento del demandado. Si en la jurisdicción del lugar de residencia del demandante se ha recibido un número relativamente limitado de copias o transmisiones, el demandante deberá bien entablar una acción en cada uno de los varios países de recepción, bien entablar una única acción en el lugar de establecimiento del demandado, para asegurarse una reparación significativa. Volviendo a nuestra hipótesis, el autor y el editor franceses podrían, entonces, demandar al operador del sitio Web británico en los tribunales ingleses, por la totalidad de los daños y perjuicios, pero podrán procurar una reparación ante los tribunales franceses, sólo por las copias de *Le Grand Secret* recibidas en Francia.⁵¹

Este resultado podría criticarse, puesto que la infracción del derecho de autor, en particular la infracción de los derechos morales, entraña los derechos personales; el “lugar en que ocurrió el daño”, con respecto a los derechos personales, sería el lugar en que el titular del derecho de autor/el autor sufren el daño, es decir, el lugar de su domicilio. Además, la doctrina Sheville podría causar la fragmentación del litigio: si el país de origen es un “puerto franco del derecho de autor”, no tendrá sentido litigar en la jurisdicción que tiene competencia para entender en la totalidad del litigio. El demandante deberá procurar separadamente la reparación, al recurrir a tantos tribunales nacionales como países de recepción haya.⁵² A la luz de este problema, el *Conseil d’État* francés, en un informe de publicación reciente sobre las cuestiones jurídicas que surgen de las redes digitales, concluye que un tribunal nacional, además de aquel del país en que se originó la infracción (un país que podría ser un “puerto

⁵⁰ Causa 68/93, 1995 E.C.R., 123 J. Dr. Int. 543 (1996) [en adelante Clunet], nota de A. Huet; D.1996.63, nota de G. Parléani.

⁵¹ Véase el dictamen de la Corte Suprema, primer tribunal en lo civil, del 16 de julio de 1997, JCP.1997.IV Núm. 1993; J. Dr. Int. 136, 1998, nota de A. Huet.

⁵² *Private International Law Aspects of Cyberspace: Global Communication, Universal Jurisdiction?*, de Catherine Kessedjian; documento presentado en la cuarta Conferencia Conjunta de La Haya, de la ASIL/NVIL, el 5 de julio de 1997, en el archivo de la autora, § 5.1. En armonía con *Internet: Mondialisation de la communication ou mondialisation de la résolution des litiges?*, en *Internet, which Court Decides, which Law Applies?*, compilado por Catherine Kessedjian y Katharina Boele-Woelki, páginas 89 y 115 a 118 (1998).

franco del derecho de autor”), debería ser competente para disponer la reparación del daño realizado en todo el mundo.⁵³ Se supone que ese tribunal sería el del ámbito de jurisdicción del lugar de residencia del demandante o el lugar principal de su actividad comercial, y debería tener la competencia general para entender en la totalidad de la demanda.⁵⁴

2. La competencia respecto de un demandado ajeno a la UE.

Las limitaciones del Convenio de Bruselas relativas a la competencia de los tribunales nacionales de la UE no rigen los litigios entre las partes domiciliadas en la UE y los demandados domiciliados fuera de la UE. En cambio, se aplican los procedimientos civiles y las normas locales en materia contenciosa de cada jurisdicción nacional.⁵⁵ Es decir, si las normas locales sobre la competencia permiten demandar a una parte no domiciliada en la UE por la totalidad de una pretensión que no se ha originado en el ámbito de la jurisdicción, el Convenio de Bruselas no representa un impedimento. Sin embargo, en nuestro caso hipotético, parece poco probable que se logre el objetivo de consolidar la totalidad de la reivindicación del editor francés en una jurisdicción local de la Unión Europea, al menos no mientras siga rigiendo la doctrina Sheville, pues el Convenio de Bruselas impedirá entablar una acción por la totalidad de la pretensión *tanto* contra la parte domiciliada en la UE, *como* contra la parte domiciliada fuera de ella, en una jurisdicción de la UE distinta de aquella de la residencia del demandado europeo. En el contexto de nuestra hipótesis, ese ámbito de jurisdicción sería Inglaterra. Sin embargo, mientras podría demandarse a la parte británica en Inglaterra, por la totalidad de los daños y perjuicios causados por la infracción originada en el Reino Unido, sobre la base del artículo 5.3) del Convenio de Bruselas, así como el artículo 2 (el domicilio del demandado), podrá demandarse en Inglaterra a la parte estadounidense, si no está “presente” en Inglaterra, sólo por los ejemplares o las transmisiones que se hubiesen recibido allí. En lo que respecta a Francia, si bien podría entablarse una acción contra la parte estadounidense por la totalidad de la demanda de infracción, sólo podría demandarse en Francia a la parte británica por lo que atañe a los ejemplares o las transmisiones que se hubiesen recibido allí.

⁵³ Francia, *Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques*, 151 (1998).

⁵⁴ En ausencia de la competencia general, los demandados podrían simplemente trasladarse a unos ámbitos de jurisdicción en que la protección sea más laxa.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, Civ. 1re, 19 de noviembre de 1985 (Soc. Cognac & Brandies de Francia contra Soc. Orliac) Bull. civ. I, núm 306; 1986, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 712; nota de Yves Lequette (se examina la facultad de los tribunales civiles franceses para entender en las causas relativas a los ilícitos cuyos efectos se producen en Francia); Tribunal de Apelaciones, primer tribunal civil, decisión del 31 de enero de 1995, Bull.Civ. 1995.I Núm 56 (en una demanda entablada por un nacional de Francia contra un demandado estadounidense por falta de pago, en un contrato celebrado en Florida: “la competencia internacional de los tribunales franceses, conferida por el art. 14 no se funda en los derechos que surgen de los actos o los hechos en autos, sino en la nacionalidad francesa del demandante...”); *The Conflict of Laws*, de Dicey y Morris (12ª edición, 1993), la norma 24 (que afirma el requisito general inglés de que exista un nexo para atribuir la competencia y que, una vez atribuida ésta, abarca todas las pretensiones contra el demandado); sin embargo, véase la norma 76, en ídem, (donde se examina la competencia discrecional cuando el daño de un ilícito produce efectos en Inglaterra).

C. El reconocimiento y la ejecución de las sentencias

1. de los tribunales de la UE, por otros tribunales de la UE

El Título III del Convenio de Bruselas rige el reconocimiento y la ejecución por los Estados contratantes de las sentencias dictadas en otros Estados contratantes. El reconocimiento de las sentencias de otros Estados contratantes es automático, con sujeción a algunas excepciones, en particular, el conflicto con el orden público del Estado en que se procura el reconocimiento.⁵⁶ De esta manera, para volver a nuestro *Le Grand Secret* hipotético, supongamos que un tribunal inglés conceda al titular francés de derecho de autor los daños y perjuicios por la infracción cometida por la parte británica, pero en Inglaterra los activos sean insuficientes para responder por la cuantía indicada en la sentencia. El editor francés podrá procurar la ejecución de la sentencia por los tribunales de otro país de la UE en que la parte perdedora tenga activos. Supongamos, además, que ese país fuese Luxemburgo, y que el acreedor de los daños y perjuicios procurase allí la ejecución. El tribunal de Luxemburgo podrá verificar que la sentencia dictada no está en violación de ninguno de los fundamentos que el tratado dispone como impedimentos para el reconocimiento y la ejecución; entonces, el tribunal luxemburgués debería ordenar la ejecución de la sentencia judicial inglesa. Pero el tribunal que ordena la ejecución no podrá revisar el “fondo” de la sentencia judicial inglesa, ni reexaminar los fundamentos fácticos sobre los que el tribunal que dictó la sentencia basó la competencia.⁵⁷

Los mismos principios se aplicarán cuando un Estado contratante haya dictado una sentencia contra un demandado de un Estado no contratante, aunque el tribunal que dictó la sentencia hubiese ejercido la competencia de manera discorde con las limitaciones del Convenio relativas a la competencia judicial de los Estados contratantes. Esos límites se aplican a las acciones entre las partes domiciliadas en los Estados contratantes y no vinculan a los tribunales europeos en lo que hace a su competencia judicial respecto de las partes no domiciliadas en la UE. Es decir, si un tribunal francés debiera ejercer la competencia respecto del operador del sitio Web estadounidense sobre la base “amplia” del artículo 14 del Código Civil (que permite que un nacional de Francia interponga una demanda por incumplimiento de un contrato o por un ilícito ante los tribunales franceses aunque el único contacto del ámbito de la jurisdicción con la demanda sea la nacionalidad del demandante), otros tribunales de la UE deberían reconocer y ejecutar esa sentencia.⁵⁸

Las consecuencias prácticas pueden ser significativas. Supongamos, por ejemplo, que el demandado estadounidense en la causa *Le Grand Secret* contara con activos en el Reino Unido, pero no en Francia. Ya sabemos que el tribunal francés, en virtud del art. 14 del Código Civil, podrá hacer valer la competencia para las infracciones presuntas cometidas

⁵⁶ Artículos 26 y 27 del Convenio de Bruselas. Las excepciones restantes son: la sentencia dictada en rebeldía y que no se notificó debidamente al demandado; los conflictos de la sentencia con un dictamen previo en un litigio entre las mismas partes, dictado por un tribunal en el Estado en que se procura el reconocimiento; que la sentencia se refiera a cuestiones de capacidad de las personas, al régimen matrimonial, a los testamentos o las sucesiones, que esté en conflicto con el derecho internacional privado del Estado en que se procura el reconocimiento; que entre en conflicto con una sentencia previa dictada en un Estado no contratante, en que intervengan las mismas partes y la misma pretensión. Ídem.

⁵⁷ Ídem, artículos 28 y 34.

⁵⁸ Véase el art. 4,1), ídem (se mantiene la aplicación de las normas locales sobre la competencia de los Estados contratantes a las partes no domiciliadas en la UE).

fuera de Francia, mientras que la competencia del tribunal inglés se limitaría probablemente al juzgamiento de las pretensiones relativas a los actos infractores cometidos o que culminan en Inglaterra. No obstante, el titular de derechos francés podría escoger entablar la acción en Francia, sabiendo que el tribunal inglés podría ejecutar la sentencia francesa subsiguiente, aunque el tribunal inglés, por sí mismo, no hubiera concedido la reparación de los daños y perjuicios con un alcance tan amplio respecto de los actos, como el tribunal francés.

2. de los tribunales ajenos a la UE, por los tribunales europeos

Hasta aquí, el examen se ha referido al reconocimiento por los tribunales de la UE de las sentencias dictadas por otros tribunales de la UE. Por el contrario, supongamos que el editor francés escogiera interponer la demanda tanto contra el operador del sitio Web o del servicio de conexión a la red británicos, como el operador del sitio Web o del servicio de conexión a la red estadounidenses y, al haber obtenido una sentencia favorable, procurase la ejecución de la misma en Inglaterra o en Francia contra el demandado británico. El Convenio de Bruselas no rige el reconocimiento por los Estados contratantes de las sentencias dictadas en los Estados no contratantes. Esta cuestión está regida por el derecho internacional privado de cada país de la UE en que se procura el reconocimiento.

3. de los tribunales nacionales extranjeros, por los tribunales de los EE.UU.

En los EE.UU, la Constitución exige que se otorgue “plena fe y reconocimiento” a las sentencias dictadas por los tribunales de los varios Estados, pero no existe una disposición constitucional respecto de las sentencias dictadas por las naciones extranjeras. En cambio, los conceptos de la “cortesía” del derecho de tradición anglosajona⁵⁹ y, prácticamente en la mitad de los Estados, los criterios expuestos por la Ley de Reconocimiento Uniforme de las Sentencias en Moneda Extranjera,⁶⁰ respaldan el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras, en la medida en que el ejercicio de la competencia respecto del demandado estadounidense por el tribunal que dictó la sentencia esté en conformidad con los conceptos estadounidenses de las garantías procesales y en la medida en que la sentencia no viole el “orden público” de los EE.UU. ni sea fraudulenta ni tendenciosa.

Al aplicar este principio a nuestra hipótesis de *Le Grand Secret*, algunos aspectos de la sentencia del tribunal francés podrían resultar problemáticos. En la medida en que el ejercicio de la competencia por el tribunal se haya fundado en los actos relacionados con el ámbito de la jurisdicción en Francia,⁶¹ ese aspecto de la sentencia debería ejecutarse, pues está en armonía con el concepto estadounidense de los “contactos mínimos”, que justifica el ejercicio

⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Hilton contra Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

⁶⁰ Véanse los párrafos 2, 3, y 13 de U.L.A. 261 (1962). Veintidós de los 50 Estados de los EE.UU. han adoptado esa Ley. Véase, en general, *The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters*, de Friederich K. Juenger, XXXVI Am. J. Comp L. 1 (1988) (un panorama de los principios de los EE.UU y otros países); nota de Jeremy Malthy, *Juggling Comity and Self-Government: The Enforcement of Foreign Libel Judgement in U.S. Courts*, 94 Colum. L. Rev. 1978, 1983-87, y el núm. 31 (1994) (la explicación de las normas de reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, incluida una lista de los Estados que han aprobado la Ley de Reconocimiento Uniforme de las Sentencias en Moneda Extranjera).

⁶¹ Véase el artículo 46.3 del Nouv. c. proc. civ.

de la competencia de alcance amplio.⁶² Por el contrario, el ejercicio de la competencia amplia en virtud del artículo 14 del Código Civil podría considerarse incompatible con las garantías procesales estadounidenses y, por ello, podrá negarse el reconocimiento a un ejercicio de la competencia basado únicamente en la nacionalidad francesa del demandante.⁶³ Si no existen contactos suficientes entre el demandado estadounidense, la pretensión y la jurisdicción extranjera, un tribunal estadounidense podrá declarar que la jurisdicción extranjera causa una “inconveniencia seria” y, por lo tanto, podría denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia.⁶⁴

Los fundamentos en que los tribunales ingleses basan la competencia respecto de las partes extranjeras se asemejan a las consideraciones que ponderan los tribunales estadounidenses. Como consecuencia de ello, en ausencia de una facultad similar a la del artículo 14 del Código Civil, es probable que las decisiones en materia de competencia de los tribunales ingleses se conformen a los conceptos estadounidenses de la competencia judicial y, por lo tanto, se ejecuten en los EE.UU. Además, no es probable que el orden público sustantivo en materia de infracciones al derecho de autor de Inglaterra (o Francia) y los EE.UU. estén en conflicto. Por lo tanto, parece poco probable que la base de orden público para denegar el reconocimiento entorpezca el éxito positivo de la búsqueda de reconocimiento del otro lado del Atlántico por el demandante.

Recomendación relativa a la elección de la jurisdicción

Simplificar la elección de la jurisdicción será fundamental para el respeto efectivo del derecho de autor en un entorno digital. Aun un autor cuya pretensión relativa al derecho de autor es incontestable descubrirá que la protección del derecho de autor es ilusoria si debe entablar la acción en varias jurisdicciones. Como consecuencia de ello, deberían modificarse la doctrina Sheville, en la Unión Europea, y la limitación de la competencia especial a los actos originados en el ámbito de la jurisdicción, en los EE.UU. En ese país, el “principio de la publicación única”, establecido sólidamente en el contexto de la difamación en el ámbito de varias jurisdicciones, debería ampliarse a las demandas por infracción del derecho de autor, para permitir que un tribunal unifique las demandas por infracción entabladas en todo el mundo que surjan del mismo acto de infracción (por ejemplo, la publicación en Internet). El tribunal unificador podría ser el que tuviese un nexo estrecho con la causa, por ejemplo, podría ser el tribunal no sólo del lugar en que se recibieron los ejemplares (o podrían haberse recibido) sino también del de residencia del demandante (si la jurisdicción se encuentra en el país de residencia del autor). En teoría, la jurisdicción debería ser la del país que mantiene “la relación más significativa con la obra”. El mismo principio debería aplicarse a las infracciones cometidas en varios territorios y juzgadas en la UE. Me adhiero a la recomendación del *Conseil d’État* francés en el sentido de dar una nueva interpretación a la doctrina Sheville, para atribuir la competencia general al país que guarda la relación más significativa con la obra, antes que, simplemente, al país de residencia del demandado o al

⁶² Véase, por ejemplo, *International Shoe Co. contra Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Véase el art. 5 de la Ley de Reconocimiento Uniforme de las Sentencias en Moneda Extranjera (se indican los criterios para establecer si la jurisdicción extranjera tiene competencia respecto del demandado).

⁶³ Véase, por ejemplo, *Nippon Emo-Trans Co. contra Emo-Trans, Inc.*, 744 F.Supp 1215, 1229 (S.D.N.Y. 1990) (se señala que el art. 14 no cumple con los principios en materia de competencia expuestos en el § 421 del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*).

⁶⁴ Véase el art. 4.b).6) de la Ley de Reconocimiento Uniforme de las Sentencias en Moneda Extranjera.

punto de origen de la infracción. Los tribunales de las partes en el Convenio de Bruselas, así como los tribunales nacionales en general, deberían ejecutar automáticamente los dictámenes de ese tribunal.

IV. LA ELECCIÓN DEL DERECHO: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR

A. *La autoría y la titularidad en virtud del Convenio de Berna*

¿Qué dispone el Convenio de Berna en lo que atañe a la autoría y la titularidad del derecho de autor? La respuesta decepciona: el Convenio de Berna y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996, se ocupan principalmente de *cómo* debería protegerse una obra; los instrumentos internacionales ofrecen una orientación limitada respecto de *quién* se protege. En general, el Convenio de Berna no establece normas sustantivas ni normas sobre la elección del derecho para establecer la titularidad del derecho de autor. Si bien, en virtud del artículo 5.2) del Convenio de Berna, la legislación aplicable para establecer “la extensión de la protección así como los medios procesales” es la del país en que se reclama la protección, esa disposición abarca las acciones por infracción, no las reivindicaciones de titularidad.⁶⁵ El Convenio de Berna no ofrece una orientación suficiente en cuanto al derecho aplicable a los contratos de cesión de los derechos en el marco del derecho de autor⁶⁶ y, en particular, a la designación de las condiciones iniciales en lo que hace a la titularidad del derecho de autor y la autoría.⁶⁷

La asignación que el Convenio de Berna hace de los derechos iniciales de titularidad es ambigua, tanto como su identificación del “autor”. El tratado establece una presunción general de que el “autor” es la persona a nombre de quien se difunde la obra.⁶⁸ Puesto que esa persona tiene fundamentos para demandar por infracción, entonces, queda implícito que esa persona es el titular de los derechos (la facultad de entablar una demanda depende de si se goza de derechos para hacer valer). Sin embargo, esta presunción no sólo es refutable; no parece adecuada a todos los tipos de obras de autor. En primer lugar, la presunción parece referirse a las obras creadas por un único autor (o, en todo caso, unos pocos), tales como las

⁶⁵ De una manera similar, el art. 5.2 del Convenio de Berna dispone que el “goce” y el “ejercicio” de la protección “no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen”. El texto no expresa “independiente de la titularidad de los derechos en el país de origen”.

⁶⁶ Varios académicos han examinado la imposibilidad del Convenio para resolver las cuestiones relativas a la validez de los contratos y la cesión. Véase, por ejemplo, *Who is the Copyright Owner When the Laws Conflict?*, de Nimmer, 5 IIC 62, 63 (1974) (“los Convenios no establecen quién cuenta con los requisitos necesarios para suceder al autor en el título, o para gozar de la titularidad del derecho de autor en lugar del autor”.); *Les droits sur les films en droit international privé*, de Françon, en *Travaux du comité français de droit international privé*, 1971-73 39, 53 (los contratos relativos a la explotación de las películas --es decir la relación entre los productores, los distribuidores y las salas cinematográficas-- no se rigen en su totalidad por los convenios internacionales sobre derecho de autor). Véase también *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, de Eugen Ulmer, (1978) (un estudio preparado para la CEE, que incluye una propuesta de tratado internacional que ofrece normas de derecho contencioso relativas al título inicial sobre los derechos en el marco del derecho de autor y las cesiones de la titularidad pertinentes).

⁶⁷ Cf. *Les conflits de lois relatifs au titulaire initial du droit d’auteur*, de Jane Ginsburg, *Revue du droit de la propriété industrielle* núm. 5, páginas 26 y 27 a 29 (1986) (los tratados no se ocupan en forma adecuada de la designación del titular inicial del derecho de autor).

⁶⁸ Art. 15.1) del Convenio de Berna.

obras tradicionales de la literatura, la música o las artes plásticas. Por el contrario, las obras audiovisuales y, en particular, las obras en multimedios cuentan con muchos colaboradores creativos, así como (en el presente o en el futuro) las obras literarias o gráficas creadas gracias a las varias colaboraciones en las redes digitales.

En segundo lugar, es posible que la autoría y la titularidad de las obras audiovisuales y los productos en multimedios no estén siquiera sometidos a esa presunción: el Convenio de Berna establece una norma especial para las “obras cinematográficas”. De conformidad con esa norma, “se presume productor de la obra cinematográfica, salvo prueba en contrario, la persona física o moral cuyo nombre aparezca en dicha obra en la forma usual.”⁶⁹ En sus exposiciones exhaustivas sobre el Convenio de Berna, el profesor Ricketson señala que la referencia al “productor” de una obra cinematográfica sugiere una distinción entre los autores (los creadores efectivos), a quienes se considera, normalmente, los titulares iniciales del derecho de autor, y las personas jurídicas que, en ese contexto pueden considerarse como los titulares de derechos que recaen, habitualmente, en las personas físicas.⁷⁰ El Convenio de Berna no define la “obra cinematográfica”, pero “asimila” “las obras expresadas por un procedimiento análogo al de la cinematografía.” Esta afirmación puede ser lo suficientemente amplia para abarcar un espectro amplio de obras audiovisuales, incluidas las obras en multimedios.⁷¹ De ser así, habida cuenta del predominio cada vez mayor de las obras audiovisuales y en multimedios en la era digital, la norma especial sobre la titularidad de las obras cinematográficas podría limitar considerablemente el alcance de la presunción general sobre la autoría/titularidad.

Por otra parte, si bien es cierto que el Convenio permite a los signatarios (en particular el Reino Unido y los EE.UU.) que asignan la titularidad inicial a los productores audiovisuales el mantenimiento de esa asignación, otra disposición del Convenio de Berna prevé que la titularidad del derecho de autor sobre las obras cinematográficas es una cuestión del ámbito de la *lex protectionis*.⁷² De esta manera, la titularidad del derecho de autor respecto de esas obra variará según el país de la protección.

Si los países parte son libres para considerar que los “productores” de las obras audiovisuales y en multimedios son los *titulares* iniciales del derecho de autor, ¿también son libres para considerar a los “productores” como “*autores*”? Puesto que el Convenio no exige

⁶⁹ Art. 15.2) del Convenio de Berna.

⁷⁰ Ricketson, página 158, nota 3, más arriba.

⁷¹ Véase “La protección internacional de la obra audiovisual”, de Raquel Xalabarder, (Thesis, Barcelona, 1997), en que figura un examen amplio del concepto de “obra cinematográfica” según el Convenio de Berna.

⁷² Art. 14bis.2).a) del Convenio de Berna. Sin embargo, la misma disposición establece ciertas presunciones respecto de la cesión de los derechos patrimoniales del autor al productor.

El profesor Ricketson (véase la nota 3, más arriba) en la pág. 556, concluye que “en ausencia de cualquier definición convencional de “autor”, la pregunta respecto de quién es el creador de una obra cinematográfica...en definitiva, sigue siendo una cuestión del ámbito de las legislaciones nacionales.

Los autores de otro análisis fundamental del Convenio de Berna concuerdan en que el tratado no resuelve la condición de autor en las obras cinematográficas. Los profesores Desbois y Françon y el juez Kéréver sostienen que la ambigüedad del tratado refleja un intento torpe de lograr un acuerdo entre los países que confieren la titularidad inicial del derecho de autor a los productores y los que asignan los derechos inicialmente a los autores efectivos. Alegan que donde el Convenio de Berna debería haber ofrecido una norma sustantiva de aplicación internacional o, al menos, una única norma sobre los conflictos, simplemente creó confusión. Véase *Les conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, de Henri Desbois, et al., páginas 216 a 221 (1976).

que los demás países parte acepten la asignación de titularidad del país de origen, aparentemente no es necesario que los demás países parte se adhieran a la identificación de autoría del país de origen. De hecho, los redactores de las disposiciones sobre las obras cinematográficas creyeron que resultaba tan claro que cada nación parte era libre para considerar o no los “productores” como “autores”, que era “innecesaria”⁷³ una declaración específica al respecto.

Es decir, el Convenio de Berna abarca varias interpretaciones, de algún modo divergentes, en cuanto a la condición de autor y la titularidad inicial de los derechos:

1. En cuanto a la condición de autor: no queda claro que un “autor” deba ser el verdadero creador de una obra. Ello resulta particularmente cierto en lo que atañe a la categoría de las “obras cinematográficas”, una categoría que las obras en multimedios podrían expandir considerablemente. El derecho del país en que se reclama la protección podrá determinar quién goza de la condición de autor. Por lo tanto, el “autor” podrá ser una persona física o jurídica distinta, según dónde se entable una demanda. Como consecuencia de ello, los derechos y la condición de los creadores podrían variar en cada país de explotación que pertenezca a la Unión.
2. Con respecto a los derechos patrimoniales en las obras que no son cinematográficas: si bien el artículo 14bis.2) fija la competencia de la *lex protectionis* para las obras cinematográficas, el tratado no facilita una norma explícita para establecer la titularidad inicial de otros tipos de obras. Por inferencia del contrario, la *lex protectionis* no determinaría la titularidad inicial de las que no son “obras cinematográficas”. Cada jurisdicción de la Unión de Berna es libre de aplicar sus normas en materia contenciosa para establecer la titularidad inicial.
3. Con respecto tanto a la autoría como a la titularidad de los derechos patrimoniales: el de “autores” y el de titulares iniciales del derecho de autor son dos conceptos distintos. El Convenio de Berna no ofrece una definición clara y sustantiva de ninguno de los dos, aplicable por encima de la legislación nacional; si bien ofrece una norma sobre la elección del derecho relativa a la titularidad inicial para las obras cinematográficas, no establece qué precepto rige la determinación de la condición de autor de ese u otro tipo de obras. Además, el artículo 15.1) expresa la ecuación entre los autores y los titulares de derecho como una mera presunción refutable, y no ofrece norma alguna sobre la elección del derecho en cuanto a qué sistema jurídico rige la refutación de la condición de autor.

A la luz de esa incertidumbre, tal vez, la norma del artículo 5.2) del Convenio de Berna, que establece que el derecho del país en que se reclama la protección regirá las demandas sobre infracción, debería interpretarse en forma más amplia, para que constituya la

⁷³ Véase la Conferencia de Estocolmo sobre la Propiedad Intelectual, de las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual [en adelante, las BIRPI], 1967, *Proposals for Revision of the Substantive Copyright Provisions*, 58 (1966).

norma supletoria sobre la elección del derecho para todas las cuestiones relativas al derecho de autor, incluida la titularidad. Ello guardaría coherencia con un enfoque del derecho de autor internacional basado particularmente en la territorialidad. No obstante, existen pruebas amplias, a partir del propio Convenio de Berna, de que la territorialidad rigurosa no es la regla general. De hecho, el Convenio de Berna abandona, o relaja el principio de la territorialidad en lo que hace a distintas disposiciones que establecen varias obligaciones supranacionales o prescriben la aplicación del derecho del país de origen.⁷⁴ Por lo tanto, si bien en general es cierto que el Convenio de Berna no resuelve la cuestión de la ley aplicable a la titularidad del derecho de autor, también es cierto que el tratado, en su conjunto, no respalda la territorialidad extrema que identificaría el derecho aplicable al alcance de la protección con el que se aplicaría para establecer la titularidad.⁷⁵

B. Las normas de derecho internacional privado sobre la elección del derecho.

En ausencia de una norma sobre la elección del derecho en un tratado, la cuestión se remite a las normas sobre la elección del derecho de los países parte. Las normas en materia contenciosa que podrían aplicarse en las naciones parte en un tratado podrán variar según la cuestión por decidir. Por ejemplo, las normas locales sobre la elección del derecho podrán identificar un punto de vinculación para la legislación que rige la titularidad inicial del derecho de autor, y otro para las cesiones de la titularidad.

Con respecto al derecho aplicable para establecer la asignación inicial de la titularidad del derecho de autor cuando los creadores son empleados, podrían ser de aplicación cualesquiera de los sistemas jurídicos siguientes:

1. el derecho personal (la residencia, la nacionalidad o el domicilio) de la persona física (las personas físicas) del creador (los creadores);
2. el derecho personal del empleador (la residencia, la nacionalidad, el domicilio, el lugar principal de desempeño de la actividad comercial --si se trata de una persona jurídica);
3. el derecho que rige el contrato de trabajo (si en el contrato se realiza una elección del derecho, o el derecho del país en que se “localiza” el contrato);
4. el derecho del país de origen (la primera publicación); o
5. el derecho de la jurisdicción como una indicación supletoria general de la elección del derecho.

En lo relativo a las cesiones de la titularidad del derecho de autor, las normas que podrían ser de aplicación en materia de elección del derecho incluyen:

⁷⁴ En lo que hace a las normas supranacionales, véanse los artículos 2.1), 2.3), 2.5), 2.6), 2bis.3), 5.2).1), 6bis.1), 6bis.2), 7.1), 7.3), 7.4).2), 7.5), 8, 9.1), 9.2).2), 9.3), 10.1), 10.3), 10bis.1).2), 11, 11bis.1), 11bis.2).2), 11bis.3).1), 11ter, 12, 14, 14bis.1), 15.1), 15.2), 15.3), 16.1), 16.2) del Convenio de Berna. En cuanto a la aplicación del derecho del país de origen, véanse, por ejemplo, los artículos 2.7).2), 7.8), 18.1) de ese Convenio. En *Private International Law and the Berne Convention*, de Georges Koumantos, 24 COPYRIGHT 415 (Oct. de 1988); *Copyright and Private International Law in the Face of the International Diffusion of Works*, de Georges Koumantos en el Simposio Mundial de la OMPI sobre el futuro del derecho de autor y los derechos conexos, 233 (1994) (Publicación de la OMPI Núm. 731(E))

⁷⁵ Véase también *Les contrats d'exploitation de droit de propriété littéraire et artistique*, de Muriel Josselin-Gall, 231-63 (1995) (en que figura un debate amplio sobre la “incapacidad de los convenios internacionales para resolver el conflicto de las legislaciones relativo al titular inicial del derecho exclusivo de explotación”).

1. la *lex protectionis*, si en el ámbito de la jurisdicción las cuestiones relativas a la cesión se consideran como cuestiones del derecho de autor sustantivo;
2. si en el ámbito de la jurisdicción las cuestiones relativas a la cesión se consideran como cuestiones de derecho contractual, la *lex contractus*; ésta sería:
 - a) el derecho escogido por las partes en el contrato;
 - b) el derecho del país en que puede localizarse el contrato (o, si se aplica el Convenio de Roma, el derecho del lugar de residencia de la parte que debe la “prestación característica”).⁷⁶

1. La titularidad inicial del derecho de autor

La adopción de una norma sobre la elección del derecho en lo que respecta a la titularidad del derecho de autor debería fomentar el objetivo global del Convenio de Berna de promover la difusión internacional de las obras de autor.⁷⁷ La aplicación de una norma de territorialidad estricta podría tener como consecuencia que varias normas rijan la titularidad del derecho de autor; ello podría entorpecer de tal manera el comercio internacional de las obras protegidas por derecho de autor como para aniquilar uno de los propósitos principales del tratado. Además, si bien se ha reconocido durante mucho tiempo que el “derecho de autor internacional” se entiende de una manera más precisa como una colección de facultades que surgen del derecho de autor nacional, otorgadas al autor (el titular inicial del derecho de autor) en virtud de unos tratados bilaterales y multilaterales,⁷⁸ esa caracterización es más adecuada para la determinación de la materia susceptible de protección y el alcance de los derechos que para la titularidad de éstos. Tiene más sentido pensar que el derecho de autor germina en el país de origen de la obra y después florece en todos los demás países en que la obra se protege. Los países que luego acogen la obra contribuyen a su crecimiento, pero la bienvenida que le ofrecen no la erradica de su lugar de origen. El país de origen de la obra (el país de la primera publicación, o la residencia, el domicilio, la nacionalidad del autor) deberían determinar, entonces, quién es el titular inicial del derecho. En lugar de buscar unos puntos de vinculación alternativos para establecer la legislación aplicable para determinar la titularidad del derecho, “resulta más simple y más justo remitirse simplemente a la norma sustantiva expresada en el derecho nacional bajo cuya égida nació la obra”.⁷⁹

¿Por qué resulta “más simple y más justo” adoptar la legislación del país de origen para que rija la titularidad inicial del derecho de autor? Porque esa norma de elección del

⁷⁶ Tratado 80/934 del 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; 1980, Diario Oficial (L 266)1.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, *Guide de la Convention de Berne*, de Claude Masouyé, 5 (1978).

⁷⁸ Véase, por ejemplo, *Primer on the Principles of International Copyright*, de Jon Baumgarten, en *Fourth Annual U.S. Copyright Office Speaks: Contemporary Copyright and Intellectual Property Issues*, 470, 471 (1992) (Prentice-Hall Law and Business): “en cierta forma, la expresión ‘derecho de autor internacional’ es una denominación incorrecta, pues no existen ni un único código que rija la protección del derecho de autor a través de las fronteras nacionales, ni un derecho de propiedad multinacional unitario. Lo que sí existe es un conjunto de relaciones de derecho de autor entre los estados soberanos, cada uno de los cuales cuenta con su propia legislación sobre derecho de autor aplicable a los actos realizados dentro de su territorio.” (Letra cursiva en el original).

⁷⁹ Dictamen del 29 de abril de 1970, Cass. Civ. (Soc. Lancio contra Soc. Editrice Fotoromanzi Internazionali), 1971, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 270, nota de H. Batiffol.

derecho segura que no cambiarán los titulares de la obra por aplicar la legislación pertinente cada vez que la obra cruza una frontera internacional. De igual modo, los licenciatarios en todos los países sabrán que han adquirido los derechos a su titular. Ello no significa que el derecho local no podrá modificar o aun alterar la asignación de la titularidad establecida en el país de origen, por ejemplo, al aplicar la excepción de orden público del país que acoge la obra. No obstante, en principio, recurrir al derecho del país de origen refuerza la seguridad de los contratos internacionales y, por lo tanto, parecería promover el intercambio internacional de las obras protegidas por derecho de autor.

En el contexto de las relaciones de trabajo, además, el país de origen corresponderá también a uno de los otros puntos de vinculación mencionados anteriormente, como mínimo. Habitualmente, el país de la primera publicación es también el del establecimiento principal de los negocios del empleador/editor; asimismo, podría ser el país de residencia o nacionalidad de los empleados. Si cabe aplicar uno de estos puntos de vinculación adicionales, el probable que el país de origen sea también aquel en que pueda localizarse el contrato de trabajo. En otras palabras, es probable que el país de origen sea el que mantenga la “relación más significativa” con la obra.

Una modificación reciente de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. adopta el enfoque del “país de origen”. El artículo 104A, añadido para cumplir con las obligaciones de los EE.UU. en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC,⁸⁰ restablece la protección por derecho de autor de las obras extranjeras que cumplan con los requisitos pertinentes.⁸¹ Desde entonces, el Tribunal de Apelación estadounidense del Segundo Circuito ha dictaminado que el artículo 104A refleja el enfoque general de los EE.UU. en lo relativo a los conflictos de normas sobre la titularidad del derecho de autor. En la causa *Itar-Tass Russian News Agency contra Russian Kurier, Inc.*⁸², el primer dictamen de apelación que abordó directamente la cuestión de qué derecho nacional se aplica para establecer el título inicial de derecho de autor, el tribunal sostuvo que los tribunales estadounidenses tendrían en cuenta la asignación de los derechos de titularidad en el país que guardara la “relación más significativa” con la obra. En ese caso se trataba del país de la primera publicación, que era también el país de residencia de los autores y editores de las obras en cuestión. La norma sobre la titularidad del derecho de autor en el país de origen, además, difería de la norma estadounidense: mientras el derecho de autor, en las obras creadas en virtud de un contrato de trabajo en los EE.UU., pertenece al empleador, de conformidad con la Ley de Derecho de Autor de Rusia, según el tribunal, los periodistas empleados mantienen su derecho de autor. La aplicación de la norma del país de

⁸⁰ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluyendo el comercio de mercancías falsificadas, del 15 de abril de 1994, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Internacional del Comercio, Anexo 1C, Instrumentos Jurídicos --Resultados de la Ronda Uruguay, volúmenes 31, 33 I.L.M. 81 (1994).

⁸¹ El artículo 104A.b) dispone: “Titularidad del derecho de autor restablecido”. “la titularidad restablecida de la obra recae inicialmente en el autor o el titular inicial de la obra, tal como lo establece el derecho del país de origen de la obra”. De esta manera, al restablecer la protección por derecho de autor para las obras extranjeras cuyo derecho de autor se había perdido, los tribunales estadounidenses y la Oficina de Derecho de Autor tendrán en cuenta la persona física o jurídica que el derecho del país de la primera publicación, parte en el tratado, designa como titular del derecho de autor. Si la primera publicación se produjo en más de un país parte, el país de origen será el que mantenga los “contactos más significativos con la obra”. En el caso de las obras creadas en virtud de un contrato de trabajo, o por encargo, ese país será probablemente el país cuyo derecho rige el contrato.

⁸² 1998 U.S. App. Lexis 21016 (2d Cir. 1998).

origen significó que el editor ruso no obtuvo automáticamente la titularidad de los derechos que hacía valer en los EE.UU.

Supongamos que al indagar el derecho del país de origen se revelara que *sí* asigna al demandante los derechos que éste hace valer en una jurisdicción extranjera. ¿Allí finaliza la indagación? ¿O el derecho del país de explotación determina también los derechos de titularidad para su territorio? Por ejemplo, supongamos que un empleador estadounidense que encarga la realización de una obra y que, en virtud del derecho local, es el titular inicial de la totalidad del derecho de autor respecto de aquélla, procure explotar la obra en un país en que los empleadores no son los titulares iniciales del derecho de autor. Examinemos el análisis del profesor Ulmer. En su influyente obra sobre los conflictos del derecho y la propiedad intelectual, el eminente académico alemán de derecho de autor opinó: “por ejemplo, si una obra realizada por encargo en los EE.UU. debe explotarse en Alemania, el principio aplicable es que el derecho de autor corresponde al empleador. Sin embargo, en Alemania la adquisición del derecho de autor puede interpretarse únicamente como el producto de un acuerdo [por oposición al producto automático de la aplicación del derecho]. Por lo tanto, es eficaz sólo dentro de los límites en que una cesión de derechos de utilización se permite con arreglo al derecho alemán: el derecho moral del autor y los derechos relativos a los tipos de utilización que aún eran desconocidos al momento de la celebración del contrato siguen siendo de propiedad del autor.”⁸³ En otras palabras, la caracterización que el derecho estadounidense hace del empleador como el titular inicial del derecho de autor le confiere un fundamento para hacer valer la titularidad del derecho de autor en Alemania, pero el derecho alemán define el alcance del objeto de esa titularidad. La “titularidad” en su conjunto, en Alemania, no incluiría los derechos morales ni las formas de explotación desconocidas al momento de celebrar el contrato con el director. El enfoque de Ulmer supone un “principio de la doble titularidad”⁸⁴:

1. quien reclama debe haber sido el titular del derecho de autor en el país de origen de la obra; y
2. quien reclama también debe haber sido el titular del derecho de autor en el país en que se procura la protección.

Este enfoque no parece privilegiar un comercio internacional ágil de las obras protegidas por derecho de autor. No obstante, como veremos, si el segundo elemento del principio de la doble titularidad impone un criterio inapropiado para descubrir quién es el titular del derecho de autor, podrán intervenir algunas limitaciones locales a la titularidad del derecho de autor, que forman parte de la indagación de las objeciones de orden público contra la aplicación de una legislación que, de otra manera, sería aplicable.

⁸³ *Intellectual Property and the Conflict of Laws*, de Eugen Ulmer, 39 (1978).

⁸⁴ La expresión se inspira en el “principio de la doble sustanciabilidad”, de Inglaterra, según el cual podrá sustanciarse en los tribunales ingleses una demanda relativa a un supuesto ilícito cometido fuera del Reino Unido sólo si el acto es ilícito según el derecho del país en que se cometió y según el derecho inglés. Véase *Intellectual Property Infringement and Private International Law: Changing the Common Law Approach*, de W.R. Cornish, 1996 GRUR Int. 285. Véase también *The Infringement of Foreign Intellectual Property Rights* de Graeme W. Austin, 113 L.Q. Rev.321 (1997).

2. Las cesiones de la titularidad

a. El principio básico: la *lex contractus*

El derecho del país de origen ofrece también un punto de partida para examinar qué legislación debería aplicarse a las cesiones del derecho de autor. Supongamos que el derecho del país de origen no prevé una cesión general al empleador, sino que el empleador (o su licenciataria local) alega haber adquirido los derechos pertinentes mediante una cesión. En primer lugar, el tribunal debería averiguar si en el país de origen una disposición legislativa asigna esos derechos determinados que el editor reivindica. Por ejemplo, la legislación del país de origen podría prever una presunción más o menos limitada de cesión de los derechos.

Por otra parte, una licencia obligatoria no debería tener efecto extraterritorial; el beneficiario de una licencia obligatoria del país A no debería poder reivindicar los derechos en virtud de esa licencia en el país B.⁸⁵ A diferencia de los beneficiarios de las presunciones de cesión, que tienen una relación contractual de trabajo o de trabajo por encargo con el creador, los beneficiarios de licencias obligatorias son ajenos al titular del derecho; la licencia obligatoria los exime de la celebración de un contrato con el titular del derecho de autor.⁸⁶

Suponiendo que los derechos se hubiesen adquirido legítimamente en el país de origen, cabe preguntarse qué legislación rige la concesión de los derechos del licenciante para un territorio extranjero. La *lex contractus* o la *lex protectionis* (teniendo en cuenta que para un contrato que abarca varios territorios, como sería el caso en la difusión por las redes digitales, podría haber muchas *leges protectionum*). Probablemente, en las jurisdicciones en que el alcance de la concesión se considera como una cuestión de derecho de autor sustantivo, quedaría regido por la *lex protectionis* (véase el examen, más abajo). Pero la *lex protectionis* no debería prever una cesión *más amplia* que la que se realizó en virtud de la *lex contractus*. De esta manera, aun con respecto a la sustancia de la concesión, *en primer lugar*, el tribunal debería consultar la *lex contractus* y, entonces, preguntar si la *lex protectionis* exige la *limitación* del alcance de la concesión. Por ejemplo, supongamos que un contrato con un medio editorial se sometiera a la legislación de una jurisdicción basada en el “propósito de la concesión”,⁸⁷ en que se considerase que el alcance de la concesión no abarca los derechos electrónicos.⁸⁸ Ahora, si el editor procura obtener una licencia respecto de los derechos

⁸⁵ El Convenio de Berna permite a los países miembros imponer licencias obligatorias para la realización de fonogramas, véase el art. 13, pero ello significa que el país A parte en el Convenio podrá someter una composición musical del país B parte en el Convenio a una licencia para la realización y la distribución de los fonogramas en el territorio de A. En efecto, el trato nacional se aplica a las licencias obligatorias: si las composiciones musicales del país A se someten a las licencias obligatorias locales, también podrán someterse -- en el territorio de A -- las del país B.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, el artículo 115 de la Ley 17 U.S.C. (las licencias obligatorias para la realización y distribución de fonogramas; la licencia se obtiene de la Oficina de Derecho de Autor).

⁸⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 31.5) de la Ley de Derecho de Autor de Alemania, del 9 de septiembre de 1965 [*Urheberrechtsgesetz*] (publicada en el *Bundesgesetzblatt*, I, pág. 1273, núm. 51, del 16 de septiembre de 1965) (la traducción al inglés se publicó en 1 *Copyright* 251(1965)); se examina en *Comment; Electronic Rights and Wrongs in Germany and the Netherlands*, de P. Bernt Hugenholtz, 22 *Colum-VLA. J. L. & Arts* 151 (1998).

⁸⁸ Véase, por ejemplo, el dictamen de fecha 24 de septiembre de 1997 del tribunal de distrito de Amsterdam (Heg, Mulder y Stam contra De Volkskrant), apelación en trámite, (la traducción al inglés figura en 22 *Colum-VLA J. L. & Arts* 181 (1998)); el dictamen de fecha 28 de octubre de 1997 del tribunal de apelación de Bruselas y el dictamen de fecha 10 de octubre de 1996 del Tribunal Supremo de Bruselas (*Association générale des journalistes professionnels de Belgique contra S.C.R.L. Central Station*) (las traducciones al inglés figuran en

relativos a los medios digitales en una jurisdicción extranjera y los autores se oponen, el tribunal del territorio extranjero debería tener en cuenta el derecho que rige el contrato de los autores para establecer si los derechos relativos a los medios digitales deberían considerarse incluidos.

¿Qué es la *lex contractus*? Es el derecho escogido por las partes o, en ausencia de una cláusula de elección del derecho, el que se determina al “localizar” el contrato. En los EE.UU., un tribunal buscaría la jurisdicción con la que el contrato guarda la “relación más significativa”, por ejemplo, el país de residencia de las partes, o el lugar de celebración o ejecución del contrato.⁸⁹ De manera similar, en la Unión Europea, el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, designa (en ausencia de un derecho escogido por las partes) el derecho del país con el que el contrato “presente los lazos más estrechos”. A su vez, se presume que se trata del país en que la parte que realiza la “prestación característica” tiene su residencia habitual.⁹⁰ En el contexto de las cesiones del derecho de autor, no siempre resulta evidente quién debe la “prestación característica”, en particular si interviene un contrato relativo a la difusión por Internet.⁹¹ No obstante, consideraremos que quien debe la prestación característica es la parte que explota la obra, pues los actos de la parte “producirán los ingresos para el autor”.⁹² Entonces, el derecho que rige el contrato será el de la residencia habitual de quien explota la obra. Ese derecho determinará también los requisitos de forma del contrato, por ejemplo, si deberá celebrarse por escrito y estar firmado por el autor, así como los elementos sustantivos de la concesión.⁹³

b. Las desviaciones del principio de la *lex contractus*

Existen dos circunstancias principales en que un tribunal local tendría en cuenta un derecho distinto del que rige el contrato. En primer lugar, en virtud de las normas locales sobre la elección del derecho, la posibilidad de cesión podría considerarse como una cuestión de derecho de autor sustantivo. Para expresarlo de manera más sencilla, podría considerarse que ciertos tipos de cesión están regidos por las normas sustantivas de derecho de autor. En segundo lugar, si bien normalmente se impone la legislación que rige el contrato, el país que acoge la obra también podría interponer su legislación cuando, en virtud del derecho de ese país (*lex protectionis*), la consecuencia de la aplicación de la legislación extranjera entrase en conflicto con el orden público fuertemente arraigado. Una variante del tema del orden público: podría considerarse que algunas prohibiciones locales se aplican automáticamente a todos los contratos, con independencia de qué derecho pudiese regirlos.⁹⁴ Por ejemplo, si la

22 Colum.-Vla J.L. & Arts 195, 191 (1998)); el dictamen de fecha 3 de febrero de 1998 del tribunal de instancia superior de Estrasburgo (Unión de periodistas franceses contra SDV Plurimédia) (la traducción al inglés figura en 22 Colum.-Vla. J L. & Arts 199 (1998)) (todos sostienen que la explotación en línea y en CD-ROM de los artículos escritos para las publicaciones periódicas impresas excede el alcance de toda licencia implícita del periodista a los periódicos).

⁸⁹ Véase, por ejemplo, *Restatement (second) of the Law of Conflicts of Law*, § 188.2).

⁹⁰ Tratado 80/934 del 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; 1980, Diario Oficial (L 266)1 [en adelante, Convenio de Roma].

⁹¹ Véase, por ejemplo, *Conflicts of Law in International Copyright Assignments*, de Mario Fabiani, 1998 Ent. L. Rev. 157, 161; *Private International Law Aspects: France*, de Pierre Yves Gautier, en *ALAI Study Days: Copyright in Cyberspace*, 298-99 (Amsterdam 1996).

⁹² Véase Fabiani, nota 91, más arriba.

⁹³ Véase el art. 9 del Convenio de Roma.

⁹⁴ Este enfoque trata la prohibición local como una “norma de aplicación inmediata” o *loi de police*, una norma local que se aplica en la jurisdicción sin siquiera preguntar qué norma extranjera pudiera regir la cuestión.

legislación local dispone que un derecho es intransferible, toda transferencia será inválida para ese territorio, con independencia de la legislación que rige el contrato.⁹⁵ Entonces, en todas esas circunstancias si bien la legislación del país de origen rige lo que un autor puede *conceder*, la del país que acoge la obra podrá también establecer lo que el beneficiario de la concesión puede *recibir* en esa jurisdicción.

i. La cesión caracterizada como una cuestión de derecho de autor sustantivo, antes que como de derecho contractual

Supongamos que al inquirir en la legislación del país de origen se revela que la parte que formula la reclamación ha adquirido allí los derechos que hace valer en el exterior. Empero, supongamos también que quien reclama pudiera adquirir de los autores, en el país de origen, un *número mayor* de derechos que los que podría adquirir con arreglo a la legislación del país que acoge la obra. Si se aplica el principio del trato nacional, según el cual “la extensión de la protección...acordados al autor para la defensa de sus derechos”⁹⁶ se rige por la legislación en materia de derecho de autor del país en que se reclama la protección, algunos países tratan el alcance de la concesión como una cuestión de derecho de autor sustantivo; por lo tanto, el alcance de la concesión se limitaría a lo que permite la legislación local.⁹⁷ Por ejemplo, un contrato de 1950 regido por el derecho estadounidense por el que se cedían los derechos de explotación “en todos los medios conocidos actualmente, o desarrollados ulteriormente” sería válido en los EE.UU.⁹⁸, pero inválido en Alemania, en lo que respecta a los medios desconocidos en 1950⁹⁹. Si rige únicamente la ley del contrato, el beneficiario de la concesión podrá ofrecer la obra en línea en todo el mundo, incluidos los usuarios alemanes. Si se aplica el derecho alemán a las explotaciones en Alemania, entonces el autor (o sus herederos) podrán objetar el ofrecimiento de la obra en línea a los usuarios de Alemania por el beneficiario de la licencia.

Establecer que las cuestiones relativas a la posibilidad de cesión y al alcance quedan regidas sistemáticamente por la *lex protectionis* guarda coherencia con un enfoque del derecho de autor internacional como un conjunto de derechos territorialmente distintos. Según este enfoque, la regla del trato nacional significa que el alcance de la protección de un autor de la Unión de Berna (o de la OMC) es el mismo que el de un autor local en cada país de la Unión. De esta manera, si un autor transfiere su derecho de autor para el mundo entero, de hecho, está transfiriendo cualesquiera derechos que cada uno de los países de la Unión de Berna o la OMC le permitirán transferir.

Sin embargo, si se interpreta que el principio del trato nacional del artículo 5.2) del Convenio de Berna se refiere al alcance de los derechos exclusivos en virtud del derecho de autor *vis à vis* los infractores, antes que *vis à vis* los beneficiarios de la concesión, entonces es

Véase, por ejemplo, *General Course on Private International Law*, de F. Juenger, 201-02 (1983) (extracto de 193, Recueil des cours (1985-IV)).

⁹⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 203.a).5) de la Ley 17 U.S.C. (el derecho de poner fin a la concesión de los derechos exclusivos con arreglo al plazo de 35 años a partir de la celebración del contrato es intransferible e irrenunciable por anticipado).

⁹⁶ Art. 5.2) del Convenio de Berna.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, Ulmer; nota 83, más arriba.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, *Platinum Records Co. contra Lucasfilms Ltd.*, 566 F.Supp 216 (D.N.J. 1983); *Rooney contra Columbia Pictures, Inc.*, 538 F. Supp. 211 (S.D.N.Y.), *aff'd.*, 714 F. 2d 117 (2d Cir. 1982).

⁹⁹ Art. 31.4) de la Ley de Derecho de Autor de Alemania.

posible evitar los obstáculos a la difusión internacional de las obras de autor que generaría el enfoque basado fuertemente en la territorialidad, examinado más arriba.

A la luz de lo antedicho, aún podrían resultar adecuadas algunas limitaciones a las concesiones por contrato basadas específicamente en la territorialidad. Por ejemplo, si el derecho en cuestión es característico de un territorio determinado, también cabría aplicar las condiciones o limitaciones al ejercicio de ese derecho propias de dicho territorio. Por ejemplo, la antigua Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. dividía el plazo de protección en un período de 28 años, renovable por otros 28 años.¹⁰⁰ Se consideraba el segundo período como un “nuevo título”, que confería al autor unos derechos libres y exentos de las cesiones previas. Sin embargo, la Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo que el autor podía transferir el plazo de renovación antes de que le fuese conferido.¹⁰¹ Por reconocer que, fundamentalmente, esta afirmación privaba al autor del “nuevo título” (puesto que muchos autores terminaban por transferir ambos plazos de protección del derecho de autor), algunos tribunales inferiores exigieron que, para tener validez, la transferencia del plazo de renovación debía ser explícita.¹⁰² Posteriormente, se planteó la cuestión relativa a si este requisito formal de la transferencia del plazo de renovación se aplicaba sólo a los contratos regidos por el derecho estadounidense o si la exigencia se aplicaba a cualquier contrato cuyo objeto fuese la transferencia del plazo estadounidense de renovación, con independencia del derecho aplicable, de otra manera, a ese contrato.

En la causa *Corcovado Music Corp. contra Hollis Music, Inc.*,¹⁰³ un contrato del derecho brasileño entre un compositor y un editor de la misma nacionalidad, concedía los derechos para el ámbito mundial por la duración del derecho de autor. No obstante, el compositor puso fin a los derechos del editor, para los EE.UU., al concluir el primer plazo de protección del derecho de autor y concedió los derechos del plazo estadounidense de renovación a un editor de los EE.UU. El editor brasileño alegó que la legislación brasileña regía la concesión de los derechos y que, en virtud de esa legislación, el compositor no gozaba de derechos adicionales para conceder a otro editor. El Segundo Circuito reconoció que el derecho brasileño regía el contrato, pero caracterizó la cuestión formal de la concesión de los derechos de renovación tal como se preveía en la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. Puesto que el contrato brasileño no contenía el lenguaje exigido, la cesión de los derechos respecto del plazo de renovación estadounidense no surtía efecto. Este enfoque guarda coherencia con una norma general que prevé la aplicación de la *lex contractus*, pues se aplica sólo a los derechos que la propia legislación local define como característicos del derecho de autor local. Por ejemplo, la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. especifica que el derecho de terminación “de ningún modo perjudica los derechos que surjan en virtud de cualesquiera...legislaciones extranjeras”¹⁰⁴.

ii) Las excepciones de orden público

Como una cuestión de legislación local en materia de derecho de autor, el país que acoge la obra podrá prohibir la cesión de ciertos tipos de derechos. Por ejemplo, en Alemania

¹⁰⁰ Véase el art. 24 de la Ley 17 U.S.C. (revocado).

¹⁰¹ Véase *Fred Fisher Music Co. contra M. Whitmark & Sons*, 318 U.S. 643 (1943).

¹⁰² Véase, por ejemplo, *Corcovado Music Pub. contra Hollis Music, Inc.*, 981 F.2d 679 (2d Cir. 1993).

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Artículo 203.(b)(5) de la Ley 17 U.S.C.

un contrato no podrá conceder derechos respecto de los nuevos modos de explotación, desconocidos al momento de celebrar el contrato¹⁰⁵ y, en Francia, los derechos morales son inalienables.¹⁰⁶ Los países que acogen la obra podrán considerar que esas prohibiciones son tan significativas, en lo que respecta al orden público, que prevalecen en el territorio local, con independencia del carácter internacional del contrato, o del origen extranjero de la obra. Así pues, los tribunales franceses han desestimado las pretensiones de un productor cinematográfico estadounidense en el sentido de que la renuncia por contrato, del director estadounidense de una película, a los derechos morales debería impedir al director invocar, en Francia, el derecho moral de integridad contra la transmisión de una versión coloreada de la película.¹⁰⁷ Por otra parte, los tribunales franceses también denegaron la aplicación de la excepción de *ordre public* en una demanda por el derecho de atribución que entabló un autor francés obligado por un contrato, regido por el derecho estadounidense, para escribir en nombre de otro cuando el libro objeto del contencioso se escribió en los EE.UU. y se distribuyó en varios países, incluyendo los EE.UU., y el contrato preveía específicamente la aplicación del derecho estadounidense.¹⁰⁸

Recomendación relativa a la elección del derecho: la titularidad del derecho de autor

El principio de la territorialidad se atenúa o debería atenuarse considerablemente en las cuestiones relativas a la titularidad del derecho de autor, tanto inicial como por cesión. Como propuesta general, la permanencia en la titularidad del derecho de autor a través de las fronteras internacionales promoverá el comercio internacional de las obras protegidas por derecho de autor, particularmente en una era de comunicaciones digitales instantáneas y penetrantes. Por lo tanto, la norma de la elección del derecho para asignar la titularidad inicial debería pertenecer al derecho del país que guarda la relación más significativa con la obra. Se supone que ése es el país de origen.

Sin embargo, la meta de reducir las fricciones en el movimiento transfronterizo de las obras de autor no debería aniquilar el objetivo principal del derecho de autor internacional, expuesto en el Convenio de Berna, que consiste en “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los *autores* sobre sus obras literarias y artísticas”.¹⁰⁹ La uniformidad en los enfoques sobre la elección del derecho relativos a la titularidad del derecho de autor no debería conducir a una protección menos eficaz de los derechos de los autores. Así como una aplicación rígida de la legislación del país que acoge la obra en lo que hace a la titularidad del derecho de autor podría obstaculizar innecesariamente la difusión internacional de las obras

¹⁰⁵ Artículo 31.4) de la Ley de Derecho de Autor de Alemania.

¹⁰⁶ Artículo L. 121-1.3) del Código de Propiedad Intelectual de Francia.

¹⁰⁷ Véase el dictamen de fecha 28 de mayo de 1991 (Turner Ent. contra Huston), Cass. Civ. 1re, 1991 JCP.II.21731, nota de A. Françon; el dictamen del Tribunal de Apelación de Versalles, tribunales civiles combinados, de fecha 19 de diciembre de 1994, 164 RIDA 389 (1995). Véase también el dictamen de fecha 30 de mayo de 1984 (Marius Constant contra Ste. Warner Bros.) Trib. Gde. Instance de París, 122 RIDA 220 (1984) (Fr.) (mantiene el derecho de atribución del compositor cinematográfico francés respecto de una película estadounidense cuando la película se distribuyó en Francia).

¹⁰⁸ Véase el dictamen del Tribunal de Apelación de París, de fecha 1 de febrero de 1989 (Bragance contra de Grèce), 142 RIDA 301, 307, nota de Sirinielli.

¹⁰⁹ Preámbulo del Convenio de Berna (letra cursiva añadida). Esta meta fundamental del Convenio de Berna sugiere que, donde el tratado no ofrece una norma de elección del derecho, sino que deja la decisión del derecho aplicable a los países parte, las decisiones de esos países deberían regirse por el principio de *favor auctoris*: ante la duda, seguir el análisis del conflicto que producirá un resultado favorable al autor.

protegidas por derecho de autor, el recurrir indiscriminadamente a la legislación del país de origen podría fomentar el desarrollo --mediante la manipulación de los puntos de vinculación al “origen”-- de un nuevo tipo de “puerto franco del derecho de autor”,¹¹⁰ un paraíso no para los piratas, sino para algunos editores y productores. Por lo tanto, es importante garantizar que el país de origen es, efectivamente, el país que mantiene la “relación más significativa” con la obra.

Es decir, si bien con respecto a la titularidad inicial el punto de partida del análisis de la elección del derecho que rige la titularidad del derecho de autor debería ser la legislación del país de origen, o el derecho del contrato para las cesiones, si la legislación o la jurisprudencia del país que acoge la obra cuenta con un orden público que protege intensamente al autor, ese país podrá reemplazar su propia legislación por la que, de otra manera, sería aplicable. Por ejemplo, ello significa que el país que acoge la obra y que procura proteger a los autores contra las cesiones imprudentes podrá reconocer la cesión de un *número menor* de derechos que los que el autor transfirió en virtud de la legislación del país de origen o del contrato.¹¹¹ Por el contrario, aun en los países que acogen la obra cuyas normas sobre la elección del derecho indican la aplicación de la legislación local sobre derecho de autor a las cesiones de derechos, los tribunales deberían tener en cuenta el derecho que rige el contrato para garantizar que la aplicación de la legislación del país que acoge la obra no tendrá como resultado un *número mayor* de derechos que los que los que podrían concederse por contrato a la contraparte del autor.

V. ELECCIÓN DEL DERECHO: LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

¿Qué derecho se aplica para establecer si se ha cometido una infracción del derecho de autor?

Con arreglo al artículo 5.2) del Convenio de Berna,

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.

Existen algunas controversias respecto de si ese texto expone una norma de elección del derecho, o simplemente una norma de no discriminación.¹¹² En el segundo caso, el “país en que se reclama la protección” no necesita aplicar su propia legislación a un autor de la Unión, en la medida en que aplique la misma legislación extranjera a un autor local, en las mismas circunstancias. A los efectos del presente examen, baste sugerir que el artículo 5.2)

¹¹⁰ La Comisión Europea ha utilizado esta expresión para referirse a los países cuyas normas laxas sobre derecho de autor invitan a los piratas a situar allí sus actividades; Comisión Europea, Propuesta para una Directiva del consejo sobre las transmisiones por cable y satélite, Memorándum Explicativo, COM (91)276, final, pág. 4.

¹¹¹ La intensidad del orden público del país que acoge la obra podrá variar. Ese país podrá otorgar un nivel elevado de protección a sus *propios* autores y ser más elástico en lo que respecta a los arreglos extranjeros entre los autores y los beneficiarios de las concesiones que, de haber sido contratos locales, se habrían considerado inválidos. Véase, por ejemplo, *Traité de droit international privé*, de Henri Batiffol, 580 (1993) (acerca de la diferencia entre “ordre public” y “ordre public international” y el “effet atténué d’ordre public”).

¹¹² Compárese *Diritto internazionale e diritto d'autore*, de Roberto Mastroianni (1997), con *Intellectual Property Rights and the Conflicts of Law*, de Eugen Ulmer (1978).

expresa tanto un principio de no discriminación como una norma sobre la elección del derecho: por cierto, la expresión “se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección” *parecería* ser una norma de competencia legislativa. Por esa razón, rechazaremos también otra interpretación posible del art. 5.2), en el sentido de que designa la totalidad del derecho, incluido el derecho contencioso, del país “en que se reclama la protección”. Si el art. 5.2) incorporase las normas de ese país sobre la elección del derecho, las partes en litigio se encontrarían en una situación de *renvoi*. A su vez, ello podría producir la denegación del trato nacional: las obras extranjeras podrían no recibir el mismo trato sustantivo que las locales si la jurisdicción no aplicara su derecho sustantivo, sino su derecho contencioso y, como resultado, el derecho de otro país, a una demanda de un autor extranjero por infracción. Por lo tanto, supondremos que el Convenio de Berna indica la aplicación del derecho sustantivo del país pertinente.

A. *¿Prevalece la territorialidad?*

Pero, ¿cuál es ese país? Probablemente, el ámbito de la jurisdicción es el país en que el titular del derecho reclama la protección, pues el demandante ha escogido interponer la acción ante los tribunales de ese país. Sin embargo, la mayoría de los glosadores del Convenio de Berna rechaza esta interpretación y sostiene, en cambio, que debería entenderse que el “país *en que* se reclama la protección” significa el país *para el que* se solicita la protección contra los actos infractores que se están cometiendo allí.¹¹³ A menudo, ese país será el mismo que el de la jurisdicción, pero puede anticiparse que el demandante podría escoger interponer la demanda en otra jurisdicción, por ejemplo, aquella en que el demandado cuenta con activos considerables.¹¹⁴

Así pues, podría concluirse que la expresión “el país en que se reclama la protección” se refiere al país en que se produjo la infracción. Aunque, de ser así, nos topamos con el problema de una multiplicidad de legislaciones posibles. Particularmente en el contexto de los medios digitales, la infracción podrá tener lugar en varios países al mismo tiempo: en el país en que la presunta infracción se originó, así como en los países a los que se comunicó la infracción. ¿Exige el Convenio de Berna un enfoque estrictamente territorial, con la aplicación sucesiva del derecho de cada país de recepción, o será suficiente aplicar el derecho del país en que tuvo inicio la infracción?¹¹⁵

El aplicar el derecho de cada país de recepción guardaría coherencia con un concepto de aceptación generalizada del derecho de autor internacional: que no existe un derecho de

¹¹³ Véase, por ejemplo, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. Lucas y H.J. Lucas, § 1066-1074 (1994); *Les conventions internationales du droit d’auteur e du droit voisin*, de H. Desbois *et al.*, § 135-39 (1976); *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d’autore*, de Stefania Bariatti, 1996, Aida 59, 70.

¹¹⁴ Véase *Guide to the Berne Convention*, de Claude Masouyé, § 5.7 (1978).

¹¹⁵ Compárese *Du droit applicable dans le “village planétaire” au titre de l’usage immatériel des oeuvres*, de P. Y. Gautier, D.1996.131 (se recomienda la aplicación distributiva del derecho de los países de recepción), con *Droit d’auteur et satellites spatiaux*, de A. Kéréver, 121 RIDA 27, 51-53 (1984) (insta a la aplicación del derecho del país del enlace ascendente, en los casos de infracción por satélite) y Lucas y Lucas, nota 113, más arriba, en § 1074 (declara que guarda coherencia con el art. 5.2) extender la competencia del derecho del país en que se produjo el acto generador de la infracción -*fait générateur*- a las demandas multiterritoriales por infracción); véase también *idem*, en § 980 (se recomienda la aplicación del derecho del lugar de inicio, como una cuestión de derecho internacional privado francés).

autor internacional como tal, sino, antes bien, un conjunto de sistemas nacionales de derecho de autor, vinculados por el Convenio de Berna en un acuerdo multilateral de no discriminación (trato nacional).¹¹⁶ En otras palabras, para volver a nuestra hipótesis, el autor de *Le Grand Secret* no es sólo el titular francés de los derechos, sino, en virtud del convenio de Berna, el titular británico de los derechos, el titular japonés de los derechos y así sucesivamente. Cada mercado nacional de las obras protegidas por derecho de autor se distingue y, con arreglo a las limitaciones de las disposiciones mínimas del Convenio de Berna, define los contornos de la protección local. Es decir, aplicar un régimen más laxo que los de las legislaciones de todos los países en que se cometió la presunta infracción significaría dejar de lado la naturaleza fundamental del derecho de autor internacional en virtud del Convenio de Berna.¹¹⁷

Sin embargo, la aplicación de ese enfoque territorial a las infracciones penetrantes y simultáneas que Internet posibilita parecería complicar considerablemente la tarea de ventilar una demanda por infracción en varios territorios. Ello explica el ímpetu en atribuir otro significado al “país en que se reclama la protección”. Si consideramos el país en que se originó la presunta infracción como el país previsto en el art. 5.2) del Convenio de Berna, la tarea parece un poco más sencilla. En un contexto afín, las transmisiones por satélite --la que fue una tecnología nueva de difusión instantánea de las obras a través de varias fronteras internacionales--, la Comisión Europea estableció que el país en que se produce el acto que da origen el derecho de autor, la “comunicación al público”, es el país donde se encuentra el enlace ascendente de la señal del satélite.¹¹⁸ La Directiva sobre la transmisión por satélite ofrece un respaldo importante para considerar que el “país en que se reclama la protección” es el país en que se originó una infracción multiterritorial. En el contexto de nuestra hipótesis acerca de *Le Grand Secret*, este enfoque significaría que los reclamos del editor francés respecto de los actos del demandado británico estarían regidos por el derecho de autor inglés, mientras que los reclamos relativos a las infracciones originadas en el sitio Web estadounidense lo estarían por el derecho de autor de los EE.UU.¹¹⁹ Sin embargo, el objeto de la elección del derecho no es simplemente reducir el número de los sistemas jurídicos que podrían aplicarse; es, o debería ser, la identificación de la norma que indicará cuál es el país en mejores condiciones de ofrecer una reparación internacional eficaz.¹²⁰ Esa meta guiará el análisis de las alternativas a la territorialidad.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, *Primer on the Principles of International Copyright*, de Jon Baumgarten, en *Fourth Annual U.S. Copyright Office Speaks: Contemporary Copyright and Intellectual Property Issues*, 470, 471 (1992).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Laws in Transnational Litigation* de Graeme W. Austin, 23 Colum.-VLA J.L. & Arts (de próxima publicación en 1998).

¹¹⁸ Véase el art. 2.b) de la Directiva del Consejo 93/83 del 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, 1993, Diario Oficial (L 248) 15. Esta directiva sitúa el acto de comunicación “únicamente en el Estado miembro en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación...”.

¹¹⁹ De momento, suponemos que el lugar de establecimiento comercial del operador del sitio Web estadounidense se encuentra en el mismo país que el servidor que acoge el sitio Web. De hecho, es muy probable que el sitio Web se encuentre en un servidor ubicado en un país distinto de aquel del operador.

¹²⁰ Véase, por ejemplo, *Conflict of Laws in Cyberspace: Rethinking International Copyright in a Digitally Networked World*, de Paul Edward Geller, 20 Colum.-Vla J.L. & Arts, 571, 597 (1996) (expone un argumento similar, en el contexto de las infracciones para las que no es fácil identificar un punto de origen); *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, de Michel Vivant, JCP 1996.I.3969, § 6 (sostiene que ese país puede ser el de la

B. Las alternativas a la territorialidad

1. El ejemplo estadounidense de la “copia de raíz”

Volvamos a nuestra hipótesis sobre *Le Grand Secret* y planteemos la situación en que la comunicación que se supone infractora se origina en un sitio Web estadounidense. Mediante un enfoque meramente territorial, se aplicaría el derecho de autor estadounidense cada vez que se accedió a la obra en los EE.UU. y, directamente, el tribunal debería poder suspender el funcionamiento del sitio Web estadounidense, suponiendo que el emplazamiento principal de la actividad comercial del operador del servidor o del sitio Web se encontrase en el territorio de los EE.UU. Pero, ¿qué derecho se aplica a las copias realizadas fuera de los Estados Unidos, cuando los usuarios extranjeros se conectaron al sitio estadounidense? ¿También el derecho estadounidense, o los de los países de los usos finales?

En una serie de dictámenes que datan de 1939, el Segundo Circuito sostuvo la aplicación del derecho estadounidense a la distribución de ejemplares en el extranjero, cuando los ejemplares extranjeros eran reproducciones adicionales de una reproducción inicial que constituía una infracción cometida en los Estados Unidos.¹²¹ También otros tribunales han aplicado este enfoque, de la copia del original o de raíz, a la extensión extraterritorial del derecho de autor estadounidense.¹²² Sin embargo, el Segundo Circuito ha distinguido los casos de copia de raíz cuando el demandante procuraba la reparación por las *interpretaciones o ejecuciones* en el extranjero de las obras protegidas por derecho de autor. Si una interpretación o ejecución culmina en otro país, se considera que no existe la conexión fundamental con los Estados Unidos que brindaría una reproducción¹²³ inicial no autorizada.

jurisdicción si en ésta se encuentra el establecimiento de quien originó la comunicación digital); *Choice of Law and the Internet: Getting Rid of False Dreams and Misleading Metaphors*, de Mihály Ficsor, documento presentado en la Sexta Conferencia Anual sobre derecho de propiedad intelectual y política en la materia, Facultad de Derecho de Fordham (abril de 1998).

¹²¹ Véase, por ejemplo, *Sheldon contra Metro-Goldwyn Pictures, Corp.*, 106 F.2d 45 (2d Cir. 1939), *aff'd*, 309 U.S. 390 (1940) (se sostuvo que la distribución de una película en el Canadá infringía el derecho del demandante respecto de su obra teatral); *Update Art Inc. contra Modiin Publ'g Ltd.*, 843 F.2d 67 (2d Cir. 1988) (la publicación en Israel de la fotografía de un póster; la copia inicial de una fotografía presuntamente realizada en los Estados Unidos y enviada a Israel para su copia y distribución adicional); *Famous Music Corp. contra Seeco Records, Inc.*, 201 F. Supp. 560 (S.D.N.Y. 1961) (los discos pirata vendidos en Europa y presuntamente realizados a partir de una cinta original estadounidense ilícita); véase también *Fun-Damental Too, Ltd. contra Gemmy Indus. Corp.*, 41 U.S.P.Q.2d 1427 (S.D.N.Y. 1996) (se desestimó la demanda por infracción al derecho de autor porque el demandado “omitíó alegar una infracción cometida en los Estados Unidos que hubiese originado una infracción extraterritorial”).

¹²² Véase *P. & D Int'l contra Halsey Publ'g Co.*, 672 F. Supp. 1429 (S.D. Fla. 1987) (la exhibición no autorizada en un barco de crucero de la copia de una película realizada sin autorización en Miami).

¹²³ Véase *Robert Stigwood Group Ltd. contra O'Reilly*, 530 F.2d 1096, 1100 (2d Cir. 1976) (se diferencia la causa *Sheldon*, 106 F.2d 45, sobre la base de que en esa causa intervenía una reproducción estadounidense reproducida adicionalmente en el Canadá, mientras el caso en cuestión se refería a las interpretaciones o ejecuciones en vivo, en el Canadá); *Gasté contra Kaiserman*, 683 F. Supp. 63, 65 (S.D.N.Y.), *aff'd*, 863 F.2d 1061 (2d Cir. 1988) (no se concede reparación por las interpretaciones o ejecuciones realizadas en el exterior a menos que el demandante pueda demostrar que esas interpretaciones o ejecuciones “fueron la consecuencia de la reproducción de unas grabaciones realizadas originalmente en los Estados Unidos”). *Accord*, *Allarcom Pay TV Ltd. contra General Instrument Corp.*, 69 F.3d 381, 387 (9th Cir. 1995) (en una controversia relativa a la desviación de una señal de cable hacia los telespectadores canadienses, *sostuvo* que resultaba indiferente si el demandado estadounidense había autorizado a los canadiense a apropiarse de la señal o si, en cambio, había

Una decisión reciente del Noveno Circuito sigue las dos corrientes de la doctrina del Segundo Circuito en lo que respecta al alcance extraterritorial del derecho de autor estadounidense. En la causa *Los Angeles News Service contra Reuters Television International*,¹²⁴ el demandante filmó unas escenas de los disturbios callejeros de 1992, en Los Ángeles, que siguieron a la absolución de los dos oficiales de la policía que habían golpeado a Rodney King. El demandante autorizó a la emisora NBC a transmitir esas escenas en los EE.UU. Sin la autorización del demandante, la NBC transmitió también las secuencias filmadas a las oficinas neoyorquinas de las agencias extranjeras de noticias. Las cintas de vídeo se realizaron en la ciudad de Nueva York a partir de esas transmisiones y las secuencias de esas cintas de vídeo se transmitieron a Europa y África. De conformidad con un dictamen anterior del Noveno Circuito¹²⁵, las transmisiones de Nueva York hacia Europa y África no constituían actos infractores cometidos dentro de los EE.UU. y, por lo tanto, no podían juzgarse en virtud del derecho estadounidense. Por otra parte, los actos no autorizados que tuvieron como consecuencia esas transmisiones caían dentro del alcance de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. Habida cuenta de que la transmisión entre California y Nueva York se realizó dentro de los EE.UU., y las copias de las cintas se realizaron en Nueva York, el tribunal aplicó la teoría del “inicio” de la infracción, y facultó al demandante a obtener la reparación por todos los actos, locales o extranjeros, surgidos de la transmisión no autorizada dentro de los EE.UU. del vídeo a las oficinas neoyorquinas de las agencias de noticias, y de la copia no autorizada en cintas de vídeo de esa transmisión.

El caso *Reuters* ilustra la distinción artificial que la jurisprudencia estadounidense trazó entre el inicio en los EE.UU. de una interpretación o ejecución recibida en el exterior y la creación de una copia en los EE.UU. a partir de la cual se realizaron copias adicionales en el exterior. En el segundo caso, la comisión de una infracción dentro de las fronteras de los EE.UU. permite al tribunal el seguimiento de las restantes que se cometieron fuera de los EE.UU. Por el contrario, los tribunales han afirmado que el derecho de interpretación o ejecución pública no se infringe en los EE.UU. a menos que la interpretación o ejecución se reciba en ese país. Este enfoque contradice exactamente la decisión de la Comisión Europea en el sentido de que el acto de comunicación al público que perjudica el derecho de autor se comete cuando la obra se pone a disposición (al menos por satélite¹²⁶) y no cuando, de hecho, se recibe. Si se unen las dos doctrinas, es posible que una transmisión no autorizada originada en los EE.UU., pero recibida en Europa, no vulnerase derecho alguno, pues el derecho del país de origen considera que no se ha cometido acto alguno, dentro de sus fronteras, que ponga en marcha el derecho de autor, y los sistemas de derecho de los países de recepción no tienen en cuenta la recepción de la transmisión.

Internet podrá evitar este punto muerto, porque toda transmisión entraña también la creación de unos ejemplares en los ordenadores de aquellos que la reciben.¹²⁷ Además, con respecto a un sitio Web de los EE.UU., aunque los únicos usuarios que descargan la obra se

transmitido por sí mismo la señal desde los Estados Unidos al Canadá. “En cualquier caso, la eventual infracción se había cometido en el Canadá, sólo cuando la señal se recibió y visualizó.”).

¹²⁴ *L.A. News Serv. contra Reuters Television*, 149 F. 3d 987 (9th Cir. 1998).

¹²⁵ Véase *Allarcom Pay TV Ltd. contra General Instrument Corp.*, 69 F.3d 381, (9th Cir. 1995) (no existe infracción en los EE.UU. si la desviación de la señal de satélite comenzó en los EE.UU, pero los programas se recibieron en el Canadá).

¹²⁶ Véase el artículo 1.2).b) de la Directiva sobre la transmisión por satélite.

¹²⁷ Véanse las opiniones mencionadas más arriba, en la nota 32.

encuentren fuera de ese país, la presencia de una copia no autorizada de la obra en un servidor que se encuentra en los EE.UU. debería ser suficiente para constituir una infracción por copia de raíz. De manera similar, si el demandado estadounidense pone unos ejemplares a disposición de los participantes extranjeros por conducto del correo electrónico, en la red, se habrá realizado en los EE.UU. el acto inicial de copiar, cuando la parte estadounidense que dio origen a la difusión en el extranjero cargó el documento en un servidor estadounidense, desde el cual transitará al extranjero. Es decir que para enviar un documento por correo electrónico, el remitente no se despoja de “su” ejemplar; realiza una copia nueva al ejecutar la orden de anexar a la carta enviada por correo electrónico el archivo que contiene el documento. Como consecuencia de ello, si los Estados Unidos son el centro neurálgico de las distribuciones extranjeras, los actos locales de planificación y ejecución de la difusión, aunque sólo mediante el envío de una transmisión digital de los EE.UU. a un sitio Web extranjero por conducto de un servidor estadounidense, justificarían la aplicación del derecho de los EE.UU. a las comunicaciones extranjeras, no sólo porque una copia inicial se realiza dentro de los EE.UU., sino porque los EE.UU. son el país que guarda la “relación más estrecha con el daño”.¹²⁸

Algunos autores, en particular el profesor Graeme Austin han criticado enérgicamente el enfoque de la copia de raíz y sus consecuencias. Sostiene¹²⁹ que el derecho estadounidense debería confinarse a las fronteras de los EE.UU.; las copias de las transmisiones recibidas fuera de los EE.UU. deberían juzgarse con arreglo al derecho de los países de recepción. De modo similar, el profesor Curtis Bradley sostuvo que la aplicación de la legislación estadounidense sobre derecho de autor a los actos realizados fuera de los EE.UU. socava el sistema del Convenio de Berna en lo que hace a tolerar la divergencia internacional de los regímenes de derecho de autor (con sujeción a los niveles mínimos): “la imposición unilateral del derecho de un país en el territorio de otro”, de hecho, “invalida la capacidad de elección” [del Convenio de Berna] que permite alguna diversidad en los sistemas nacionales de derecho de autor.¹³⁰

Se formula otra objeción al punto de vinculación estadounidense de la “copia de raíz” o del acto de inicio: los tribunales de los EE.UU. no lo tratan como una norma auténtica, bilateral de elección del derecho. Antes bien, parecen aplicarlo principalmente cuando justifica la aplicación del derecho estadounidense por los tribunales estadounidenses.¹³¹ Esos

¹²⁸ Cf. *Conseil d'État* (Francia), *Internet et réseaux numériques*; véase la nota 53, más arriba, páginas 148 a 151 (el derecho competente para regir la totalidad de la demanda por infracción es el del país que guarda la “relación más estrecha con el daño”; se supone que ese país es el de residencia/lugar principal de la persona jurídica que realizó la carga, si ese país es un Miembro de la Unión Europea; este principio podría extenderse más allá de la UE., a los países cuyo nivel elevado de protección es similar).

¹²⁹ Véase *Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Infringement Litigation*, de Graeme Austin, 23 Colum.-VLA J.L. & Arts (de próxima publicación), en que figura una explicación amplia de este argumento.

¹³⁰ *Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism*, de Curtis Bradley, 37 VA J. Int'l L. 505, 549 (1997).

¹³¹ La causa *Creative Technology contra Aztech Sys.*, 61 F.3d 696 (9th Cir. 1996) podría ser una excepción. En ella, un productor singapurense de soporte lógico encargó a otro productor de la misma nacionalidad la realización de un procedimiento de ingeniería inversa en su programa, en Singapur y la distribución de los resultados en los EE.UU. Si bien el derecho estadounidense podía aplicarse a las distribuciones en los EE.UU., la mayoría del grupo de examen del Noveno Circuito desestimó la demanda sobre la base del principio de *forum non conveniens*, al afirmar que la causa se sustanciaría de mejor manera en el país en que iniciaron los actos que culminaron en la distribución en los EE.UU.).

tribunales, parecen orientarse en mayor medida hacia la territorialidad cuando la aplicación del derecho del país del acto de inicio conduciría a la aplicación por un tribunal estadounidense de un derecho *extranjero* que exculparía por la comisión de un acto considerado infractor por el derecho de los EE.UU.¹³²

En suma, el enfoque estadounidense de la elección del derecho en lo que atañe a las demandas transnacionales por infracción del derecho de autor (en lo relativo a los medios tanto analógicos como digitales) parece privilegiar el derecho del lugar del acto de inicio (al menos cuando se realiza una copia material dentro de las fronteras de los EE.UU.) si ese acto se produce en los EE.UU., pero privilegia el derecho del país de recepción, cuando se trata de los EE.UU. y el acto de inicio se produce en otra parte. En otras palabras, los tribunales estadounidenses podrían privilegiar la *lex fori* en las causas transnacionales de derecho de autor.

2. Otros puntos de vinculación

a. El acto de inicio

La Directiva europea sobre la transmisión por satélite ofrece una analogía con el enfoque de la “copia de raíz”. Sin embargo, en este caso, el acto que pone en marcha el derecho de autor no es el de realización de la copia, sino el inicio de una comunicación al público.¹³³ Para ser más explícitos, tal vez, en los casos en que cabe aplicar la Directiva sobre la transmisión por satélite, el *único* acto en que interviene el derecho de autor es el enlace ascendente. La recepción de la señal no supone el derecho de interpretación o ejecución públicas. El impulso detrás del enfoque de la Directiva sobre la transmisión por satélite consistió en simplificar la autorización de los derechos por quien transmite por satélite.¹³⁴ Igualmente, la misma inquietud podría aplicarse a quien explota un medio digital y procura organizar sus actividades comerciales relativas a un sitio Web y predecir cuáles podrían ser sus responsabilidades.¹³⁵ Sin embargo, aparentemente este último aspecto favorecería a los empresarios de los medios digitales en menoscabo de los titulares de derecho de autor. Por cierto, la aplicación del derecho del país de inicio no proporcionaría una reparación eficaz si la parte que dio origen a la transmisión trasladara, con oportunismo, su actividad comercial a un país cuya legislación sobre derecho de autor concediera un nivel de protección menos elevado.¹³⁶ Existen otras consideraciones que podrían recomendar la aplicación de las

¹³² Cf. *Playboy Enters. contra Chuckleberry*, 939 F.Supp 1032 (S.D.N.Y. 1996) (la aplicación del derecho estadounidense y no del italiano, a la recepción de una página Web situada en un servidor en Italia; previamente, y por oposición a la decisión en un procedimiento estadounidense en virtud del derecho de los EE. UU., el tribunal italiano sostuvo que la utilización de “Playmen” en una revista para “adultos” no infringía la marca Playboy).

¹³³ Véase el artículo 1.2).b) de la Directiva sobre la transmisión por satélite.

¹³⁴ Véase *idem*, considerandos 5 a 7 y 13 a 15.

¹³⁵ De acuerdo con Lucas y Lucas, § 980; véase la nota 113, más arriba; (“una de las justificaciones fundamentales de la *lex loci delicti* en las causas relativas al derecho de autor privilegia, lógicamente, el derecho del lugar de origen de la infracción, pues es en el país en que desempeña sus actividades que quien realiza la explotación debería poder organizarla”).

¹³⁶ En su comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre “Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información”, la Comisión Europea manifestó algunas dudas respecto de la extrapolación del enfoque de la Directiva sobre la transmisión por satélite al contexto de Internet. La Comisión indicó que, por una parte, podría resultar difícil identificar un único punto de origen de la transmisión y, por la otra, el punto de

legislaciones de los países de recepción, antes que las del país de origen.¹³⁷ Por ejemplo, podría sostenerse que el enfoque relativo al punto de origen tiene sentido si, como en las transmisiones por satélite, existe un único punto de origen; pero en las comunicaciones digitales puede haber muchos puntos de origen.¹³⁸ Además, en las comunicaciones digitales, el lugar en que se encuentren los servidores puede resultar irrelevante y a menudo fortuito en la cadena de las transmisiones digitales; empero, los efectos de una comunicación no autorizada se notan en los países de recepción.¹³⁹

Es verdad que una comunicación digital podrá ponerse a disposición desde más de un punto (como en la hipótesis de *Le Grand Secret*). Si cada sitio Web es un punto de origen ¿cabría, entonces, aplicar varios sistemas normativos? De ser así, pues, la aplicación del derecho del país de origen de la comunicación podría no resultar menos engorrosa que la aplicación del derecho del país de recepción. No obstante, la aplicación del derecho del país de inicio aún podría simplificar el litigio. De hecho, el problema de la multiplicidad de sitios Web revela la posible multiplicidad de demandados, puesto que cada operador de un sitio Web pone la obra a disposición del público. Los demás demandados podrían incluir los servicios de conexión a la red mediante los cuales puede accederse a los sitios Web, al menos si quien presta el servicio de conexión a la red tiene conocimiento del contenido del sitio o control sobre aquél.¹⁴⁰ Con respecto a una acción por daños y perjuicios, el titular de derecho de autor podría optar por no demandar a la totalidad de los supuestos infractores, pues es probable que no pueda darse curso a la demanda contra muchos de ellos. En cambio, el titular del derecho limitará su acción a los actores comerciales, incluidos, de corresponder, los prestadores de servicios de conexión a la red. Además, es probable que esos actores puedan ser sometidos a la competencia personal en una jurisdicción distinta de la de su domicilio, en mayor medida que los particulares. Lo que es más importante, con respecto a una acción para suspender la comunicación de la obra por el sitio Web, la reparación del titular de derecho de autor resultará más eficaz si la comunicación puede detenerse desde su origen (en particular,

origen podría encontrarse en un país que niegue toda protección efectiva. COM(96)568 final, 20 de noviembre de 1996, en las páginas 23 y 24, y el núm. 35.

¹³⁷ Véase un examen más exhaustivo en *Applicable Law in Transfrontier On-Line Transmissions*, de Peter Schønning, 170 RIDA 21 (1996); *Du droit applicable dans le "village planétaire", au titre de l'usage immatériel des oeuvres*, de P. Y. Gautier, D.1996.131.

¹³⁸ Véase Peter Schønning, pág. 37, obra mencionada en la nota 137, más arriba.

¹³⁹ Véase ídem en la pág. 47. Sin embargo, el lugar en que el servidor se encuentre, podría ser significativo en varias situaciones, por ejemplo, cuando el servidor anfitrión es también el operador del sitio Web, o cuando el demandado ha escogido un servidor en particular debido a su capacidad informática superior.

¹⁴⁰ El alcance de la responsabilidad de quien presta el servicio de conexión a la red, y que no da origen por sí mismo al contenido que comunica, por poner ese contenido a disposición del público ha sido objeto de un debate considerable en los EE.UU. Compárese la causa *Playboy contra Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993) (se mantiene la responsabilidad directa del operador de un servicio de publicación de anuncios (BBS) por la comunicación de una fotografías que los suscriptores del BBS copiaron mediante escáner, sin la autorización de la revista Playboy) con la causa *Religious Technology Center contra Netcom On-Line Communications*, 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995) (se rechaza la responsabilidad directa del prestador de servicios de conexión a la red por la mera puesta en circulación del contenido cargado por los suscriptores, pero se mantiene la posibilidad de una participación en la responsabilidad por infracción si, una vez que se le notificó la comunicación no autorizada, el prestador de servicios de conexión a la red omitió eliminar el contenido del servidor). La Ley de Derecho de autor del Milenio Digital, de los EE.UU., sancionada recientemente, mantiene la responsabilidad en materia de derecho de autor de los proveedores de servicios de Internet que tienen conocimiento del carácter infractor del material que acogen, o que obtienen un beneficio financiero directo por acoger ese material y que tienen el derecho y la capacidad de controlar el contenido del sitio Web. Véase el art. 512(c)(1) de la Ley 17 U.S.C.

en el lugar donde se encuentra el servidor), pero es poco probable que ello ocurra, salvo que sea de aplicación el derecho del lugar de origen (y, naturalmente, si la comunicación es ilícita con arreglo a ese derecho).

Aún queda el problema de la elección de la jurisdicción: ¿y si el país en que se originaron los actos ofrece un nivel muy bajo de protección del derecho de autor? La posibilidad de denegar la protección mediante la aplicación del derecho extranjero, toda vez que el derecho local habría otorgado la protección, ¿disuadirá al tribunal local de aplicar el derecho extranjero, especialmente si el ámbito de la jurisdicción es el del domicilio del demandante? Cualquier norma de elección del derecho deberá tolerar unos resultados divergentes, pero se forzaría sobremanera la norma si termina por promover la manipulación de los elementos de conexión, de modo de lograr siempre el resultado que conduce a la protección menor. En el contexto de una norma de elección del derecho que indica la aplicación del derecho del país de inicio, ello significa que la norma resultará problemática si conduce a la difusión (bien por satélite o por los medios digitales) de las obras desde los “puertos francos del derecho de autor” es decir, desde los países que conceden una protección muy limitada, o ninguna, al derecho de autor.¹⁴¹ Este problema no es nuevo en lo que hace a las transmisiones digitales. Enfrentada a unas inquietudes similares, la Directiva sobre la transmisión por satélite reconoce que el enfoque relativo al punto de origen funcionará sólo si los países participantes comparten un nivel adecuado de protección del derecho de autor. Por lo tanto, la Directiva ofrece un punto de vinculación alternativo si la sede de la persona jurídica que realiza el enlace ascendente se halla en un Estado miembro.¹⁴² Si se transpone este principio en las transmisiones digitales, se considerará que el acto de inicio se produce en el lugar en que se encuentra el servidor que acoge el sitio Web infractor. Pero si el servidor se encuentra en un puerto franco del derecho de autor, debería considerarse que el acto de inicio se produce en el lugar de residencia del demandado o en el lugar principal de su establecimiento comercial. Sin embargo, si ambos lugares son puertos francos del derecho de autor, entonces, no cabría aplicar el punto de vinculación basado en el “acto de inicio”. Por lo tanto, examinaremos las alternativas.

b. La residencia del autor

Regresemos a la fórmula del artículo 5.2) del Convenio de Berna: “la legislación del país en que se reclama la protección”. En la sección precedente, nos referimos a esa expresión como una variación de la norma sobre la elección del derecho en los ilícitos, que indica el lugar del daño, aunque caracterizamos ese lugar como el país de inicio, antes que el país donde se produjeron los efectos del daño. Ahora, consideremos la caracterización opuesta; la *lex loci delicti* en el sentido del lugar en que se sufrió el daño. Anteriormente planteamos la preocupación de que este enfoque conduce a una complejidad excesiva, pues, si se perjudica al autor en cada mercado nacional de la obra, podrían existir demasiados lugares en que se produjeron los efectos. Sin embargo, se pueden observar los efectos de la infracción desde otro punto de vista: son objeto del daño la personalidad del autor (violación de los derechos morales) y su bolsillo (violación de los derechos patrimoniales). Esos daños se

¹⁴¹ Véase la Propuesta de la Comisión Europea para una Directiva del Consejo sobre las transmisiones por cable y por satélite, Memorandum Explicativo, COM (91)276, final, en la pág. 4.

¹⁴² Véase ídem.

sufren en el lugar de residencia del autor (o en el lugar principal de establecimiento de su actividad comercial, si se trata de una persona jurídica).¹⁴³

Ciertamente, esta solución cuenta con la virtud de la simpleza, pero podría resultar *demasiado* simple.¹⁴⁴ Tiende a menoscabar el papel de una norma sobre elección del derecho en lo que hace a permitir que los actores comerciales puedan predecir sus responsabilidades. Además, podría entrar en conflicto con el derecho de una jurisdicción que ha ejercido la competencia sobre la base de una conexión territorial entre la jurisdicción y la pretensión. Por otra parte, el autor solicita a la jurisdicción que ejerza la competencia respecto del demandado porque éste ha enviado la obra, o la ha puesto a disposición, desde el ámbito de jurisdicción. Asimismo, el autor solicitará al tribunal que prohíba la difusión de la obra desde el ámbito de la jurisdicción o hacia él, y que ordene la reparación de los daños y perjuicios por todos los ejemplares ya difundidos. Sin embargo y por otra parte, el autor no solicitaría al tribunal que decida si el acto del demandado fue *ilícito* en virtud del derecho del ámbito de la jurisdicción, si éste no es el del lugar de residencia del autor.

Una respuesta obvia a esta objeción es: exactamente en eso consiste el derecho internacional privado --en aplicar una legislación distinta de la del ámbito de jurisdicción. Pero, en este caso, la legislación del autor podrá entrar en conflicto con la del ámbito de jurisdicción. Probablemente, aún podría designarse el derecho del lugar de residencia del autor como el de aplicación general, pero reconociendo que ciertas jurisdicciones podrían establecer que las consecuencias de la aplicación de ese derecho vulneran ciertos principios de orden público muy arraigados. Por lo tanto, esas jurisdicciones terminarían por aplicar el derecho local, al menos a la porción de la demanda, que abarca varios territorios, que se encuentra en ese ámbito de jurisdicción. Se trata de una posibilidad, pero también debería reconocerse que es probable que una norma sobre la elección del derecho que sea invalidada a menudo por el orden público, es una norma que merece reconsiderarse. Por lo tanto, examinaremos algunos otros puntos de vinculación.

c. Varios puntos de vinculación

Una parte de la dificultad de la identificación de una norma satisfactoria sobre elección del derecho podría residir en el intento de escoger un *único* punto de vinculación. El punto de vinculación basado en la “residencia del autor” podría simplificar en demasía el problema, en particular por prestar una atención insuficiente a la necesidad del demandado de organizar sus actividades comerciales con sujeción a unos principios de responsabilidad predecibles. El punto de vinculación basado en el “acto de inicio” podría manipularse con demasiada facilidad. Tal vez podrían preservarse las ventajas de aplicar el derecho del demandado, en cuanto a la capacidad de predicción por el demandado y, si la norma de elección del derecho

¹⁴³ Véase *Internet, la propriété intellectuelle et le droit international privé*, de François Dessemontet, en *Internet, which Court Decides, which Law Applies?*, compilado por Katharina Boele-Wölki y Catherine Kessedjian, pág. 47 (1998) (se exponen los argumentos que respaldan este punto de vinculación); véase *Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore*, de Stefania Bariatti, AIDA 1996.59, 80-81. Cf. *Conseil d'État* (Francia), *Internet et réseaux numériques*, en la nota 53, más arriba, pág. 151 (se promueve la aplicación del derecho del país donde se cargó la obra, si ese país se encuentra dentro de la Unión Europea, de no ser así, el derecho del país que guarda la “relación más significativa” con el daño; se supone que ese país es el de residencia del autor).

¹⁴⁴ Excepto si los autores de la obra son varios y residen en países diferentes, una situación previsible puesto que Internet posibilita cada vez más la creación de obras por unos colaboradores distantes.

designara unos puntos de vinculación alternativos, de los cuales uno fuese el lugar de residencia o el lugar principal de establecimiento comercial del demandado, las consecuencias indeseadas de la manipulación del punto de vinculación podrían evitarse.¹⁴⁵

El enfoque basado en los contenciosos, que designa el derecho del país que guarda la “relación más significativa” con el daño, identifica también varias legislaciones nacionales que podrían aplicarse.¹⁴⁶ Varios escritores han planteado unas propuestas sobre “puntos de vinculación en cascada” para resolver la cuestión de la legislación aplicable a las infracciones cometidas en Internet.¹⁴⁷ Más recientemente, Andreas Reindl propuso que se designara el lugar de establecimiento comercial del demandado como el punto de vinculación principal, pero ofreciendo al demandante la opción de aplicar la legislación de los países de recepción, si la utilización por el demandado tuvo fines comerciales. Si la utilización no tuvo fines comerciales, el demandante contaría con la posibilidad de optar por la aplicación sólo de la legislación de los países en que el perjuicio a su interés económico fue “considerable”. En cualquier caso, la opción del demandante queda condicionada por la posibilidad de predecir el daño en los países cuya legislación el demandante procura aplicar.¹⁴⁸

Con respecto a los proveedores de servicios cuyos servidores acogen el sitio Web infractor, que no participan directamente en la selección del contenido, ni se benefician con ella, cabrá únicamente aplicar su propia legislación, pues es probable que no se satisfaga el criterio relativo a la posibilidad de predicción. Este resultado cuenta con la ventaja de la simpleza, pero su pertinencia dependerá del contenido del derecho local del proveedor de servicios. En cuanto a los operadores de sitios Web que cometen la infracción presunta mediante la publicación, a menudo el titular del derecho podrá escoger entre la legislación del demandado y la de los países de recepción/perjuicio económico considerable. Si la legislación del demandado ofrece un nivel de protección suficiente, el titular del derecho de autor podrá preferir aplicar esa legislación, tanto porque simplifica la tarea del tribunal (en particular si el ámbito de la jurisdicción es también el del demandado), como porque, en algunos casos, de hecho esa legislación podría ofrecer un nivel de protección *mayor* que el de la legislación de algunos de los países de recepción. La propuesta de Reindl resulta interesante para los demandantes del campo del derecho de autor por esta última característica. ¿Es justa para los demandados? Podría alegarse que, de hecho, los demandados ya se han ocupado de escoger el derecho aplicable, al situar sus lugares de residencia o el establecimiento de sus actividades comerciales en un país determinado. Si un demandado quisiera someterse a una legislación

¹⁴⁵ La técnica de designar un punto de vinculación principal, con criterio alternativos, no es nueva. Por ejemplo, en el contexto de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional, Compilación de Convenios (1951-1996), núm. XIX, véase el artículo 3 del Convenio sobre el derecho aplicable a los accidentes de circulación (el punto de vinculación que prevalece es el lugar donde ocurrió el accidente); el artículo 4 del mismo Convenio (los puntos de vinculación alternativo que invalidan el derecho del Estado donde ocurrió el accidente); ídem, núm. XX, los artículos 4 a 6 del Convenio sobre el derecho aplicable a la responsabilidad derivada de los productos (se establecen unas combinaciones de los puntos de vinculación).

¹⁴⁶ Véase *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, del American Law Institute (Instituto Norteamericano de Derecho), capítulo 7 § 145 (1998).

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, de François Dessemontet, 1996 SJZ 92 (núm. 15), 285-94 (el criterios de la legislación del lugar de residencia del autor, combinado con otros); *Global Use/Territorial Rights: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure*, de Jane Ginsburg, 42 J. Copyr. Soc. 318, 337-38 (1995) (el derecho del ámbito de la jurisdicción, de ser también el lugar de residencia/establecimiento comercial o el del país de inicio de la infracción).

¹⁴⁸ Véase *Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks*, de Andreas Reindl, 19 Mich. J. Int’l. L. 799. 852 (1998).

más débil, podría haberse trasladado a ese país. Por ello no puede ser injusto someter un demandado a la aplicación mundial de una legislación que él mismo escogió.¹⁴⁹

Por otra parte, este enfoque abandona la premisa fundamental de la territorialidad que sustenta el artículo 5.2) del Convenio de Berna. Deja de lado el interés que las naciones soberanas podrían tener por ver que sus legislaciones se apliquen a las infracciones cometidas en sus territorios. Probablemente, el artículo 5.2) es lo suficientemente dúctil como para que el principio territorial pueda permitir alcanzar otra meta fundamental del Convenio de Berna: la aplicación eficaz de los derechos de los autores. Cuanto más simple sea la acción, más probable será que el autor pueda lograr esa meta. Por otra parte, la aplicación eficaz de los derechos de los autores supone que el autor *goza* de esos derechos en cada territorio para el que se procura la aplicación. Por lo tanto, la territorialidad sigue siendo una presencia acuciadora que genera alguna incomodidad aun con unas soluciones que, al aplicar los puntos de vinculación alternativos, permite, al menos algunas veces, lograr unos resultados que ofrecen una reparación significativa a los titulares de derecho de autor y, al mismo tiempo, preservan la justicia para con los demandados.

3. Territorialidad *bis*: la presunción de la aplicación de la *lex fori*

Examinemos nuevamente, entonces, la interpretación basada en la territorialidad del artículo 5.2) del Convenio de Berna. Cuenta con la ventaja de mantener la coherencia con la regla del trato nacional, y respetar la soberanía nacional al definir los contornos de cada mercado nacional del derecho de autor. Su desventaja consiste en la posible complejidad de su aplicación. Sin embargo, tal vez, su complejidad puede reducirse. Recordemos que, además de exigir la no discriminación, el Convenio de Berna impone ciertos niveles sustantivos mínimos en cuanto a la materia y los derechos protegidos. Además, actualmente, 131 países son miembros del Convenio de Berna, otros muchos lo son de la Organización Mundial del Comercio (esa calidad exige la adhesión al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que incorpora, a su vez, las disposiciones mínimas del Convenio de Berna¹⁵⁰). Por lo tanto, las legislaciones de esos países se conforman, al menos formalmente, con esos niveles mínimos. En el futuro, el umbral compartido de la protección podrá elevarse aún más, gracias a las normas establecidas en los nuevos tratados de la OMPI, negociados en diciembre de 1996.¹⁵¹ De este modo, una manera de aligerar la dificultad de la aplicación distributiva de las legislaciones de los países de recepción de las comunicaciones infractoras podría ser la suposición que las legislaciones de todos esos países han asimilado las prescripciones mínimas del Convenio de Berna y del Acuerdo sobre los ADPIC, y dejan que la carga de probar lo contrario recaiga en el demandado.¹⁵²

¹⁴⁹ Una consecuencia no prevista y posible de este argumento es la aceleración del traslado hacia los puertos francos del derecho de autor.

¹⁵⁰ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluyendo el comercio de mercancías falsificadas, MTN/FA II-A1C. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC no incorpora el artículo 6*bis* del Convenio de Berna (la protección de los derechos morales).

¹⁵¹ El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996 CRNR/DC/89; El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996.

¹⁵² Cf. Pearce contra Ove Arup [1997] 3 All E.R. 31 (Ch.) (supone la similitud de la legislación holandesa en materia de derecho de autor con la legislación inglesa en la misma materia), *Foreign Law: Pleading and Proof*,

En suma, la solución que parece respetar el principio de la territorialidad, y disminuye su complejidad, consiste en aplicar la *lex fori* (cuando el ámbito de jurisdicción es un país del Convenio de Berna o de la OMC), con sujeción a la prueba de las divergencias territoriales específicas. Esta interpretación guarda coherencia tanto con el texto del artículo 5.2) del Convenio de Berna (el “país *en que* se reclama la protección”), como con la *lex loci delicti*, pues suponemos que el contenido de la legislación del ámbito de la jurisdicción está en armonía con el de la totalidad de las *leges locorum delictorum*. Además, habida cuenta de los fundamentos de la competencia judicial, el ámbito de la jurisdicción será bien el lugar de inicio del daño, bien el lugar en que se producen sus efectos.

Recomendación relativa a la elección del derecho: la infracción

Al considerar la territorialidad y sus alternativas, los enfoques más satisfactorios, desde el punto de vista conceptual, se centran en la relación del posible derecho aplicable con el perjuicio causado. Estos enfoques no prometen unanimidad en la norma resultante sobre la elección del derecho, pues cada visión de cuál es el país que guarda la relación más significativa con el daño podrá variar. Si se considera el derecho de autor internacional simplemente como un conjunto de mercados nacionales, cada uno de los cuales está sometido a una definición local, entonces, los países que guardan la relación más significativa con el daño serán los países cuyos mercados se vean obstaculizados por las comunicaciones digitales no autorizadas. Esta concepción conduce a la aplicación de las legislaciones de los países de recepción, tal vez moderada por una presunción sobre la similitud de su contenido con el derecho de autor sustantivo de la jurisdicción. Si, en cambio, se considera que el país que guarda la relación más significativa con el daño es aquel en que se originó la infracción, bien física, bien intelectualmente, entonces es probable que se privilegie la aplicación del derecho del servidor o del lugar de residencia/lugar principal de establecimiento de los negocios de quien originó la infracción, por lo menos en la medida en que ese país no sea un “puerto franco del derecho de autor”.

Recomiendo la adopción de un enfoque que combine ciertos aspectos de la Directiva sobre la transmisión por satélite con unos puntos de vinculación alternativos:

1. el derecho aplicable a la totalidad de la demanda por una presunta infracción en Internet es el derecho del país en que se encuentra el servidor que acoge el contenido que se presume infractor, en la medida en que la legislación local de ese país en materia de derecho de autor esté en armonía con las normas del Convenio de Berna [y la OMC];
2. si el derecho del país identificado en el apartado anterior no es pertinente, entonces el derecho aplicable a la totalidad de la demanda por una presunta infracción en Internet es el del país en que el operador del sitio Web en que se encuentra el contenido que se presume infractor tiene su residencia o el lugar principal de su establecimiento comercial, en la medida en que la legislación local de ese país en materia de derecho de autor esté en armonía con las normas del Convenio de Berna [y la OMC];

3. si el derecho del país identificado en los apartados anteriores no es pertinente, entonces el derecho aplicable a la totalidad de la demanda por una presunta infracción en Internet es el derecho del ámbito de la jurisdicción, en la medida en que la jurisdicción se encuentre en un miembro de la Unión de Berna o la OMC [o parte en el WCT], pero las partes podrán demostrar que, para ciertos países en que se cometieron las presuntas infracciones, el derecho local concede una protección mayor o menor que la legislación en materia de derecho de autor o derechos conexos de la jurisdicción.

RECONOCIMIENTOS

Muchos colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia y otras universidades me han ayudado a expresar las ideas y los argumentos expuestos en el presente estudio. En particular, querría agradecer a: Graeme W. Austin, conferenciante principal de derecho de la Universidad de Auckland; Eleonore Dailly, Licenciada en Leyes, 1998, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia;; el profesor François Dessemontet, de la Universidad de Lausana; el Sr. Yves Gaubiac, *avocat à la cour* en París; Myriam Gauthier, Licenciada en Leyes, 1997, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia; la profesora Catherine Kessedjian, *agrégé des facultés de droit*, enviada en comisión a la Conferencia sobre Derecho Internacional de La Haya; el Dr. Pippa Rogerson, miembro del cuerpo docente y de la junta rectora del Caius College de la Universidad de Cambridge; el profesor Pierre Sirinelli, de la Universidad de París I; y Deirdre von Dornum, Doctora en Derecho, 1997, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia. Agradezco a Andrew Thompson, Doctor en Derecho, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, la asistencia global en la redacción.

[Fin del documento]