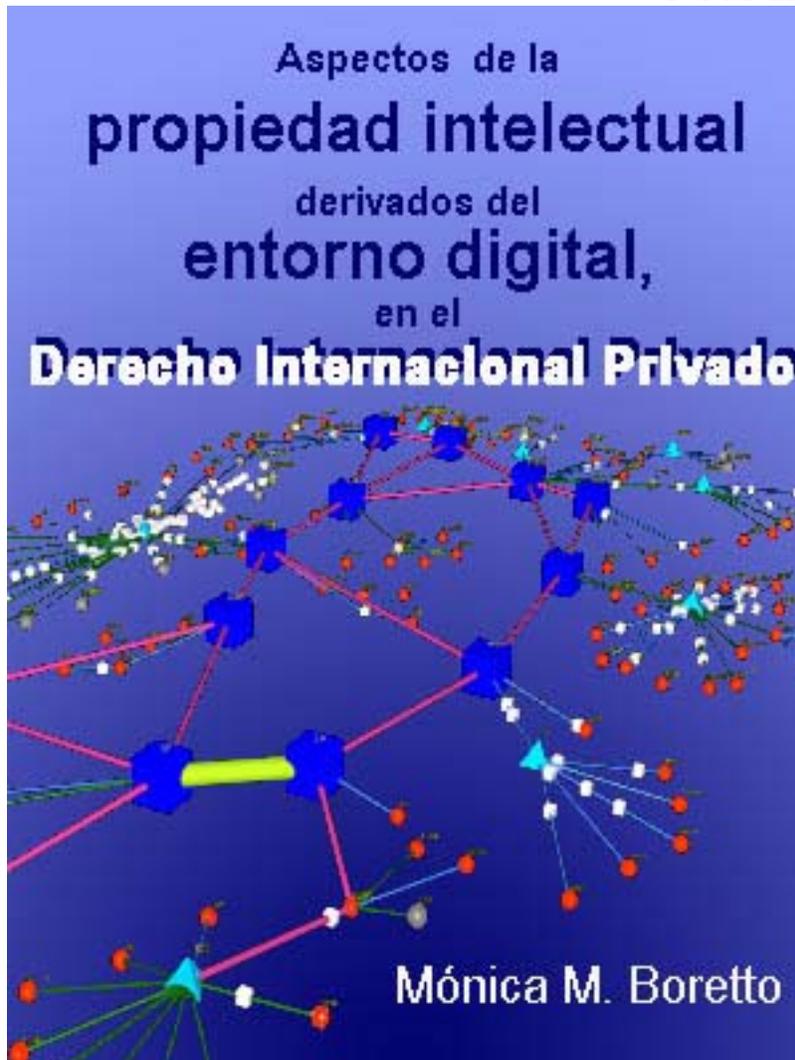


ASPECTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
DERIVADOS DEL ENTORNO DIGITAL,
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Mónica M. Boretto ©



ISBN: 84-689-5233-8

Nº Registro: 05/82584

editado por
eumed.net

ASPECTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DERIVADOS DEL ENTORNO
DIGITAL, EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Por Mónica M. Boretto (*)

INDICE

1. Introducción a la problemática general de las tecnologías de la información.
2. ¿Qué es el entorno digital?
 - 2.1. El origen de Internet.
 - 2.2. El almacenamiento digital.
 - 2.3. Desarrollo de la tecnología de conversión de formato de codificación (*ripping*).
 - 2.4. Intercambio de ficheros entre particulares (*peer-to-peer*)
 - 2.5. Situación actual de los titulares de derechos.
3. ¿Qué es el Comercio Electrónico?
 - 3.1. Un comercio sin fronteras.
 - 3.2. ¿Quiénes son los operadores?
4. Perspectiva jurídica.
5. Aspectos del Derecho Internacional Privado
6. Armonización y Propiedad Intelectual.
7. La Naturaleza Territorial del sistema de Propiedad Intelectual.
8. El conflicto de legislación. Ámbito contractual y extracontractual.
 - 8.1. La legislación que rige el contrato: *Lex mediática*?
 - 8.2. La legislación aplicable a la persona.
 - 8.3. La legislación aplicable a los bienes.
 - 8.4. La legislación de la jurisdicción. La presunción de la *lex fori*.
 - 8.5. La legislación del país de la protección.
 - 8.6. El país de origen. *Lex originis* y la publicación como punto de conexión.
 - 8.7. Elección del derecho: la infracción. *Lex loci protectionis* o *lex loci delicti*?
10. La competencia jurisdiccional .
11. Ley aplicable y jurisdicción competente en la contratación electrónica.
12. Ley aplicable y jurisdicción competente en materia de DRM.
13. Conclusión.
14. Anexo Bibliografía.

Para citar este libro puede utilizar el siguiente formato:

Mónica M. Boretto (2005) Aspectos de la propiedad intelectual derivados del entorno digital. Edición electrónica a texto completo en www.eumed.net/libros/2005/mmb/

1- INTRODUCCIÓN.

Cada medio es portador de una nueva civilización. Esta idea-fuerza, en ciernes en Condorcet y Lewis Mumford¹, fue desarrollada a partir del s.XX, en particular por los canadienses Harold Innis (1894-1952) y Marshall McLuhan (1911-1980). El primero intentó demostrar como la tecnología de la comunicación ha determinado las formas de poder y la dominación² y el segundo, con el famoso aforismo “El medio es el mensaje”, sintetizó la primacía de la tecnología de la comunicación en la formación de las civilizaciones.³

¹ Lewis Mumford (1895-1990), filósofo social, historiador y urbanista estadounidense La cuestión de la tecnología no escapa a sus antinomia. En "*Técnica y civilización*" (1934) todavía se esperaba con una nueva era "neotécnica" fundada en la energía eléctrica. Más sombrío se torna en "*El mito de la máquina*" (1967, 1970), cuando denuncia la amenaza nuclear e incluso la intervención en Vietnam. En este texto, sostiene que la Máquina arquetípica es ante todo un singular tipo de organización social de escala masiva, relativamente independiente de los recursos técnicos, respaldada en los absolutismos ideológicos y políticos, y que en resumen conduce a una reducción unidimensional del ser humano. Frente a esta tecnología autoritaria, rescata la vigencia histórica de una tecnología alternativa, de acento democrático, que habría florecido en los pequeños emprendimientos neolíticos y medievales. Para Mumford, las culturas corren graves riesgos cuando pierden de vista los límites naturales de sus organizaciones y de sus logros. Y como en la hybris clásica, después del exceso sigue el colapso, sea físico por agotamiento de los recursos, sea político por degradación de las instituciones. En la esfera de las cuestiones urbanas, ese descontrol es precisamente la megalópolis. Como se advierte, estas proposiciones anuncian los "límites del crecimiento" enunciados por el Club de Roma (1970), la teoría del "small is beautiful" (E. F. Schumacher, 1973); y en fin la categoría de lo "sustentable", difundida *urbi et orbi* a partir de la Cumbre de Río en 1992. Escribió: *The story of utopias*, 1922; *Sticks and stones*, 1924; *The golden day*, 1926; *Herman Melville*, 1929; *The brown decades*, 1931; *Technics and civilization*, 1934; *The culture of the cities*, 1938; *Men must act*, 1939; *Faith for living*, 1940; *The south in architecture*, 1941; *The condition of man*, 1944; *City development*, 1945; *Values for survival*, 1946; *Green memories*, 1947; *The conduct of life*, 1951; *Art and technics*, 1952; *In the name of sanity*, 1954; *From the ground up*, 1956; *The transformations of man*, 1956; *The city in history*, 1961; *The highway and the city*, 1963; *The urban prospect*, 1968; *The myth of machine*: Vol. 1, *Technics and human development*, 1967, Vol. 2, *The pentagon of power*, 1970; *Interpretations and forecasts*, 1973; *Findings and keepings*, 1975; *My works and days*, 1979.

² Los últimos trabajos de Innis se centraron en aspectos relacionados con la comunicación: *Empire and Communications* (University of Toronto Press, Toronto, 1950), *The Bias of Communication* (The Bias of Communication, University of Toronto Press, Toronto, 1951) y *Changing Concepts of Time* (University of Toronto Press, Toronto, 1952). En 2000 se publicó el libro de Charles R. Acland y William J. Buxton (eds.), *Harold Innis in the New Century. Reflections and Refractions*.

³ “The Global Village” (1980), Marshall McLuhan y B.R.Powers. Traducción Claudia Ferrari, cedida por E.Gedisa S.A., Editorial Planeta S.A., Barcelona, 1994. “The Medium is the Message”. 1967. Bantan Books, Inc. USA-Canadá. Trad. León Mirlas, 1º.ed., 4ª Imp. Paidós Ibérica, S.A., Barcelona 1988, y Editorial Paidós SAIC, Buenos Aires, 1997.

El concepto de *bias of communication* o “tendencias de la comunicación” permite distinguir los vectores de comunicación según estén vinculados al tiempo (*time – binding*) –tradición oral y el manuscrito- o al espacio (*space-building*) – la tradición mecanizada, representada por la imprenta y la comunicación electrónica.

Cada avance de las tecnologías de alta velocidad de expresión y transmisión ha destruido elementos de la comunidad humana. Las desigualdades en la velocidad de las comunicaciones conducen a los “monopolios de información”. Así, según Innis, el verdadero objetivo de la Primera Enmienda de la Constitución Americana ha sido el de garantizar la protección del “monopolio del conocimiento” ejercido por la prensa. Y, al consagrar la libertad de prensa, expresa, la Constitución ha sacrificado el derecho del pueblo a hablar entre sí y a informarse mutuamente. Lo ha sustituido por el derecho a ser informado por los otros, en concreto, por profesionales.⁴

Este criterio, *mutatis mutandi*, ha sido consagrado en la Constitución argentina de 1853 en el Artículo 14, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación del país ha interpretado que “...Está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (Fallos : 248:291); y que a lo largo de los siglos XVII y XVIII y hasta fines del siglo XIX la cuestión de pensar y expresar el pensamiento se resolvía en la lucha de los individuos frente al Estado por la conquista de la libertad de expresión y la consagración del derecho de prensa. Estas reivindicaciones individualmente, verdaderas conquistas del liberalismo, se encuentran consagradas en el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre: “ la libre comunicación de pensamiento y expresiones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo individuo puede escribir, hablar , imprimir libremente”. Pero en nuestro tiempo, -se aduce- por obra y gracia de la

⁴ MATTELART, Armand. *HISTORIA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN*. Ed. Paidós, Comunicación 132, Edición revisada y ampliada por el autor. Édition La Découverte, París, 2001. Trad. Gilles Multigner. 1º Ed. en español Bs.As., 2002 , pág.72/73.

revolución técnica, los contendientes en la lucha por el dominio y control de los medios de comunicación han cambiado. El individuo como sujeto activo está virtualmente eliminado. Quienes se enfrentan son el Estado y los grupos; y los grupos entre sí.”⁵

Herbert Marshall McLuhan, resumió los puntos de vista acerca de la gran influencia ejercida por los medios masivos de comunicación, formulando en términos radicales la teoría de que los *mass media* deben ser considerados como prolongaciones tecnológicas del sistema nervioso.⁶

Es decir, que la tecnología no es indiferente o inocua a los sistemas de construcción social, incluidas las ciencias jurídicas. Es obvio, considerando sus necesidades de compatibilización al entorno social, que no puede observarse como una mera funcionalidad. Es una cuestión relevante que reclama una reflexión acerca de la estructura misma de la norma y sus fundamentos axiológicos, incluso sobre la aptitud de los estándares políticos vigentes establecidos para realidades pasadas, tema epistemológico, cuyo análisis excede la disciplina y el objetivo del presente trabajo. Se menciona a efectos de enmarcar la relevancia de la problemática y la trascendencia social de la tecnología, y en particular de las tecnologías de la información, como herramienta fundamental de la comunicación humana, y sus efectos en la creación, transmisión, administración y acceso al conocimiento.

⁵ Fallo Miguel Ángel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y Otros, CSJN T° 315- Volumen II. Junio-Septiembre de 1992, p. 1505/6.

⁶ Efectivamente en el sistema nervioso central, las unidades funcionales (neuronas) reciben a través de elementos conectivos o de unión (sinapsis) la información captada por los sentidos. Esta información induce potenciales excitatorios o inhibitorios que la neurona “almacena” y que estimulan o inhiben su descarga. La presencia o ausencia de descarga transmite, por tanto, lo que se denomina información digital binaria. Por el contrario, el sistema analógico o humoral, que no está basado en la digitalización de la información, comunica liberando cantidades diversas de determinadas sustancias en el torrente circulatorio. Ambas modalidades de comunicación, analógica y digital, en ser humano, lejos de competir, se complementan y coexisten en forma interdependiente.

Advertida esta cuestión, examinaremos brevemente algunos aspectos económicos. J. Rifkin, en alusión precisamente al impacto de la tecnología en la economía, ha expresado que, a diferencia del mercado establecido en un lugar geográfico típico de la era industrial que se sustentaba en la idea de compradores y vendedores soberanos que se relacionaban con transacciones discretas, cada uno independiente del otro, la economía del ciberespacio agrupa a las empresas en grandes redes de relaciones de interdependencia, en cuyo seno comparten actividades e intereses.⁷

Mientras que el *modus operandi* en la sociedad capitalista era la expansión de los mercados y la facilitación de los cambios de propiedad entre compradores y vendedores, en la sociedad de la información se han superado los modelos tradicionales de producción y consumo dando paso a relaciones de proveedores y usuarios, caracterizado por disfrutar el acceso a corto plazo, desplazando el criterio de adquisición de la propiedad a largo plazo.

Esta circunstancia obedece por una parte a que es más fácil “acceder” a las diversas formas de propiedad, que “comprar”; y que la propiedad tangible será crecientemente marginal para el ejercicio del poder económico, en relación al crecimiento de la propiedad de intangibles, convertida en la fuerza definitoria de una nueva era sustentada en el acceso; “las ideas se utilizan para forjar un nuevo tipo de poder económico compuesto de megaprovedores que controlan a usuarios en expansión”.⁸

En la economía actual continuará existiendo la propiedad en todas sus formas, pero es menos probable que ésta se intercambie, y menos frecuente la enajenación, puesto que el núcleo central del sistema de mercado, el

⁷ RIFKIN, Jeremy, *LA ERA DEL ACCESO, La Revolución de la nueva economía*. Ed. Paidós, Bs.As., 2000; pág. 32.

⁸ RIFKIN, J. Op.citada, pág. 85 y sig.

intercambio negociado entre compradores y vendedores tradicionales, se ha desplazado a proveedores y usuarios.

Sin duda el rasgo esencial del comercio en la sociedad de la información es la conectividad. Las redes electrónicas, que por su propia naturaleza derriban paredes y fronteras, están planteando dificultades de la aplicación extraterritorial del derecho y los conflictos interjurisdiccionales, cuando las reglas tradicionales proveen más de una solución y los puntos de conexión devienen esencialmente flexibles.

El desarrollo tecnológico en el ámbito de la información está modificando vertiginosamente la base material de la sociedad y las economías de todo el mundo se han hecho interdependientes a escala global, estableciendo nuevas formas de relación entre economía, estado y sociedad en un sistema de geometría variable.⁹ Lo que nos lleva a nuevas realidades, y a conflictos vinculados a la naturaleza internacional y esencialmente privada de las relaciones jurídicas en el contexto digital, como la legislación aplicable y jurisdicción competente¹⁰, en concurrencia con la abigarrada tradición territorial de la propiedad intelectual, los aspectos políticos y la privacidad en la trasferencias de datos personales, como los aspectos mas conflictivos de Internet.¹¹

⁹ *LA ERA DE LA INFORMACIÓN. Economía, Sociedad y Cultura*, de Manuel Castells, Vol .I, La Sociedad en Red, pág. 27.

¹⁰ Véase *LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Parte General*, de Biocca, Cárdenas y Basz, Ed. Universidad, Bs.As., 2003. *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*. B. Kaller de Orchansky, Ed. Plus Ultra, Bs.As., 1979. *DERECHO PRIVADO DE INTERNET*, P. de Miguel Asensio, Ed.Civitas, Madrid, 2000. *DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, de H.Battifol y P.Lagarde, París, LGDJ, 7ª Ed., 1983. *LA PROTECTION INTERNATIONALE ET COMMUNAUTAIRE DU DROIT D'AUTEUR*, de J.S. Bergé, París1996.

¹¹ Véase *LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Parte General*, de Biocca, Cárdenas y Basz, Ed. Universidad, Bs.As., 2003. *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*. B. Kaller de Orchansky, Ed. Plus Ultra, Bs.As., 1979. *DERECHO PRIVADO DE INTERNET*, P. de Miguel Asensio, Ed.Civitas, Madrid, 2000. *DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ*, de H.Battifol y P.Lagarde, París, LGDJ, 7ª Ed., 1983. *LA PROTECTION INTERNATIONALE ET COMMUNAUTAIRE DU DROIT D'AUTEUR*, de J.S. Bergé, París1996.

En el comercio internacional actual el concepto de riqueza y productividad, reside considerablemente más en las creaciones del intelecto, las ideas y la innovación como activos intangibles, que en el capital físico, emblema del liberalismo clásico del s.XVIII y sustento de la revolución industrial.¹² A medida que Internet se expande, la capacidad de difundir información y conocimiento ha colocado al sistema de la propiedad intelectual (PI) en el centro de los debates sobre la forma que adoptará, en el futuro, el mundo accesible *on line*.

Otro asunto que se plantea es el del acceso y participación en la economía digital. Kofi Annan (UN), habló de edificar “puentes digitales” para habilitar el desarrollo socio-económico de billones de personas a lo largo del mundo, que están excluidos de la tecnología digital y sus beneficios potenciales. La comunidad internacional enfrenta el desafío de asegurar a todos los países el “acces”, o a la promesa de ventaja ofrecida por la tecnología digital, asegurando que ésta no ensanche la brecha económica existente, concluyendo en que "la magnitud del hueco entre países desarrollados y los países en vías de desarrollo es enorme."¹³

La realidad es que la población en línea se ha extendido exponencialmente, creciendo anualmente en un 400 %, hasta los mil millones estimados en 2005. Esta figura, sin embargo, representa sólo el 10% aproximadamente de la población global, y refleja un mundo dónde un tercio de las personas nunca han hecho a una llamada telefónica. Porque el acceso en línea se distribuye geográficamente en forma irregular, los usuarios mundiales se distribuyen en un 37% en el América; 31% en Asia, 29% en Europa, y sólo 1% en África.

¹² Adam Smith. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Londres, 1776 (*Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones- Versión en español*, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1997. Es considerado el fundador de la economía liberal clásica y su amistad personal de David Hume, influyó notablemente en las doctrinas empiristas e ilustradas de la época con enorme trascendencia en el sistema capitalista, estableciendo un modelo económico de continuo crecimiento basado en la libertad de mercado, regulado espontáneamente por la mano invisible que supone la competencia y en la acumulación del capital, como el símbolo más ostensible de la riqueza de los pueblos.

¹³ *Intellectual Property on the Internet a Survey of Issues*, p. 148. <http://ecommerce.wipo.int>.

Obviamente que esta distribución refleja asimetrías en los niveles nacionales de desarrollo económico, pero también es afectado por problemas diversos que incluyen la distribución de los organizadores de Internet, disponibilidad y costo de acceso a la infraestructura de las telecomunicaciones; educación y alfabetización (así como técnico o “la e-alfabetización”), y políticas de regulación en las telecomunicaciones y el comercio electrónico.

En este ambiente de rápida evolución, tanto las informaciones y los conocimientos (contenidos), como las tecnologías que aseguran la intangibilidad de los mismos; son cada vez más valiosos; por tal razón el sistema de la PI, es decir el cuerpo de leyes que protegen las creaciones del intelecto, tanto en el orden nacional como en el internacional, resulten determinantes para sostener una base estable y equitativa para el desarrollo del comercio electrónico y demás aspectos de la sociedad digital.

Una de las cuestiones que se plantean en la PI, relacionadas con el comercio electrónico, es la formulación de posturas internacionales convenientes sobre cuestiones horizontales que la afectan, tales como la el intercambio de consentimientos o comunicación de voluntades, validez de los contratos electrónicos, la responsabilidad de los operadores, y la jurisdicción competente y la legislación aplicable para resolver estos conflictos.

Y en el campo de la Gestión de los Derecho Digitales (DRM)¹⁴, entendiéndose por tal el proceso técnico que permite proporcionar contenidos seguros en forma digital, también asimilable a los procesos técnicos que permiten el intercambio de derechos y contenidos sobre redes, como Internet, que se utilizan forzosamente para proteger y distribuir contenidos a nivel internacional; se esgrimen hipótesis no menos controversiales, acerca de los conflictos de legislaciones y competencias.

¹⁴ *Digital Right management.*

Considerando que la protección y distribución de contenidos a nivel internacional se realizará a través de DRM, cabe plantearse cuál será la ley aplicable tanto a las tecnologías de la información como a los contenidos subyacentes, a los servicios y acuerdos sobre propiedad intelectual y de distribución de contenidos, a la elusión, piratería, y utilización indebida de los mismos. En tales circunstancias se plantea cuál será la ley aplicable para el “contenido” y cuál, o si la misma, podrá ser aplicada a las DRM.

Se dice que un mérito adicional de Internet, posiblemente ya planteado con la expansión comercial de los satélites, ha sido el de ahondar en los aspectos del Derecho Internacional Privado (DIPr), caracterizado por la tendencia a la territorialidad de la PI, heredada de la tradición regia de los privilegios y recogida por los estatutarios, particularmente los holandeses.¹⁵

El entorno digital plantea viejas cuestiones no resueltas, más que novedades en sentido material, debiéndose abordar el tema con prudencia, pues bastante se ha ensayado con postulados esotéricos en el inicio de Internet, fundados en la dimensión global y en el supuesto y profundo vacío jurídico que la acechaba, inspirados en la originaria tradición libertaria del medio.¹⁶

¹⁵ Escuela flamenco-holandesa s-XVII, desarrollada a partir de la Teoría de D'Argentré y plasmada en el en el Derecho flamenco a partir del Edicto Perpetuo de 1611, se caracterizó por consagrar el principio de territorialidad en el ámbito del derecho internacional. Criterio transmitido al derecho anglosajón por razones históricas, geográficas y fácticas, como la unión política de Inglaterra y Holanda en tiempos de Guillermo III, la vecindad y el hecho de que los juristas ingleses se formaban en Holanda, y así receptaron esta tradición que a su vez fue transmitida a los EEUU (Escuela Angloamericana de los siglos XIX y XX, J.Story, Wheaton, Beale, Lorenzen, etc.), criterio según el cual los conflictos de leyes son exclusivamente jurisdiccionales, considerando al derecho extranjero un “hecho” subordinando su validez a la prueba. Criterio aceptado por excepción en el artículo 13 del Código Civil Argentino. Ver Feldstein de Cárdenas, op. citada, Cap. IV Historia del DIP, p.95 y sig.

¹⁶ El término *Cyberspace*, fue acuñado por el autor de ciencia ficción estadounidense William Gibson, para describir la cadena de recursos de información disponibles a través de redes de computadoras o telemáticas (DAT N° 131, Bs.As., julio/1999, pág.20), y se ha transformado en el techo común para los actores de las redes electrónicas, a partir de que John Perry Barlow, libertario confeso y uno de los fundadores de la *Electronic Frontier Foundation*, organización de lucha contra los proyectos de ley presentados en los EE.UU. que restringían la libertad de los usuarios de redes electrónicas. Este organismo se constituyó en un vehículo del idealismo político tendiente a afirmar que la utilización de las redes electrónicas debe escapar a los conceptos jurídicos forjados en el seno de nuestras naciones “materiales”. Se ha llegado a considerar, por esta vía de análisis, al ciberespacio como una utopía (U-Topos), un “lugar sin lugar”, que permitiría escapar de la

Para el Prof. André Lucas, de la Universidad de Nantes, en realidad no existen razones para afirmar categóricamente, como un postulado que surge de la evidencia, que la nueva situación técnica suponga una ruptura total con el pasado.¹⁷ No obstante hay cuestiones objetivas del DIPr que se plantean como verdaderos desafíos ante el imperativo tecnológico, como, por ej., la cuestión de la localización del daño en la transmisión digital, la unidad de acción o jurisdicción, o la prestación más característica, entre otras, que están generando verdaderas controversias.

En efecto, a diferencia del comercio internacional operado por profesionales, Internet es una red no estructurada orgánicamente en la que coexisten tanto grandes operadores comerciales como simples usuarios personales, desplegando una vasta cantidad y variedad de operaciones, que plantean nuevos debates sobre “las reglas de solución”, la extraterritorialidad del derecho y la autonomía material de la voluntad de las partes (una especie de *lex mercatoria* para el entorno digital).

El presente trabajo pretende revisar sintéticamente las tendencias del Derecho Internacional Privado acerca de la viabilidad de la *regla de solución* en el conflicto de jurisdiccional, y los criterios tradicionales para la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de propiedad intelectual en el entorno digital, incluido el comercio electrónico y las DRM.

2- ¿Qué es el entorno digital?

realidades físicas y consecuentemente económicas y jurídicas. (DAT. Derecho de la Alta Tecnología, N° 134, Octubre de 1999, Intercambio de Consentimiento de el Comercio Electrónico, por Lionell Thoumyre, pág. 1).

¹⁷ Véase el Documento OMPI GCPI/1 del 25 de noviembre de 1998, del Grupo de Consultores sobre Aspectos de Derecho Internacional Privado de la protección de obra y objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales. (Ginebra, 16 a 18 de diciembre de 1998).

2.1. El origen de Internet. En 1895, dos abogados pacifistas , Paul Otlet y Hanri Lafontaine, fundan en Bruselas el Instituto Internacional de Bibliografía. Su proyecto es el de constituir el “Libro universal del saber”, y “contabilizar día a día el trabajo intelectual de los dos mundos”. Contrariamente a la fascinación por la sociedad de redes se producirá mas tarde , la representación reticular del planeta es, pues, muy anterior a lo que se ha dado en llamar “revolución de la información”. El concepto de “red” hace juego con la noción biomórfica de interdependencia tomada del lenguaje del universo de la cédula; concepto –red- que enlaza centros productores, distribuidores, usuarios cualesquiera que sean la especialización y el lugar.¹⁸

La mera referencia al término “digital” nos remite automáticamente a Internet y a la Word Wide Web, cuyos orígenes se remontan a las investigaciones gubernamentales realizadas sobre sistemas de ordenadores en los Estados Unidos de América en la década del 50, cuando la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA)¹⁹ realizó los primeros experimentos en redes de ordenadores en 1965.

Luego, entre 1967 y 1969, se desarrolló ARPANET, proyecto aprobado por el Ministerio de Defensa de los Estados Unidos de América (CoD)²⁰, para la investigación sobre redes de telecomunicaciones, originariamente con una red de cuatro computadoras, hasta que en 1971 se amplió a 15 nodos, cuando Ray Tomlinson de BBN diseñó la primera aplicación de correo electrónico, capaz de enviar y recibir mensajes en una red distribuida.

En 1972, se eligió el símbolo @ con el significado de “en” (*at*), que se integró en la aplicación de correo electrónico de BBN. En ese mismo año se realizó una demostración de ARPANET entre 40 máquinas durante la Conferencia

¹⁸ *HISTORIA DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN*. Armand. MARTTELART, Op. citada , pág.49/51.

¹⁹ *Advanced Research Projects Agency*.

²⁰ *Department of Defense*.

Internacional sobre

Comunicaciones por Computadora (ICCC)²¹, realizándose el primer diálogo (*chat*) entre computadoras. En 1974, BBN lanzó Telenet, un servicio público de datos en modo paquete, una versión comercial de ARPANET.

Durante los años 80, la tecnología de Internet creció exponencialmente. A principios de la década, se inició el desarrollo de redes paralelas a ARPANET. Así surgieron BITNET, CSNET y Minitel en Francia. Al mismo tiempo, muchas organizaciones adoptaron el recientemente introducido protocolo de transporte, TCP/IP, que constituye la base de la actual Internet.

En 1983, la Universidad de Wisconsin inició el desarrollo de la tecnología de nombres de dominio. En 1984 se introdujo el Sistema de Nombres de Dominio (DNS)²², que es otra piedra angular de la Internet actual. Los primeros nombres de dominio se asignaron en 1985.

En 1987, el número de computadoras anfitriones de Internet alcanzó la cifra de diez mil, y en 1988 se creó la Autoridad de Asignación de Nombres de Dominio (IANA)²³, para administrar el Sistema de Nombre de Dominio. En 1989, varios proveedores de servicio europeos constituyeron el consorcio RIPE²⁴, al mismo tiempo que el número de computadoras anfitriones de Internet alcanzaba a nivel mundial la cifra de 100.000. En 1990, *The Word comes on-line (world.std.com.)*, se convirtió en el primer proveedor comercial de acceso conmutado a Internet.

Pero el punto más trascendental fue la invención de la *World Wide Web (Web)* en 1991. Esta tecnología fue desarrollada por Tim Berners-Lee de los laboratorios del CERN en Ginebra, utilizando hiperenlaces para que los documentos pudieran

²¹ *International Conference on Computer Communications.*

²² *Domain Name System.*

²³ *Internet Assigned Numbers Authority.*

²⁴ *Reseaux IP Europeens.*

estar disponibles en todo Internet. Ello ha elevado al actual proceso de normalización de la Web, incluyendo HTML y http, que constituyen las bases de la web tal como hoy la conocemos.

En 1992, el número de computadoras anfitriones en Internet alcanzó el millón, y en 1993 apareció el primer navegador web (*browser*), denominado *Mosaic*. Ello constituyó una revolución de primer orden pues permitió que personas sin conocimientos técnicos pudieran utilizar la tecnología sin necesidad de un entrenamiento especial. Durante ese mismo año, el tráfico en la Web creció a un ritmo anual del 341,634 %.

En 1994 se difundió el primer programa de radio por Internet. En los años siguientes, aparecieron tecnologías tales como los motores de búsqueda y la telefonía por Internet, así como software para programación especialmente adaptados a Internet, como por ejemplo, JAVA de *Sun Microsystems*.

Durante el período entre 1995 y 2003, se ha producido un enorme crecimiento de Internet. El número de dominios ha crecido exponencialmente, así como el número de usuarios de Internet. Según el *Internet Software Consortium*, en julio de 2002 había 162.128.493 computadoras anfitriones en Internet identificados en el DNS, en comparación con los 147.344.723 en enero de 2002. Según OCCL, *Alexa Internet* e *IDC*, cada día se crean 4.400 nuevos sitios Web.²⁵

2.2. El almacenamiento digital. Los medios de almacenamiento digital, es decir, los soportes capaces de acopiar información protegida (IP)²⁶ en forma digital, constituyen otra tecnología fundamental que ha sido esencial para el desarrollo del comercio electrónico de bienes digitales. Los medios de almacenamiento digital

²⁵ OMPI/ SCCR/10/2, pág.6.

²⁶ *Intellectual Property*.

incluyen discos duros, medios ópticos, tales como discos compactos (CD)²⁷ y discos digitales versátiles (DVD)²⁸, y tarjetas de memoria.

Conforme ha aumentado la capacidad de acopiar información en forma digital, ésta ha ido sustituyendo a los *stock* mecánicos, como por ejemplo, bibliotecas físicas de CD de audio o las colecciones personales de fotos. Las computadoras personales, muy flexibles para manejar información, proporcionan enormes oportunidades para crear compilaciones individualizadas en sus discos digitales o mediante sus lectores de CD-ROM grabables. Si bien no existe problema en la medida en que dichas compilaciones sólo contienen información personal o creaciones del titular, cuando la tecnología se utiliza para almacenar grandes cantidades de información infringiendo los derechos de propiedad intelectual, se convierte en un auténtico problema para los titulares de los derechos. La situación se hace aún más problemática cuando la computadora personal está conectada a Internet, debido a que las compilaciones del titular puede quedar disponibles para cualquiera mediante una red de uso compartido o intercambio de ficheros.

2.3. Desarrollo de la tecnología de conversión de formato de codificación

(*ripping*). La tecnología de conversión de formato de codificación "*ripping*" consiste en el proceso de extracción del contenido digital (audio o video) de un CD o de un DVD que se traspa al medio de almacenamiento del propietario, como por ejemplo su disco duro.

El desarrollo de esta técnica está ligado a la proliferación del uso de MP3, un formato de audio comprimido (capa 3 normalizada de MPEG-1), que permite a los usuarios almacenar música de alta calidad comprimida en un disco duro o en cualquier otro medio digital. Originalmente, los usuarios realizaban la conversión del formato de audio de CD para crear compilaciones personales de música en sus computadoras.

²⁷ *Compact disk.*

²⁸ *Digital versatile disks.*

Sin embargo , tal como se ha señalado anteriormente , el desarrollo de aplicaciones basadas en la web, como por ejemplo, *Napster*, *Kazaa* y otras, que permiten a los usuarios compartir sus compilaciones, ha hecho que el fenómeno de la conversión del formato de codificación (*ripping*) se desarrolle enormemente, exponiendo a los titulares de derechos de autor a una situación cada vez más peligrosa y controversial en cuanto a la supervivencia de derechos exclusivos en el entorno digital, y eficacia de la gestión colectiva tradicional.

La conversión de formato no se limita actualmente al audio, actualmente es relativamente fácil copiar una película en DVD a un disco duro o a otro DVD original mediante alguno de los dispositivos de grabación de DVD. Si el DVD original dispone de una protección contra copias o un control de acceso sencillo, existen herramientas accesibles que permiten a los usuarios eliminar la protección y copiar el contenido del DVD en otros medios. Un contenido de vídeo puede comprimirse mediante un programa de compresión especializado, como el DivX (tecnología de compresión basada en MPEG-4) que reduce drásticamente el tamaño de la película sin perder demasiada calidad.

2.4. Intercambio de ficheros entre particulares (*peer-to-peer*). Tal como se ha señalado precedentemente, la combinación de computadoras personales de elevada potencia, medios de almacenamiento digital, aplicaciones de red , como la web, y tecnología de conversión de formato (*ripping*), proporcionan la oportunidad de transferir contenidos desde el medio original a medios controlados por el usuario. Una vez hecho esto, el contenido queda a libre disposición del usuario, a pesar de estar jurídicamente protegido por el derecho de autor y prohibido el uso sin autorización del titular.

La primera red de uso compartido o intercambio de ficheros que fue utilizada por un elevado número de usuarios de Internet fue *Napster*, que inició sus operaciones

en mayo de 1999. La compañía proporcionaba un servicio por el cual los usuarios descargaban un programa que les permitía intercambiar ficheros de música sin cargo entre ellos. Constituía un primer servicio entre particulares (*peer-to-peer*), en el que los ficheros de música eran indexados en los servidores de Napster, permitiendo que los usuarios fueran direccionados hacia la fuente de los ficheros de su interés. Napster se consideró el pionero de dicho tipo de servicio para particulares.

Napster fue desde el principio extraordinariamente popular entre los usuarios de música. Sin embargo desde el inicio de sus actividades, se enfrentó a cuestiones jurídicas al descubrirse que sus usuarios comerciaban con ficheros protegidos por derechos de autor sin el permiso de los titulares de dichos derechos. Nunca antes la industria de la música se había enfrentado con un fenómeno como éste, es decir, una gran comunidad de usuarios comerciando con contenidos en una red de intercambio de ficheros.

Napster fue un sitio organizado por *Napster Inc.* sobre la base de crear un programa que permita conectar a quienes lo visitan con archivos MP3. Las funciones del *Napster* actuaban como un servicio gratuito de información a través de un servidor central que operaba como motor de búsqueda. El usuario que se conecta a *Napster* puede utilizar una “lista de éxitos” (“*hot list*”) que permite al usuario buscar a otros usuarios que tiene disponible en el archivo del MP3 la canción de éxito que desea “bajar” el visitante. *Napster* popularizaba su sitio sosteniendo que ofrecía “un regreso a la idea original de compartir información a través de sus usuarios”. En realidad lo que ofrecía es el acceso gratuito a sitios piratas. Desde su lanzamiento, en mayo de 1999, *Napster* tuvo un crecimiento veloz, según sus propias estimaciones la empresa tenía unos sesenta millones de usuarios al momento de dictarse y confirmarse la medida precautoria que ordenó cesar sus operaciones.

Napster fue denunciada por compañías productoras y discográficas por contribuir a la vulneración de los derechos de autor. El juez paralizó las actividades de Napster y dicha sentencia fue posteriormente confirmada por la corte de apelación. Napster entró en bancarrota y sus activos fueron vendidos a *Roxio*, una compañía de software.

Con fecha 12 de febrero de 2001, la Cámara de Apelaciones de San Francisco confirmó la decisión de primera instancia, resolviendo que: “*NAPSTER debía cesar en el servicio de intercambio de archivos musicales*”, devolviendo los autos a primera instancia para que se hiciera efectiva la medida, condicionándola a que los actores identificaran las obras protegidas alcanzadas por la misma.²⁹

El caso *NAPSTER* permitió al Tribunal americano determinar que el sistema centralizado de intercambio de archivos contravenía las disposiciones de la *Digital Millenium Act*, dictada, como se ha dicho, a fin de actualizar la *Copyright Act* según las necesidades tecnológicas, en armonía con los Tratados de la OMPI de 1996 (*WCT* y *WPPT*).

La derrota de *Napster* no impidió que otras empresas proporcionaran servicios de intercambio de ficheros y programas conexos. Surgieron otras redes de servicios entre particulares (*peer-to-peer*), con tecnologías que no requerían de un servidor central, lo cual hizo que las demandas legales fueran mucho más complicadas. *Kazaa*, *Morpheus* y *StreamCast* suministran programas o servicios que permiten el intercambio de ficheros, atrayendo a millones de usuarios que desean compartir contenidos diariamente en grandes cantidades.

Se estima que actualmente se descargan de forma ilegal cada mes más de 2,6 miles de millones de ficheros de música, principalmente mediante servicios entre

²⁹ Fuente: Alen N. Dixons, “*Summary of Napster Opinión*”, *A&M Recors, Inc. v. Napster, Inc.*, No. 00-16401, US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 12 February 2001.

pares ,³⁰ IFPI estima además, que el 99% de todos los ficheros de música intercambiados en Internet son ficheros pirateados.³¹

La industria de la producción musical ha litigado agresivamente contra estos suministradores de servicios y de software, aunque en abril de 2003 un juez de los Estados Unidos de América emitió una sentencia favorable a *Morpheus* y *StreamCast*³² , concluyendo que al margen de distribuir software, no consideraba que dichas empresas fueran directamente responsables ya que no contribuían , ni activa ni materialmente , a las actividades ilícitas de los usuarios finales.³³

El caso *Grokster* se presenta como paradigmático en lo que se refiere a la lucha por el control de la difusión de contenidos no ya sólo por Internet sino por cualquier medio digital. A nadie se le escapa que tras el P2P vendrían los reproductores de música digital que no obligasen al uso de tecnologías DRM, los discos duros o las memorias USB. La sentencia victoriosa de *Grokster* (un software de intercambio de ficheros poco recomendable por su spyware) en las instancias previas, en la demanda que mantenida con titulares de derechos de autor damnificados , como la Metro Goldwyn Mayer (MGM) y amparada en el principio "*Sony Betamax*", ha sido recientemente revocada ante la corte suprema de los Estados Unidos.

El principio "*Sony Betamax*" fue el que permitió a Sony comercializar su grabador de vídeo en virtud permite usos legales según las leyes de *copyright*. La resistencia a una innovación tecnológica que forzosamente debe transformar industrias y mercados, conlleva el planteo del uso libre y gratuidad en la distribución de contenidos, y esa fue una de las cuestiones básicas de este juicio.³⁴ El control de los contenidos en manos de las corporaciones titulares de los derechos de propiedad intelectual, para algún sector del pensamiento crítico, es un cambio de

³⁰ Véase: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/music/2763187.stm>

³¹ Véase: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/music/2636253.stm>

³² *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. Vs. Grokster, Ldd.*, 25 de abril de 2003.

³³ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., et al vs. Grokster, Ltd. et al . Corte Suprema de los Estados Unidos N° 0480, 27 de junio de 2005.*

paradigma que supone Internet respecto del entretenimiento, al eliminar la forma más popular de comunicación y distribución de contenidos.³⁵

A principios de 2003, la industria ha denunciado ante los tribunales de los EE.UU., a numerosos particulares, con los que se ha llegado rápidamente a acuerdos, los denominados usuarios “*supernodo*”, responsables de facilitar la distribución de grandes cantidades de contenidos en campus de universidades. A finales de junio de 2003, se anunció que se estaba recopilando información para eventualmente denunciar a miles de particulares implicados en el intercambio de ficheros³⁶.

Otra novedad que ha causado una verdadera revolución radial es el *podcasting*³⁷, término que describe una programación que comienza en Internet y termina en el iPod. El iPod es básicamente un reproductor de música que acumula archivos en formato MP3 en un disco duro. Desde que la corporación Apple lo lanzó en 2001, sus ventas rondan los 10 millones de unidades en todo el mundo y las estimaciones son que para fines de 2005, habrá 13,5 millones de iPod en circulación. La radio por Internet existe desde hace años, pero la novedad del *podcasting* es que se trata de emisiones totalmente aficionadas, desarrolladas en un formato llamado RSS³⁸ que los interesados capturan en sus iPod y escuchan en cualquier momento del día. Pero lo que dio un verdadero impulso a la difusión de estos programas fue la aparición de un software gratuito que permite automatizar todo el proceso. En otras palabras, el interesado selecciona los programas que desea capturar y sus horarios,

³⁴ Fuente: http://www.error500.net/grokster_supremo

³⁵ Criterio de L.Lessig y otros en los *Creative Commons*.

³⁶ El caso contra Grokster incluyó la demanda de varias compañías discográficas, productoras de cine y publicadoras de videojuegos. Entre los actores que se sumaron a la causa a favor de la industria se hallan los músicos Elvis Costello, Dido, Tom Jones, Diana Krall y Avril Lavigne. En total fueron 50 demandantes a las que también se añaden empresas de la talla de Intel, Yahoo y Apple.³⁶
<http://www.riaa.com/news/newsletter/062503.asp> . June 25, 2003. Recording Industry To Begin Collecting Evidence And Preparing Lawsuits Against File "Sharers". Who Illegally Offer Music Online. *Launching Data-Gathering Effort To Identify Peer-to-Peer Infringers Who Continue To Offer Music To Million.*

³⁷ Resultado de la conjunción del reproductor iPod y del vocablo *broadcasting*.

³⁸ *Really Simple Syndication*.

y el software los archiva automáticamente mediante RSS en el iPod.

2.5. Situación actual de los titulares de derecho. La combinación de potentes computadoras, con capacidad para la conversión de la codificación de los contenidos (*ripping*), de medios de almacenamiento de gran capacidad y de sistemas de intercambio de ficheros, ha contribuido a que se produzca una situación muy comprometida para los titulares de derechos. Cualquier contenido es actualmente susceptible de ser copiado y distribuido ilegalmente en Internet, con independencia del tipo de medio de que se trate. Lo que comenzó siendo una vulneración relacionada con los CD de música, se ha extendido a películas, libros, emisiones de radiodifusión, y cualquier otro tipo de contenidos que puedan digitalizarse. La situación ha pasado a ser crítica para muchas empresas, que han visto cómo se reducirían sustancialmente sus ingresos por la extensión de la piratería a nivel del consumidor. Por este motivo, la industria de los contenidos está estudiando más detenidamente una gestión efectiva de los derechos digitales (DRM)³⁹.

Un caso a considerar desde esta perspectiva es el de *Google print*.⁴⁰ La empresa anunció que dejará de escanear libros sujetos a derechos de propiedad intelectual en algunas de las principales universidades de EEUU para su proyecto de crear una gran biblioteca digital. El director del programa, Adam Smith, realizó este anuncio a través de un comunicado divulgado en la página en Internet de la compañía donde expresa: *'Creemos que la mayoría de los editores y autores preferirán participar en el programa', pero somos conscientes de que no todo el mundo está de acuerdo, y queremos hacer lo posible para respetar sus opiniones*". Google interrumpirá el proceso hasta noviembre de 2005 y ha pedido a las editoriales que notifiquen específicamente qué volúmenes no quieren que sean escaneados, lo que molestó a

³⁹ *Digital Rights Management*. Proceso técnico que proporciona contenidos seguros en forma digital y/o que permite el intercambio de derechos y contenidos sobre redes, como Internet. Fuente: OMPI/ SCCR/10/2, 1/8/03, pág.4.

⁴⁰ <http://www.el-mundo.es/navegante/2005/08/12/cultura/1123879927.html>

la Asociación de Editoriales Americanas.⁴¹El proyecto de Google incluye escanear libros de tres grandes universidades: Stanford, Harvard y Michigan, además de volúmenes de la Biblioteca Pública de Nueva York, entre otras entidades educativas. Tal biblioteca sólo participa con trabajos de dominio público, en los que han expirado los derechos de copia. Google no ha revelado cuántos libros ha escaneado desde que comenzó el programa hace ocho meses, ni cuánto tiempo tardará en completarlo. La ley permite a *Google* escanear legalmente los ejemplares publicados antes de 1923, pero los libros recientes son más problemáticos.

Google causó estupor cuando anunció en diciembre de 2004 su plan para formar una gran biblioteca virtual donde se alojarían volúmenes de las principales universidades de EEUU y de Gran Bretaña. Este acuerdo, que pondría a disposición del usuario a través de la red 15 millones de libros, no tiene parangón y es el proyecto más ambicioso que una empresa de contenidos on line ha emprendido hasta la fecha. La biblioteca virtual supone que cualquier usuario del mundo con un ordenador con acceso a la red pueda, instantáneamente, acceder a los enormes recursos de estas instituciones para, por ejemplo, consultar un texto original del siglo XVII.

3 ¿Qué es el Comercio electrónico?

3.1. Un comercio sin fronteras. A partir de Internet, muchas transacciones electrónicas que se realizaban a través de redes privadas han migrado hacia la *World Wide Web*. Tanto individuos como organizaciones más pequeñas, que no disponían de los recursos financieros o tecnológicos o de interconexión con sus

⁴¹ Patricia Schroeder, presidenta de la organización, señaló en un comunicado que con este procedimiento, Google traslada la responsabilidad para prevenir que se infrinja la responsabilidad intelectual al propietario en lugar del usuario. Al margen de las editoriales estadounidenses, las críticas también le han llegado a Google desde Europa, sobre todo desde Francia, donde muchos críticos creen que el proyecto de digitalización promueve el inglés marginando a las lenguas diferentes.

clientes para justificar establecer una red privada, han podido realizar negocios vía *on line* a partir de Internet.

Así cuando en 1986 la *International Stamp Exchange*, una empresa de compraventa filatélica, inició la explotación del primer servicio comercial en Internet, las operaciones de *e-commerce* de la compañía filatélica se realizaban mediante terminales de télex/fax o con computadoras personales. Para 1996 ya se había forjado el término *e-commerce* para designar el sistema de transacciones comerciales a distancia y por medios electrónicos. No obstante, el año en que se produjo la verdadera irrupción del *e-commerce* fue 1998, cuando se adoptó la designación del mismo entre los consumidores.

Según un informe de la firma de investigación comercial Júpiter, estimó que para 2007 que el gasto en línea de los consumidores podría alcanzar los 105 mil millones de dólares en EE.UU., aproximadamente el 5% del gasto de los consumidores de dicho país. En Europa también se está produciendo un gran crecimiento del gasto en línea de los consumidores.⁴² La realidad es que hoy las ventas *business-to-business* (*b-to-b*) han eclipsado las ventas *business-to-consumer* (*b-to-c*).

La puesta a disposición por parte de los gobiernos de tecnologías de encriptación para ser utilizadas públicamente, y desde una perspectiva tecnológica, ha permitido el desarrollo de transacciones seguras para el comercio electrónico. El protocolo de capa de conexión segura (SSL)⁴³, desarrollado por *Netscape Communication*, fue la primera tecnología significativa para proporcionar seguridad y privacidad a las transacciones financieras en Internet, utilizando técnicas en encriptación. En 1994 se presentó la versión 1 de la especificación de SSL. En el

⁴² Véase: OMPI/SCCR/10/2/2003, pág.6; WIPO/INT/02/2002/ *INTELLECTUAL PROPERTY ON THE INTERNET ISSUES*, <http://ecommerce.wipo.int>

⁴³ *Secure Socket Layer*.

mismo año, la versión 2 del SSL fue la primera aplicación comercial del protocolo. En 1995 se publicó una versión sustancialmente modificada, la versión 3 del SSL.⁴⁴

Si bien, antes de Internet se realizaban transacciones electrónicas como las transferencias de fondos, el intercambio de datos (EDI)⁴⁵ o el documento electrónico, actualmente el concepto de “comercio electrónico” comprende esencialmente las transacciones donde al menos una parte se realiza *on line*:

1. Mercadeo y venta de bienes materiales *on line*, y posterior entrega al comprador por medios tradicionales, como libros, CD, DVD, vídeos, y cualquier artículo disponible en el mercado ;
2. Mercadeo, venta y distribución de bienes inmateriales *on line*, (sin soporte tangible), como software, información, audio, imágenes, etc. ;
3. Mercadeo, venta y/o prestación de servicios *on line*, ó por canales tradicionales de ejecución ó una combinación de ambos, como por ej. publicidad , corretaje bursátil, turismo, acceso a espectáculos, servicios inmobiliarios, carpintería, etc.⁴⁶

Dentro del marco normativo comunitario establecido por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico»), que cubre todos los servicios de la sociedad de la información⁴⁷, y cuyas definiciones ya existían en el Derecho Comunitario⁴⁸, se refiere al comercio electrónico como:

⁴⁴ OMPI/SCCR/10/2, pág.7.

⁴⁵ *Electronic data interchange*.

⁴⁶ Véase: *El Comercio Electrónico Global y el Derecho*, por Michael D. Scott, DAT, Derecho de Alta Tecnología, N° 139, marzo 2001.

⁴⁷ Véase: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/s21012.htm>

http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2000&nu_doc=31

⁴⁸ A través de las Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo , del 22/06/98 por la que se estableció un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información y Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del

“Cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento -incluida la comprensión digital- y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio; con exclusión de los servicios referidos en el anexo V de la Directiva 98/34/CE...” (Considerando 17) .

Estos servicios cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan *on line* , comprendidos los servicios entre empresas, los servicios entre empresas y consumidores, los servicios suministrados gratuitamente al beneficiario y que, por ejemplo, se financian a través de ingresos de publicidad o de patronazgo, y los servicios que permiten las transacciones electrónicas en línea; en particular, televenta interactiva de bienes y servicios, y centros de compra en línea:

- 1- Venta de mercancías en línea;
- 2- Servicios no remunerados por sus destinatarios, como ofrecimiento *on line* o comunicaciones comerciales ú ofrecimiento de instrumentos de búsqueda , acceso y recopilación de datos;
- 3- Transmisión de información a través de una red de comunicación, o alojamiento de información facilitada por el destinatario del servicio;
- 4- Servicios punto a punto, como vídeo a la carta o envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico. (Considerando 18).

Esta normativa se aplica fundamentalmente a las siguientes actividades o sectores: periódicos en línea, bases de datos en línea, servicios financieros en línea, servicios profesionales en línea (abogados, médicos, contables, agentes inmobiliarios), servicios recreativos en línea (p. ej., alquiler de vídeos), marketing y

Consejo, del 20/11/98 relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

publicidad directas en línea y servicios de acceso a Internet; especialmente a los prestadores de servicios⁴⁹ establecidos en la Unión Europea (UE).

Sin embargo, para no obstaculizar el comercio electrónico mundial, propone también evitar incompatibilidades con la evolución jurídica de otras regiones del mundo y entrando al ámbito del DIPr Internet pone a disposición de los usuarios múltiples posibilidades de comunicación, la *www*, con su interfaz gráfico y los programas navegadores simplifican el acceso y la utilización de la mayor parte de los servicios de Internet, como el correo electrónico, las charlas interactivas (*chat*), los grupos de noticias o de discusión (*newsgroups*), los tablones de anuncios (*BBS*)⁵⁰, las transferencias de ficheros (*FTP-Bulletin Board System*) o *gopher*, empleando para acceder, mostrar y/o disponer de la información, páginas web o documentos de hipertextos, susceptibles de combinar datos y recursos multimedia (textos, imágenes, sonidos, animación, etc.), y con capacidad de incorporar infinitos enlaces. Es decir, la publicación de información en Internet requiere tan sólo de disponer -o haber contratado el uso- de un ordenador (PC) conectado a la red, y que disponga de los programas de servidor.⁵¹

Internet fundamentalmente supuso un importante desafío a los “modelos de distribución” tradicionales dependientes de la escasez del producto. Es evidente, que las barreras de entrada a la publicación (en sentido lato) han caído drásticamente en el entorno digital. Hoy cualquier individuo u organización por pequeña que sea, puede “publicar” sus contenidos *on line*.⁵²

La tecnología facilita tanto las actividades “editoriales” legítimas, como así también las prohibidas, tales como la disposición y distribución de contenidos no

⁴⁹ Véase Sociedad de la información en http://www.europa.eu.int/scadplus/scad_es.htm

⁵¹ *Derecho Privado en Internet*, Pedro A. De Miguel Asensio, pág. 28/29.

⁵² CARBAJO GASCÓN, Fernando. *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Ed.Colex, Madrid. 2002.

autorizados , en forma aislada o sistemática. Por tanto existe un volumen cada vez mayor de contenidos accesibles para usuarios sin que éstos tengan que pagar ningún canon, en contraposición con productos legítimos (accesibles mediante pago al productor del contenido , titular del derecho). Esta situación derriba los modelos de negocios construidos en función de la escasez y pone en jaque el sistema de economía de mercado al violar los principios más elementales de la competencia libre y leal.

Los beneficios de la denominada “economía del efecto red”⁵³ derivada de la ubicuidad frente a la escasez, son indudables. El problema se plantea en la realización de ese “beneficio” en términos monetarios y en el esquema de una economía de mercado global. Parece obvio establecer *a priori* que si el contenido está disponible a cambio de nada, podría potencialmente incrementar el valor⁵⁴, pero ¿cómo materializar dicho valor?

Parte de la solución viene propuesta en dos herramientas fundamentales incorporadas en el último dispositivo de fuente convencional (WCT/WPPT-1996)⁵⁵, mediante las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos , de modo tal de facilitar al usuario la posibilidad de uso legítimo a través de la información necesaria, artículos 12 y 19, respectivamente.

Además la Declaración concertada respecto del artículo 12 del WCT, igualmente aplicable al artículo 19 del WPPT, establece que : “Queda entendido que la referencia « *a una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el convenio de Berna* », incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración. Igualmente queda entendido que

⁵³ *Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales*, Jeffrey P. Cunard-Keith Hill y Chris Barlas (OMPI/SCCR/10/2/2003), pág.13.

⁵⁴ En hipótesis, como valor asociado al momento de la creación, beneficiando al creador del contenido.

⁵⁵ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT/TODA) y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución o Fonogramas (WPPT/TOIEF), adoptados por la Conferencia de la OMPI sobre ciertas cuestiones de derecho de Autor y derechos conexos, en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996, y aprobados por Ley N° 25.140, BO 24/09/1999.

las Partes Contratantes no se basarán en el presente Artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado.”

Y en cuanto a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, el límite fáctico y coercitivo al acceso no autorizado de contenidos protegidos, está planteado en los artículos 11 y 18 respectivamente. En cuanto a este último punto, y para que la aplicación de la tecnología resulte efectiva, debe restablecerse, en cierta forma un “punto de escasez”, para preservar el interés de los titulares de derecho. No obstante, podría resultar paradójico, por ej. para el negocio editorial⁵⁶, proporcionar acceso y no impedirlo. Las medidas tecnológicas, en este sentido, cumplen el objetivo de equilibrar la distribución de propiedad intelectual entre las demandas de los titulares de derechos (para controlar y proteger la distribución de contenidos) y la de los consumidores en el acceso a los mismos.

Existe una necesidad imperativa de convencer a los consumidores del “valor” objetivo (en términos de mercado) de los bienes intangibles, reforzando el conocimiento acerca de la importancia económica y social de proteger las creaciones intelectuales, como recursos estratégicos esenciales para el desarrollo y la cultura, además de normas eficaces y sanciones disuasivas de las infracciones.

3.2. ¿Quiénes son los operadores? (*Players*). Determinar una categorización exacta y con carácter definitivo de los participantes o partes intervinientes en el comercio electrónico, no resulta tarea fácil, considerando la dinámica tecnológica y comercial; siendo actualmente uno de los problemas a afrontar en los distintos ámbitos de regulación en el entorno digital.

⁵⁶ Término utilizado en el sentido más amplio, para designar a todos los productores de contenidos de cualquier tipo, y que por cualquier medio lo tornen disponible al público.

A los fines descriptivos se ha seleccionado el criterio de clasificación de los intermediarios en las redes de información, fijado en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior ⁵⁷, a saber :

1. Suministradores de contenidos (*content providers*), que introducen obras o datos en la red;
2. Proveedores de servicios (*service providers*), como los que facilitan espacio en un servidor o permiten el acceso a servicios de terceros;
3. Proveedores de las instalaciones físicas de comunicación (*communications providers*) ; y
4. Proveedores de acceso (*access providers*) que posibilitan el acceso a la red.

También resulta útil considerar algunas precisiones terminológicas contenidas en la Directiva 2000/31/CE («Directiva sobre el comercio electrónico») ⁵⁸, sin tales como:

- 1- Prestador de servicios: es cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información;
- 2- Prestador de servicios establecido: prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizados para suministrar el servicio no representan un establecimiento del prestador de servicios;

⁵⁷ Directiva sobre el comercio electrónico, Diario Oficial N° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

⁵⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 – 0016

http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2000&nu_doc=31

- 3- Destinatario del servicio: cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible;
- 4- Comunicaciones comerciales: todas las formas de comunicación, salvo casos particulares descritos en la Directiva, destinadas a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona que desarrolle una actividad comercial, industrial o artesanal o ejerza una profesión reglamentada;
- 5- *Opt-out*: envío no autorizado de mensajes comerciales a una lista de correo electrónico constituida por internautas que no han dado su acuerdo explícito a la recepción de tales mensajes pero que tienen la posibilidad de retirarse de la lista. En este sistema, el acuerdo del internauta está implícito;
- 6- *Opt-in*: envío autorizado de mensajes comerciales a una lista de correo electrónico constituida por internautas que han dado su acuerdo previo a la recepción de tales mensajes publicitarios. En este sistema, el acuerdo del internauta está explícito;
- 7- «*spamming*» (o envío múltiple abusivo): el *spam* es una palabra perteneciente al argot americano y es empleada para designar la correspondencia (correos, envíos) ilícita. El «*spamming*» consiste en la difusión generalizada del mismo mensaje entre un gran número de usuarios de Internet. Es también una técnica de marketing primaria y no selectiva que utiliza las direcciones electrónicas para enviar mensajes publicitarios que contaminan los buzones electrónicos de los internautas.⁵⁹

Mientras en el entorno analógico, los titulares de derechos de autor y usuarios de contenidos protegidos, hallaron un equilibrio razonable en el catálogo de

⁵⁹ Aspectos jurídicos del comercio electrónico, <http://publications.eu.int/>.

limitaciones y soluciones adecuadas a la tecnología como la copia privada; siguiendo las pautas del artículo 9.2 del Convenio de Berna o la limitación genérica de *fair use*, del derecho anglosajón; el entorno digital plantea una situación de conflicto propia, que se da entre los titulares de derechos y los prestadores de servicios en red en el ámbito del derecho de autor.

En efecto, los titulares de derecho de autor alegan que, al menos en forma indirecta, los prestadores de servicios *on line* transgreden el derecho de autor al facilitar la realización de copias no autorizadas. A su vez, los prestadores de servicios *on line*, argumentan que son simples portadores de datos, y que no pueden controlar los contenidos que reciben, almacenan o transmiten para terceros, y actuando por cuenta y orden de éstos.

Desde el inicio de los intentos regulatorios a nivel mundial, cierta sensibilidad tendiente a mantener determinado nivel de equilibrio, destinado a no sobredimensionar la responsabilidad en aras a preservar la libertad de expresión e información de los intermediarios, y así numerosas instituciones han expresado su preocupación⁶⁰ en un sentido y otro⁶¹.

4. Perspectiva jurídica.

Actualmente, las empresas deben desarrollar y aplicar estrategias innovativas que les permitan operar en el negocio electrónico, entendido como cualquier tipo de negociación conducida a través de Internet, sin referencias específicas a las transacciones de Internet o al comercio electrónico en particular. Esto ha generado nuevos modelos de negocios diseñados para optimizar las ventas y maximizar ganancias, incluyendo la venta directa, la publicidad, canales de distribución, programas de afiliación- suscripción y franquicias *on line*; en algunos casos

⁶⁰ En particular la Alianza Digital Europea.

⁶¹ CISAC, IFRRO, IFPPI, IFFLA, etc.

originales y en otros, meras adaptaciones del comercio *offline* para poder operar exitosamente en Internet.

Es innegable que con cientos de millones de personas conectadas a Internet y un potencial de crecimiento ilimitado, se plantea una oportunidad comercial sin precedentes. Sin embargo la posible apropiación de relaciones de clientes, tan accesible y valiosa, podría verse afectada por los mismos valores de inmediatez, flexibilidad, versatilidad, bajas barreras de ingreso, globalidad e interactividad.

Un estudio de *Cyveillance*, que involucró el análisis de millones de páginas web, reveló una lista de los 10 principales abusos en el comercio electrónico, en el orden decreciente de frecuencia y prevalencia:

- 1- Uso no autorizado de logos e imágenes;
- 2- Uso no autorizado de textos tanto en forma visible como oculta,
- 3- Uso no autorizado del nombre de una compañía o su producto en *metatags*;
- 4- Piratería de software, música, textos y video;
- 5- Distribución y venta no autorizada de bienes de consumo;
- 6- *Framing* (exhibición no autorizada del contenidos protegidos de terceros en una ventana dentro de otro sitio , implicando una relación de afiliación),
- 7- Uso no autorizado del nombre de una compañía (designación comercial) en el sitio de un competidor;
- 8- Uso de logos o imágenes en un contexto pornográfico;
- 9- Registro abusivo de nombres de dominios (*cybesquatting*) y sitios de parodia;
- 10- Sitios hostiles y grupos de discusión negativos.⁶²

Los negocios electrónicos agresivos requieren de grandes inversiones para lograr la lealtad del cliente, y dadas las características del mercado electrónico, dicha fidelización puede resultar efímera.

⁶² *DAT. Derecho de alta Tecnología*, N° 132, Bs.As., agosto 1999, *Inteligencia del Negocio Electrónico; Una Nueva Visión de la Nueva Economía*, por Brandy Thomas, pág. 4/5.

Internet y las tecnologías DRM han evidenciado tanto oportunidades como de amenazas ilimitadas para los operadores comerciales, proveedores de servicios y titulares de derechos sobre contenidos disponibles *on line*. Por tanto se ha promovido más bien una postura de recelo, en relación a las autorizaciones de uso de contenidos digitales, que libertad de mercado. Por ello los interesados evalúan constantemente mecanismos tecnológicos y jurídicos, a los fines de salvaguardar los contenidos y usos legítimos, ante hechos tales como la piratería, copia irrestricta, distribuciones no autorizadas y demás asuntos ilegales mencionados.

Hasta el presente el enfoque jurídico más comúnmente utilizado, y que se refleja en el caso Napster, ha sido el basado en los derechos de autor para perseguir a quienes facilitan o contribuyen a dichas prácticas. Los titulares de derechos han optado generalmente por no denunciar a usuarios finales, es decir, a las personas que participan en forma directa en las actividades como intercambio de ficheros y que han infringido directamente los derechos de autor. Además, y en relación con las personas individuales, la situación jurídica de alguna de las actividades, tales como la conversión de codificación de los CD propios (*ripping*) era ambigua, al menos en los EE.UU. donde hacer una copia de un material protegido adquirido legítimamente, constituye un uso lícito (*fair use*). No obstante, ha sido posible denunciar estos casos por realizar acciones que han contribuido a la vulneración de derechos de Napster y a otros servicios dedicados al intercambio de ficheros, en relación con las cuales los titulares de derechos han litigado agresivamente, en particular los productores de fonogramas y de la industria audiovisual, contra un número cada vez mayor de tales proveedores de servicios.

En la década del 90 las soluciones, especialmente en los países desarrollados, se orientaron primero hacia la tecnología y luego a la leyes, en la búsqueda exasperada por obtener niveles de protección razonables, ante las ilimitadas expectativas de usos ilícitos que ofrecía el entorno digital. La conclusión a la que se arribó, en cuanto a la consideración de la tecnología, fue, que la misma

resultaba insuficiente, como la forma más eficaz de protección de contenidos protegidos, si no se proporcionaba en paralelo una “solución jurídica mejorada”, para dichos procesos y sistemas.

Si bien ya existían precedentes de protección jurídica mediante medidas tecnológicas, varios países habían otorgado protección jurídica a esquemas de acceso condicional utilizados en servicios por cable y otros servicios de televisión pago.⁶³

Este enfoque resultó limitado, controvertido y actualmente obsoleto, por cuanto sólo prohibía la provisión de un producto, y no el acto de la elusión; además, estaban orientadas a la aplicación de medidas tecnológicas destinadas a impedir la utilización no autorizada de contenidos protegidos, y no a las medidas de control de acceso.

No obstante, estos antecedentes propiciaron la ronda inicial de la Conferencia Diplomática sobre Ciertos Aspectos del Derechos de Autor y los Derechos conexos (Conferencia Diplomática de la OMPI de 1996), que culminó con la adopción de los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)⁶⁴ y sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT)⁶⁵.

Las nuevas leyes internacionales como los Tratados Internet de la OMPI (*WIPO Internet Treaties*), proponen una adaptación de las leyes de propiedad intelectual

⁶³ Por ejemplo, en los EE.UU. está prohibido la fabricación y venta de dispositivos utilizados principalmente para la descifrado no autorizada de la programación emitida por satélite y por cable. (47 U.S.C. 605(c)(4); NAFTA (*North American Free Trade Agreement*); Art. 1707 (a); AHRA (*Audio Home Recording Act*) de 1992 (17 U.S.C –1002 (c)), que prohibía la elusión de cualquier dispositivo, programa o circuito que implementara algún tipo de medida de carácter tecnológico, como el sistema de gestión de copia en serie, utilizado para proteger música en formato digital en dispositivos de grabación digital o con interfaz digital, tales como los grabadores de cinta de audio digital. El informe *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, de 1995 de la Oficina de Patentes y Marcas Comerciales, trataba estos asuntos en detalles, recomendó al Congreso elevar a rango de ley una enmienda a la *Copyright Act* de 1976, que prohibía la importación, fabricación o distribución de cualquier dispositivo, producto o componente que realizara un servicio cuyo “objetivo o efecto principal fuera ... eludir, sin la autorización del titular de los derechos de autor o de la ley, cualquier proceso, tratamiento, mecanismo o sistema destinado a impedir la vulneración de un derecho exclusivo del titular del derecho de autor....”. Véase OMPI/SCCR/10/2 del 1/8/03, pág.11.

⁶⁴ *WIPO Copyright Treaty*.

⁶⁵ *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

con el fin de facilitar la diseminación de material protegido en Internet. Los niveles que la piratería ha alcanzado en el entorno digital al inicio del presente siglo, fueron descritos por un litigante americano como el " *century piratical bazaar*"⁶⁶. Las herramientas tecnológicas como el encriptación y *watermarking* proporcionan soluciones prácticas, conjuntamente con las demás iniciativas en materia de DRM y la normativa indicada, han contribuido razonablemente al paquete de soluciones disponibles actualmente en materia de control de la tecnología digital y seguridad de las transacciones en línea. Sin embargo, muchos creadores y titulares de derechos permanecen aprehensivos ante la magnitud de posibilidades de infracciones que sigue ofreciendo Internet .

No obstante es innegable que la propiedad intelectual ha emigrado a la Internet, habiéndose convertido el comercio electrónico en un elemento esencial para el éxito empresarial. Según los índices publicados por *Wired Magazine* en julio de 2002⁶⁷, el crecimiento y desarrollo potencial de las compañías se debería circunscribir al dominio de cinco recursos esenciales (*borderless*): 1) innovación, 2) uso inteligente de nuevas herramientas, 3) visión estratégica, 4) alcance global, y, especialmente, 5) comunicación; todo ello conectado a una red de computadoras. Es notable que el primer criterio, la innovación, también ha servido de base también para el sistema de propiedad intelectual, de tal modo que la promoción de la innovación y la protección de sus productos son la meta de las leyes de propiedad intelectual, indispensables para la supervivencia en la era digital.⁶⁸

⁶⁶ As filed by the plaintiffs in an action brought by the Motion Picture Association of America (MPAA) and the Recording Industry Association of America (RIAA), against Kazaa, Musiccity.com Inc., Musiccity Networks Inc., and Grokster Ltd. in the U.S. District Court for the Central District of California, October 2, 2001. See "Kazaa Denies Copyright Infringement Claims; Developer Says P2P No Different Than HTTP," 7 (5) Electronic Commerce and Law Report, p.99 (January 2002).

⁶⁷ The Wired Index is at http://www.wired.com/wired/archive/wired_index. See James Surowiecki, "The New Economy Was a Myth, Right? Wrong," Wired Magazine, p.90 (July 2002).

⁶⁸ WIPO/INT/02/English/December 2002. <http://ecommerce.wipo.int>

La protección del derecho de autor y los derechos conexos, abarcan una franja muy amplia de la creatividad humana y, por ende, también resulta subordinado a dicha protección la mayor parte del volumen creativo que alimenta el comercio electrónico, bajo la órbita fundamental del Convenio de Berna, la convención internacional más importante en materia de protección de obras literarias y artísticas.

Este término abarca muy diversas expresiones creativas, como los textos de ficción y no-ficción, incluyendo textos científicos y técnicos, programas de la computadora y bases de datos originales (por la selección o disposición de sus contenidos); las obras musicales; las obras audiovisuales; las obras de arte, incluidas los dibujos, ilustraciones y fotografías. A su vez los derechos conexos protegen las contribuciones de quienes incorporan valor a través de presentaciones artísticas o empresariales necesarias para que las obras sean accesibles al público: los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, bailarines, cantantes y músicos); los productores de fonogramas, y los organismos de radiodifusión.

La tecnología digital permite que estos materiales protegidos resulten más fácilmente accesibles al público y al uso no autorizado a través de las redes interactivas. El proceso de digitalización permite la conversión de las obras en una fórmula binaria que puede transmitirse y distribuirse por Internet reproducirse y guardarse en formato digital perfecto. En Internet el número puede ser ilimitado, casi instantáneamente y sin la degradación perceptible en la calidad propia del entorno analógico. Estas copias pueden transmitirse por el mundo en minutos y el resultado podría ser la ruptura de los mercados tradicionales de venta de copias de fonogramas, software, arte, libros y películas.

Por consiguiente resulta crítico ajustar los sistemas legales para responder a los nuevos desarrollos tecnológicos de una manera eficaz y apropiada, debido a que las tecnologías y los requerimientos del mercado evolucionan rápidamente: la

necesidad de proporcionar una protección e incentivos a los creadores para producir y difundir nuevas obras, a la vez de preservar el equilibrio apropiado y proporcionado para el interés público, particularmente la educación, investigación y acceso a la información; promoviendo en definitiva, el desarrollo de cultura, ciencia, y la economía en pro del estado de bienestar.

Durante varios años se ha examinado los problemas más significativos en el campo de derechos de propiedad literaria a través de procesos públicos y privados de consultas, especialmente a través de los Comités de Expertos que se reunieron en la OMPI durante los años 90, conjuntamente con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en el orden internacional, regional y nacional. Dos tratados fueron adoptados por el acuerdo general de más de 100 países en la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre cuestiones de derechos de autor y derechos conexos, en Ginebra el 20 de diciembre de 1996: el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (*WIPO Copyright Treaty /WCT*) y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (*WIPO Performances and Phonograms Treaty/ WPPT*), conocidos como los Tratados Internet de la OMPI (*Internet Treaties*).⁶⁹ Los que entraron en vigencia cuando se alcanzaron el número de 30 ratificaciones; el WCT el 6 de marzo de 2002, y el WPPT el 20 de mayo de 2002.⁷⁰ En nuestro país fueron ratificados por Ley N° 25.140 (BO, 24/09/1999).

La definición de la determinación del alcance de los derechos fue un problema importante, considerando que la propiedad intelectual es la suma de las atribuciones concedidas por la ley, y que en el sistema legal argentino del Derecho de Autor, regulado en la ley 11.723 de 1933, un tanto heterogéneo aunque mas

⁶⁹ The WIPO Copyright Treaty (WCT) (1996), at <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo033en.htm>, and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) (1996) at <http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo034en.htm>.

⁷⁰ A collection of information resources on WIPO's work as relates to the WCT and WPPT is at <http://www.wipo.int/copyright/en/index.html>. See generally M. Ficsor, "Law of Copyright and the Internet," (Oxford, 2001); and Silke von Lewinski and Jörg Reinbothe, "WIPO Treaties (1996)," (Butterworths Law, 2001).

próximo al subjetivismo del derecho continental (*Droit d'auteur*) que al *Copyright*, posee un doble contenido de carácter económico transable, transmisible y prescriptible, y el moral no transmisible, inalienable e imprescriptible.

Tanto los tratados existentes, como las legislaciones nacionales, sólo concedían derechos exclusivos para controlar y remunerar los diversos tipos de usos de su propiedad intelectual. Para ambos grupos de titulares de derechos, estos s incluían esencialmente derechos de reproducción y de ciertos actos de comunicación al público, como la actuación pública y la transmisión. El desarrollo de la tecnología digitales posibilitó la comunicación de obras a través de las redes interactivas planteando la problemática de la aplicación de los derechos de PI en el nuevo ambiente. En particular las copias múltiples y la comunicación al público cuando la obra es transmitida en línea ante un público potencial, individual y que puede demandar el acceso cuando y cómo lo desee.

Quizás el derecho más básico concedido en la Convención de Berna sea el de reproducción " por cualquier forma y bajo cualquier procedimiento" (Art.9.1) Este derecho se sitúa en el centro del *e-commerce*, porque cualquier transmisión de una obra o prestación presupone el *uploading* (almacenamiento) del material protegido en la memoria de una computadora u otro dispositivo digital. Además, cuando el material se transmite en las redes, quedan copias múltiples en la memoria de computadoras de la red en numerosos puntos. Entonces fue necesario determinar cómo se aplicaría el derecho de reproducción a este tipo de copias⁷¹, cuyo soporte "tangible" no se configuraba en el sentido descrito en el entorno analógico.

⁷¹ En 1982, en una reunión de expertos gubernamentales co-organizada por la OMPI y la UNESCO, se estableció que las fijaciones o copias (*uploading*) en la memoria de la computadora deben ser considerados como un acto de reproducción. Este criterio de reconfirmó en 1996 en las declaraciones concertadas del WCT y WPPT respecto de los Artículos 6 y 7.

La aplicación apropiada del derecho de la reproducción en el caso de copias temporales en la memoria de acceso de las computadoras (RAM) continúa siendo un asunto de debate a los niveles nacionales e internacionales. La pregunta es en este orden sería si las copias siempre requerirán el consentimiento de los titulares de derechos (*rightsholder*) para evitar la infracción. Las excepciones de copias autorizadas, cuidadosamente detalladas en ciertas circunstancias, se ha promulgado, por ejemplo, en los Estados Unidos de América en el *Digital Milenium Copyright Acts* (DMCA), como asimismo la Unión Europea en su Directiva de armonización de ciertos aspectos de derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de información. No así en Argentina cuya Ley 11.723 data de 1933 y no contiene excepciones en los términos del artículo 9.2 del Convenio de Berna, tales como el canon por copia privada, por tal razón cualquier copia, requiere autorización del titular del derecho, constituyendo una infracción todo acto de reproducción no autorizado, como la reprografía sin licencia, por ej. (Arts. 2; 71; 72 inc.a y cctes.).

El WCT (Artículo 8) y el WPPT (Artículo 14) establecen un derecho exclusivo de comunicación pública a favor de los titulares de derecho, mediante el cual éstos controlarán toda comunicación pública de sus obras por medios alámbricos e inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público, en forma tal que los miembros del público puedan acceder a las mismas desde el lugar y en el momento que cada uno lo desee. El Artículo 14 del WPPT proporciona la siguiente prescripción: "*Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal una manera que los miembros del público pueden tener acceso a ellos desde cualquier lugar y en el momento que cada de ellos elija.*"

Los tratados requieren que estos derechos exclusivos se concedan para controlar la "puesta a disposición", dejando librado a los estados particulares decidir cómo categorizar este derecho bajo la ley nacional.

Otro problema que se planteó en la génesis de los Tratados Internet fue el relacionado con los derechos morales y trascendencia en el ambiente digital, en virtud de los inauditos medios de manipulación de la obra (*morph*) que proyecta la tecnología para los usuarios material protegido, pudiendo crearse nuevas obras de carácter derivado e infringiendo los derechos morales originales de los autores, de integridad y paternidad prescriptos en el Convenio de Berna (Artículo 6 bis).

Otro aspecto, que podría mencionarse es que el WPPT (Artículo 5.1) , a diferencia de la Convención de Roma sobre derechos conexos, reconoce derechos morales de paternidad e integridad a los artistas intérpretes o ejecutantes, pero con exclusión de las fijaciones audiovisuales:

" Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, artista intérprete o ejecutante conservará , en los relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución , y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación y otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación."

Como hemos visto, el desarrollo del potencial del comercio electrónico, requeriría de una rápida adaptación tecnológica evolución y seguridad operativa de los sistemas de autorización en línea para que los titulares de derechos y

consumidores depositaran recíprocamente su confianza. Y la respuesta a estos desafíos está en la propia tecnología.

El WCT (Artículo 11) y el WPPT (Artículo 18) establecen las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, para garantizar a los titulares de derechos un sistema seguro de autorización en línea, requiriendo a los Estados Miembros que proporcionen dos tipos de medidas para tornarlas efectivas contra las “acciones de elusión” de la protección tecnológica, dispuesta, precisamente, para restringir los actos que no estén autorizados por los titulares de derecho: a) las que controlan el acceso a las obras, y b) aquellas que limitan los derechos exclusivos de los titulares de derechos.

Es decir, cada jurisdicción responsable de su aplicación deberá determinar qué tipo de medidas tecnológicas deben protegerse, de las dos opciones indicadas, y la mayoría han adoptado las que protegen ambos tipos. Además, las disposiciones que aplican los tratados OMPI generalmente restringen actos asociados a la elusión, incluyendo la fabricación y tráfico de herramientas de elusión. En algunos países, como EE.UU., estos actos no están prohibidos específicamente, por ser asimilables directamente a una vulneración de derechos de autor.⁷²

6. Aspectos del Derecho Internacional Privado.

Debe reconocerse, sin embargo, que con excepción de la situación europea, respeto de la ley aplicable y jurisdicción competente el nivel de unificación logrado es relativamente modesto y que, por consiguiente, la ley internacional privada todavía continúa siendo sobre todo una cuestión regida por la derecho local.

La primer fuente convencional que rige a nivel multilateral es la Conferencia de La Haya, organización intergubernamental instituida en 1893 (Primera Sesión)

⁷² WIPO/ SCCR/2/10/2, pág. 126.

con el propósito de trabajar en la unificación progresiva de las reglas del DIPr., actuando desde adopción del Estatuto vigente en 1955 como una organización intergubernamental, que cuenta actualmente con 62 Estados Miembros, siéndolo Argentina desde el 28 de abril de 1972.⁷³ Bajo los auspicios de la Conferencia de Haya se han concluido muchos tratados multilaterales en materia de DIPr., y actualmente hay una ronda de expertos trabajando en las cuestiones del DIPr. para las operaciones del comercio electrónico en Internet.⁷⁴

Por iniciativa de los Estados Unidos de América, en 1992, comenzaron las tratativas de la Conferencia de Haya para explorar la posibilidad de establecer un nuevo instrumento multilateral sobre ley aplicable y jurisdicción competente en materia civil y comercial inclusiva de la propiedad intelectual. En varios de los proyectos con vista al nuevo tratado ("Proyecto de Convención de La Haya"), se habían propuesto específicamente abordar a la propiedad intelectual. Las negociaciones fueron difíciles y lentas, como bastante incierto en esta fase que la Convención salga a luz finalmente.⁷⁵

A nivel regional, existen notables avances en este sentido. En Europa cabe mencionar a la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 (reemplazada por el Reglamento No. 44/2001 del Consejo/CEE, del 22 de diciembre de 2000, sobre Jurisdicción, Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materia civil y comercial, en vigencia desde el 1 de marzo de 2002, denominada Bruselas II); la Convención de Lugano del 16 de septiembre de 1988

⁷³ Ver sitio oficial: <http://www.hcch.net>

⁷⁴ *Table ronde sur les questions de droit international privé posées par les opérations de commerce électronique et Internet organisée conjointement par l'Université de Genève et la Conférence de La Haye de droit international privé: I – Contrats; II – Délits; III - Election de for et election de droit; IV - Droit applicable à la protection des données; V - Notification et signification à l'étranger VI - Obtention des preuves à l'étranger; VII - Règlement des différends en ligne, standards de procedure, et VII - Actions collectives.*

⁷⁵ *According to the United States Patent and Trademark Office (65 Fed. Reg. 61306/RIN 0651-AB25), "[t]he impetus behind th[is] request was to gain recognition and enforcement of U.S. judgments in other countries. While U.S. courts generally recognize and enforce judgments from other countries, U.S. judgments do not always receive the same treatment abroad."*

y la Convención de Roma (CEE) sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, del 19 de junio de 1980 . La Regulación de Bruselas y la Convención de Lugano contienen varias disposiciones aplicables a la propiedad intelectual.

En América Latina, los trabajos más importantes se reflejan en los Tratados de Montevideo del 11 de enero de 1889⁷⁶ y el 19 de marzo de 1940; el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante y Sirvén, del 20 de febrero de 1928, con sus 437 artículos; la Convención Internacional Americana sobre Propiedad Intelectual de 1949⁷⁷ y la Convención de Washington sobre Obras Literarias , Científicas y Artísticas de 1956⁷⁸ .

7. Armonización y Propiedad Intelectual .

La dificultad fundamental en relaciones jurídicas que involucran elementos extranjeros es poder hallar en los sistemas legales nacionales una conexión razonable y lo más uniformada posible, semejante a la *Comunidad de Derecho de los Estados* propuesta por Savigny en el s. XIX. y que, *mutatis mutandi*, podría considerarse conceptualmente vigente. La aplicación extraterritorial del derecho, en la mayoría de los casos llevará a diferentes resultados. Una solución a este problema consiste en seleccionar, basado en cierto criterio, entre los varios sistemas legales potencialmente aplicables, el derecho nacional de un sistema legal particular, para gobernar la relación jurídica. La determinación de la ley aplicable bajo un punto de conexión o norma indirecta es el objeto del DIPr. La solución más práctica suele ser la ley nacional existente, porque es la conocida

⁷⁶ Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística .Adoptado por el Congreso sudamericano de Derecho Internacional Privado reunido en Montevideo el 25 de agosto de 1888. Suscripto el 11/09/1889 por Argentina, Bolivia , Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, y ratificado por todos los Estados, excepto Brasil y Chile. En Argentina, fue ratificado por Ley 3.192, Registro Nacional T°II, , pp 761-762.

⁷⁷ Suscripta en la IV Conferencia Internacional Americana celebrada en Buenos Aires Ratificado por Ley 13.585 (BO 27/10/1949), entre Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica , Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras , Nicaragua, El Salvador, Estado Unidos de América, Estados Unidos de México y Estados Unidos de Venezuela.

⁷⁸ Suscripta en la ciudad de Washington , el 22 de junio de 1946 y ratificada por Ley N° 14.186 (BO 24/7/1953)

por el juez y no requiere en principio, cambios sustanciales ni procesales para resolver el problema producido por la presencia del elemento extranjero.

Otra alternativa podría ser la aplicación de un derecho armonizado en sentido material, o sea una solución de fondo contenida *a priori*, y consistente en excluir la fuente del problema, a través de un proceso de negociación entre los Estados, tratados alcanzados por acuerdos internacionales que establecen reglas uniformes entre los mismos, instrumentos que a su vez deben ser ratificados por los mismos Estados y que pueden importar la modificación subsiguiente de las leyes internas, dependiendo de los mecanismos institucionales de cada país.

En el campo de propiedad intelectual la tradición apunta inexorablemente a la territorialidad y al inveterado principio del trato nacional, tanto en el área de la propiedad industrial (Artículo 2 de la Convención de París) como en el de la propiedad literaria y artística (Artículo 5 de Convención de Berna).

Mientras el principio del tratamiento nacional apunta a resolver ciertos interrogantes en la relación jurídica ante la presencia del elemento extranjero, no resuelve definitivamente el problema, por cuanto el principio del tratamiento nacional no exige a los Estados enmendar los aspectos sustantivos de sus regímenes de propiedad intelectual. En algunos casos simplemente exige garantizar "igualdad de trato" con el nacional, prohibición de discriminar al extranjero; respecto de la adquisición, duración, transferencia y pérdida de los derechos; que se regirán por las leyes nacionales del lugar en que se reclame la protección.

El principio del tratamiento nacional no refleja ninguna afinidad con el DIPr, excepto cuando remite a la aplicación de la ley extranjera. La ley nacional puede declararse aplicable también a las obras extranjeras (sistema de la territorialidad, fundamento pragmático) o declarar aplicable la ley del país de origen de la obra (*lex originis*, fundamento científico que asegura la aplicación del mismo estatuto y

tratamiento en todos los países en que se reclame la protección, no exento de inconvenientes prácticos).

En Argentina, por ej., la Ley 11.723 de Derecho de Autor, define el ámbito material en el Art.12 al establecer que : “*La propiedad intelectual se registrará por las disposiciones del derecho común , bajo las condiciones y limitaciones establecidas en la presente ley*” . Es decir, que ley aplicable en materia de derecho de autor en el orden interno (nacional), será:

1. Tratados Internacionales de rango constitucional y el Artículo 17 de la C.N;
2. Las Convenciones Internacionales en que el país sea parte;⁷⁹
3. La ley 11.723 y las disposiciones reglamentarias en la materia;

4. Los principios generales del derecho de autor y el espíritu de las leyes especiales y convenciones internacionales en la materia;
5. Los principios de las leyes análogas sobre propiedad intelectual;
6. Las normas del derecho común , civil o comercial, según corresponda a la materia.

La jurisprudencia ha reconocido que las normas de fondo del derecho común deben ser interpretadas y aplicadas teniendo en cuenta las peculiaridades de la propiedad intelectual y su operabilidad.⁸⁰

⁷⁹ Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Leyes 17.251 y 25.140); Convención Universal sobre Derecho de Autor (Dec-Ley 12.088/57); Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión (Ley 23921) ; Convención sobre Fonogramas (Ley 19.963); Convenio de Estocolmo que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ley 22.195); Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (Ley 24.039); Tratado sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Ley 24.425); Tratados OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Ley 25.140), y los demás tratados regionales antes mencionados.

⁸⁰ Ver EMERY, M.A. *Propiedad Intelectual. Ley 11.723 comentada, anotada y concordada con los Tratados Internacionales*, Ed. Astrea, Bs.As., 1999. (CSJN , 23/11/89, ED , 138-332; ED, 93-411; CSJN, 5/4/88, jurisprudencia sobre propiedad intelectual , p.51 ; CSJN, 31/10/60, Fallos, 248-205; CSJN 5/11/51, Fallos , 221-124; CNCiv., Sala F, 19/3/81)

En relación a la obra extranjera la ley argentina adoptó un criterio singularmente amplio al establecer en el Art.13 que : *“Todas las disposiciones de esta ley , salvo las del art. 57 [registro] , son igualmente aplicables a las obras científicas , artísticas y literarias, publicadas en países extranjeros , sea cual fuere la nacionalidad de sus autores, siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual”*. Solución muy razonable, a pesar de la fecha de sanción (1933), máxime si consideramos el efecto armonizador del Convenio de Berna, factor decisivo de uniformidad en las legislaciones nacionales a través de los estándares de protección (“mínimo convencional obligatorio”, art. 5.2, primera parte)⁸¹, que permitió elevar el nivel de protección nacional .⁸²

Históricamente, en la solución de conflictos de jurisdicciones ha prevalecido la tendencia a la armonización a través de los tratados, como fuente específica del Derecho Internacional Privado. En el Derecho de Autor en caso de ausencia de tratados internacionales, cada país aplica sus normas internas sobre protección de obras extranjeras y que serán las normas indirectas del DIPr contenidas en su derecho, las que establecen los criterios de protección (puntos de vinculación con el Estado que determina el carácter de nacional o extranjera de la obra); personales, reales o mixtos, según se orienten al autor (domicilio, residencial, nacionalidad), a las obras (lugar de 1ra.publicación, de edificación, etc.) o a criterios de protección alternativos.

En ausencia de normas convencionales, la mayoría de las legislaciones nacionales conceden protección mínima a las obras extranjeras, fundada en el principio de reciprocidad del país origen de la obra. (Ej. Arts. 2.7) y 7.8) del Convenio de Berna, y art. 15 de la ley 11.723).

⁸¹ *“El goce y ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra”*. (Revisión de Berlín, 1908).

⁸² Ver, LIPSZYC, Delia , *“La ley aplicable” en Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ed. UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, Bs.As., 1993, pág. 594 y sig.

Los tres grandes tratados en materia de Propiedad Intelectual, la Convención de París, la Convención de Berna y el Acuerdo de los ADPIC, se han sustentado en el énfasis de la armonización substancial y procesal (en éste último particularmente), conteniendo pocas reglas al respecto. No obstante, no excluyen al DIPr totalmente y ejemplo de ello es el principio *Lex loci protectionis* de la Convención de Berna, Artículo 5.2, segunda parte: “ ... *Sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, 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 reclame la protección*”.

En las negociaciones durante la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre la Protección de Fijaciones Audiovisuales (el 7 a 20 de diciembre de 2002) las cuestiones acerca del reconocimiento internacional de los derechos de los artistas interpretes o ejecutantes audiovisuales y los puntos de vinculación uniformes, resultaron para ser evaluada en el futuro, lo que denota las dificultades de posibles acuerdos sobre este punto. La atención relativamente modesta del DIPr. como medio solución de los problemas de la aplicación extraterritorial del derecho en el sistema de la propiedad intelectual es el resultado de tres rasgos esenciales:

- 1) La naturaleza territorial del sistema de propiedad intelectual, como resabio de los privilegios y estatutos medievales;
- 2) La necesidad por introducir prioritariamente normas de protección mínima uniforme de propiedades intelectuales en las jurisdicciones nacionales;
- 3) La confianza del sistema de propiedad intelectual, particularmente en la propiedad industrial, en el registro, como modo de adquirir el derecho, y de facilitar la protección.

8- La naturaleza territorial del sistema de propiedad intelectual

La propiedad intelectual deviene "territorial", porque el alcance esencialmente geográfico de su aplicación, habiéndose definido por las restricciones o límites

nacionales. Cada país determina, para su propio territorio, e independientemente de cualquier otro país, lo que será protegido como propiedad intelectual y por cuanto tiempo, es decir la existencia y duración de los beneficios de la protección. Por consiguiente, el hecho de que una persona pueda tener un derecho de propiedad intelectual válido y ejecutable en un país, no significa que pueda hacerlo valer necesariamente en otro. La naturaleza territorial de la propiedad intelectual podría ser explicada por su uso como instrumento de política económica y cultural de los Estados, pero sólo parcialmente. Es decir, por aquello que sistematizó Savigny y que luego fue reconocido como el “orden público internacional”, limitación excepcional a la aplicación extraterritorial del derecho.

La propiedad intelectual se caracteriza por conceder derechos exclusivos, a través de monopolios establecidos para estimular a los creadores a obtener recompensa económica (concediendo licencias de explotación) al mismo tiempo de salvaguardar la integridad de sus trabajos innovativos u originales, así como su reputación. También de garantizar a los usuarios legítimos de material protegido, a invertir en las innovaciones o creaciones y lanzarlas al mercado en forma segura, ofreciéndoles una protección compensatoria por sus inversión y riesgo, y al público consumidor un acceso razonable a dichas creaciones, contenidos y productos.

Así, para la procedencia de la protección conferida, deben cumplirse ciertas condiciones a fin de preservar el precario equilibrio de los intereses en competencia. Tradicionalmente, los Estados han conservado estas facultades celosamente bajo la órbita del poder de policía, dentro de la fortaleza medieval de sus jurisdicciones (en las cuales también se gestó el Estado moderno). Así fue incorporado como un atributo esencial de soberanía, y profundizada la noción de la territorialidad, minando la confianza de la propiedad intelectual en el DIPr.

Un régimen de derecho internacional privado multilateral para la propiedad intelectual presupone que la mayoría de las legislaciones, han alcanzado cierto

nivel de madurez en la materia, fenómeno iniciado en la posguerra y manifestado vigorosamente en los años setenta en el proceso de negociaciones comerciales multilaterales de las rondas del GATT y concluido en 1994, en el Acuerdo sobre los ADPIC.⁸³

El “principio del trato nacional” , que figura en el Artículo 5.1) del Convenio de Berna y que ha sido reproducido por otros tratados internacionales, tiene como objetivo central garantizar a los autores la no discriminación por su condición de extranjeros, justificando que se hayan formulado ciertas teorías sobre los conflictos entre las legislaciones aplicable a las obras⁸⁴, en virtud de las cuales la asimilación del extranjero al nacional podía únicamente conducir respecto de las obras extranjeras a la aplicación de la *lex fori*. Como por ej. en el principio de comparación de los plazos del Artículo 7.8) designado como una norma de “reciprocidad”, y que se plantea como una violación al trato nacional, por la aplicación del derecho del país de origen prevista por el mismo Convenio.

Cabe considerar, entonces, que el término “territorialidad” se utiliza con frecuencia en el campo de la propiedad intelectual para expresar la tendencia a elaborar el principio de que el tribunal que entiende en la causa no podrá aplicar otra legislación que no sea la suya, exacerbando expresiones “estatutarias”⁸⁵ del derecho, originadas en la edad media como consecuencia del desmembramiento del Imperio Romano y denominadas “de la territorialidad”, opuestas a los sistemas fundados en la personalidad.

⁸³ Acuerdo que constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio, concertado el 15 de abril de 1994, y entró en vigor el 1º de enero de 1995. El Acuerdo sobre los ADPIC es obligatorio para todos los Miembros de la OMC, Art. II.2.

⁸⁴ *Le conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, de H. Desbois, A. Françon y A. Kéréver, París, Dalloz, 1976, párrafo 135 . *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, estudio realizado por solicitud de la Comisión de las Comunidades Europeas, Colección Estudios, Serie Sector Cultural, párrafo 3, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1980, párrafo 17 (destaca también “la norma sobre conflictos de legislación que figura en el principio del trato nacional”).

⁸⁵ Normas municipales que diferían del derecho común establecido en forma sistemática por los romanos y que variaban de territorio en territorio, producto de regímenes feudales de la alta edad media.

El Acuerdo sobre los ADPIC dispone que el objetivo del trato nacional es la “protección” de la propiedad intelectual, y aclara en nota que el término “protección” comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos ...”. La asimilación de los extranjeros a los nacionales surge del “goce” de los derechos,⁸⁶ y la referencia a su “ejercicio” se orientan en el mismo sentido en el hecho de que el Artículo 3.2) admitiendo las excepciones al trato nacional, mediante una remisión al contenido de las normas locales, en la concordancia con el trato nacional y el trato de la nación más favorecida, previstos en el Artículo 4, en función de que no podría limitarse únicamente a la condición de extranjeros.

El Tribunal de Justicia europeo en la causa *Phil Collins*, de 1993, interpretó como un elemento de discriminación indirecta, en el sentido del Artículo 6 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la aplicación acumulativa de la legislación del país de la protección y del país de origen, como en el mecanismo de comparación de los plazos prescrita en el Artículo 7.8) del Convenio de Berna.⁸⁷

La existencia conjunta o separada del principio de territorialidad del derecho de autor y la naturaleza mundial de las redes digitales, plantea una ambigüedad, de carácter terminológico sobre el concepto de “territorialidad”, pudiendo interpretarse la territorialidad como una simple vinculación de la que deriva la elección de la legislación aplicable (el lugar de publicación, el lugar de violación del derecho).

⁸⁶ *Droit international privé*, de D. Holleaux, J. Foyer y G. Geouffre de la Pradelle, París, Masson, 1987, párrafo 149.

⁸⁷ André Lucas, GCPIG/1/OMPI/1998. Francés, pág., 3.

En este sentido, se plantean dificultades, pues algunos consideran que por la universalidad de las redes digitales, esos tipos de vinculación podrían pasar a ser artificiales,⁸⁸ pero definitivamente compatibles con el conflicto de legislaciones.

La territorialidad de los derechos de propiedad intelectual, tienen un origen histórico como se ha señalado, tanto en el derecho de autor (privilegios de imprenta) y más aún en el Derecho de Patentes donde el orden público y las normas de policía adquieren una relevancia mayor, pero siempre fundado en el derecho positivo, razón por la cual no se admitió sin discusión el agotamiento internacional del derecho de distribución.

El derecho comunitario mantiene este criterio pues sólo admite el agotamiento en la esfera territorial comunitaria. No obstante el principio de la territorialidad⁸⁹ no resuelve los conflictos de legislación. Precisamente el Artículo 5.2) del Convenio de Berna se inspira en la territorialidad, al disponer que “la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”, no significa la aplicación exclusiva de la *lex fori*. Algunos sostienen que la disposición no impide indagar en la legislación del país de origen, y consideran que la expresión “legislación del país en que se reclama la protección” designa la legislación del país “por el que se reclama la protección”; lo que demuestra la posibilidad de que el tribunal que entiende en la causa aplique derecho extranjero, que hipotéticamente, gozará de extraterritorialidad.

En el derecho comunitario, se sancionaron unas normas sobre los conflictos de legislación, como la Directiva del 27 de septiembre de 1993 sobre la transmisión por satélite y por cable y la del 29 de octubre de 1993, sobre la duración de la

⁸⁸ Véanse los párrafos 63 y 102, más abajo, en que se refuta esta tesis.

⁸⁹ Informe general ante el Congreso de la ALAI, de 1996, de G. Koumantos, en *Copyright in Cyberspace*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997, pág. 261.

protección, mas dentro de la lógica de la libre circulación de los productos y la libre prestación de los servicios, que del DIPr

9 - El conflicto de legislación. Ámbito contractual y extracontractual.

La determinación de la ley de la ley aplicable , se lleva a cabo por los tribunales estatales conforme a las normas del DIPr del foro, lo que provoca que las resoluciones concretas puedan variar en función del Estado ante cuyos tribunales se ventile el conflicto. Esa disparidad de soluciones proyecta una especial incertidumbre respecto de quienes negocian habitualmente a través de Internet.⁹⁰ Debiendo diferenciarse entre el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual.

El empleo de Internet como medio para la celebración de contratos internacionales no modifica normalmente la determinación de la ley aplicable. Los peculiares caracteres de la contratación en línea hacen que la localización de la relación jurídica en un ordenamiento estatal, con base en los criterios de conexión típicamente empleados por las reglas de conflicto en la materia, como el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las obligaciones, el domicilio de alguna de las partes, etc., pueda resultar especialmente inapropiada. La falta de adecuación de esos criterios a un entorno que dificulta la concreción y sin fronteras jurisdiccionales tangibles, favorece la adopción de criterios de conexión flexibles.

Obviamente resulta difícil resumir todas las teorías que se han formulado sobre el tema de la legislación aplicable al derecho de autor en el entorno digital, máxime cuando el derecho de fuente convencional no es tan claro y abarcativo como se pudiera desear, por tanto requiere indagar en los sistemas nacionales del derecho internacional privado.

⁹⁰ *Derecho Privado en Internet*, De Miguel Asencio, Pedro A., Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 432.

El Convenio de Berna contiene normas materiales de protección mínima obligatoria y normas indirectas que indican, a partir de puntos de conexión, las soluciones de fondo en las legislaciones materiales locales, basada fundamentalmente en el principio del trato nacional, que no es más que la no discriminación al extranjero. Pero debe considerarse que gracias a estos estándares impuestos por los Tratados (París/1883 y Berna/1886, fundamentalmente), las legislaciones nacionales elevaron considerablemente los niveles de protección, en un proceso de armonización loable, cuyas asimetrías se configuraban al revés, es decir, en perjuicio del nacional, generalmente relacionadas con los plazos de protección y las formalidades para el reconocimiento del derecho.⁹¹

9.1. La legislación que rige el contrato: *Lex mediatica*? Cuestión fundamental y solución apuntada en el entorno digital. Sin duda resultaría exagerado anunciar que debido a la conjunción del contrato y las protecciones técnicas el derecho exclusivo podría resultar una expresión simbólica.⁹² Sin embargo, las virtudes del contrato, celebradas particularmente en la tradición del *common law*, y por éste en la tradición internacional, orientan a la posibilidad de que pueda asistirse en el desarrollo del comercio electrónico contemporáneo, de usos convencionales que den origen a una suerte de “*lex mediatica*”, una nueva fase de la *lex mercatoria*, y que tienda a superar la dificultad de los conflictos de legislación.⁹³

Sin embargo, debe observarse que si bien esta tendencia cuenta actualmente con fuerte predicamento, no es menos acertado considerar que Internet, a diferencia del ámbito del comercio internacional tradicional en el que prosperó la *lex mercatoria*, no es un ámbito exclusivo de profesionales en cual, por ej., las

⁹¹ En la ley 11.723 y la obligación de registro instituida en los artículos 57 y sig., y excluido en el Convenio de Berna en el art. 5.2)

⁹² Véase *Droit d'auteur et numérique*, de A. Lucas, París, Litec, 1998, párrafo 593, en que figura una crítica a esa tesis.

⁹³ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.J. Lucas, párrafos 995 y 996, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

“Incoterms”,⁹⁴ han constituido una práctica convencional inobjetable⁹⁵, inclusive en la transmisión de documentos electrónicos como el EDI, procedimiento de documentación utilizado en el transporte marítimo⁹⁶, la firma digital y todas las aplicaciones electrónicas del comercio internacional.

Internet es, en este sentido, un universo diferente donde coexisten consumidores individuales, a la par de profesionales, productores y usuarios de contenidos profesionales y domésticos, etc. con profuso y diverso tráfico, en un medio común caracterizado por la heterogeneidad y ciertas consideraciones políticas relacionadas el acceso a la información, la privacidad en la transmisión de datos y la protección de las medidas tecnológicas, que van mucho más allá de la actividad exclusivamente comercial que caracterizó la ley de los mercaderes.

El sistema de la *lex mercatoria* que se remonta a la edad media⁹⁷, ostenta suficiente virtualidad como para convertirse en un instrumento no solamente atractivo sino insoslayable para los operadores de los negocios internacionales, cuando por distintas razones, han decidido resolver sus desavenencias mediante el recurso del arbitraje internacional.⁹⁸ Este recurso, que es en parte una aplicación de las reglas legales y en parte una selección y proceso creativo, constituye la aplicación de la *lex mercatoria*. Pero debe destacarse que carece del marco regulatorio e interpretativo propio de los derechos estatales, que garantizan el

⁹⁴ *INCOTERMS Y COMERCIO EXTERIOR. La compraventa internacional de mercaderías*; de Aldo FRATALOCCHI, Ed. Macchi, 4ta. Edición, Bs.As., 1999; pág. 5 y 31.

⁹⁵ Véase K. CRONFORS, *Cargo key receipt and transport document replacement* (1982). También *Carriage of goods sea act*, 1992, del Reino Unido (UK), párrafo 12.

⁹⁶ Mientras tanto, existen ciertas actividades comerciales en que no sólo se ha aceptado el concepto de documento de embarque negociable, sino también el reemplazo del intercambio de datos impresos en papel (documentos) por el intercambio electrónico de datos (mensajes). Por ejemplo, se puede hacer referencia al desarrollo escandinavo del recibo de carga electrónica”, equivalente a la carta de porte marítimo impresa en papel.

⁹⁷ Levin Goldsmidt, abogado e historiador alemán de mediados del s.XIX, sostuvo la tesis sobre la existencia de una *lex mercatoria* universal, producida, interpretada y ejecutada por la clase de los mercaderes. Citado por la Dra. S.L.Feldstein de Cárdenas en “LEX INFORMÁTICA: La insoportable levedad de no ser”. Trabajo publicado por El Centro de Perfeccionamiento Dr. Ricardo Núñez del Poder Judicial de Córdoba, en el Libro Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky.

⁹⁸ *Contratos Internacionales*, Feldstein de Cárdenas, S.L. Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1995, pág. 159 y sig.

predominio de la responsabilidad y razonabilidad dentro de un sistema político jurisdiccional, lo que conlleva a problemas en su aplicación ofuscada.

La *lex mercatoria*, es un recurso que permite estandarizar soluciones extremadamente prácticas en el comercio internacional, pero no es derecho fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes y dentro de los límites establecidos por la legislación nacional, en la que en definitiva pretenda hacerse valer en caso de exteriorizarse una controversia. La tendencia a marginar sistemáticamente la nacionalización de los contratos transfronterizos al determinar su régimen jurídico, se corresponde con el progresivo desarrollo de normas uniformes a nivel internacional, así como con la difusión del recurso del arbitraje, como medio de solución de controversias. Sin perjuicio de la calificación legal y alcance de cada legislación nacional en materia de autonomía material de las partes en la contratación internacional,⁹⁹ del artículo 17 del Código Civil, en nuestro caso, y de las limitaciones en el marco de la autonomía de la voluntad en cuanto a la tutela de ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles.¹⁰⁰

Pero la verdadera problemática de la determinación de la legislación que rige el contrato, surge cuando las partes han callado al momento de celebrar el contrato. A nivel regional y en el marco de la Unión Europea, el Artículo 4.1) del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, firmado el 19 de junio de 1980 por los Estados miembros de la Comunidad Europea, prevé que en un caso

⁹⁹ En el sistema argentino arts. 1209, 1210 y cctes. del Código Civil, con el límite del orden público internacional del art. 14 del mismo ordenamiento, atenuado luego de la reforma de la ley 17.711., habiendo sido aceptada la autonomía material implícita o tácita por la jurisprudencia en el caso "*Tactician Inc. Corp. y Otros c/ Dirección de Fabricaciones Militares*", CSJN, fallo del 14/703/1994. "El ejercicio de la autonomía de la voluntad en contratos de intermediación internacional es admitido por el Derecho Internacional Privado argentino, que sólo subsidiariamente - y sobre la base de principios generales en materia contractual- designa la ley del Estado en donde se cumple la actividad del intermediario."

¹⁰⁰ En este sentido, puede citarse el art. 5 de la Convención de Roma sobre Obligaciones Contractuales, que, después de facultar a las partes a elegir la ley aplicable establece que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3 la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual". Ver Régimen *Internacional de los Contratos*, en *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE ESPECIAL*. Feldstein de Cárdenas, S.L., Ed.Universidad, Bs.As., 2000; pág. 349/354.

semejante, “el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos” y el párrafo siguiente añade la presunción de que el “contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central”, presunción que quedará excluida, según el Artículo 4.5), “cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”.

El concepto de prestación característica, inspirado en el derecho suizo, ya ha suscitado varias controversias respecto a los contratos de cesión o licencia del derecho de autor o los derechos conexos. En principio, los contratos están destinados a organizar la explotación de las obras o las prestaciones, por tanto se tenderá a preferir, en ausencia de otro indicio, la residencia o el lugar de establecimiento de quien realiza la explotación, salvo la posibilidad de remitirse a la legislación de la residencia o el lugar de establecimiento del titular de los derechos cedidos o concedidos, si el contrato no impone la obligación de explotación al beneficiario de la cesión o la concesión.

En ese sentido, la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987, en el Artículo 122, plantea el principio de que “los contratos relativos a la propiedad intelectual se rigen por el derecho del Estado en que quien cede o concede el derecho de propiedad intelectual tiene su residencia habitual”.¹⁰¹

¹⁰¹ *Droit d'auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, París, Litec, Biblioteca de derecho de la empresa, 1990, párrafo 651 y siguientes. En ese sentido y en lo que hace a la doctrina alemana, véase Th. Dreier en *Copyright in Cyberspace*, pág. 301. *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafo 75, obra mencionada en la nota 5, más arriba. Compárese *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spöndlin, en el resumen del Informe General ante el Congreso de la ALAI en el centenario del Convenio de Berna, traducción del texto original en alemán, páginas 111 y 112.

Asimismo, podrá preferirse el indicio del “lugar de explotación”. El Artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Austria, del 15 de junio de 1978, así lo establece. En este caso, entonces, de realizarse la explotación en varios países se plantea el inconveniente de que se produzca una “fragmentación” de la explotación y por ende de la “prestación más característica” con efectos incompatibles con las necesidades de la práctica postulada. Se sugiere, entonces, la aplicación de la legislación del país de la utilización “primaria” o, en su defecto, la legislación del país de establecimiento del licenciante o del licenciataria, según el caso.

Para centrar la atención en el objeto del derecho cedido o autorización concedida, sin el cual no sería posible explotación alguna, se dirá que quien debe la prestación característica es el titular del derecho de autor o el derecho conexo.¹⁰²

Como se ha podido apreciar, todas las teorías están respaldadas por argumentos serios, no obstante el lugar de establecimiento de quien realiza la explotación se corresponde con el centro de gravedad de la relación jurídica, y es el más aceptado en todos los sistemas jurídicos¹⁰³, cómo “el derecho más conforme con la naturaleza esencial de la relación jurídica” (Savigny).

En cuanto al ámbito de la legislación que rige el contrato, la cuestión de la explotación en el derecho de autor o de los derechos conexos suscita numerosas controversias. Si bien en la práctica la legislación que rige el contrato y la

¹⁰² Compárese *Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, en *Étude de droit comparé et de droit international privé*, de M. Josselin-Gall, París, GLN Joly, 1995, párrafos 327 y siguientes, en que se sugiere la aplicación del derecho de la residencia del autor si el contrato se refiere al encargo de una obra que aún no se ha creado.

¹⁰³ En ese sentido, por lo que respecta a las redes digitales y en favor del derecho del lugar de explotación del servidor, véase *Propriété littéraire et artistique*, de P.-I. Gautier, París, PUF, Droit Fondamental, 2ª edición, 1996, pág. 227. En lo que hace al contrato celebrado entre la sociedad de gestión colectiva que representa al titular del derecho de autor o los derechos conexos, compárese *Du droit applicable dans le “village planétaire”, au titre de l'usage immatériel des oeuvres*, del mismo autor, D. 1996, Chron., pág. 131, párrafo 10, en que sugiere privilegiar el lugar de establecimiento de la sociedad si se trata de un “sistema de servicios múltiples” que propone contemporáneamente al servidor todas las autorizaciones (por ej. para una obra en multimedia), y el lugar de establecimiento del servidor si las autorizaciones están fraccionadas.

legislación aplicable al derecho coinciden en ocasiones,¹⁰⁴ esta conjunción no siempre resulta ser la norma; conviene, entonces, establecer qué concierne a cada una de ellas. No se discute que corresponde a la legislación del contrato regir las condiciones de su formación y las obligaciones personales de las partes.

Aplicada al derecho de autor esta observación significa, por ejemplo, que deberá indagarse únicamente en esa legislación para saber cómo interpretar el contrato o determinar la forma de remuneración (proporcional o de suma fija).¹⁰⁵ Sin embargo, aún existen zonas difusas, en particular la cuestión que hace a la posibilidad de cesión del derecho y no parece poder definirse fácilmente en base a la distinción clásica para los contratos relativos a los bienes corpóreos, entre los efectos reales del contrato,¹⁰⁶ que obedecen a la legislación aplicable a los bienes, y los efectos personales, que pertenecen al derecho que rige el contrato.¹⁰⁷ La lógica dicta que esa legislación no debería regir las condiciones de adquisición propias del derecho de autor¹⁰⁸ ni, con mayor razón, su contenido.¹⁰⁹ En todo caso es necesario tener en cuenta los correctivos clásicos que constituyen las normas de policía o de aplicación inmediata, así como la reserva del orden público internacional.

¹⁰⁴ En la esfera audiovisual, véase *Les droits sur les films en droit international privé*, de A. Françon, RIDA, octubre de 1972, párrafo 74, pág. 3.

¹⁰⁵ *Le droit d'auteur en France*, de H. Desbois, París, Dalloz, 3ª edición, 1978, párrafo 791bis. *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafos 81 y 82.

¹⁰⁶ En definitiva, la aplicación del criterio supondría que el límite entre la cesión y la licencia es muy nítido (véase, por ejemplo, *Droit d'auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, párrafo 673, que excluye la aplicación de la legislación relativa a los bienes para la simple “concesión del derecho de autor”), lo cual dista de ser así, pues los sistemas jurídicos cuentan con una tradición jurídica a ese respecto (Ulmer).

¹⁰⁷ E. Ulmer, párrafo 68 de la *op.cit.*, en que se añade (párrafo 69) que el derecho que rige el contrato no podrá regir la cuestión de la posibilidad de cesión, relativa a la naturaleza del derecho. En ese sentido, y en materia de patentes, véase *Juge et loi du brevet*, de M. Vivant, París Litec, 1997, pág. 297. Compárese *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, de J.-S. Bergé, párrafos 335 y siguientes, obra mencionada en la nota 3, más arriba, en que la cuestión de la “disponibilidad” del derecho se confía a la legislación aplicable al derecho.

¹⁰⁸ *Droit d'auteur et conflict de lois*, de J. Raynard, párrafo 672, obra mencionada en la nota 19, más arriba. En ese sentido, véase *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 957, obra mencionada en la nota 4, más arriba.

¹⁰⁹ J. Raynard, *op. cit.*, párrafo 677. En ese sentido, véase A. y H.-J. Lucas, *eod. loc.* Véase también *Du droit applicable dans le “village planétaire”, au titre de l'usage immatériel des oeuvres*, de P.-Y. Gautier, D 1996, chron. pág.131, párrafo 13 (“todo lo que se refiere al contenido y a la propia existencia del derecho de autor (moral y patrimonial), la fuente del contrato, entra en el ámbito de la legislación de la que surge su protección”).

En ese sentido, en Alemania se considera¹¹⁰ que la ley del contrato no puede poner en jaque las disposiciones de la Ley de Derecho de Autor de 1965, por cuanto considera al autor el débil jurídico, a través de la prohibición de conceder un derecho desconocido (Artículo 31.4), o mediante la norma que dispone que el alcance de una concesión se limita a los modos de utilización que la naturaleza y el objeto de la transacción suponen (teoría de la finalidad, art. 31.5); si la remuneración convenida es manifiestamente desproporcionada en relación con los beneficios que derivan de la utilización de la obra, mediante el derecho del autor que otorga la concesión a lograr la modificación del contrato para que le permita una participación equitativa en las ganancias, teniendo en cuenta las circunstancias (art. 36); mediante el derecho del autor a denunciar los contratos que entrañan la concesión de derechos respecto de las obras futuras no determinadas o determinadas sólo por su género (art. 40); o mediante el derecho de retiro de la concesión por ausencia de ejercicio por el beneficiario (art.41) o por el cambio de convencimiento del autor (art.42).

En sentido semejante, la doctrina argentina ha sostenido el carácter tuitivo de la reglamentación de los contratos, que conduce a descartar la doctrina irrestricta del principio de la autonomía de la voluntad, razón por la cual las normas que regulan las relaciones contractuales, como regla general, deben tener carácter obligatorio. También la ley española (art.55) establece que, salvo disposición expresa de la propia ley, serán irrenunciables los beneficios que se otorgan a los autores y a sus derecho habientes en el Título sobre Transmisión de los derechos.¹¹¹

En otros países pueden hallarse soluciones más cohesionadas, como Francia, si bien Desbois enseñaba que el orden público internacional debía imponer la aplicación de la legislación del ámbito de la jurisdicción para una cesión global de

¹¹⁰ Th. Dreier, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 302, obra mencionada en la nota 12, más arriba.

¹¹¹ Ver *Transmisión del Derecho de Autor*, en *DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS*, Lipszyc, Delia, pág. 274 y sig.

las obras futuras “incompatible con la libertad individual”¹¹², no llegaba hasta el punto de afirmar categóricamente que debía excluirse la legislación que rige el contrato en favor de todas las disposiciones protectoras del derecho francés. Por otra parte, resultaría difícil conciliar dicho postulado con el Artículo 16 del Convenio de Roma, antes mencionado, que no prevé la exclusión de la legislación designada, salvo cuando su aplicación “sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.¹¹³

9.2. La legislación aplicable a la persona. Dada la dimensión personalista que se dio tradicionalmente al derecho de autor, la legislación aplicable a la persona, entendida como la de la nacionalidad del autor, o como la de su domicilio o residencia, habría podido cosechar los favores de la jurisprudencia y la doctrina, pero no fue así. En el caso de las obras inéditas (no publicadas) se propuso la vinculación a la legislación nacional del autor, sólo “en ausencia de algo mejor”, como una consecuencia de la imposibilidad de la localización tradicional, que se realiza a partir de la publicación. Se trata de una propuesta fundada en el axioma de que los derechos patrimoniales del autor surgen a partir de la explotación, y ello impediría recurrir a los criterios ordinarios de vinculación. Además resulta difícil ponerlo en práctica para las obras en coautoría, es decir creadas por varios autores cuando éstos son resultan de diversa nacionalidad, situación que tienden a ser cada vez más frecuentes en el entorno digital.¹¹⁴ Esta solución de la legislación aplicable a la persona, no se justifica en lo que hace a los derechos conexos reconocidos a los productores y a los organismos de radiodifusión, de naturaleza exclusivamente patrimonial.

¹¹² Véase *Les contrats d'exploitation du droit de la propriété littéraire et artistique*, de M. Josselin-Gall, pág. 439, en que se sostiene, sin embargo, que la solución resultaría menos coherente si el contrato se refiriera sólo a unas obras futuras determinadas o, al menos, determinables.

¹¹³ Ver : André Lucas, GCPI/1/1998/OMPI.

¹¹⁴ En ese sentido, en lo que hace a las obras audiovisuales, véase *Les droits sur les films en droit international privé*, de A. Françon, pág. 25.

9.3. La legislación aplicable a los bienes. no goza de una aceptación popular por cuanto este criterio de vinculación surge del hecho de que las obras y las prestaciones, si bien son la base de un derecho que puede hacerse valer *erga omnes* (contra todos), no se prestan a la misma localización territorial que los bienes corpóreos,¹¹⁵ a excepción del caso particular de las obras arquitectónicas, previsto en el Artículo 5.4)c)ii) del Convenio de Berna.

En este sentido se han esgrimido posiciones que han propuesto superar esta dificultad, al reconocer abiertamente la ubicuidad de las obras, de modo tal que permita localizarlas “simultáneamente en el territorio de cada Estado”.¹¹⁶ La tesis resulta atrayente porque pone de manifiesto la fuerza irresistible de propagación de las obras, desde antes de las redes digitales. Pero resulta evidente que la legislación local no se aplicaría como una verdadera legislación relativa al bien en cada uno de los países en que se localiza la obra de esta manera ficticia, sino, más bien, como *lex loci delicti* o como *lex fori*, y ello demuestra el artificio de la presentación.¹¹⁷

9.4. La legislación de la jurisdicción. Presunción de la aplicación de *lex fori*.

El derecho de la jurisdicción o *lex fori* desempeña un papel tradicional que nadie discute, en lo que hace a las cuestiones procesales y a las medidas cautelares, que en el Acuerdo sobre los ADPIC¹¹⁸ se denominan los medios de “observancia de los derechos de propiedad intelectual” a los que se dedican disposiciones muy detalladas. La cuestión consiste en saber si se trata de la legislación prevista en el Artículo 5.2) del Convenio de Berna con la expresión “legislación del país en que se reclama la protección”. La opinión dominante es que la expresión “país en que se

¹¹⁵ *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer. *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spoendlin, pág. 109.

¹¹⁶ *Droit d'auteur et conflits de lois*, de J. Raynard, párrafo 455.

¹¹⁷ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 975.

¹¹⁸ PARTE III- OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Arts. 41 al 61.

reclama la protección” debe entenderse en un sentido mas amplio de “país para el que se reclama la protección”.¹¹⁹

Pero debe admitirse que podría interpretarse, al menos implícitamente, que el Artículo 5.2 designa la *lex fori*. La afirmación presente en el texto según la cual la legislación del país en que se reclama la protección deberá regir los “medios procesales acordados al autor”, es determinar si se escoge una acepción restrictiva de la expresión “medios procesales”, y si fuera así, puede llevar a pensar que, de esa manera, se designa la *lex fori*. Finalmente se basa en la conjunción entre las dos localizaciones, la del autor que acciona ante el tribunal del país en que se vulneró su derecho, y que inspiró la expresión del Convenio de Berna en cuanto a la “la extensión de la protección” y “los medios procesales”.¹²⁰

Posición sostenida por la Prof. Jane Ginburg, es que actualmente la cantidad de países miembros del Convenio de Berna, del Acuerdo sobre los ADPIT y los WCT/WPPT, es muy elevada, por lo tanto las legislaciones nacionales de esos países conforman, al menos formalmente, los estándares mínimos de protección alcanzados en los mismos, que no es poco. En tal sentido, la solución más razonable pareciera ser la de respetar el principio de la territorialidad, consistente en la aplicación de *lex fori* (cuando la jurisdicción es la de algún país miembro de los acuerdos antes mencionados), con sujeción a la prueba de las divergencias territoriales específicas, es, que decir la carga de probar lo contraria recaería en la parte contraria.¹²¹ Esta interpretación guarda coherencia tanto con el art. 5.2) del Convenio de Berna (“el país en que se reclama la protección”), como con la *lex loci*

¹¹⁹ En derecho común, véase “*London Film Productions contra Intercontinental Communications*”, 589 F. Supp. 47 (S.D.N.Y 1984), en que se distingue netamente entre la legislación de la jurisdicción (norteamericana) y la del país de la protección. También véase *Les conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, de H. Desbois y A. Kéréver, párrafo 137. *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafo 175. *La protection internationale de l’auteur*, de K. Spoendlin, *eod. loc.*. *International Copyright: an introduction in International Copyright Law and Practice*, de P. E. Geller, compilado por P. E. Geller, Nueva York, Matthew Bender, actualización de 1998, INT-41. En derecho común, véase también *London Film Productions contra Intercontinental Communications*, 589 F. Supp. 47 (S.D.N.Y 1984), en que se distingue netamente entre la legislación de la jurisdicción (norteamericana) y la del país de la protección.

¹²⁰ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A. y H.-J. Lucas, párrafo 1072. Op. *supra* mencionada.

¹²¹ WIPO/GCPIC/2/1999, pág. 47/48.

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, considerando los fundamentos de la competencia judicial, el ámbito de la jurisdicción será también el lugar del inicio del daño o bien el lugar en que se producen sus efectos.

A su vez el Prof. André Lucas, estima que en cuanto a la conjunción de hecho entre la legislación de la jurisdicción y la del país de la protección, no es ineluctable en absoluto. Entonces la aplicación de la legislación de la jurisdicción pierde su justificación. Sin duda, facilitará la tarea del tribunal, pero surge de un concepto estrecho de territorialidad que no resulta admisible en la era de las redes digitales.

122

9.5. La legislación del país de la protección. Como se ha expresado, el Artículo 5.2 del Convenio de Berna designa la legislación del país de la protección, en el sentido del país para el cual se reclama la protección. La determinación de la legislación aplicable depende en definitiva de una localización territorial. El fundamento pierde vigor si se prevé una territorialidad estricta según la cual el tribunal que entiende en la causa nunca podrá aplicar una legislación extranjera.

La teoría de la aplicación de la legislación del “país de protección” a la totalidad del derecho no generaría tanta inseguridad como se ha dicho. La teoría de los derechos adquiridos que algunos autores invocaron expresamente en el pasado para justificar la solución de la legislación del país de origen (Pillet y Niboyet)¹²³, no impone la elección de la legislación aplicable. Por cierto, no podrán aplicarse las soluciones previstas en materia de “conflictos sobre bienes muebles” para el caso en que esos bienes inmateriales traspasen las fronteras, pues no existe un

¹²² OMPI/GCPIC/1/1998, pág. 12. Ver también *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, pág. 289, Op. *supra* mencionada.

¹²³ A. Pillet (*Principes de droit international privé*, edición Pedone et Alliet); J.-P. Niboyet (*Traité de droit international privé français*, de París, Sirey).

desplazamiento propiamente dicho;¹²⁴ excepto que se trate de mercancía tales como libros, vídeos, CDs, DVDs, etc.

Sin embargo, aparentemente podría seguirse la misma lógica para reconocer en un país determinado los efectos de una cesión producida en otro, incluida la primera cesión autorizada por el autor, y aun los efectos de una atribución del derecho establecida por la legislación.¹²⁵ Aunque no se discute el papel que desempeña esta regla. La controversia se orienta al alcance de la misma en relación a la titularidad o existencia del derecho, en cuanto a si deben someterse a la legislación del país de origen.

9.6. El país de origen. *Lex originis* y la publicación digital como punto de conexión. La persona por ocupar un lugar en el espacio, se encuentra siempre vinculada con la legislación que allí rige. En el campo de las relaciones jurídicas internacionales la seguridad ligada a la estabilidad de la vinculación, constituye una ventaja innegable en el sistema de solución de conflictos de legislación, cuando el país de origen puede ser identificado fácilmente. Pero este sistema tradicional de solución, ¿pero contará con el mismo consenso en Internet?

El domicilio y la nacionalidad son los puntos de conexión más antiguos utilizados para atribuir la “ley aplicable” y la “jurisdicción competente”. Vinculados a la cuestión de la personalidad del derecho y derivados de la antigua noción del *origo* y el *domicilium* del Derecho Romano, el *domicilium* determinada la jurisdicción competente (*forum domicilii*), aunque también podía demandarse ante el *forum originis*, pero en cuanto a la ley aplicable, el conflicto siempre resultaba sometido al “derecho de la ciudad”, por el carácter más fuerte, antiguo e importante del vínculo, en relación al derivado del domicilio; y, así, resultaba siempre elegido en razón de

¹²⁴ *La protection internationale de l'auteur*, de K. Spöndlin, pág. 109, obra mencionada en la nota 19, más arriba.

¹²⁵ *La propriété intellectuelle et le droit international privé*, de E. Ulmer, párrafos 57 y 58, K. Spöndlin, *op. cit.*, páginas 108 y 109. *Op. supra* mencionadas.

la certeza y ecuanimidad que confería a la solución, por la pertenencia natural del individuo.¹²⁶

En el ámbito del derecho convencional, consecuente con la evolución del DIPr y los aportes fundamentales de Savigny y Mancini¹²⁷, el Convenio de Berna –que produjo un efecto armonizador en las legislaciones nacionales extraordinario– atribuyó competencia a “la legislación del país de origen de la obra”, entendida como la legislación del país de la primera publicación.¹²⁸

La importancia de determinar el alcance del concepto “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 “país de origen”, que resulta pertinente a varias cuestiones relativas a la protección internacional de las obras (contenidos protegidos por el Derecho de Autor).

El impacto de la publicación en Internet sobre la caracterización clásica del “país de origen” del Convenio de Berna es particularmente importante en dos aspectos, en cuanto a la : a) obra nacional (local); y a la b) duración de la protección.

El Convenio no protege explícitamente a las “obras nacionales” y exime a los Estados miembros de la Unión de dispensarla para las obras locales (Artículos 5.1 y 5.3). La protección convencional conferida es sólo para la “obra extranjera”, a quienes los Estados miembros de la Unión deberán conceder acorde con el nivel mínimo obligatorio prescrito en el Convenio. En el entorno digital, es probable que como la publicación es universal y simultánea pueda considerarse a la obra o

¹²⁶ Ver *Derecho Internacional Civil - La Personalidad del derecho* en *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE ESPECIAL*, S.L.Feldstein de Cárdenas, Ed. Universidad, Bs., As., 2000, págs. 27/49.

¹²⁷ Ver *La Extraterritorialidad del Derecho*, en *Lecciones de DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Parte General*, Biocca, Cárdenas, Basz, Ed. Universidad, Bs., As., 2003, págs.119/130.

¹²⁸ Art. 2.7 (obras de arte aplicadas), art. 7.8 (principio de comparación de los plazos), art. 14bis.2..c. (la forma del compromiso asumido por los autores en beneficio del productor de una obra cinematográfica), art. 14ter.2. (*droit de suite*).

material protegido, como “obra nacional” en cada uno de los Estados miembros de la Unión de Berna. Y, paradójicamente, esto podría interpretarse, en virtud de la letra del propio convenio, que establece una protección mínima obligatoria (el “mínimo convencional obligatorio”) sólo para la “obra extranjera”, podría resultar inaplicable en todos los casos, pues desde la óptica de una calificación convencional la obra “publicada en Internet”, no sería “obra extranjera”.¹²⁹

A su vez el art. 5.4. a) del Convenio, dispone en el caso de primera publicación en varios países simultáneamente, se considerará “país de origen” el que admita un plazo de protección más corto; y remite al principio de reciprocidad del 7.8) y la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen, y tendríamos el problema de la paliación del plazo más breve para toda la obra.

Es obvio que estas circunstancias merecen considerar el concepto de “publicación” en Internet un poco más detenidamente, y sobre el particular se han ensayado numerosas hipótesis. Se sugiere que el “país de la primera publicación” sea el país del servidor desde donde el autor cargo la obra, pero éste podría ser cualquiera, pues el autor podría cargar la obra desde un ordenador equipado con un módem, en cualquier lugar del mundo, es decir, que resultar contingente. Segundo, la obra no estará disponible al público hasta tanto no llegue a su lugar de residencia en el en el sitio web al que los miembros del público accederán a la obra. Tercero, el país de origen según la primera publicación, sería aquel en el cual la obra pasó a estar a disposición de los miembros del público por primera vez, es decir, el país en que se localiza el sitio Web mediante el cual los miembros del público (dondequiera que estén) han tenido acceso a la obra.

Se plantea el carácter aleatorio que puede tener publicación digital en relación a la edición tradicional, en que los autores y editores organizaban conscientemente la explotación en un centro de operaciones localizable geográficamente. En cambio,

¹²⁹ Jane C.Ginsburg, *Aspectos de Derecho Internacional Privado de la Protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales*, WIPO/ GCPIC/2/ 30 de noviembre de 1999, pág. 7.

en Internet el servidor que acoge el sitio Web podría resultar indiferente para el autor, y el usuario de la red que carga o descarga la obra es posible que ni siquiera conozca la ubicación del sitio Web o la del servidor anfitrión. Entonces si las condiciones de publicación son las mismas, la ubicación geográfica del operador del sitio Web, la relación del país con la publicación parecería no tener mayor significación.

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

Más allá del DIPr y de la problemática de los conflictos jurisdiccionales sub-exámine, no debemos soslayar que el concepto tradicional de edición y publicación, *strictu sensu*, aplicado a las denominadas “ediciones electrónicas”, no sólo constituyen una nueva forma de explotación inmaterial o extraña al concepto de distribución de ejemplares que caracterizaba el concepto tradicional de publicación y de edición, vinculado a la copia y al origen mismo del derecho de autor; sino una nueva reformulación de las nociones mismas de edición y publicación, que desde el punto de vista contractual ya no suponen, en rigor, entregas de bienes o productos, sino prestaciones de servicios en línea, “servicios de la sociedad de la información”, con regulación propia al menos en el ámbito de UE y los EE.UU.¹³⁰, a los cuales nos hemos referido en los puntos 3) y 4).¹³¹

¹³⁰ La Sección 101 del U.S Code, identifica básicamente la noción de publicación con la de distribución de copias en ejemplares de la obra prevista en la Sección 106 (3), apuntando expresamente que la comunicación pública de una obra no constituye por sí una publicación. La digital Millennium Copyright Act, de octubre de 1998 incorporó los Tratados de la OMPI de 1996 (WCT y WPPT), en virtud de los cuales la transmisión en línea configuran acto de comunicación al público.

¹³¹ *Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual*, Fernando Carbajo Cascón, Ed. COLEX, pág. 325/335.

La “legislación del país de origen” como el de “la primera publicación” , plantea un primer interrogante: ¿ implica esta norma indirecta ir más allá y remitir también a ella la existencia o la titularidad del derecho? Si se trata de la titularidad, el Artículo 14bis.2.a ofrece una respuesta negativa, al prever que “la determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame”. Difícil resultaría entonces conciliarla con el Artículo 5.2, resultando forzada -en esta opinión- la interpretación de que la expresión “alcance de la protección” prevé únicamente las consecuencias de la violación del derecho exclusivo, y menos aún en el sentido teleológico del Artículo, el que no obstante la redacción, denota una clara intención de haber formulado una norma general de conflicto.¹³²

¹³² *Traité de la propriété littéraire et artistique*, de A y H.-J. Lucas, párrafo 1068, citado por A.Lucas en GCPIC/1/OMPI/1998.

Algunas legislaciones nacionales ratifican la tesis que sostiene que la legislación del país de protección regirá por principio la totalidad de las cuestiones relativas al derecho, como por ejemplo la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987 (Artículo 110.1 “los derechos de propiedad intelectual quedan regidos por la legislación del Estado para el que se reivindica la protección de la propiedad intelectual”); la Ley de Austria, del 15 de junio de 1978 (Artículo 34 “la legislación del Estado en que se realiza un acto de explotación o violación”); la Ley italiana del 31 de mayo de 1995, (Artículo 54 “la legislación del Estado en que se utiliza la obra”); La Ley del Reino Unido de 1995, en comparación con la presunción en favor de la legislación del país de la protección que figura en la Artículo L311-7 del Código de la Propiedad Intelectual de Francia cuya redacción surge de la Ley del 3 de enero de 1995 y prevé que los autores que están facultados a reclamar una remuneración por copia privada son sólo “los autores a los efectos del presente Código”¹³³; imponiendo el concepto francés de la condición de autor a una cuestión ajena al derecho moral. Así también en la jurisprudencia y doctrina.¹³⁴

¹³³ Ver Cita Nº 55 del Profesor André Lucas en *Aspectos de Derechos Internacional Privado de la Protección de Obras y Objetos de Derechos Conexos transmitidos por la Redes Mundiales*, en OMPI/ GCPIC/1/ 1998, pág. 14.

¹³⁴ Citas Nº 56 y 57 del Profesor André Lucas, en la obra antes señalada, “por ejemplo, en Alemania, BGH 2 de octubre de 1997, *Spielbankaffaire: GRUR Int.* 1998, 427; en lo que hace a Francia, véase CA Paris, 13 de junio de 1985: *RDP ind.*, núm. 2, pág. 116. *TGI Paris* 3^e ch., 23 de mayo de 1990: *RIDA de octubre de 1990*, párrafo 146, pág. 325. Véase también *Aldon Accessories Ltd. contra Spiegel Inc.*, 738 F. 2d 548 (2d Cir.), cert. denied, 469 US 982 (1984); *Syema Photo News Inc. contra Globe Int’l. Inc.*, 616 F. Supp.1153 (S.D.N.Y.1985), en que se aplica la legislación norteamericana a la titularidad de los derechos, citados por J. Ginsburg en *Copyright in Cyberspace*, en la pág. 325, véase la nota 12, más arriba. Compárese, en Francia, *Cass. 1^{re} civ.*, 28 de mayo de 1991, *Huston: JCP* 1991, II, 21731, nota de A. Françon, en lo relativo a la aplicación imperativa de la legislación sobre el derecho moral”. “*La propriété intellectuelle et le droit international privé* de E. Ulmer párrafos 15 y 51 y siguientes, obra mencionada en la nota 5, más arriba, y *La protection internationale de l’auteur*, de K. Spoendlin, páginas 106 y siguientes, obra mencionada en la nota 19, más arriba. *Rapport international allemand*, de Th. Dreier, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 300, obra mencionada en la nota 12, más arriba- *Le droit d’auteur, du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, pág. 511, obra mencionada en la nota 27, más arriba. *Internet, le droit d’auteur et le droit international privé*, de F. Dessemontet, páginas 289 y 290, obra mencionada en la nota 41, más arriba. *Uhreberrecht Kommentar*, de P. Katzemberger, compilado por G. Schicker, Munich, C.H. Beck, segunda edición, de próxima publicación en 1999, Vor §§ 120 ff., párrafo 129”.

Esta posición es resistida y en tal sentido se esgrime que para las consecuencias derivadas de la violación del derecho, debería aplicarse la “legislación del país de origen” a los fines de dilucidar los aspectos de la titularidad y existencia del derecho, por aquello antes mencionado, de la certeza que confiere la *Lex originis*, de vínculos más fuertes y menos manipulables, de pertenencia natural del individuo, la “ley natural”. Este criterio fue receptado en la Ley de Derecho de Autor de Grecia, de 1993, en el Artículo 67: “el derecho de autor sobre las obras publicadas se registrará por el derecho del Estado en que la obra se haya puesto lícitamente a disposición del público por primera vez”, y la ley aplicable, según este principio, rige también “la definición del sujeto de derecho, de su objeto, de su contenido, de su duración y las restricciones relativas a ellos”.

Un sector importante de la doctrina actual¹³⁵ adhiere a la tendencia de remitir a la legislación del país de origen la titularidad, solución incorporada en algunas legislaciones de última generación como la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU., en el Artículo 104, resultante de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC.¹³⁶ También la jurisprudencia ha recogido este criterio, por ej. en Francia, en el dictamen denominado de la Cortina de hierro¹³⁷ que aplicó la legislación francesa a las violaciones cometidas en Francia contra las obras musicales compuestas por autores rusos, puesto que éstos gozaban de un derecho exclusivo sobre esas obras, en la legislación del país de origen. Sin duda, que para los conflictos de legislación suscitados en el entorno analógico, la solución de la legislación del país de origen, resulta la más lógica, porque garantiza la identificación del titular del derecho con mayor facilidad, asegurando la solución definitiva de la cuestión antes de que la obra traspase las fronteras. Y por lo tanto debería extenderse a todos los aspectos reseñados: titularidad, existencia y duración del derecho.

¹³⁵ J. Ginsburg, Battifol y Lagarde, Koumantos, Bergé, Kéréver, Frémont, Ducasse, Pollaud-Dulian, Seignette.

¹³⁶ Sobre cuyo alcance se ha expresado la Jane Ginsburg. *The private international law of copyright in an era of technological change*, de J. Ginsburg, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1998, pág. 108.

¹³⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 de diciembre de 1959: D. 1960, pág. 93, nota de G. Holleaux.

Pero en el entorno digital, esta solución puede no resultar satisfactoria. Remitirse a la publicación en el sentido del Artículo 3.3. del Convenio de Berna, es decir la “la fabricación de ejemplares en una cantidad suficiente como para satisfacer razonablemente las necesidades del público”, implica atribuir un rol primordial al acto de publicación, en desmedro de la comunicación pública, desde la óptica del conflicto de legislaciones.

La “legislación del lugar de origen” del derecho de autor se identifica con el lugar donde se inició la explotación, donde adquirió el carácter de “publicada” en los términos del art. 3.3 del Convenio de Berna, es decir, donde fue publicada por primera vez. Si consideramos la dimensión social atribuida al lugar en que la obra “se encontró por primera vez con el público” (en la expresión de Bergé), resulta absolutamente incoherente desconocer la importancia esencial de la comunicación pública en el entorno digital. Ateniéndonos al concepto de publicación (existencia de ejemplares tangibles) del Convenio de Berna, la “puesta a disposición del público” y la “distribución” no significan publicación, en tanto no constituyen una “fabricación de ejemplares” en el sentido material apuntado.

Una obra difundida por primera vez en Internet, no ha sido “publicada” técnicamente, entonces continuaría siendo “inérita”? ¿aunque circule por todo el mundo y cualquiera pueda reproducirla? Esto no es lógico y definitivamente impide determinar el “país de origen” excluyéndolo como punto de conexión.

Sin duda, es necesario ampliar la definición convencional, para incluir dentro del concepto del art. 3.3) la difusión en la redes globales y uniformar el criterio, como lo hizo el Convenio de Berna en entorno analógico con tanto éxito. Su efecto armonizador en las legislaciones nacionales durante el siglo XX es indiscutido. No obstante debería poder localizarse con certeza esa difusión, orientándose a algunas de las alternativas ya examinadas, como el lugar donde se cargó la obra,

que podría resultar susceptible de manipulación, el del domicilio del operador del sitio Web, o el lugar de establecimiento del operador encargado del sitio Web.

Sin embargo, Internet no es una red estructurada y es más difícil localizar a los operadores menores, que encontrar la sede social del productor de la obra cinematográfica a partir del cual podrá determinarse el país de origen de la obra, por aplicación del Artículo 5.4) del Convenio de Berna. Si se deja en manos del tribunal la determinación del país de origen “teniendo en cuenta las circunstancias del caso” se excluiría toda posibilidad de previsión. También se podría considerar el domicilio o la residencia del autor, pero no sería aplicable al caso de la multiplicidad de autores domiciliados en distintas jurisdicciones.

Por otra parte, la aplicación de la legislación del país de origen en Internet suscita otras objeciones, como la inconveniencia de su aplicación a la totalidad de la cuestión (al contenido del derecho, incluida las excepciones) con la única reserva de las sanciones, tesis adoptada por la Ley de Derecho de Autor de Grecia de 1993. Pero no podría ser esgrimida ante la violación del derecho de autor en un territorio que lo considere de manera diferente a la del país de origen, en cuyo caso no se le podría imponer a un tribunal en materia penal.

La titularidad del derecho es inseparable de su existencia y contenido, por lo tanto sería incoherente en un sistema de protección basado en el autor como una persona física, que se aplicara a una persona jurídica cuando la legislación extranjera lo designara como autor. Esta particularidad del derecho moral, inescindible de los derechos patrimoniales no podría someterse a legislaciones diferentes, sin producir el desmembramiento del derecho, al menos en los países que siguen la tradición jurídica personalista del *Droit d'Auteur*. En el entorno digital, atribuir un protagonismo a la legislación del país de origen recurriendo al postulado de que la elección del “lugar de primera publicación” traduce la voluntad del autor de “naturalizar” su obra, parece el enfoque materialista superado.

Publicar una obra por primera vez en un país y un idioma determinados puede interpretarse como la voluntad de crear un vínculo con ese país, donde se produjo el encuentro con los miembros del público. Pero en Internet éstos son completamente indiferenciados y es obvio que el significado de “público” no será igual que el que tuvo en el entorno analógico.

Para establecer el país de origen, la mejor conexión pareciera ser la del país que mantiene la relación más estrecha con el acto de puesta a disposición del público de la obra. Ante la disyuntiva, será:

- a) el país de residencia del autor, o en caso de varios autores, aquel en que residen la mayoría de los coautores. Este criterio es el del art. 5.4 del Convenio de Berna (texto 1971) que ofrece como punto de conexión sólo el país del que el autor es nacional, pero la realidad indica que en mundo digital la residencia del autor podría ofrecer,
- b) un punto de conexión que guarda una relación más estrecha con la del lugar de explotación de la obra,¹³⁸
- c) el país de residencia o el lugar de establecimiento del operador o del autor, vinculación que contradice abiertamente la dimensión personalista del derecho de autor, si resulta el del operador.

La tesis según la cual la legislación del país de origen rige la existencia y la titularidad del derecho formaba parte del criterio de la “doble protección”, que se mantuvo mucho tiempo en el Convenio de Berna y sirvió, en el pasado, para ejercer una presión sobre los Estados y convencerlos de que elevaran el nivel de la protección, que como se apuntó, dió buen resultado y actualmente carece de sentido mantenerla, ya resulta una “reciprocidad” que se nutre de un cierto proteccionismo y que deviene perjudicial para los autores.

¹³⁸ Jane Ginsburg, *Aspectos de Derecho Internacional Privado de la Protección de ñlas obras y objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales*, WIPO/GCPIC/2/1999. Pág. 6.

9.7. Elección del derecho: la infracción. *Lex loci protectionis* o *lex loci delicti*?

El derecho de Autor es un derecho exclusivo, es decir, esencialmente una facultad de autorizar o prohibir. Y existe desde antes de que se produzca cualquier violación y es preciso saber desde el inicio qué legislación lo regirá, sin necesidad de esperar a que se lo viole. En este sentido “la legislación del país de la protección” como punto de vinculación, permite precisamente disipar ese equívoco. No se trata sólo de la legislación aplicable a la acción por responsabilidad civil como consecuencia de la violación, sino de la legislación aplicable a toda las explotaciones posibles, que el derecho permita, aunque, en la práctica las dificultades se suscitarán con el “prohibir”, más que con el “autorizar” regulado en las licencias, y por tanto desplazado al ámbito de la autonomía de la voluntad.

Al considerar las 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 estrecha 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 relación más estrecha con el daño serán los países cuyos mercados se vean obstaculizados por las comunicaciones digitales autorizadas.

Esta concepción conduce a la aplicación de las legislaciones de los países de recepción, talvez moderada por una presunción sobre similitud de su contenido con el derecho de auto sustantivo de la jurisdicción. En cambio, si se considera que el país que guarda el vínculo más estrecho 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 o 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 “puesto franco del derecho de autor”.¹³⁹

La legislación del país de la protección presenta varias ventajas. Es más lógico aplicar la misma legislación a todas las violaciones que se sufren en un mismo país. Igualmente, es más sencillo, en la práctica, cuando esa legislación es la del ámbito de la jurisdicción como ocurre con frecuencia. La objeción principal que se opone a esta tesis, es que se reduce a la *lex loci delicti*.

Pero en ámbito digital tiene una conveniencia práctica indiscutible, y es dable esperar una solución a nivel convencional acerca de qué legislación deberá regir la titularidad de los derechos relativos a las obras y las prestaciones difundidas por Internet, para no dejar a los actores en la incertidumbre, dada la asimetría existente en esta cuestión es tentador generalizar la tesis que remite la totalidad del derecho a la legislación del país de la protección.

10. La competencia jurisdiccional.

Cabe recordar, retornando a los orígenes antes reseñados en cuanto al domicilio y nacionalidad, que el *origo* determinaba la ley aplicable, por la íntima relación entre la persona y su ciudad (*urbs*) suponiendo la sujeción natural a la ley del lugar, “derecho de ciudad” o *lex originis*, no voluntaria e indeclinable. Mientras que el *domicilium*, integrado por el *factum* y el *animus*, señalaba la expresión de la voluntad individual en cuanto al lugar de residencia, y por tanto era mutable. Por razones de índole práctica, aún vigentes, el *domicilium* determinada la jurisdicción competente (*forum domicilii*), aunque también podía demandarse ante el *forum originis*, pero en cuanto a la ley aplicable, el conflicto era se sometido al “derecho de la ciudad”, que creaba un vínculo más fuerte, antiguo e importante que el

¹³⁹ J.Ginsburg. Op. citada, pág. 48.

derivado del domicilio; elegido en razón de la certeza y ecuanimidad, por ser la de pertenencia natural del individuo.¹⁴⁰

Un ejemplo que ilustra acerca del tema de la “jurisdicción competente” en el entorno digital, es la difusión en Internet de unas películas de Buster Keaton en versión coloreada, que generó un conflicto jurisdiccional por los Estados Unidos de América, Alemania y Francia. Los films formaban parte del dominio público en los Estados Unidos, pero aún estaban protegidos en Alemania, no así en Francia (el ejemplo no tiene en cuenta la prolongación de la duración de la protección que resultante de la Ley del 27 de marzo de 1997), pero la difusión en una versión coloreada se consideraba allí como una violación del derecho moral, que es imprescriptible.¹⁴¹

La puesta a disposición de las obras y prestaciones en el entorno digital presupone, en el estado de la técnica, una fijación previa que constituye indiscutiblemente un acto de reproducción, susceptible de localización, como cualquier otra fabricación de ejemplares. Sin embargo, esa calificación se presta al debate en lo que hace a las fijaciones transitorias que intervienen en el transcurso del procedimiento de transmisión digital, una controversia que trasciende al derecho internacional privado.

El punto de conexión, es, técnicamente el medio jurídico de los que se sirve la norma indirecta o de conflicto, para indicar el ordenamiento jurídico del que habrá de desprenderse la solución¹⁴². El Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado entre los Estados de la Comunidad Europea,

¹⁴⁰ Ver *Derecho Internacional Civil - La Personalidad del derecho* en *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE ESPECIAL*, S.L.Feldstein de Cárdenas, Ed. Universidad, Bs., As., 2000, págs. 27/49.

¹⁴¹ Ejemplo propuesto por P.E. Galler en *Conflicts of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally networked World*, en *The Future of Copyright in a Digital Environment* compilado por P.B. Hugenholtz, Kluwer, 1996, páginas 27 a 48, en la página 27. Citado por el Prof. A.Lucas en OMPI/GCPIC/1/1998, pág. 20.

¹⁴² *Las Normas del Derecho Internacional Privado*, Biocca, Cárdenas, Basz, de la op. citada. Pág.55/71.

cuyo ámbito de aplicación el Convenio de Lugano del 16 de septiembre de 1988 ha extendido a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio, y que es de aplicación en materia de propiedad intelectual, con reserva de las normas especiales de competencia sancionadas “en materia de inscripción o de validez de patentes, marcas, diseños y modelos y de otros derechos análogos que requieran depósito o registro”, (art. 16.4); propone un sistema de conexión de tipo alternativo, no acumulativo, dejando librado al damnificado la posibilidad de escoger entre las siguientes jurisdicciones:

- a) La del Estado del domicilio o del establecimiento del demandado, para la competencia general (Artículo 2); y
- b) La del tribunal del lugar en que “se haya producido el daño”, para la competencia en materia delictual o cuasidelictual (Artículo 5.3)

El Artículo 5.3 no ofrece precisiones sobre qué debe entenderse por “lugar en que se haya producido el daño”, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el dictamen *Minas de potasio de Alsacia*¹⁴³, ofreció al damnificado la posibilidad de escoger entre el lugar del acontecimiento causal o hecho generador y el lugar en que se produjo el daño. No se precisó cómo se aplicaría la norma en caso de una multiplicidad de daños en países diferentes.

La incertidumbre se planteó nuevamente en la causa *Fiona Shevill*¹⁴⁴, en que el Tribunal estableció que, en caso de difamación mediante un artículo de la prensa difundido en varios Estados contratantes, deberá interpretarse la expresión “lugar en que se produjo el daño” en el sentido de que “el damnificado podrá entablar contra el editor una acción por reparación, tanto ante las jurisdicciones del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para atribuir la reparación por la totalidad de los daños resultantes de la difamación, como ante las jurisdicciones de cada Estado contratante en que se

¹⁴³ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 30 de noviembre de 1976: Rec. CJCE, pág. 1735.

¹⁴⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 7 de marzo de 1995: D. 1996, pág. 61, nota de G. Parléani.

hubiese difundido la publicación y en que el damnificado sostiene haber sufrido un perjuicio a su reputación, competentes para entender sólo en los daños causados en el Estado de la jurisdicción en cuestión”.

El Tribunal de Apelación de Francia se pronunció en el mismo sentido en una acción entablada para obtener la indemnización por un perjuicio surgido de una falsificación en materia de derecho de autor. El Tribunal de Apelación de París había dictaminado que la acción de los autores contra el editor inglés no podía prosperar, pues tendía a obtener la reparación de los daños y perjuicios producidos en Francia por la falsificación y había dispuesto que recurrieran ante las jurisdicciones inglesas para obtener la reparación de la “totalidad” de los daños y perjuicios.

La respuesta del Tribunal de Apelación, ante la posible privación al damnificado del beneficio de la opción de competencia que permite el Artículo 5.3 del Convenio de Bruselas, estableció que en materia de falsificación, esa opción “deberá interpretarse en el sentido de que el damnificado podrá entablar la acción por indemnización tanto ante la jurisdicción del Estado del lugar de establecimiento del autor de la falsificación, con competencia para reparar la totalidad del perjuicio resultante, como ante la jurisdicción del Estado contratante en que el objeto de la falsificación se difunde, con competencia para conocer únicamente en los daños sufridos en ese Estado.”¹⁴⁵

Es razonable prevenir una competencia universal de la jurisdicción cuando un solo hecho generador pudiera producir sus efectos en muchos países, situación inevitable en Internet por la ubicuidad de los contenidos protegidos, sin sacrificar con ello la pretensión del damnificado de obtener a través de una sola acción la reparación total del perjuicio. Para ello el actor damnificado deberá seleccionar a los fines de la competencia, la jurisdicción del hecho generador, que en la práctica será equivalente a la competencia de la jurisdicción del demandado (Art. 2 del Convenio),

¹⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 16 de julio de 1997, *Wegmann*: JDI 1998, pág. 136, observación de A. Huet.

en el caso expuesto, éste se localizaría en el lugar de establecimiento del editor responsable de la difamación o la falsificación.

La solución permite al demandado incoar la acción en un tribunal de cualquier país, en virtud de la globalización del medio (digital), concluyéndose que si desea obtener en una vez la reparación total del perjuicio, deberá promover la acción en la jurisdicción del hecho generador.

Si bien ése no es necesariamente el objetivo central deseado, permite, no obstante reducir las tasas y evitar el problema a veces delicado de individualizar el perjuicio en cada país. Se ha observado justamente que la concentración de las competencias, conveniente en materia patrimonial, no lo es tanto en el campo de las violaciones a la personalidad, en que “para el interesado, el hecho de obtener una decisión de fondo en cada uno de los países en que estima haber sufrido una violación de su derecho, constituye una reparación más adecuada que la obtención de una decisión única en un país determinado” y que, de todos modos, será necesario plantear la cuestión ante las distintas jurisdicciones, si se pretende obtener medidas judiciales de incautación, destrucción de ejemplares, etc.¹⁴⁶

La competencia se limitará al daño sufrido en su territorio, cuando la jurisdicción no sea la del país del establecimiento del “autor de la falsificación”, suponiendo que “se identifiquen precisamente las conexiones individuales con el servidor” y que lo permitirían perfectamente las técnicas de identificación de obras actualmente existentes.

Esta fórmula del Tribunal de Apelación francés¹⁴⁷, se refiere únicamente a quien tomó la iniciativa de la reproducción o la comunicación ilícita. Solución que podría extenderse a todos aquellos considerados *prima facie* responsables de la puesta a disposición del público de las obras o prestaciones objeto de la falsificación,

¹⁴⁶ *Droit international privé*, de B. Audit, París, Económica, 2ª edición, 1997 párrafo 621.

¹⁴⁷ 1^{re} civ., 16 de julio de 1997, antes mencionada.

incluidos los prestadores de acceso, dentro de los límites del perjuicio causado. La observación resulta importante porque, en la práctica, la víctima de la falsificación, que no siempre cuenta con la posibilidad práctica de accionar ante el tribunal del lugar de establecimiento del servidor, podría localizar a cualquier otro responsable en el país de recepción.¹⁴⁸ Esta jurisprudencia interpreta la cuestión puramente indemnizatoria, restando aún considerar la obtención del cese de la violación.

En materia procesal y en cuanto a medidas provisionales o conservatorias, nos tropezamos con la fragmentación de los procedimientos. Qué medidas podrá adoptar a este respecto cada una de las jurisdicciones competentes?. Descontando la jurisdicción del lugar de establecimiento del servidor que sin dudas podrá prohibir la puesta a disposición del público, las demás jurisdicciones de los distintos países en que tuvo lugar la difusión deberían poder ordenar unas prohibiciones limitadas a su territorio. Sin embargo, no es seguro que una restricción de esa índole siempre pueda ponerse en práctica, desde el punto de vista técnico. En 1996, en los Estados Unidos de América, un juez ordenó al servidor italiano que prohíba el acceso al sitio desde los EE.UU. o, en su defecto, que “desconecte” completamente el sitio, en la causa Playboy contra Chuckleberry.¹⁴⁹ En cualquier caso, para el damnificado, esa restricción limita el interés de la opción que se le ofrece.

Un informe oficial francés propuso corregir estos efectos negativos, al permitirles a los damnificados “accionar ante un tribunal distinto de aquel del lugar de emisión, que se consideraría competente para reparar la totalidad del perjuicio sufrido en el mundo entero”. Este tribunal sería “el que presente los vínculos más estrechos con el perjuicio”, y se plantea una presunción en favor de aquel del lugar de residencia habitual del damnificado (para una persona física) o el lugar principal de establecimiento (para una persona moral); dicha presunción sería simple y podría

¹⁴⁸ *Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia*, de A. Strowel y J.-P. Triaille, párrafo 509, nota 123, mencionado anteriormente en la nota 27).

¹⁴⁹ S.D.N.Y. 1996, 939 F. Supp. 1032.

refutarse en función de las “circunstancias particulares”, especialmente “si la parte más significativa del perjuicio se sufrió en un solo país”.¹⁵⁰ Esta propuesta, morigerada el rechazo del principio del *forum actoris* (Artículo 3 del Convenio de Bruselas), y unifica las opiniones que estiman que para las violaciones a la intimidad cometidas mediante la prensa y materia de derecho de autor, deberá reconocerse competente el tribunal del domicilio del damnificado “en cuanto lugar de comisión de delito en su conjunto”. Resuelve la preocupación relativa a la seguridad del damnificado, pero no soluciona la relativa a una “buena administración de la justicia”.

Este concepto fue receptado en la Directiva sobre el derecho de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información, y en la última negociación del Convenio de Bruselas, por lo que en la Unión Europea “el país que mantiene los vínculos más estrechos con el perjuicio” es el país de emisión, entendido como el país de “residencia habitual” del editor o productor del contenido en cuestión, y no el país de residencia del damnificado. (presunción simple). Este principio, sin duda aceptable, no podría aplicarse fuera del ámbito europeo, pues supone la existencia de un nivel de armonización entre los Estados interesados que permita alejar el riesgo de desplazamientos.

Según el Artículo 24 del Convenio de Bruselas, las medidas provisionales o conservatorias previstas por la legislación de un Estado contratante podrán ser ordenadas por la jurisdicción de ese mismo Estado aunque la competencia para conocer del fondo de la cuestión corresponda a la jurisdicción de otro Estado contratante. La solución goza de un notable mérito práctico, en particular si se admite que el tribunal podrá ordenar sobre esa base unas medidas que produzcan efectos fuera de la jurisdicción, lo cual no es seguro.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Internet et les réseaux numériques*, Informe del Consejo de Estado, pág. 151.

¹⁵¹ A. Lucas, op.citada, pág.23.

Para el damnificado no es suficiente obtener una decisión favorable, es necesario que la decisión pueda reconocerse y ejecutarse en otro país, por ejemplo, para obtener el cierre del sitio en que se cometió la infracción. El primer párrafo del Artículo 26 del Convenio de Bruselas establece el principio de que “Las resoluciones dictadas en un Estado contratante serán reconocidas en los demás Estados contratantes, sin que sea necesario recurrir a ningún procedimiento” y el primer párrafo del Artículo 31 prevé que la orden de ejecución se obtendrá mediante una simple solicitud, siempre en el ámbito de la Unión Europea.

Evidentemente, la situación es menos sencilla en el derecho común, pues cada país impone sus propias condiciones. Por lo general, puede dudarse de que el damnificado de la infracción goce en el país de emisión, en que reside generalmente el infractor, de la posibilidad de obtener la ejecución de una decisión condenatoria obtenida en uno de los países de recepción si el acto no se considerase como una infracción en el país de emisión. Se prevén algunas dificultades si el juez que emitió el dictamen se atribuyó la competencia en virtud de un privilegio de jurisdicción, en este caso, por ej., se corre el riesgo de que el privilegio de jurisdicción del demandante francés, previsto en el Artículo 14 del Código Civil se considere incompatible con las exigencias de la legislación norteamericana.

Los convenios internacionales sobre derecho de autor no se han prestado, aún, al examen de estas cuestiones transversales de procedimiento. Sin embargo es deseable la armonización en la adopción de medidas adecuadas para garantizar la efectividad del derecho exclusivo en el entorno digital.

La legislación del país de la protección que, según una opinión generalizada, debería regir la totalidad del derecho de autor y los derechos conexos, representa, en la práctica, una forma de *lex loci delicti*. Sobre el particular, controversia clásica para la determinación de la *lex loci delicti*, opone a los que afirman que se trata de la

legislación del lugar en que se produjo el hecho generador y los que defienden la aplicación de la legislación del lugar en que se causó el perjuicio. También se plantea en la cuestión de la localización del daño en la transmisión digital, con la salvedad de que, en lugar de referirse al hecho generador y a la realización del perjuicio, se refiere a la emisión y la recepción.

Además, deben precisarse los datos del debate. Existe un acuerdo unánime respecto del papel que desempeña la legislación del país de emisión. La controversia gira principalmente en torno de saber si este papel debe ser exclusivo o si conviene dejar un lugar para la legislación del país de recepción, y queda entendido que, en el caso afirmativo, se impondrá el plural pues es una característica del entorno digital la difusión y agotamiento del derechos a nivel mundial.

a) La aplicación exclusiva de la legislación del país de emisión, gozó en un principio del favor de la Comisión de las Comunidades Europeas. Al trasponer el mecanismo utilizado para la radiodifusión por satélite en la Directiva del 27 de septiembre de 1993,¹⁵² el Libro Verde sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información sugería establecer como principio, por razones de “eficacia económica”, la “aplicación de la legislación del Estado miembro de origen del servicio”.¹⁵³ Pero fue criticada y la Comisión desistió tácitamente sobre el tema del derecho aplicable.¹⁵⁴

Argumentos a favor: 1) Criterio de la unicidad. a) Parece lógico que el acto de explotación única realizado por una única persona que efectúa la difusión quede regido por una legislación única. b) El lugar en que se realiza el acto de cargar la obra parecería ser el que ofrece el punto de contacto más significativo con la

¹⁵² Diario Oficial L248/15, del 6 de octubre de 1993.

¹⁵³ Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM (95) 382 final, julio de 1995, pág. 41.

¹⁵⁴ Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el seguimiento del Libro Verde sobre Derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, COM (96) 508 final, 20 de noviembre de 1996, pág. 23.

relación jurídica.¹⁵⁵ c) La puesta a disposición del público en la red constituye un acto de explotación sujeto a la autorización del titular del derecho, y resulta natural que sólo ese acto se tenga en cuenta para determinar la legislación aplicable. d) La elección de la legislación del país de emisión permite también ofrecer a los operadores de las redes digitales una mayor facilidad de comprensión del derecho, y ello es fundamental para el desarrollo armónico de la sociedad de la información.

2) Elección de la legislación del lugar en que se produjo el hecho generador. La posibilidad de prever la vinculación, imperativo que desempeña un papel fundamental en materia de derecho de autor, presenta una preferencia por la aplicación de la legislación del lugar en que se produjo el hecho generador, porque “en principio, es en relación con ella que el demandado habrá examinado si actuaba correctamente o no”. Se trató de un argumento importante en lo que hace a los satélites,¹⁵⁶ y podría considerarse por analogía al acto de cargar la obra en la red. Es cierto que la directiva procuró en menor medida resolver un problema de conflictos de legislación que crear, mediante un mínimo de armonización, las condiciones necesarias para facilitar la aplicación del principio de libre prestación de los servicios desde la óptica del mercado interior. Ello explica que se inspire en una práctica de sesgo unilateral, al pretender mantener, en la mayor medida posible, la competencia de la legislación de uno de los Estados miembros.

No es tan absurdo considerar que un acto único de explotación, cuyas consecuencias se producen en varios países, quede regido en forma distributiva por las legislaciones de esos países. Afirmar que el lugar en que se realiza el acto de cargar en la red es el que mantiene la relación más significativa con la situación que

¹⁵⁵ GAUTIER, P.Y. “si nos remitimos a las tendencias actuales del derecho internacional privado, que designan la legislación del país en que se concentra la sustancia de la situación litigiosa, resulta claro que, en ese caso, la “proximidad” es la del punto de partida de la transmisión en línea, única, antes de que estalle en millones de puntos”.

¹⁵⁶ Es cierto que la directiva procuró en menor medida resolver un problema de conflictos de legislación que crear, mediante un mínimo de armonización, las condiciones necesarias para facilitar la aplicación del principio de libre prestación de los servicios desde la óptica del mercado interior, Ello explica que se inspire en una práctica de sesgo unilateral, al pretender mantener, en la mayor medida posible, la competencia de la legislación de uno de los Estados miembros.

surge de la transmisión digital también constituye una petición de principio. De hecho, también se podría considerar que ese lugar resulta indiferente y que la causa de la transmisión es el diálogo con el usuario en el otro extremo del procedimiento.

El tema de las calificaciones resulta relevante al afirmar que la simple incorporación de contenidos en Internet, es un acto de explotación, pero no puede resultar suficiente para justificar la competencia exclusiva de la legislación del país de emisión. Una cosa es calificar un acto desde el punto de vista técnico en lo que atañe a la definición del derecho de representación o de comunicación pública, y otra es localizar la explotación desde el punto de vista económico, como surge de la justificación de la legislación del país de la protección que, debía considerarse como la legislación aplicable a la explotación del derecho en todas sus formas. Pero es difícil objetar que la difusión en las redes corresponde a una explotación económica en los distintos países en que los usuarios potencialmente se conectan.

En las redes digitales la difusión es interactiva, no un procedimiento unilateral y esa es una diferencia importante con el precedente de los satélites, que no debería confundir. En la radiodifusión tradicional, la acción determinante es la de emitir; pero esto ya no es pertinente al ámbito digital. Mientras los programas difundidos por satélite siguen el mismo camino a la misma hora para llegar a un público pasivos (consumidores o clientes), las obras y prestaciones circulan por Internet a solicitud de los consumidores sin itinerarios fijos o determinables. Además, cada usuario es un emisor en potencia. Por estas particularidades resulta “más difícil concebir que la recepción pueda declararse ajena a la explotación”.

Desde el punto de vista práctico, la objeción más seria a la aplicación exclusiva de la legislación del país de emisión es el riesgo de desplazamiento hacia los países de emisión que otorgan un nivel más bajo de protección. Es un riesgo muy real, teniendo en cuenta las diferencias notables que existen entre las legislaciones nacionales, en particular en lo que hace a las excepciones al derecho exclusivo,

como la extrema facilidad para manipular el lugar de la carga en las redes digitales. La Directiva europea pudo evitar ese riesgo gracias a la armonización entre los Estados miembros, pero esta barrera de protección se diluye si se aplica a nivel mundial. La propia Directiva deja espacio para este criterio en lo que hace a las difusiones por satélite emitidas desde un Estado no miembro de la Comunidad Europea que no garantice un “nivel de protección” suficiente.

Este criterio se basa en una lógica levemente distinta basada en la problemática tradicional de la *lex loci delicti*. De hecho, la legislación del país de emisión está llamada a regir la acción por responsabilidad por ser la legislación del lugar del hecho generador. La localización a partir del lugar de establecimiento del responsable de la emisión forma parte de otra corriente también coherente. El titular del derecho podrían verse sometidos a la aplicación exclusiva de una legislación que corresponde a una localización técnica de la explotación y no de una legislación que vincula arbitrariamente la situación al centro de los intereses de quien realiza la explotación. Puede observarse que el sistema centrado en la legislación del país de emisión y la legislación del domicilio del demandado “se organiza en torno a los intereses del demandado”.

La aplicación acumulativa de la legislación del país de emisión y las legislaciones de los países de recepción, es una solución que forma parte de la tendencia general del DIPr tendiente a privilegiar la legislación del lugar en que se sufrió el perjuicio, que obviamente suscita la simpatía de los Estados dispuestos a defender la propia soberanía, conforme a la que adoptó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa Fiona Sheville, del 7 de marzo de 1995.

Por cierto, que resuelve una simple cuestión de competencia jurisdiccional y, por las condiciones de apreciación del carácter perjudicial del hecho litigioso y las condiciones de prueba de la existencia y el alcance del perjuicio, remite expresamente al derecho sustantivo designado por las normas sobre conflictos de

legislación del derecho nacional de la jurisdicción en que se ventila la causa, pero se puede prever fácilmente que “para determinar tanto la competencia como el derecho sustantivo, se aplicarán criterios similares”, pues cada una de las jurisdicciones competentes en virtud del Artículo 5.3 del Convenio de Bruselas aplicará su propio derecho sustantivo.

En el caso de las redes digitales, una decisión judicial francesa se pronunció claramente en favor de la aplicación de la legislación francesa, en cuanto legislación del país de recepción, en un litigio relativo al derecho de marcas, estableciendo que “los medios que surgen del almacenamiento de información y del lugar de su emisión no podrán prosperar, pues implican necesariamente una recepción de las informaciones ofrecidas al público en una esfera territorial sometida a la aplicación de la legislación nacional en vigor”.¹⁵⁷

El principal inconveniente de esta aplicación distributiva de las legislaciones de los diferentes países de recepción consiste en que posibilita la aplicación, no sólo de algunas legislaciones, como en el entorno analógico, sino, potencialmente, de “todas” las legislaciones. Pero en la práctica, el daño se sufrirá sólo en un cierto número de países, “cuando se examina el alcance patrimonial de los actos, el resultado parece localizarse sólo en uno o varios países cuyas legislaciones con frecuencia serán similares”.¹⁵⁸ Además, si se admite el criterio de que la jurisdicción del domicilio del damnificado se reconoce competente en la reparación de la “totalidad” del perjuicio sufrido en todo o cualquier parte del mundo, ese tribunal podría también informarse fácilmente, mediante una cooperación internacional, sobre el contenido de las distintas legislaciones extranjeras que hubiese de aplicar. Podría complicarse y hasta comprometerse la reparación que se debe al damnificado por el riesgo de contradicciones y de falta de ejecución de la decisión en el extranjero. Y el propio responsable sostendrá que no es razonable

¹⁵⁷ TGI Draguignan, 21 de agosto de 1997: *Cahiers Lamy de droit de l'informatique*, diciembre de 1997, pág. 25, observaciones de S. Nardon.

¹⁵⁸ G. Koumantos, en *Copyright in Cyberspace*, pág. 340, obra mencionada en la nota 12, más arriba.

obligarlo a adaptar sus actividades a un gran número de legislaciones a la vez. Ello explica que se hayan propuesto otras vinculaciones.

La fórmula inspirada en la doctrina de la búsqueda de la “mejor legislación”, consiste en la elaboración de una norma parcialmente sustantiva de conflicto de legislaciones, ha sido escogida en ciertas legislaciones¹⁵⁹ y instrumentos internacionales como en el Convenio de La Haya del 2 de octubre de 1973 sobre la legislación aplicable a la responsabilidad que deriva de los productos (Artículos 4 a 6), y fue el sistema escogido para los satélites en la Directiva europea de 1993. Pero las vinculaciones múltiples son difíciles de administrar y resultan inconvenientes en el entorno digital, en que los operadores y titulares de derecho, exigen claridad en las normas y ambos requerirán de una “previsión razonable”, de manera que es difícil elaborar paradigmas adecuados bajo este esquema.

Tampoco resulta satisfactorio dejar que el tribunal escoja la legislación aplicable en materia de derecho de autor, como proponía la “teoría de Bogsch” para la transmisión por satélite. Por la misma razón parece difícil entrar en la lógica de un sistema que pretendería quebrar toda vinculación territorial y dejaría decidir al juez, al cabo de un análisis funcional, qué legislación protege de la manera más eficaz la obra en cuestión, teniendo en cuenta ciertos principios de preferencia. Desde el punto de vista del método, reaparece la controversia clásica sobre las ventajas comparativas de una localización objetiva fundada en criterios abstractos y de la búsqueda de una “*proper law*” que mantenga los lazos más estrechos con la situación en cuestión. El primer enfoque, que forma parte de la tradición francesa, tiene en cuenta de modo mejor el imperativo de la posibilidad de previsión, y la segunda, en boga en los Estados Unidos cuenta con la ventaja de la flexibilidad. Una solución de compromiso podría consistir en designar una legislación que se presuma como la más adecuada, y dejar que las partes se ocupen de invertirla al demostrar la existencia de otros puntos de contacto.

¹⁵⁹ Véase el Artículo 133 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (la responsabilidad por los actos ilícitos), y el art. 139 de la misma Ley (actos ilícitos contra la personalidad).

La solución ideal consiste en la adopción de una reglamentación internacional uniforme en materia de derecho de autor y derechos conexos. En el pasado, los Estados pudieron lograrlo en lo relativo al derecho del transporte. Cabe imaginar que sabrán hacer gala de la misma lucidez en lo que atañe a esta nueva forma de comunicación constituida por las redes digitales. Los invita a ello el preámbulo del Convenio de Berna, que hace hincapié en el “deseo” de los signatarios de “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”. Desde ese punto de vista, la elaboración de una “*lex mediatica*” podría representar un papel útil al permitir que se tome conciencia de la necesidad de eliminar las distorsiones incompatibles con la circulación de las obras y las prestaciones en las redes digitales. Sin embargo, además de ser necesario velar porque no se sacrifiquen con demasiada rapidez los intereses de los usuarios debido a la generalización de los contratos de adhesión leoninos,¹⁶⁰ no parece acertado esperar que esas normas de fuente convencional puedan surgir rápidamente.

La aplicación de la legislación del país de emisión requiere de un área geográfica en que la armonización de las legislaciones nacionales sea mas elevada, y es la solución sugerida en el marco europeo , y se trataría de aplicar la legislación del país de emisión cuando el “responsable del contenido” está establecido en un país de la Unión Europea (o del Espacio Económico Europeo). En los demás casos, se mantendría el principio de la “legislación que presenta el vínculo más estrecho con el daño”, que se presumiría ser aquel en que el damnificado tiene su residencia habitual o su lugar de establecimiento principal, una presunción simple susceptible de refutación en relación con las “circunstancias particulares de la cuestión”.

¹⁶⁰ Véanse las Directivas europeas del 5 de abril de 1993 sobre la protección de los consumidores y del 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. La primera regula el conflicto de legislaciones desde un punto de vista unilateral (art. 5.2)) en el que se inspira también, en los Estados Unidos, el proyecto de Artículo 2B-107.c) del *Uniform Commercial Code* (de abril de 1998). Por lo que respecta al derecho de autor, se ha criticado este proyecto pues parece legitimar las prácticas comerciales que limitan la “reverse engineering” y el “fair use”, con el riesgo de quebrar el equilibrio entre los derechos y los intereses.

Pero es claro que una solución limitada a un espacio restringido no despertaría un interés práctico en la dimensión global del ámbito digital, pero cuenta con la ventaja de indicar un camino, en el acercamiento de las legislaciones nacionales, que debería superar ampliamente los mínimos resultantes del Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados de la OMPI de 1996, que indican un nivel demasiado bajo, especialmente por no abordar a fondo el problema fundamental de las excepciones al derecho exclusivo.

Para evitarse entrar el sistema de la aplicación distributiva de las legislaciones de los países de recepción, la mejor elección parece ser la de la legislación del país en que se encuentra el domicilio, la residencia o el lugar de establecimiento del titular de derecho víctima de una infracción. En una vinculación práctica, teniendo en cuenta la dificultad de localizar la infracción, puede justificársela en virtud de que la idea de que el daño se constata en el lugar en que se encuentra la sede de los intereses perjudicados por el daño. Así razona una la doctrina mayoritaria , en materia de violación de los derechos relativos a la personalidad, por tanto aplicable por analogía al derecho de autor.

Porque en definitiva “la transgresión de los derechos de propiedad intelectual, del autor o de sus causahabientes, se produce en un lugar determinado: el del daño patrimonial”; y resulta compatible con el texto del Artículo 5.2 del Convenio de Berna que prevé el “país en que se reclama la protección” y ofrece la ventaja de situar el centro de gravedad en la persona del titular del derecho. Además, parece corresponder a la evolución general en materia de responsabilidad civil.

Informe mencionado más arriba, que destaca que la labor internacional actual respecto de las normas de derecho internacional privado en la materia, que deberían conducir a la elaboración de un nuevo Convenio de Roma (denominado Roma II) respaldan el principio de la aplicación de “la legislación del país que mantiene los vínculos más estrechos con el daño, es decir una presunción que

designa el país de residencia habitual del damnificado”, y precisa que las mismas normas se aplicarían en lo que hace a la elección del tribunal competente y, además, el tribunal del lugar del domicilio sería competente también para reparar la totalidad del daño sufrido.¹⁶¹

La aplicación de esta legislación podría producir resultados inicuos para quien realiza la emisión, entonces para prevenir estos efectos, correspondería subordinar su aplicación a la condición de que quien realiza la emisión haya podido (o debido) razonablemente prever la producción de un daño en el país de recepción. Reserva clásica, que ee la halla en las normas nacionales, como por ej. en el art. 139 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987: “...siempre y cuando el autor del daño hubiese podido prever que el resultado se produciría en ese Estado”. Como asimismo en los convenios internacionales, el art. 7 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la responsabilidad derivada de los productos, en que se excluye la legislación aplicable en principio “si la persona cuya responsabilidad se invoca declara que no podía razonablemente prever que el producto o sus propios productos del mismo tipo serían colocados en el comercio en el Estado en cuestión”.

La doctrina acoge favorablemente en la esfera general de la responsabilidad civil, la aplicación de la legislación del lugar en que se produjo el daño, excepto “cuando el demandado no podía prever que su acto produciría efectos en ese lugar”.¹⁶²

La aplicabilidad en el entorno digital, empero, es discutida. Parecería excesivo vincular el éxito positivo de la acción a la condición de que el acto sea igualmente ilícito con respecto a la legislación del país de emisión, como lo admitía antiguamente el derecho inglés en materia de responsabilidad civil, antes de su evolución en este tema. Como máximo, se podría prever solicitar al tribunal que tenga en cuenta dicha legislación para apreciar el “comportamiento del demandado”.

¹⁶¹ *Internet et les réseaux numériques*, pág. 173.

¹⁶² *Droit international privé*, de H. Battifól y P. Lagarde, párrafo 561.

Como se ha podido apreciar, simplificar la elección de la jurisdicción es fundamental. Aún para el autor cuya pretensión resulte incontestable, descubrirá que la protección del derecho es ilusoria si debe litigar en varias jurisdicciones. Por lo tanto debería modificarse la doctrina Sheville, en la UE y la limitación de la competencia especial a los actos originados en el ámbito de la jurisdicción, en los EE.UU. En este 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, como por ej. la publicación en Internet. El tribunal unificador podría ser el que tuviese vínculos más estrechos con la causa. En teoría, la jurisdicción debería ser la del país que guarde una relación más estrecha con la obra.

11. Ley aplicable y jurisdicción competente en la contratación electrónica.

El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha presentado un Informe acerca de la labor realizada en su 44º periodo de sesiones¹⁶³, adoptando las recomendaciones que había formulado el mismo Grupo de Trabajo en Nueva York en marzo de 2001, que incluían el proyecto de instrumento internacional sobre ciertas cuestiones referentes a la contratación electrónica y un estudio amplio sobre los obstáculos jurídicos presentes en los instrumentos internacionales en vigor que pudieran frenar el desarrollo del comercio electrónico.

¹⁶³ Asamblea General. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 44º periodo de sesiones* (Viena, 11 al 22 de octubre de 2004). Distribución general: 8 de noviembre de 2004. Original : inglés. A/CN.0/571

Dicho instrumento provisional en forma de anteproyecto de convención se ha titulado “proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales”¹⁶⁴

La finalidad es eliminar los obstáculos jurídicos resultantes de la interpretación de los instrumentos internacionales vigentes, que pudieran frenar el desarrollo del comercio electrónico y para facilitar su aplicación cuando las partes efectuaron sus operaciones por medios electrónicos.

Se examinaron todas las cuestiones relevantes al efecto, destacándose las siguientes: las definiciones de a) comunicación, b) comunicación electrónica, c) mensajes de datos, d) iniciador y e) destinatario, f) sistema de información y g) sistema de información automatizado, h) establecimiento, e i) persona y parte.

Nos detendremos brevemente en “establecimiento” y “persona y parte”, por la vinculación con la el domicilio punto de conexión personal ineludible a los fines de la regla de solución de leyes en el DIP. En relación al primero se debatió acerca si cabría suprimir la definición y dejar en manos de las legislaciones nacionales la tarea de calificar. Sin embargo predominó el acertado criterio de apelar a la regulación convencional material mediante una calificación autónoma. Se definió “establecimiento” como el “Lugar donde una parte mantiene establecimiento fijo, distinto del suministro transitorio de bienes y servicios”, como asiento de una actividad económica no transitoria.

En cuanto a “persona y parte”, este punto también dividió opiniones en cuanto a incluir o no una definición, en virtud de las divergencias en la significación de las palabras “persona” y “particular” y “parte” y “persona” en las legislaciones. Prevaleció la opinión de excluir de definición, y remitir a la normas indirectas existentes.

¹⁶⁴ Documento A/CN.9/WG.IV/WP.109, párrafos 5 a 54.

Luego en referencia a la ubicación de las partes establece que :

“ 1) Se presumirá que el establecimiento de parte está en el lugar por ella indicado, salvo que dicha parte no tenga un establecimiento en ese lugar, o que la indicación se haga con la exclusiva finalidad de promover o evitar la aplicación de la presente Convención.

2) Si una parte no ha indicado un establecimiento o tiene más de un establecimiento a los efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta que las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) Si una parte no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta la residencia habitual de la persona.

4) El lugar de ubicación del equipo y la tecnología que mantiene un sistema informático empleado por una parte en la formación de un contrato o del lugar desde el que otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información no constituyen de por sí un establecimiento, salvo que esa parte no tenga un establecimiento.

5) El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a un país concreto no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.”

Observo apropiado este criterio en tanto permite a las partes cerciorarse de la ubicación real y efectiva del establecimiento de la otra parte, además de reglas de derecho supletorio a las cuales podrán recurrir de no hallarse ninguna indicación al respecto. Esa flexibilidad sería valiosa para cualquier empresa que dispusiera de más de un establecimiento, respecto de todo contrato con el que tuviera más de un punto de conexión.

A los fines de la interpretación, se tendrán en cuenta el carácter objetivamente internacional de las relaciones jurídicas y la necesidad de promover la uniformidad

en su aplicación y de velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Sobre las materias, el proyecto propone la remisión inmediata a las reglas de conflicto de leyes del Estado del foro, sin tener presente las reglas de conflicto de la propia convención, en los casos en que las hubiera.

12. Ley aplicable y jurisdicción competente en materia de DRM.

La distribución y protección de contenidos en Internet inevitablemente se realizará con DRM, si se pretende operar con seguridad en las redes. Circunstancia objetivamente internacional para cualquier relación jurídica establecida en consecuencia. Por tanto se reiteran los interrogantes antes examinados acerca de la ley aplicable y la jurisdicción competente tanto a las medidas tecnológicas en sí, como a los contenidos subyacentes. La elección de la legislación y jurisdicción en el entorno de los servicios en línea, incluyendo las cuestiones surgidas como consecuencia de los acuerdos de propiedad intelectual.

1) Las leyes contra la elusión y sobre el acceso condicional son de alcance territorial. Si un acto de elusión, incluido el tráfico de un dispositivo, se produce dentro de las fronteras de un país, resulta aplicable la ley de dicho país. La jurisdicción de dicho país podría incluso resultar aplicable a la distribución en línea en dicho país desde el extranjero de un programa de elusión, aunque resulte difícil ejercer dicha jurisdicción sobre el distribuidor extranjero.

En el caso de los *“Estados Unidos de América contra Elcom, Ltd.”*, una compañía extranjera asentada en el país y una compañía extranjera fueron acusadas en los EE.UU. de violación de las disposiciones contra el tráfico del Artículo 1201.b), por haber creado y distribuido software que descriptaba el software de seguridad de los libros electrónicos (*e-book*) de Adobe. El tribunal rechazó expresamente el argumento de que estaba pretendiendo aplicar su jurisdicción extraterritorialmente. Y determinó que el demandado tenía suficientes conexiones con los EE.UU.,

puesto que los actos demandados habían ocurrido en el territorio de dicho país: El *software* de elusión delictivo era ofrecido y vendido a través de Internet a residentes en los EE.UU., el servidor de Internet desde el que se vendía el *software* estaba situado en los EE.UU. y el servicio de pago en línea del software también estaba ubicado en los EE.UU. Decisión que deniega el sobreseimiento para desestimar el auto de procesamiento por falta de jurisdicción sobre el asunto.¹⁶⁵

2) La utilización de una obra o contenidos protegidos por el derecho de autor, en infracción a las DRM, constituirá una infracción reprimible por las normas nacionales de Derecho de Autor. En relación con el acceso en línea y la utilización del contenido, la jurisprudencia y los principios internacionales están evolucionando, tanto en relación con el país en el que una persona puede ser acusada por un acto de vulneración ocurrido en múltiples jurisdicciones, como en relación con la ley que debe regir en ese caso.

Los principios aplicables serán los establecidos en el DIPr, contenidos en las normas de fuente interna de conflicto y materiales, como la convencional (Tratados OMPI -WCT y WPPT). En este campo continúan los trabajos ya referidos en el contexto del Proyecto de Convención de La Haya sobre Jurisdicción Internacional y Juicios en el Extranjero sobre Asuntos Civiles y Comerciales¹⁶⁶.

3) La determinación de la ley aplicable a un acuerdo por el que un consumidor recibe un contenido mediante un sistema DRM implica identificar la sede en que se celebra dicho contrato y los principios jurídicos pertinentes. En general, resulta aplicable la ley seleccionada por las partes en el contrato. La que podría resultar fragmentada si las partes optan por diversas soluciones en virtud de la

¹⁶⁵ *United States vs. Elcom, Ltd.*, CR 01-20138RMW (N.D. Cal, del 27 de marzo de 2002.

¹⁶⁶ Ver <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>

conveniencia particular para diversos aspectos del contrato , a través de la *dépeçage*.¹⁶⁷

El problema, en el contrato internacional, se suscita cuando las partes no han elegido la ley aplicable En este caos podrán apelar a otros principios, tales como el de la “prestación más característica” establecido en el convenio de Roma de 1980, mediante la cual el tribunal debe aplicar la ley del país de la parte que realiza la “prestación característica” , donde el contrato establece que tiene su residencia o establecimiento comercial principal.

En la Directiva sobre el Comercio Electrónico se incluyeron directrices sobre los principios jurídicos aplicables en al Unión Europea, que adopta la “regla del país de origen”. Un proveedor de servicio está sujeto a las leyes de los Estados miembros en los que se encuentra establecido , entendiéndose por “establecimiento” el lugar desde el que se realiza su actividad económica o proporciona su servicio (Considerando 19).¹⁶⁸ En los EE.UU. cada estado tiene en principio de elección de ley que indica el tribunal la ley que debería aplicar en ausencia de un acuerdo entre las partes.¹⁶⁹

13. Conclusiones.

1. La tecnología no puede observarse como una mera funcionalidad, por sus implicancias jurídicas, políticas, sociales y culturales. La respuesta del Derecho de Autor como medio de protección del comercio de la propiedad intelectual en el

¹⁶⁷ *Régimen Internacional de los Contratos, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Parte Especial*, Feldstein de Cárdenas, S.L., Ed. Universidad, pág. 350.

¹⁶⁸ *Directiva 2000/31/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) *Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 - 0016*

¹⁶⁹ Ver: *Evolución reciente en el campo de la Gestión de los Derechos Digitales*, J.Cunard; K.Hill y D.Barlas, en WIPO/SCCR/10/2, del 1º de agosto de 2003; PÁG. 126/128.

entorno digital, requerirá de mayor información y concienciación en los consumidores, flexibilidad de los titulares de derechos en el sistema de licencias y tarifas competitivas, medidas tecnológicas eficaces y disuasivas, sistemas de prevención y solución de controversias generalizado y sanciones uniformes a nivel internacional, para contribuir a un comercio electrónico dinámico, progresivo y seguro.

2. En relación al conflicto de legislaciones, la dificultad que se presenta en adecuar el derecho internacional privado al entorno digital, está dado más por la inexistencia de bases conceptuales claras y uniformemente aceptadas, que en la supuesta ruptura que ese ámbito virtual supondría con la territorialidad. No obstante la dimensión “extra- jurisdiccional” de Internet, en cuanto a la intangibilidad, ubicuidad y globalidad del medio en que se realiza la difusión y explotación de contenidos protegidos, como expresión del comercio internacional, es incuestionable, y requiere arbitrar pautas uniformes para preservar la competitividad.

3. En tal sentido, sería oportuno un instrumento internacional respecto de dos cuestiones:

a) Determinación de la legislación que rige el contrato y su relación con la legislación que rige el derecho. En caso de ausencia de elección de las partes, la legislación que rige el contrato se determinaría por referencia al lugar de establecimiento de quien realiza la explotación y regiría únicamente las condiciones de formación del contrato y las obligaciones personales de las partes, con exclusión de las condiciones de adquisición propias del derecho y su contenido.

La norma debería considerar la necesidad de restringir el alcance de las limitaciones a la extraterritorialidad del derecho constituido por las normas de policía o de aplicación inmediata, así como la reserva de orden público internacional.

b) Principio de aplicación de la legislación del país de origen para regir la existencia, titularidad y duración del derecho.

Aplicación de la legislación del país de la protección a la totalidad de cuestiones suscitadas por el derecho de autor y los derechos conexos, y excluir la solución de la legislación del país de origen, excepto en las hipótesis previstas expresamente en los convenios internacionales.

4. En el ámbito de autonomía material de la voluntad de las partes, deberá considerarse que a diferencia del ámbito de los operadores tradicionales del comercio internacional en que nació y prosperó la *lex mercatoria*, en Internet interactúan operadores profesiones y aficionados; corporaciones y consumidores, Estados y particulares, es un espacio de comunicación global donde concurren comercio y cultura, conformando una realidad particular; es sin duda necesario crear reglas universales y flexibles que dinamicen y aseguren las transacciones; pero al mismo tiempo velar para que no se sacrifiquen con demasiada rapidez los intereses de los usuarios debido a la generalización de los contratos de adhesión.¹⁷⁰

La posible aparición de una *lex mediática o lex informática*, ésta en último término no debería poder escapar a la imperatividad de los mecanismos regulatorios de los sistemas nacionales de la ejecución o efectos del contrato, como último y excepcional límite al sistema de valores de la Comunidad de Derecho de los Estados.

5. En cuanto a las obras creadas en el marco de un contrato de trabajo o por encargo, deberían tenerse en cuenta, en particular, los derechos adquiridos regularmente en un país distinto del de la protección.¹⁷¹

¹⁷⁰ Véanse las Directivas europeas del 5 de abril de 1993 sobre la protección de los consumidores y del 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. La primera regula el conflicto de legislaciones desde un punto de vista unilateral (art. 5.2)) en el que se inspira también, en los Estados Unidos, el proyecto de Artículo 2B-107.c) del *Uniform Commercial Code* (de abril de 1998). Por lo que respecta al derecho de autor, se ha criticado este proyecto pues parece legitimar las prácticas comerciales que limitan la “reverse engineering” y el “fair use”, con el riesgo de quebrar el equilibrio entre los derechos y los intereses.

¹⁷¹ Según las sugerencias formuladas por Ulmer en el Anexo de la *Propuesta de normas concernientes a los bienes inmateriales en el marco de un convenio relativo al derecho internacional privado en los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea*.

6. En la situación actual del derecho positivo, y teniendo en cuenta las diferencias que subsisten entre las legislaciones nacionales en materia de derecho de autor y derechos conexos, en particular en cuanto al ejercicio de los derechos, el país de emisión no constituye una vinculación adecuada para localizar el daño en la transmisión digital .

El lugar del establecimiento del responsable de la difusión ofrece una vinculación más estable, pero la legislación correspondiente no podrá regir por sí sola la violación del derecho de autor o los derechos conexos. La solución consiste en la aplicación acumulativa de la legislación del país de emisión y de las legislaciones de los diferentes países de recepción. Conjuntamente con la opción a favor del titular de derecho damnificado, de demandar ante la jurisdicción del país que estime más conveniente para reclamar la protección.

7. Una reglamentación internacional uniforme que pudiera eliminar las distorsiones entre las legislaciones nacionales, sería una solución adecuada para favorecer la difusión segura de las obras y las prestaciones en el entorno digital. Mientras el centro de gravedad que constituyen el domicilio, la residencia o el lugar de establecimiento del titular del derecho vulnerado podrán ofrecer una vinculación adecuada, a la que sólo se podría añadir la condición de que el responsable de la difusión hubiese podido razonablemente prever que esa infracción se produciría en el país en cuestión.

8. El entorno digital ha renovado la cuestión sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente en el derecho de autor y los derechos conexos. Superado el concepto de la territorialidad, solapado bajo intereses nacionales o corporativos, mediante la confusión incesante entre la condición de los extranjeros y los conflictos de legislación, que condujo a la elaboración del postulado, al menos implícito, de que el tribunal nacional podía aplicar únicamente su propia legislación, hoy se plantea nuevamente la necesidad de crear reglas de solución adecuadas a esta

realidad y orientadas a presentar el carácter extraterritorial del derecho, como expresión inequívoca de la comunidad jurídica de los Estados.

9. Creer que la ubicuidad de los contenidos en el actual entorno tecnológico impide toda vinculación territorial, podría ser un exceso. Aunque existe una diferencia de grado y, en ciertos aspectos, de naturaleza, entre la radiodifusión clásica y la transmisión digital, cabe constatar que lo que interesa al público no es una realidad virtual e impalpable, sino unas obras y unas grabaciones que en algún momento se encarnan en una realidad sensible y, por lo tanto, material. Eso ocurre siempre en un tiempo y espacio determinado. Con independencia de lo que se haya dicho, no es absurdo pensar en vinculaciones relacionadas con el lugar de emisión o el lugar de recepción. Cabe añadir que la emisión es el producto de un operador y que la recepción, vulnerando o no el derecho exclusivo del autor o de un titular de derechos conexos, en definitiva, constituyen hechos producidos por personas que pueden localizarse en el lugar de su domicilio, residencia o establecimiento.

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

11. La localización de la violación del derecho, no constituye un problema en cuanto a la imposibilidad de hallar una vinculación territorial, que se ha regido en

materia de responsabilidad extracontractual tradicionalmente por el principio de la *lex loci delicti*; sino en la dificultad de elegir entre diversas vinculaciones regidas, cada una de ellas, por una lógica propia y que pueden combinarse infinitamente.

12. Por último, una reflexión retomando el concepto de Innis, mencionado al inicio, de las líneas de comunicación vinculadas al tiempo o al espacio de la tradición mecanizada, representada por la imprenta y la comunicación electrónica, conllevan a tendencias que se corresponden a una determinada configuración social. La primera tiende a la descentralización y favorece la memoria, el sentido de la historia, las pequeñas comunidades. La tradición mecanizada es centralizada y urbana por definición, por lo tanto controla la expansión y el dominio del territorio.

Cada avance de las tecnologías de alta velocidad de expresión y de transmisión destruye elementos de la comunidad humana; y las desigualdades en la velocidad de las comunicaciones llevan a la constitución de “monopolios de la información”, que a su vez, son instrumento y resultado del dominio político.

Por lo tanto en el tema planteado, la regla de solución en el ámbito de la sociedad de la información, como se ha intentado demostrar, no es menor, ya que posee connotaciones inherentes directa o indirectamente con el desarrollo de los Estados nacionales, dentro de un esquema de intereses estratégicos alineados por los factores tecnológicos administrados bajo sistemas de derechos exclusivos, de un grupo minoritario de países poseedores del candado que significa la titularidad de la propiedad intelectual.

(Fin del documento)

14. ANEXO. Bibliografía.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *CONTRATOS Civiles-Comerciales-de Consumo*. ABELEDO PERROT S.A.E.E I, Bs.As., 1999. ISBN 950-20-1121-X. (652 págs.)

BIOCCA, Stella Maris - FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia - BASZ, Victoria. *LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Parte General*. Ed. Universidad, 1ª Ed. Bs.As., 1990- 3ª Ed. Bs.As. , 2003.
ISBN 950-679-211-9.

DAT. *Derecho de la Alta Tecnología, Intercambio de Consentimiento de el Comercio Electrónico*, por Lionell Thoumyre N° 134, Año XI, Bs.As., Octubre de 1999, publicación mensual editada por Estudio Millé. ISBN 0329-5400.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. *PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS Y PROPIEDAD INTELLECTUAL*. Ed. COLEX, Madrid, 2002, ISBN 84-7879-724-6.

CASTELLS, Manuel. *LA ERA DE LA INFORMACIÓN. Economía , Sociedad y Cultura*, de, Vol .I, *La Sociedad en Red*. Título original: *The information age: economy, society and culture. Vol.i.: the rise of the network society*. 1º Edición en ingles, Blackwell publishers inc., Cambridge, Massachussets, U.S.A., 1996. 3ra. Edición en español: SIGLO XXI EDITORES SA, México, 2001. Traducción: Carmen Martínez Gimeno. ISBN 968-23-2167-0 obra completa – Vol. I: 968-23-2168-9. (590 págs.)

CARBAJO CASCÓN, Fernando. *PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS Y PROPIEDAD INTELLECTUAL*. Ed. Constitución y Leyes, S.A., Madrid, España, 2002. ISBN 84-7879-724-6. (384 pág.)

COMUNICACION DE LA COMISION AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITE ECONOMICO Y SOCIAL Y AL COMITE DE LAS REGIONES - Iniciativa europea de comercio electrónico /* COM/97/0157 final

http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=1997&nu_doc=157

GONZALEZ de la GARZA, Luis M. *COMUNICACIÓN PÚBLICA EN INTERNET*. Ed. Creaciones Copyright, S.L., Madrid, 2004. ISBN 84-933336-8-9

CORREA, Carlos. Acuerdo TRIPs. Ed. Ciudad Argentina, Bs.As., 1996. ISBN 950-9385-74-3.

CUNARD, Jeffrey P (Debevoise y Plimpton, Washington D.C.) ; HILL, Keith y BARLAS, Cris (Rightscom Limited, London). *EVOLUCIÓN RECIENTE EN EL CAMPO DE LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES*. OMPI/SCCR/10/2. Versión original: inglés. Publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el 1º de Agosto de 2003 , Ginebra, Suiza.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *DERECHO PRIVADO DE INTERNET*. CIVITAS EDICIONES, S.L., Madrid, España, 2000. ISBN 84-470-1409-6. (537 págs.)

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) *Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 - 0016*

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) [Diario Oficial L 201 de 31.7.2002].

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [Diario Oficial L 108 de 24.4.2002].

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) [Diario Oficial L 108 de 24.4.2002].

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) [Diario Oficial L 108 de 24.4.2002].

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) [Diario Oficial L 108 de 24.4.2002].

Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión espectro radioeléctrico) [Diario Oficial L 108 de 24.4.2002].

FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2da. Edición. Ed. Astrea, Bs.As., 1999. ISBN 950-508-399-8.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS. Sara Lidia. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE ESPECIAL, S.L.Feldstein de Cárdenas, Ed. Universidad, Bs., As., 2000 . ISBN 950-679-268-2. (444 págs.)

FELDSTEIN DE CÁRDENAS. Sara Lidia. *CONTRATOS INTERNACIONALES. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex Mercatoria*. Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1995. ISBN 950-20-0858-8. (222 págs.)

FELDSTEIN DE CÁRDENAS. Sara Lidia. *LEX INFORMÁTICA: La insoportable levedad de no ser*. Trabajo publicado por El Centro de Perfeccionamiento Dr. Ricardo Núñez del Poder Judicial de Córdoba, en el Libro Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky. Córdoba, 2004.

FRATALOCCHI, Aldo. *INCOTERMS. Contratos y Comercio Exterior*. 4ta. Edición. Ed. Macchi, 1999. ISBN 950-537-498-4.

GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. *El Derecho de Autor en Internet*. 2da. Edición. Ed. Comares, Barcelona, 2003, ISBN 84-8444-659-X.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y Comerciales. Partes general y especial*. 4ta. Edición. Ed. Astrea, Bs.As., 1998. ISBN 950-580-361-0 (Obra completa)

GINSBURG, Jane C. *ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS Y LOS OBJETOS DE DERECHOS CONEXOS TRANSMITIDOS POR LAS REDES DIGITALES*. OMPI/GCPIC/2. Original: Inglés. Publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 30/11/1999, Ginebra, Suiza.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 9na. Edición, Ed. Lexis Nexis, Depalma, Bs.As., 2002. ISBN 950-14-1854-5

GOMEZ SEGADE, José A. *EL DERECHO DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL*. Madrid, España. <http://www.intercodex.com/ficharticulo.php?D=2>

GONZALEZ DE LA GARZA, Luis. *COMUNICACIÓN PÚBLICA EN INTERNET*. Ed. Creaciones Copyright , S.L., Madrid, España, 2004, ISBN 84-933336-8-9. (594 págs.)

RAYNARD, J. *DROIT D'AUTEUR ET CONFLITS DE LOIS*. París, Litec, Biblioteca de derecho de la empresa, 1990.

KOUMANTOS, G. *COPYRIGHT IN CYBERSPACE*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 1997. (*Informe general ante el Congreso de la ALAI*, de 1996).

DESBOIS, A. – KÉRÉVE, Françon A. *LE CONVENTIONS INTERNATIONALES DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS*, de H. París, Dalloz, 1976.

INNIS , Harold . *The Bias of Communication*, University of Toronto Press, Toronto, 1951.

INNIS , Harold *Changing Concepts of Time*, University of Toronto Press, Toronto, 1952.

Intellectual Property on the Internet: A survey of issues. WIPO/INT/02- Original: English. Word Intellectual Property Organization (WIPO). Geneva, Switzerland, Data: December 2002.

<http://ecommerce.wipo.int>

KALLER DE ORCHANSKY, Berta. *MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*. 2ª Edición, PLUS ULTRA, Bs.As., 1979. (713 págs.)

KOENIGSBERG, I. Fred. (New York). An overview of the general business and legal principles involved in the licensing of copyright and related rights. - WIPO Wide on the Licensing of Copyright and Related Rights. Word Intellectual Property Organization (WIPO). Geneva, Switzerland, 2004.

LIPSZYC, Delia. *DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS*. Ed. UNESCO- CERLALC – ZAVALÍA, Bs.As., 1993. ISBN 950-572-240-0. (933 págs.)

LIPSZYC, Delia. *NUEVOS TEMAS DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS*. UNESCO –CERLALC-ZAVALÍA, Bs.As., 2004. ISBN 950-572-667-8 (525 págs.)

LUCAS, André. *TRAITÉ DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE*, de H.-J., París, Litec, 1994.

LUCAS, André. *ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS Y LOS OBJETOS DE DERECHOS CONEXOS TRANSMITIDOS POR LAS REDES DIGITALES*. OMPI/GCPIC/1. Original: Francés. Publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 25/11/1998, Ginebra, Suiza.

MCLUHAN, H. Marshall y POWERS, B.R. *The Global Village* (1980). Traducción Claudia Ferrari, cedida por E.Gedisa S.A., Editorial Planeta S.A., Barcelona, 1994.

MCLUHAN, H. Marshall *"The Medium is the Message"*. Bantan Books, Inc. USA-Canadá. 1967.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 44º periodo de sesiones* (Viena, 11 al 22 de octubre de 2004). Distribución general: 8 de noviembre de 2004. Original: inglés. A/CN.0/571.

XALABARDER, Raquel. *DERECHOS DE AUTOR: LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE*. Décimo Encuentro Regional de la Sociedad Americana de Derecho Internacional Privado. Undécimo Simposio Anual Fulbright (30 de marzo de 2001) http://uoc.terra.es/art/uoc/010520/xalabarder_imp.html

RIFKIN, Jeremy. *LA ERA DEL ACCESO. La Revolución de la nueva economía*. Título original: *The Age of Access*. Publicado en inglés, en 2000, por Jeremy P. Tarcher/Putnam Inc., a member of Penguin Putnam Inc., New York. Edición en castellano publicada por acuerdo de Jeremy P. Tarcher. © by Jeremy Tarcher. Edición en español de EDITORIAL PAIDÓS SACIF, Bs.As., 2000. Traducción: J. Francisco Alvarez y David Teira. ISBN 950-12-9058-1 (366 págs.)

ROGEL VIDE, Carlos. Coordinador. *Leyes, Actos, Sentencias y Propiedad Intelectual*; Ed. Reus, Madrid, 2004, ISBN 84-290-1401-2.

SERRANO FERNANDEZ, María . Contratos en torno a la Edición. Ed. Reus, Madrid, 2001. ISBN 84-290-1366-0.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Edición en español: *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* , Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1997.

SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil: Contratos*. 3ra. Edición. Ed. Deplama, Bs.As., 1994, ISBN 950-14-0060-3 (Obra completa)*

TEMAS DE DERECHO INDUSTRIAL Y DE LA COMPETENCIA. Director :Carlos María CORREA. T° 6 :Derecho del Comercio Internacional – Acuerdos Regionales y OMC. Obra en colaboración..Ed. Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura. Bs.As., 2004. ISBN 0328-9680 (535 págs.)

<http://www.europa.eu.int/comm/publications/booklets/move/36/es.doc>

http://www.europa.eu.int/index_es.htm

http://europa.eu.int/information_society/eeurope/index_en.htm (tratados)

<http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24190a.htm> (spam)

<http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24204.htm> (e-commerce)

<http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24152.htm> (I.V.A.)

(*) Mónica María Boretto.

Profesora de Derecho Internacional Privado , Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho de Autor en los Programas regulares de Posgrado de la Universidad Austral de Argentina . Miembro del Centro de Propiedad Intelectual de la Universidad Austral de Argentina.

boretto@email.it.

Tel/fax (00 54- 11) 4805-7770 / 15-5-022-1406

Buenos Aires, Argentina.