



**La protección de los derechos de autor
y las nuevas tecnologías:
La obras protegidas en Internet**

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: LAS OBRAS PROTEGIDAS EN INTERNET

SUMARIO: I. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA EXPLOTACIÓN DE LAS CREACIONES INTELECTUALES. II. DISPARIDAD ENTRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y EL ÁMBITO TERRITORIAL DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR. III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A) DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONALMENTE COMPETENTE. 1. Domicilio del demandado. 2. Autonomía de la voluntad. 3. La concreción del *forum delicti commissi* en nuestro ámbito problemático. B) DESIGNACIÓN DEL DERECHO APLICABLE. 1. Problemas en orden a la localización del hecho ilícito: la *lex loci protectionis*. 2. Iniciativas adoptadas en orden a la regulación jurídica de los derechos de autor.

I. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS PROTEGIDAS.

Los derechos de autor se configuran, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, como un conjunto de facultades de diversa índole, moral y patrimonial, otorgadas al autor de una obra literaria, artística y científica por el mero hecho de su creación¹. Es el autor, por tanto, el único que ostenta el derecho a reivindicar su obra y a exigir que se indique su nombre, se reconozca su paternidad, y a oponerse a la mutilación o deformación de su obra. Junto a estos derechos morales, le es concedida un haz de facultades de carácter patrimonial entre las que se encuentran el derecho de reproducción, el de distribución o el de comunicación pública de tal modo que su titular ostenta, con carácter exclusivo, el derecho a la explotación económica de la obra protegida. Mientras que los pri-

1 Vid., entre otros, F. BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual. Su significado en la Sociedad de la información*, Madrid, 1988; H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la Competencia desleal*, 2ª ed. Madrid, 1993; AA.VV. *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), 2ª ed., Madrid, 1997.

meros, los derechos morales, son inalienables las facultades de naturaleza patrimonial generalmente son objeto de cesión. El titular suele transferir su derecho o conceder licencias para que un tercero lleve a cabo la explotación de su obra².

Con el devenir de los tiempos esta configuración ha ido evolucionando y, sin lugar a dudas, el origen de esta evolución se encuentra en los avances tecnológicos³. En la actualidad, la aplicación de nuevas tecnologías a las creaciones intelectuales protegidas a través de los derechos de autor no sólo ha hecho surgir otros sujetos que, aún no siendo autores en sentido estricto/tradicional (creadores) requieren una protección muy similar, sino que también facilita el acceso de todos a la cultura. Ahora bien, en contrapartida, se crean mecanismos más sofisticados para la utilización de las obras protegidas. Al titular del derecho le resulta cada vez más difícil controlar la explotación de sus obras tanto por la rapidez en que se produce como por la multitud de personas que pueden tener acceso a las mismas. Asimismo, con las nuevas tecnologías las fronteras físicas de cada Estado desaparecen. Una obra protegida puede ser utilizada por varios individuos en distintos Estados, incluso simultáneamente. La imposibilidad de controlar la explotación y utilización masiva de las creaciones intelectuales resulta evidente y pone de relieve la necesidad de elaborar sistemas de protección de los derechos de autor adaptados a la nueva realidad⁴. Los cambios en la ordenación jurídica de los derechos de autor no se producen con la misma rapidez que los avances tecnológicos, de tal modo que frente a la internacionalización de las creaciones intelectuales las legislaciones nacionales sobre derechos de autor mantienen como principio básico de regulación el principio de territorialidad, de tal modo que cada Estado reconoce y protege los derechos que el mismo ha concedido. Principio de territorialidad cuya adopción encuentra fundamento en la indicencia que tienen las creaciones intelectuales y los derechos que sobre las mismas ostentan sus autores en el progreso cultural y económico de cada Estado. Sin embargo, las deficiencias de este principio ya obligaron cuando se elaboró en 1886 el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas a adoptar el principio de asimilación del extranjero al nacional o principio de trato nacional con el fin de garantizar la protección de sus nacionales en otros Estados. De este modo, la territorialidad se refiere a los países miembros del citado Convenio en los que se protegerá a los nacionales de otros Estados parte como a sus nacionales, atemperando así la problemática suscitada que aún se mantiene e incluso se agrava como consecuencia de los avances desarrollados en los últimos tiempos.

2 J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión exclusiva de derechos de autor*, Madrid, 1992.

3 Sobre la incidencia de las nuevas tecnologías, vid., entre otros, J.A. GÓMEZ SEGADE, "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright" en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 1996, pp. 131-152; J. MASSAGUER FUENTES/J. SALELLES, "El derecho de propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas", en R.G.D., 1997, núm. 636, pp. 10927-10959; AA.VV. *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, C. ROGEL VIDES (Coord.), Madrid, 1999

4 M. FICSOR, "El derecho de autor para el siglo XXI: Un tratado suplementario al Convenio de Berna", en *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual, Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, pp. 897-909.

La infracción de los derechos de autor presentan en la actualidad importantes peculiaridades que, en orden a la búsqueda de mecanismos de protección de estos derechos, se traducen en dificultades debido a su acusada dimensión internacional y a la presencia en un mismo supuesto de ordenamientos jurídicos muy dispares entre sí⁵. Dificultades a las que se añaden, además de las derivadas de las nuevas nociones técnicas, la necesidad de adaptar el ámbito de protección de estos derechos, limitado al territorio del Estado que lo concede, a su ámbito de ejercicio (universal).

En líneas generales, la licitud de una conducta vendrá determinada por la falta de consentimiento del titular del derecho, de tal modo que será lesiva para los derechos de autor la conducta consistente en el ejercicio de algunas de las facultades que integran el contenido del derecho cuando se lleve a cabo sin el consentimiento de su titular o del tercero al que le haya sido cedido. En el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, la legislación material sobre propiedad intelectual reconoce al autor, titular del derecho, un conjunto de facultades patrimoniales entre las que se encuentran la reproducción y distribución de la obra así como su comunicación pública. Si un tercero no autorizado fija la obra en un medio-soporte físico que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte, esto es, la materializa y la pone a disposición del público o la comunica públicamente permitiendo que una pluralidad de sujetos tenga acceso a la creación intelectual, su actuación será calificada como ilícita. No siendo el acto subsumible en el tipo penal, frente a la utilización no consentida de la obra protegida el titular del derecho lesionado podrá obtener la tutela de sus intereses interponiendo, en virtud de las normas recogidas en la legislación procesal española, demanda civil ante los tribunales del lugar donde se ha realizado el acto ilícito o los del lugar del domicilio del demandado. Y, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación material interna (LPI) este tribunal decidirá si el acto impugnado vulnera algunos de sus derechos, es decir, determinará la licitud o no del acto, así como las consecuencias que del mismo se derivan.

Cuando la lesión del derecho no se localiza en un único Estado o se localiza en varios Estados simultáneamente, la tutela de los intereses del titular del derecho lesionado puede verse mermada, debido a la ausencia de un sistema uniforme y homogéneo a través del cual se articule la protección internacional de los derechos de autor y, consecuentemente, al mantenimiento de importantes discrepancias en orden a la configuración jurídica de los derechos de autor entre los ordenamientos jurídicos de los Estados implicados. Para paliar estas deficiencias se han elaborado disposiciones, tanto de origen convencional como institucional, a través de las cuales si bien se pretendía la armonización e incluso unificación de esta institución, únicamente se ha logrado el establecimiento de un standard mínimo de protección que obliga a todos los Estados parte y se ha ampliado el círculo de personas protegidas⁶, manteniéndose el principio de territorialidad de

5 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La propiedad intelectual en Derecho internacional privado*, Granada, 1994; M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*, Cáceres, 2000, pp. 42 y ss.

6 M. VIRGÓS SORIANO, "Comentario al artículo 10.4 Cc", en M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.) *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, 1995, pp. 587 y ss.; M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La creación intelectual como objeto de intercambios (...)*, cit., pp. 25 y ss.

tal modo que, frente a la internacionalización de las obras protegidas el ámbito de protección del derecho se limita al territorio del Estado que lo concede.

II. DISPARIDAD ENTRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN Y EL ÁMBITO TERRITORIAL DE UTILIZACIÓN DE LAS OBRAS PROTEGIDAS.

El sistema adoptado en los ordenamientos jurídicos nacionales para garantizar la protección interna de los derechos de autor siendo un sistema aparentemente tan sencillo, se complica cuando nos referimos a la lesión de los derechos de autor a través de Internet y a sus mecanismos de protección. Básicamente la razón de ser de esta problemática se encuentra, como ya avanzábamos, en la acusada dimensión internacional que presentan estos supuestos. Los derechos de autor, tal y como están configurados tanto en las disposiciones de origen interno como en las de origen convencional e institucional se caracterizan por su territorialidad. En este sentido, se entiende que el derecho de autor sólo existe en el país que lo concede y únicamente en este Estado puede ser lesionado. Evidentemente, las nuevas tecnologías han puesto de relieve la propia crisis del principio de territorialidad como principio básico de ordenación jurídica de los derechos de autor.

La protección de los derechos de autor es un elemento clave para el progreso cultural y económico de un país. El establecimiento de mecanismos eficaces y eficientes para la tutela de los intereses personales y patrimoniales de la persona que crea una obra constituye el incentivo necesario para el crecimiento de la producción intelectual nacional. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, la industria destinada a la explotación de las creaciones intelectuales (editorial, cinematográfica, ...etc.) también se ve afectada positivamente, aumentando la inversión económica en estos sectores. Por el contrario, la desprotección del titular de los derechos de autor provoca una situación caótica en la que la posibilidad de utilizar indiscriminadamente las creaciones intelectuales por todos los ciudadanos y la disminución o ausencia de obtención de beneficios económicos que les reporta la explotación de la obra, conlleva necesariamente la crisis en este sector y, en general, en el progreso cultural y económico de cada país. Como hemos señalado, es la presencia de este interés público la que sirve de fundamento a los legisladores nacionales para adoptar un sistema de protección de los derechos de autor limitado territorialmente⁷. Sin embargo, hoy por hoy, los mecanismos de protección existentes, basados en este principio no resultan eficaces para la tutela exigida por los derechos de autor ante la nueva realidad socioeconómica. Los nuevos medios de comunicación y técnicas de reproducción de las creaciones intelectuales, si bien facilitan su difusión, el acceso de todos a la cultura y la expansión de los sectores industriales destinados a la explotación de aquéllas, también han supuesto un grave obstáculo para la protección de los derechos de

7 M. VIRGÓS SORIANO: "Comentario al artículo 10.4 Cc", cit., p. 590, que, siguiendo a F. VISCHER, afirma que "la estrecha relación que el régimen de los derechos inmateriales presenta con la política económica y cultural de un país", justifica la adopción de normas unilaterales de carácter territorial

autor en el mundo actual. En definitiva, el desarrollo tecnológico de los últimos tiempos pone de manifiesto la necesidad de adaptar los sistemas de protección previstos en las legislaciones nacionales a esta nueva realidad⁸.

Las nuevas formas de utilización de las creaciones intelectuales facilitadas por la tecnología más reciente suponen, sin duda alguna, una amenaza para los derechos de autor, tal y como están configurados en las normas convencionales y en los ordenamientos jurídicos nacionales⁹. Uno de los instrumentos fundamentales del desarrollo tecnológico al que venimos haciendo referencia son las denominadas "autopistas de la información" a través de las cuales se producen intercambios continuos de información, pudiendo ser, las obras protegidas a través de los derechos de autor parte de esa información. Internet, por ejemplo, es una red de telecomunicaciones que conecta a millones de personas en todo el mundo y permite que todos los usuarios puedan acceder a las obras protegidas, reproducirlas en un soporte físico e incluso modificarlas¹⁰. En efecto, si tradicionalmente la publicación de una obra en un Estado era un hecho prácticamente desconocido en el resto del mundo, hoy en día, con Internet, un autor coloca su obra en un servidor y cualquier persona, desde cualquier parte del mundo, puede acceder a ella. Acceso que le permitirá hacer una utilización de dicha obra careciendo del consentimiento del titular del derecho. Incluso, simultáneamente, varias personas de diferentes países pueden utilizar esa obra realizando una nueva publicación (modificación ilícita) en Internet (comunicación pública ilícita) en servidores que radican en distintos Estados. La red de internet no se ubica en ningún Estado concreto sino que, por el contrario, está en todo el planeta simultáneamente. Crea una nueva dimensión. Nueva dimensión que suscita una nueva problemática y a la que se deben dar nuevas soluciones.

La posibilidad, prácticamente ilimitada, que ofrecen las innovaciones tecnológicas de los últimos años en relación con la difusión de las creaciones intelectuales, obstaculiza el ejercicio exclusivo del derecho que ostenta el autor. Los avances tecnológicos han enriquecido considerablemente algunas formas de explotación de los denominados derechos patrimoniales de autor, obligando, incluso, a adaptar a los mismos la regulación jurídica de esta institución. En nuestro ordenamiento, la adaptación del régimen jurídico de los derechos de autor a la nueva realidad ha sido uno de los objetivos perseguidos por el legisla-

8 F. RIVERO HERNÁNDEZ: "Comentario a la Sección Segunda, del Libro I, del Título II", en *Comentarios (...)*, 2ª de., p. 294, y la bibliografía recogida.

9 C.A. RISHER: "El derecho de autor y las nuevas tecnologías: un desafío para los editores de libros", *B. d. A.*, 1993-3, pp. 4-13; D.F. SHAW: "La edición electrónica y el derecho de autor en el ámbito científico", *B. d. A.*, 1993-3, pp. 14-18.

10 Vid.: AA.VV.: *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996; R. FERNANDEZ CALVO: "Las autopistas de la información: INTERNET como herramienta de trabajo para los profesionales del Derecho", *A.C. núm. 17*, oct. 1995; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas", en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996, pp. 71-109.

dor que, respondiendo a esta finalidad, incluye en la LPI técnicas muy avanzadas en orden a la comunicación pública de la obra intelectual¹¹.

En las cuestiones que plantean las autopistas de comunicación, como internet, se encuentra “el auténtico “mascarón de proa” de los problemas jurídicos que origina la “sociedad de información””¹². La proliferación de situaciones privadas internacionales que tienen por objeto la protección de los derechos de autor requiere la búsqueda de soluciones. El Derecho internacional privado resulta imprescindible para ofrecer respuesta a las nuevas situaciones en las que los autores cuyos derechos han sido lesionados en un Estado distinto de aquél que los concedió reclaman la tutela de sus intereses personales y económicos. La pluralidad de normas, tanto de origen estatal como convencional, regidas por el principio de territorialidad y entre las cuales se puede constatar la existencia de importantes diferencias en orden a la configuración jurídica de esta institución exige el recurso a técnicas de Derecho internacional privado, tanto en orden a la determinación del tribunal competente, como en relación con la designación del ordenamiento aplicable al derecho de autor que busca protección en el foro frente a actos lesivos verificados, bien en un Estado extranjero, bien en varios países simultáneamente¹³.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

A) DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONALMENTE COMPETENTE.

La determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de litigios relativos a la protección de los derechos de autor frente a actos presuntamente ilícitos, a diferencia de lo que ocurre en relación con otros derechos que recaen sobre bienes inmateriales¹⁴ suscita algunas dificultades debido a la inexis-

11 F. RIVERO HERNÁNDEZ: “Comentario a la Sección Segunda, (...)”, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual* (...), 2ª ed., cit., p. 292.

12 J. CARRASCOSA GONZALEZ: “Contratos en el sector audiovisual e informático”, en A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, p. 1709.

13 Vid., per omnia, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, 2001.

14 En relación con el derecho de patentes el Convenio de Munich de 1973, el Convenio de Luxemburgo de 1975 y el Protocolo comunitario, limitado a la regulación de los litigios en materia de violación y validez de patentes recogen normas a través de las cuales se determina la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados parte, remitiéndose a las reglas del Convenio de Bruselas en determinados supuestos. El Convenio de Munich de 5 de octubre de 1973 sobre concesión de patentes europeas y protocolo sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones relativas al derecho de obtención de la patente europea.(BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1986); Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria de 15 de

tencia de norma alguna que aborde esta problemática. De este modo, en ausencia de disposición específica, frente a la lesión de los derechos de autor su titular planteará la demanda atendiendo a los foros previstos en el conjunto de normas que integran el sistema de Derecho internacional privado sobre competencia judicial internacional. Sistema que en el ordenamiento jurídico español está integrado, básicamente, por el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siendo subsumible los supuestos de infracción de los derechos de autor en el ámbito de aplicación del texto convencional¹⁵, nuestro estudio debe tener en cuenta que ni este texto ni las normas de origen interno recogen en su articulado disposiciones a través de las cuales se designe el órgano judicial internacionalmente competente para conocer de este tipo de litigios. Únicamente los artículos 16.4 del Cv. Bruselas y 22.1 LOPJ hacen referencia a estos derechos al regular (incluir) en su supuesto de hecho “los derechos de propiedad industrial y otros derechos análogos”¹⁶. Ahora bien, estos preceptos se limitan a determinar la competencia judicial internacional en los litigios relativos a la validez o no de una inscripción registral designando la competencia exclusiva de los tribunales del Estado en el que se solicitó o se efectuó la inscripción litigiosa. De este modo, el régimen jurídico de la competencia judicial internacional en el ámbito de los derechos de autor se articula en función de la pretensión litigiosa. La designación del órgano judicial internacionalmente competente para conocer de litigios que tienen por objeto situaciones privadas internacionales relativas a la tutela de los derechos de autor frente a actos ilícitos se realizará con arreglo a los foros, generales y especiales, previstos en el Convenio de Bruselas y en la LOPJ, en sus respectivos ámbitos de aplicación. Muy someramente vamos a analizar las ventajas e inconvenientes que presentan los foros previstos en el sistema español de Derecho internacional privado sobre com-

diciembre de 1975 (modificado en 1989, Acuerdo 89/695/CEE del Consejo, sobre patentes comunitarias, DOCE L 401, de 30 de diciembre de 1989. artículos 66 y 69.; Artículo 13 Convenio de Luxemburgo sobre la patente comunitaria, cit. Vid. M. DESANTES REAL: “La patente comunitaria y la crisis del principio de territorialidad”, *REDI*, 1991, pp. 323-350; ib.: “El Acuerdo sobre patente comunitaria de 1989 competencia razione materiae de los órganos encargados de su aplicación”, *Noticias CEE*, núm. 86, 1992, pp. 31-43; MCCLELLAN: “La Convention sur le brevet européen”, *Cab. dr. europ.*, 1978, pp. 202 y ss.

15 Tratándose de una categoría autónoma el único criterio válido para su concreción es la interpretación que de la misma haya ofrecido el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas. En este sentido, aunque la jurisprudencia es escasa (SSTJCE. de 14-X-1976, LTU c. Eurocontrol, as. 29/76, Rec. p. 1541; de 14-VII-77, Bavaria Fluggesellschaft und Germanair c. Eurocontrol, as. 9 y 10/77, Rec. p. 1517; de 16-XII-1980, Niederlande c. Rüffer, as. 814/79, Rec. p. 3807; de 21 de abril de 1993, Sonntang c. Waidmann, as. 172/91, Rec. 91) ha dejado sentado que “el ámbito de aplicación debe determinarse por razón de los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o por su objeto”(cdo. 14, STJCE de 16-XII-1980, Niederlande c. Rüffer, as. 814/79, Rec. p. 3807)

16 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 16 del Convenio de Bruselas”, en A.L. CALVO CARAVACA (ed.) *Comentarios al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1996, pp. 319-342.

petencia judicial internacional. El análisis conjunto de ambos regímenes, convencional y estatal, se justifica en las similitudes entre ellos; no obstante debe tenerse presente que, en la práctica, la primacía del texto convencional y el incremento de las relaciones comerciales en el ámbito comunitario conllevan que en la mayoría de los litigios que tengan por objeto una situación privada internacional relativa a la tutela de los derechos de autor el órgano judicial competente se determine con arreglo a las disposiciones recogidas en el Convenio de Bruselas, aplicándose en pocas ocasiones las disposiciones internas recogidas en la LOPJ.

1.- DOMICILIO DEL DEMANDADO.

El domicilio del demandado es adoptado como foro de competencia general tanto en el Convenio de Bruselas como en la LOPJ¹⁷. Incluso, algunos sistemas de Derecho comparado han optado por otorgar competencia judicial internacional en los litigios que versen sobre la protección de los derechos de autor frente a actos presuntamente ilícitos a los tribunales del Estado en el que el demandado esté domiciliado¹⁸. Actuando como criterio atributivo de competencia independientemente del lugar donde se haya ejecutado el acto presuntamente ilícito, del lugar donde se haya producido el daño o del Estado en el que el derecho de autor nace.

La utilización de este foro presenta importantes ventajas. El domicilio del demandado es suficiente para otorgar competencia a los tribunales de este Estado, evitándose, así, los problemas que se derivan de la dispersión geográfica de los elementos del ilícito. Atendiendo a criterios de buena administración de justicia su utilización también resulta beneficiosa. Aunque el hecho ilícito se produzca como consecuencia de una secuencia de actos en distintos Estados o el daño se encuentre geográficamente disperso permite centralizar en un único proceso la substanciación de distintas acciones. Asimismo, favorece los intereses de demandante y demandado en el litigio. De un lado, respondiendo al principio de seguridad jurídica, las partes litigantes conocen de antemano el tribunal competente. Y, de otro, porque, teniendo en cuenta la presencia de los bienes del demandado en el lugar de su domicilio y que en la mayoría de los supuestos este foro coincide con el lugar en el que se lleva a cabo el hecho presuntamente ilícito, facilita la ejecución de la sentencia condenatoria tanto en los litigios que tiene por objeto la indemnización del daño causado como aquellos en los que pretende evitar que éste se produzca o el cese de una actividad presuntamente ilícita. Y al demandado le permite una adecuada organización de su defensa procesal¹⁹.

17 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción al Derecho internacional*, pp. 200-201 y 231-232; Ib.: *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2000.

18 Vid. artículo 109.1 de la Ley suiza de Derecho internacional privado, en virtud del cual: "Les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut de domicile, ceux du lieu où la protection est invoquée sont compétents pour connaître des actions portant sur les droits de propriété intellectuelle. Font exception les actions sur la validité ou l'inscription de droits de propriété intellectuelle à l'étranger". P. LALIVE/M.C. SCHERER: "Jurisprudence suisse: Note a la sentencia de 27 de noviembre de 1991. ATF 117 II 598". *J.D.I. (Clunet)*, 1996-3, p.716.

19 A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción al Derecho internacional (...)*, ob. cit., pp. 200.

En el ámbito de los derechos de autor la utilización del foro del domicilio del demandado para determinar el tribunal competente supone la superación del principio de territorialidad como principio básico de regulación en la materia. A diferencia de lo que ocurre en el relación con la designación del Derecho aplicable, en el sector de la competencia judicial internacional se atenúan los efectos de dicho principio. El Convenio de Bruselas ha supuesto la ruptura de la correlación *forum-ius* tradicionalmente vigente en el ordenación jurídica de los derechos de autor²⁰.

2.- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La intervención de la autonomía de la voluntad de las partes litigantes para determinar el órgano judicial internacionalmente competente en supuestos de infracción de los derechos de autor constituye un primer paso para la necesaria superación del principio de territorialidad como principio de regulación del sistema de Derecho internacional privado sobre derechos de autor, además de constituir una garantía para la protección de los intereses de las partes litigantes y, en general, del tráfico privado internacional.

Como foro de competencia supone que, a diferencia de lo que ocurre en el sector del Derecho aplicable, la incidencia del principio de territorialidad en orden a la determinación del tribunal internacionalmente competente no impide que los tribunales de un Estado puedan conocer de litigios que versen sobre derechos de autor concedidos por otros Estados y lesionados en sus territorios²¹. La sumisión, tácita o expresa, de las partes a los órganos judiciales nacionales fundamenta la competencia de estos últimos independientemente del lugar donde se efectúa el hecho lesivo o se produce el daño. De este modo, la voluntad de las partes litigantes puede hacer internacionalmente competente a los tribunales de un Estado para conocer de litigios relativos a la lesión del derecho de autor derivada de actos realizados en el territorio de otro Estado. El juego de la autonomía de la voluntad también garantiza la protección de los intereses de las partes que, en la mayoría de los casos, se traducen en la elección de un foro cercano a sus domicilios. Asimismo, atendiendo a criterios de buena administración de justicia, la elección de un tribunal con el que la situación privada internacional presenta vínculos estrechos favorece la celeridad del proceso haciéndolo más fácil y menos costoso para las partes litigantes.

20 J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Liens entre compétence judiciaire et compétence législative", *Rec. des Cours* 156 (1977-III), p. 314 y ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*, Madrid, 1996.

21 Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO/P. JIMENEZ BLANCO, "Bienes inmateriales", en J.C. FERNANDEZ ROZAS (DIR) *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996, p. 206. En esta línea se afirma que la correlación *forum-ius* no siempre se produce ya que la norma, unilateral, prevista en el artículo 10.4.Cc no ofrece una solución a aquellos supuestos en los que el derecho ha sido lesionado en el extranjero. Vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y libre circulación de mercancías*; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *La propiedad intelectual en Derecho internacional privado*, Granada, 1994, pp. 85 y ss.

Tanto en el supuesto de que exista un acuerdo entre demandante y demandado -sumisión expresa- como en el caso en el que no existiendo tal acuerdo se sometan tácitamente, la intervención de la autonomía de la voluntad permite a las partes elegir el tribunal que consideren más adecuado para la tutela de sus propios intereses. Intereses que varían no sólo en función de la posición que ocupen en el proceso sino también en función de la pretensión litigiosa²². En esta línea, no es factible la sumisión expresa o tácita de las partes litigantes en aquellos litigios que tienen por objeto la *indemnización* o resarcimiento del daño causado. La parte actora elegirá un foro atendiendo a las posibilidades de ejecutar la sentencia (criterio que en la actualidad, gracias a los sistemas convencionales de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras ha pasado a segundo lugar²³) y a la cuantía indemnizatoria que, tratándose de una cuestión estrictamente procesal, se determina en virtud de lo dispuesto en la *lex fori*²⁴. La cuantía de la indemnización adquiere mayor importancia como criterio para la elección del foro pero, frente a los intereses del demandante, centrados en la obtención del mayor beneficio económico, se encuentran los del demandado que le llevarán a optar por los tribunales de un Estado cuyo ordenamiento establezca una cuantía baja en relación con las indemnizaciones por daños causados a los titulares de los derechos de autor. Con carácter general, demandante y demandado coinciden en la elección del tribunal del lugar en el que se lleva a cabo la conducta lesiva o donde se produce el daño que de ésta se deriva. Al coincidir generalmente con el lugar del domicilio del demandado, su elección por el demandante se justifica por las facilidades que ofrece en orden a la ejecución de la sentencia condenatoria (en el supuesto de acción de cesación) o en orden a la adopción de las medidas cautelares solicitadas²⁵. Respecto del demandado, también resulta favorecido pues su utilización le permite una adecuada organización de su defensa procesal²⁶.

22 Sobre las acciones concedidas por los ordenamientos nacionales y su incidencia en los criterios de atribución de competencia vid., en el ámbito de las patentes, C. GONZALEZ BEILFUSS: *Nulidad e infracción (...)*, ob. cit., pp. 198 ss.

23 Vid. A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción al Derecho internacional (...)*, ob. cit., 485 y ss y la bibliografía recogida.

24 Sobre derecho aplicable al proceso, vid., *per omnia*, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción al Derecho internacional privado*, ob. cit., pp. 591 y ss.

25 Las medidas cautelares han adquirido una gran importancia como consecuencia de los ilícitos cometidos a través de las nuevas tecnologías y a la introducción de la obra protegida en el mercado. El acto ilícito no se consuma en un único Estado, sino que son varios actos los que dan lugar a la producción del ilícito. La nueva realidad, caracterizada por el progreso tecnológico, pone de manifiesto la necesidad de establecer un sistema de protección rápido y eficaz y justifica el establecimiento de las medidas cautelares. Sobre la medidas cautelares, en el ámbito de los derechos de patentes vid. C. GONZALEZ BEILFUSS: *Nulidad e infracción (...)*, ob. cit., pp.165-192.

26 A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZALEZ: *Introducción al Derecho internacional (...)*, ob. cit., pp. 200.

3.- LA CONCRECIÓN DEL *FORUM DELICTI COMISSI* EN NUESTRO ÁMBITO PROBLEMÁTICO.

La aplicación de la norma recogida en el artículo 5.3. del Convenio de Brusela en el ámbito de los derechos de autor se llevará a cabo en determinados litigios en los que, para asegurar una buena administración de justicia y una organización útil del proceso, resulta más beneficioso que pueda conocer del mismo un tribunal territorialmente más cualificado, esto es, que presente vínculos más estrechos con la situación privada internacional objeto del litigio. En esta línea, los problemas que suscita la aplicación del precepto citado, ampliamente analizados por la doctrina española y extranjera²⁷, se reproducen en relación con la aplicación del criterio atributivo de competencia previsto en el precepto citado en el ámbito de los derechos de autor.

La expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” que el precepto utiliza, puede ser objeto de varias interpretaciones. A través de ella se puede hacer alusión tanto al lugar en el que se lleva a cabo el acto generador del daño, como al lugar en el que se manifiesta el resultado dañoso. La elección por el demandante entre uno (lugar del hecho) y otro (lugar del daño), cuando no concurren lugar de acción y lugar del resultado, fue la solución ofrecida por el Tribunal de Justicia con ocasión del célebre asunto *Bier Reinwater c. Mines de Potasse d'Alsace*²⁸. No obstante, no parece ser la solución más adecuada para los supuestos en los que el daño se manifiesta simultáneamente en el territorio de diferentes Estados²⁹. Además, en el supuesto de la lesión de los intereses del titular de los derechos de autor (esto es, los intereses del autor o del cesionario del derecho), la incidencia del principio de territorialidad en la determinación de los tribunales competentes suscita importantes problemas en orden a la distinción: lugar del daño/lugar del hecho generador.

En los litigios relativos a la infracción de los derechos de autor, la dispersión geográfica de los elementos del ilícito³⁰ obstaculiza la determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de este tipo de supuestos. La com-

27 Vid. M. ESLAVA RODRIGUEZ: *Protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1996, pp. 122 y ss.; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Mass media y Convenio de Bruselas: ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional? Consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de marzo de 1995, AS. C-68/93, *Fiona Shevill y otros v. Presse Alliance*”, *GJCEE*, B-107, oct. 1995, pp. 5-15

28 Vid. STJCE de 30 de noviembre de 1976, AS. 21/76, *H andelswekerij G J Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace*, Rec. 1976, pp. 1735 y ss.

29 Vid. M. ESLAVA RODRIGUEZ: *Protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: (...)*, Cáceres, 1996, pp. 122 y ss.

30 Sobre los problemas que, en Derecho internacional privado, suscita la dispersión geográfica de los elementos del delito, en relación con los atentados a la vida privada, vid. M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *Delimitación civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: (...)*, ob. cit., pp. 197 y ss; P BLANCO -MORALES LIMONES: “Comentario al artículo 5.3”, en *Comentario al Convenio (...)*, loc. cit., pp. 119-130; *Ib.*: “Mass media y Convenio de Bruselas: ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional? (...)”, cit. pp. 5 y ss..

petencia judicial internacional de los tribunales del lugar donde se ejecuta el acto presuntamente ilícito cobra especial relevancia en el ámbito de los derechos de autor. Tanto el principio de seguridad jurídica como el principio de territorialidad informan esta solución. De un lado, demandante y demandado conocen previamente el tribunal competente. De otro, el lugar del hecho lesivo como criterio atributivo de competencia responde a la exigencia de conexión entre el supuesto litigioso y el tribunal competente³¹. Asimismo, la utilización de este foro favorece la tutela de los intereses de las partes litigantes y los del tráfico privado internacional. Responde a los fines de una buena administración de justicia que, atendiendo a criterios de proximidad, requiere el establecimiento de un foro con el que la conducta presuntamente ilícita presente vínculos estrechos³². Por último, este foro actúa no sólo cuando la pretensión tiene por objeto la reparación del daño causado, sino también cuando el demandante, ante la existencia de indicios racionales de que el daño va a producirse, ejercita una acción preventiva.

No obstante, las peculiaridades de la materia que nos ocupa suscitan algunas dificultades en orden a la utilización del lugar donde se realiza la conducta ilícita como criterio atributivo de competencia. El desarrollo de nuevas técnicas destinadas a la explotación económica de la creación intelectual favorecen la realización de conductas lesivas para los derechos de autor. Conductas que bien se ejecutan en varios Estados simultáneamente (distribución) bien están constituidas por una secuencia de actos realizados en el territorio de distintos Estados siendo uno de ellos determinante para que nazca el ilícito. Este hecho, unido a la ausencia de un sistema uniforme para la protección internacional de los derechos de autor y, consecuentemente, a la presencia en situaciones privadas internacionales de ordenamientos jurídicos dispares, suscitan algunos problemas en orden a la concreción del acto determinante del ilícito³³.

En Derecho español, cada atentado a una de las facultades o derechos que conforman bien el derecho patrimonial bien el derecho moral de autor constituyen tipos de ilícitos diferentes³⁴. La infracción del derecho de distribución se entiende realizada en el Estado en el que se distribuye ilícitamente la obra. El lugar donde se realiza el hecho presuntamente ilícito como foro de competencia judicial internacional hace competente a los tribunales del Estado en el que tal distribución ha sido realizada. En estos supuestos, la utilización de este foro no suscita mayores dificultades. Éstas surgen en aquellos supuestos en los que la dis-

31 Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO/P. JIMENEZ BLANCO: "Bienes inmateriales", loc. cit., p. 206.

32 Vid. A.L. CALVO CARAVACA: *Comentarios al Convenio de Bruselas*, ob. cit., pp. 149 y ss., en especial, p. 159; M. ESLAVA RODRIGUEZ: *Protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional*: (...)

33 A. DELGADO PORRAS: *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, 1998.; J.M. GOMEZ BENITEZ/G. QUINTERO OLIVARES: *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, 1988, pp. 55-77 y 130-191.

34 D. CORDOBA PROCIA: "Competencia territorial de los juzgados y tribunales para conocer de los ilícitos penales y civiles cometidos por medio de la prensa e imprenta", *R.G.D.*, 1995, núm. 608, pp. 4887 y ss.

tribución se realiza en varios Estados, simultáneamente, por una misma empresa distribuidora. La necesidad de interponer tantas demandas como Estados implicados perjudica a la víctima. que, además de dar lugar a una pluralidad de procesos idénticos, puede ver mermada la tutela de sus intereses como consecuencia de la diversidad de contenidos que en cada uno de los Estados implicados tiene el derecho de autor. Para paliar los efectos negativos señalados se podría admitir que, siendo una misma empresa demandada, el lugar en el que ésta tiene su establecimiento principal es en el que se produce realmente la distribución ilícita. Una distribución con efectos en otros Estados. Las ventajas de esta última solución para las partes litigantes y, en general, para el tráfico privado internacional, son evidentes. No obstante, resulta ficticia la elección para el demandante desde el momento en que el Estado en el que la empresa distribuidora tiene su establecimiento coincide con el foro del domicilio del demandado.

Mayores problemas se suscitan en aquellas situaciones privadas internacionales en las que el hecho presuntamente ilícito está constituido por una secuencia de actos cada uno de ellos realizados en distintos Estados. Es el caso, por ejemplo, de la comunicación pública, facultad en la que más han incidido las nuevas tecnologías como Internet, de creaciones intelectuales sin el consentimiento del titular del derecho. En principio, al difundir a una pluralidad de sujetos una obra sin el consentimiento de su titular se está infringiendo el derecho de comunicar públicamente. Ante supuestos como el descrito, se entiende que el lugar donde se realiza el hecho presuntamente ilícito es aquel desde el que se emite la creación intelectual. Ahora bien, si la emisión no es recibida o recepcionada, no puede decirse que la obra haya sido comunicada públicamente. La emisión y recepción son actos necesarios para que se pueda hablar de comunicación pública.

En este tipo de supuestos, constituidos por una secuencia de actos, el lugar del acto como foro de competencia suscita algunas dificultades. Se podría interponer la demanda, indistintamente, ante los tribunales del Estado desde el que se emite o ante los tribunales del Estado en el que se produce la recepción de aquella emisión. Esta solución resulta inadecuada para la tutela de los intereses del tráfico privado internacional. La inseguridad que se deriva pone de relieve la necesidad de concretar cuál de los actos de la secuencia es determinante para que nazca el ilícito. En este punto, las discrepancias entre los ordenamientos jurídicos nacionales exigen la adopción de disposiciones a través de las cuales se armonice o unifique el régimen jurídico de los derechos de autor. Inclinarsé por el lugar de recepción no sólo da lugar a una atomización del proceso (tantas demandas como Estados receptores) con el peligro que ello conlleva de cara a la diversidad de soluciones que se pueden ofrecer en función de la *lex loci protectionis* que resulte aplicable sino también porque es más imprevisible. Por contra, considerar que el acto de emisión es el hecho determinante del ilícito resulta la solución más beneficiosa. Atendiendo a criterios de buena administración de justicia porque concentra el proceso, evitando la atomización del proceso. Para el demandante porque, si bien en la mayoría de los casos la elección entre foros generales resulta ficticia (porque lugar del hecho coincidirá con el del domicilio del demanda-

do) únicamente debe interponer una demanda, su concreción es más fácil (lugar más fácil de conocer), recibirá una única solución. Para el demandado dado que en la mayoría de los supuestos coincidirá con el lugar en el que esté domiciliado, permitiéndole una adecuada organización de su defensa procesal.

A pesar de las dificultades expuestas, esta interpretación ha sido ofrecida por el Tribunal de justicia en la Sentencia dictada con ocasión del asunto *Fiona Shevill*. La interpretación amplia que el Tribunal de Justicia realizó en el citado asunto Minas de Potasio de Alsacia unida a la indeterminación del foro del lugar del daño y del lugar del hecho ilícito ha suscitado, como en su día señaló la doctrina, algunas dificultades. Estas circunstancias han llevado al Tribunal de Justicia a realizar algunas matizaciones en la sentencia de 7 de marzo de 1995 dictada con ocasión del asunto *Fiona Shevill*. En su pronunciamiento precisa, atendiendo a las circunstancias del supuesto litigioso (la infracción de los derechos de la personalidad mediante prensa), qué debe entenderse por lugar del daño y lugar en el que se lleva a cabo la conducta ilícita. Por lo que hace a este último, el Tribunal de Justicia lo identifica con el lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida, en tanto que constituye el lugar del origen del hecho dañoso a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido³⁵. En su decisión el Tribunal está identificando el lugar en el que se produce el hecho presuntamente ilícito con el lugar del domicilio del demandado. La elección de las partes litigantes para la designación, en virtud de los foros generales del sistema de competencia judicial internacional, del tribunal competente resulta ficticia

En relación con la competencia de los tribunales del lugar en el que se produce el efecto lesivo, la sentencia Fiona Shevill también resulta novedosa. El Tribunal de Justicia resuelve los problemas que se plantean en aquellos supuestos en los que el daño está plurilocalizado. Con base en el principio de proximidad, afirma que los tribunales del lugar en el que se produce el efecto lesivo, son competentes para conocer únicamente de los daños causados en su territorio. Mientras que, en relación con los tribunales del lugar en el que se lleva a cabo la conducta presuntamente ilícita, afirma su competencia para conocer de todos los daños derivados del acto presuntamente ilícito. Como señalábamos, la interpretación del Tribunal de Justicia, contraria a criterios de buena administración de justicia, obliga al demandante a interponer su demanda ante cada uno de los tribunales en cuyos Estados el acto ilícito produzca efectos lesivos.

En el ámbito de los derechos de autor, sin embargo, las disparidades entre los ordenamientos presentes en un supuesto de tráfico externo en orden a la concreción del acto determinante del ilícito obstaculiza la aplicación de la jurispru-

³⁵ P BLANCO -MORALES LIMONES: "Comentario al artículo 5.3", en *Comentario al Convenio (...)*, loc. cit., pp. 119-130; *Ib.*: "Mass media y Convenio de Bruselas: ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional? (...)", cit. pp. 5 y ss. M. ESLAVA RODRIGUEZ: *Protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: (...)*, cit., pp. 122 y ss.;

dencia del Tribunal de Justicia en el asunto Fiona Shevill. La solución requiere la adopción de normas que determinen en cada supuesto en qué lugar se entiende localizado el acto presuntamente ilícito. Este foro únicamente actuaría en el supuesto en el que la pretensión tuviera por objeto la reparación o indemnización del daño causado. No obstante, el principal problema se suscita en aquellos supuestos en los que el daño se produce en varios Estados. En estos casos será necesario determinar si la demanda debe ser interpuesta ante los tribunales de cada uno de los Estados afectados, de tal modo que cada uno conozca de los daños que el acto presuntamente ilícito haya generado en su territorio. O únicamente ante uno de ellos, en cuyo caso el tribunal así designado conocerá de todos los daños causados en los distintos Estados. En las situaciones privadas internacionales en las que el daño derivado de una conducta presuntamente ilícita se localiza en varios Estados se debe determinar si los tribunales del lugar del daño son competentes para conocer de todos los daños derivados del acto presuntamente ilícito o, por el contrario, sólo pueden conocer de los daños acaecidos en su territorio (competencia limitada de los tribunales del lugar del daño)³⁶.

Atendiendo a criterios de buena administración de justicia la primera parece la solución más acertada. La competencia del tribunal de uno de los Estados en los que se produce el daño para conocer de todos los daños derivados del acto presuntamente ilícito evita la multiplicidad de procesos. Pero resulta contraria al principio de territorialidad. Los derechos de autor se vinculan con el ordenamiento del Estado que los concede y se limita a éste su ámbito de aplicación o alcance de tal modo que fuera de este Estado el derecho no existe³⁷. La territorialidad exige una conexión con determinado Estado. Esta exigencia se satisface cuando los daños se han producido en el Estado del foro. Si se generan en varios Estados la conexión territorial exigida únicamente se produce respecto de los daños producidos en el Estado del foro y no respecto de los generados en otros Estados. Salvo que se entienda que teniendo todos los daños su origen en un mismo hecho generador la conexión exigida se cumple. La segunda solución, fiel al principio de territorialidad, significa que los tribunales del lugar del daño son competentes únicamente para conocer de las consecuencias lesivas producidas en su territorio. Inspirada en criterios de proximidad atribuye competencia a una jurisdicción que presenta una estrecha conexión con la demanda. Conexión que si existe en relación con los daños producidos en su territorio. Pero no hay conexión que justifique su competencia para conocer de los daños producidos en otros Estados, ni con base en el lugar del daño ni con base en el lugar en el que se lleva a cabo la conducta ilícita. Sin embargo, aunque ha sido la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia en el Asunto Fiona Shevill, resulta contraria a los fines de una buena administración de justicia. El demandante debe iniciar un proceso distinto ante todos y cada uno de los tribunales en cuyos territorios el acto presuntamente ilícito haya ocasionado un perjuicio. Se producirá, por tanto,

36 Vid. M. ESLAVA RODRIGUEZ: *Protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: (...)*, Cáceres, 1996, pp. 122 y ss.

37 N. BOUZA VIDAL: "Aspectos de Derecho internacional privado (...)", loc. cit., p. 240 ss.

una atomización del proceso y el procedimiento destinado a la protección del derecho de autor resulta más lento y costoso para las partes litigantes³⁸.

B) DESIGNACIÓN DEL DERECHO APLICABLE.

1. Problemas en orden a la localización del hecho ilícito: la *lex loci protectionis*.

La aplicación de nuevas tecnologías, como Internet a las creaciones intelectuales protegidas ha dado lugar a la proliferación de situaciones privadas internacionales que tienen por objeto la protección de los derechos de autor. Tradicionalmente la carencia de un sistema uniforme y homogéneo a través del cual se articulara la protección internacional de estos derechos y la incidencia de los mismo en los intereses culturales y económicos de cada Estado hicieron primar soluciones basadas en el principio de territorialidad³⁹. En esta línea, el artículo 10.4 Cc, norma básica del sistema de Derecho internacional privado español en materia de propiedad industrial e intelectual, designa como ley aplicable, Derecho que debe regir aquellas situaciones, *la lex loci protectionis*. Es decir, la ley del país para el que se reclama la tutela del derecho, donde el derecho ha sido lesionado⁴⁰.

La *lex loci protectionis* encuentra su justificación, en dos principios básicos del régimen de los derechos de autor: la naturaleza territorial de los derechos concedidos por los ordenamientos nacionales a la persona que crea una obra (principio de territorialidad), y el establecimiento del principio de asimilación o trato nacional proclamado en los convenios internacionales sobre la materia⁴¹. Estos derechos actúan como incentivo para la producción intelectual nacional y favorecen el desarrollo de la industria destinada a la explotación de las creaciones intelectuales. La protección de estos intereses públicos lleva a los legisladores nacionales, como vimos, a adoptar un sistema de protección territorial, de tal modo que el derecho de autor sólo existe en el Estado que lo concede y, por tanto, únicamente puede ser lesionado y protegido en el territorio de este Estado y con arreglo a su legislación material. La *lex loci protectionis*, en tanto que ley del Estado para cuyo territorio se pretende la protección del derecho, es aceptada como criterio básico para la determinación del Derecho aplicable a los supuestos de tráfico externo⁴².

38 Vid. M. ESLAVA RODRIGUEZ: *Protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1996, pp. 122 y ss.

39 M. VIRGOS SORIANO: "Comentario al artículo 10.4 Cc.", en *Comentarios (...)*, 1995, loc. cit., p. 595; J.D. GONZALEZ CAMPOS/M. GUZMAN ZAPATER: "Comentario a los artículos 155 a 158 LPI", en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, loc. cit., pp. 1853 y ss.

40 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *La propiedad intelectual (...)*, ob. cit., p. 171-182; N. BOUZA VIDAL: "Aspectos de Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz de 1991*, publicado en 1992, pp.231-269

41 P. DE MIGUEL ASENSIO/P. JIMENEZ BLANCO: "Bienes inmateriales", (...) loc. cit., p. 205.

42 Vid., entre otros, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *La propiedad intelectual (...)*, ob. cit., pp. 108 y ss; *Ibidem.*: "Contratos en el sector audiovisual e informático", en A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNANDEZ DE LA GANDARA: *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, pp. 1644 y ss.; I. GUARDANS CAMBO: "Contratos sobre transferencia de tecnología", en *Contratos internacionales*, loc. cit., pp. 15997 y ss.; M. VIRGOS SORIANO: "Comentario al artículo 10.4 Cc.", en *Comentarios (...)*, 1995, loc. cit., p. 595; J.D. GONZALEZ CAMPOS/M. GUZMAN ZAPATER: "Comentario (...)", loc. cit., pp. 1853 y ss.

El ordenamiento designado aplicable es fácilmente localizable cuando se trata de supuestos de tráfico externo en los que coinciden el lugar en el que se lleva a cabo el acto presuntamente ilícito con aquél en el que se produce el daño. Situación que, de acuerdo con el principio de territorialidad que rige en la materia que nos ocupa, es la única que se podría plantear. Pero la realidad no es siempre ésta, antes al contrario, en la actualidad las nuevas tecnologías fomentan la proliferación de situaciones privadas internacionales en las que hay varios Estados implicados bien porque en cada uno de ellos determinada conducta produce efectos lesivos para los derechos de autor, bien porque el acto presuntamente ilícito está configurado por una secuencia de actos realizados en distintos territorios. En estos supuestos⁴³, en los que tanto el daño como la conducta presuntamente ilícita no se encuentran localizados en un único Estado, (por ejemplo, conductas que constituyen lesión del derecho a través de redes de información como INTERNET). El principio de territorialidad choca, nuevamente, con las necesidades de nuestro tiempo. Para que la protección sea real y efectiva, es necesario también que supere dichas fronteras, esto es, que la protección de estos derechos no se limite al territorio del Estado que los concede. Pero, además, la necesidad de superar la existencia de una protección de los derechos de autor estrictamente territorial también se pone de manifiesto habida cuenta de las disparidades existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos presentes en los supuestos de tráfico externo en orden a la configuración de los derechos de autor. En virtud del principio de territorialidad, cuando un servidor publica una página Web en la que se contiene material protegido debe tener cedido los derechos de autor sobre esa obra para todo el mundo y conocer todas las legislaciones sobre derechos de autor. En efecto, si a su página Web se puede acceder desde cualquier punto del planeta y no está concedida autorización del titular éste puede demandarlo con arreglo a la legislación del país en el que se “distribuye o comunica al público” la obra protegida. Es decir, con aquélla solución (*lex loci protectionis*) un servidor se puede ver demandado ante los tribunales de distintos Estados (en los que se lleva a cabo el acto presuntamente constitutivo de ilícito) que, para resolver el litigio, actuarán con arreglo a lo dispuesto en u legislación interna, determinando la licitud o no del acto efectuado en su territorio así como las consecuencias que del mismo se derivan. Pero, dado que no todos los países protegen y configuran los derechos de autor de la misma manera puede ocurrir que frente a un mismo acto el autor vea indemnizado su daño en un país pero no en otros. Es decir, puede ocurrir que el acto realizado en Francia si sea calificado como acto ilícito con arreglo a la legislación francesa y el autor español vea reparado el daño cau-

43 Vid. N. BOUZA VIDAL: Aspectos de Derecho internacional privado de los contratos (...), cit., p. 231 y ss; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *La propiedad intelectual* (...), ob. cit., pp. 108 y ss., aún mostrándose partidarios de la bilateralización del artículo 10.4 Cc para designar el Derecho aplicable a los supuestos de lesión de los derechos de autor no subsumibles en el ámbito de aplicación del precepto citado como consecuencia de la formulación unilateral de la norma en el recogida, estos autores afirman el recurso a la norma de conflicto del artículo 10. 9 Cc para designar el Derecho aplicable a aquellos supuestos de tráfico externo relativos a la protección de los derechos de autor en los que no existe coincidencia entre el lugar del hecho causal y el lugar en el que aquél despliega sus efectos.

sado. Pero, ese mismo acto, realizado en Estados Unidos, país que adopta el sistema de copyright centrado en el aspecto patrimonial del derecho, no califique tal conducta como ilícita por lo que al autor español no será indemnizado pues, en este Estado, no se reconoce el derecho que alega.

Esta caótica situación no sólo perjudica los intereses de las partes en el proceso sino también los de la Red y, en general, a la Sociedad de la Información. Ni el titular del derecho estará dispuesto a poner su obra en la Red ni el servidor que-rrá “distribuir” material protegido a través de Internet. Los Estados también se verán afectados tanto cultural como económicamente y, en general, el mercado globalizado. Es necesario, por tanto, adaptar la ordenación jurídica de los derechos de autor a la nueva realidad. En esta línea, aunque las iniciativas se encuentran en una fase incipiente, las tendencias más claras se dirigen a la superación del principio de territorialidad y a la utilización de puntos de conexión a través de los cuales se pueda conectar el supuesto litigioso, la situación privada internacional, con el territorio de un Estado para que sea el Derecho de este último el que, protegiendo los intereses de las partes y del mercado, regule el supuesto litigioso.

En esta misma línea, la necesidad de adoptar un sistema de protección internacional a través del cual se superen las dificultades a las que nos hemos referido es evidente a la vista de los problemas que suscita la *lex loci protectionis* como norma de conflicto general en orden a designar el Derecho aplicable a supuestos en los que, debido a la incidencia de las innovaciones tecnológicas en el ámbito de los derechos de autor, el acto presuntamente ilícito o el daño se encuentran localizados en el territorio de varios Estados simultáneamente⁴⁴. En primer lugar, surgen cuestiones relacionadas con su delimitación. Esto es, de forma semejante a lo que ocurre en el ámbito de la *lex loci delicti commissi*⁴⁵, se ha de especificar si a través de aquélla se designa aplicable el Derecho material del Estado en el que se lleva a cabo la conducta presuntamente ilícita, o la legislación material del país en el que se produce el efecto lesivo. Y, en segundo lugar, entendiéndose que el lugar de protección se entiende localizado en el país en el que se realiza determinado acto, para localizar el ilícito, se deberá concretar cuál de los actos de una secuencia es determinante para afirmar que el mismo se ha realizado. Si, por el contrario, se considera que la *lex loci protectionis* se identifica con la ley del lugar en el que se produce el efecto lesivo, el problema surge en orden a designar, en aquellos supuestos en los que daño se produce en varios Estados simultáneamente, cuál o cuáles de los ordenamientos presentes resulta aplicable.

Considerando que la *lex loci protectionis* hace referencia a la ley del lugar en el que se produce el efecto lesivo o daño, no será posible determinar el Derecho aplicable a litigios relativos a la tutela preventiva de los derechos de autor; esto es, a situaciones en las aún el daño no se ha producido, e igualmente, presenta

44 S.BARIATTI: “INTERNET: Aspects relatifs aux conflits de lois”, *Riv. dir. int. priv. et proc.*, 1997 (3), pp. 545-556.

45 Vid. M. ESLAVA RODRÍGUEZ: *La protección civil del derecho a la vida privada (...)*, cit., pp. 117 y ss.

algunos inconvenientes en aquellos supuestos en los que el daño se produce en varios Estados, los tribunales deberán aplicar una multiplicidad de ordenamientos, cada uno de los cuales, en virtud del principio de territorialidad, se limita a regular los efectos del acto presuntamente ilícito en su territorio. En consecuencia no resulta el criterio más adecuado para lograr una protección efectiva del derecho de autor presuntamente lesionado.

La *lex loci protectionis* entendida como ley del lugar en el que se lleva a cabo el acto presuntamente ilícito suscita también algunos inconvenientes cuando la conducta presuntamente ilícita de la que se derivan efectos lesivos para el derecho de autor, no se lleva a cabo en un único Estado, sino que es el resultado de una secuencia de actos realizados en distintos territorios nacionales⁴⁶. Como consecuencia del carácter estrictamente territorial del derecho y de las disparidades entre los ordenamientos jurídicos presentes en las situaciones privadas internacionales surgen importantes problemas en orden a la concreción del acto determinante del ilícito⁴⁷, sobre todo cuando nos encontramos con supuestos en los que nos encontramos ante una secuencia de actos de tal modo que debamos determinar cuál de los actos de la secuencia, la emisión o la recepción en el supuesto de lesión del derecho de comunicación pública, es el determinante de la ilicitud del acto o por el contrario, deben ser considerados cada uno de ellos como actos que pueden constituir ilícitos perfectamente diferenciados. Teniendo en cuenta que la emisión de una obra sin recepción, no supone una lesión de los intereses del titular del derecho de comunicación pública⁴⁸, la solución mayoritariamente aceptada confirma que nos encontramos ante una secuencia de actos que integran una única conducta presuntamente ilícita.

Para designar el Derecho aplicable en situaciones privadas internacionales como las descritas el segundo paso consistirá en concretar cuál o cuáles de los actos que conforman la secuencia es el determinante para afirmar si realmente existe o no infracción del derecho de autor. En este punto, el principio de territorialidad que informa el sistema de Derecho internacional privado en el ámbito de los derechos de autor, unido a las disparidades entre los ordenamientos pre-

46 Vid. M. ESLAVA RODRÍGUEZ: *La protección civil del derecho a la vida privada (...)*, cit., pp. 117 y ss.

47 Por ejemplo, si se ante los tribunales españoles (en virtud bien de la sumisión expresa o tácita de las partes litigantes, bien del foro del domicilio del demandado) la protección de los derechos de un autor sobre determinada obra frente a la reproducción in consentida por su autor en un Estado A, y su posterior distribución, igualmente sin previa autorización, en los Estados C y D. Un segundo supuesto podría enunciarse del siguiente modo: Se demanda ante los tribunales españoles la protección de los derechos de autor frente a la emisión in consentida en distintos Estados A, B y C, llevada a cabo por empresas que captaron la obra protegida cuando la misma era emitida, con la previa autorización del titular del derecho, en el Estado X.

48 Siguiendo las directrices comunitarias, tras la reforma operada en 1996, ésta ha sido la solución adoptada en el artículo 20.3 LPI. En esta misma línea ha sido redactado el artículo 1 de Loi núm. 97-283, du 27 mars 1997 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des Communautés Européennes núm. 93/83 du 27 septembre 1993, et 93/98 du 29 octobre 1993

sententes en un supuesto de tráfico externo, dificultan seriamente la búsqueda de una respuesta. Y ello porque con arreglo a dicho principio el derecho sólo puede ser lesionado en el Estado que lo concede, de tal modo que, cabría entender que cada uno de los Estados en los que se lleva a cabo algunos de los actos de la secuencia aplicará su legislación material interna para determinar si la actuación llevada a cabo en su territorio constituye o no una infracción del derecho de autor. Así entendido, difícilmente se puede concretar cuál es el hecho de la secuencia determinante de la infracción.

2. Iniciativas adoptadas en orden a la regulación jurídica de los derechos de autor.

Las consideraciones que anteceden ponen de relieve la necesidad de adoptar soluciones en este sector. Para ello, parece que la vía más apropiada es la adopción de normas materiales especiales de origen internacional, convencional o institucional. No obstante, los intereses que subyacen a la regulación de los derechos de autor dificultan en gran medida la consecución de aquella finalidad. En su lugar, se han propuesto algunas medidas, en distintos foros, que tratan de solventar los problemas a los que venimos haciendo referencia. Las propuestas, aunque no exentas de dificultades se han dirigido a designar como Derecho aplicable a situaciones privadas internacionales relativas a la tutela de los derechos de autor, bien la ley del país en el que radica el servidor donde está publicada la Web (país de carga); bien la legislación material del país donde se produce el daño (entendido como domicilio de la víctima) e incluso la *lex fori*, esto es, la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto⁴⁹.

De otra parte, la necesaria superación del principio de territorialidad también se ha puesto de manifiesto como consecuencia de la introducción de las creaciones intelectuales protegidas a través de los derechos de autor en el mercado, circunstancia que ha originado importantes consecuencias en el sistema de Derecho internacional privado. Así, la incidencia de los principios de ordenación del mercado comunitario, supone algunos cambios en relación con el Derecho aplicable a los litigios que tienen por objeto, con base en la legislación material estatal, oponer el derecho de autor frente a la comercialización en determinado Estado del producto que incorpora la obra protegida. En este tipo de litigios, se propone la aplicación cumulativa de los ordenamientos con los que el supuesto presente vínculos estrechos. Esto es, la ley del lugar para el que se reclama la protección y la ley del país de origen de la mercancía. Ahora bien, la ausencia de armonización y, consecuentemente, la presencia en un supuesto de tráfico externo, de ordenamientos jurídicos con sistemas muy dispares en cuanto a la configuración jurídica de los derechos de autor, también puede afectar negativamente a la plena realización de la libre circulación de mercancías.

49 J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Propiedad intelectual e industrial", en A.L. CALVO CARAVACA y OTROS, *Derecho internacional privado, Volumen II*, Granada, 2000, pp. 401 y ss.

Tanto en el marco de la OMC como en el ámbito comunitario se han ido elaborando disposiciones a través de las cuales se pretende la búsqueda de un equilibrio entre los intereses públicos y privados que subyacen a la protección de los derechos de autor. De un lado, los intereses del Estado que concede el derecho manifestado en la necesidad de proteger la industria nacional y el progreso cultural y científico de su país, así como los del mercado en el establecimiento de un mercado única regido por los principios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios y libre competencia. De otro, los del titular del derecho en el respeto a la integridad de la obra, el reconocimiento de la paternidad de la misma y en la obtención de los beneficios que al mismo reporta la explotación económica de la obra protegida.

La protección territorial de los derechos de autor ha sido cuestionada por las disposiciones comunitarias y, en especial, por la doctrina del agotamiento que actúa como mecanismo para adoptar los derechos exclusivos de ámbito territorial a los objetivos de la Comunidad, determinando la validez y eficacia de las legislaciones nacionales. Con arreglo a esta teoría, la distribución o puesta a disposición del público a través de la venta de mercancías que incorporan la obra protegida por el titular o un tercero autorizado da lugar a la inoponibilidad del derecho⁵⁰. Así entendido, para que se produzca el agotamiento de los derechos de autor únicamente se requiere que el producto en cuestión haya sido comercializada lícitamente en su país de origen que, en términos de libre circulación de mercancías, coincide con el país de exportación. Si en aquel país el bien que incorpora la creación intelectual se obtuvo de manera lícita, el titular del derecho en el Estado en el país de importación no puede oponerse a que un tercero lo comercialice cuando él mismo o un tercero con su consentimiento lo introdujo en el mercado. Por el contrario, de no concurrir el consentimiento de su titular, éste, con base en el derecho de autor que le concede su legislación nacional, puede impedir la comercialización del producto. En definitiva, únicamente cuando la mercancía ha sido comercializada ilícitamente, según las disposiciones legales del Estado de origen, el titular del derecho de autor podrá impedir que el producto sea comercializado en otro Estado, el de protección. En este último supuesto, se entiende que el derecho de autor no ha sido agotado y, por tanto, su titular puede hacerlo valer frente a la comercialización del producto, en tanto que acto presuntamente ilícito, en virtud del cual se lesiona el derecho de autor. La razón última de esta doctrina se encuentra en la necesidad de adaptar al mercado comunitario el ámbito de protección de los derechos sobre propiedad industrial e intelectual. Se pretende mantener la vinculación de estos derechos con el mercado nacional pero, el desarrollo de los intercambios comerciales sobre productos que incorporan obras protegidas entre diferentes países, requiere que se amplíe el vínculo, es decir, que la vinculación con estos derechos no se limite al territorio del Estado que lo concede, sino a todo el mercado comunitario.

50 Vid. SSTJCE de 9 de abril de 1987 dictada con ocasión del As.402/85, *Basset c. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, Rec. 1987, pp. 1747-1771.; As. 158/86, *Warner Brothers Inc. y Metronome Video ApS c. Erik Viuff Christiansen*, Rec. 1988, pp. 2605-2631.

En Derecho internacional privado, la aplicación de la doctrina del agotamiento a los derechos de autor supone si no una superación del principio de territorialidad que rige esta materia, sí da lugar a algunos cambios en cuenta a sus efectos, a su significado. Con arreglo a aquél principio, cada Estado reconoce y protege el derecho que el mismo concede. Como consecuencia de la incidencia de las normas comunitarias, la Comunidad se considera como único territorio y, desde el momento en que se introduce determinado producto en el mercado comunitario se entiende que el objeto específico del derecho de autor ha sido satisfecho y, consecuentemente, se produce al agotamiento del derecho exclusivo que recae sobre el bien al mismo incorporado. Consecuentemente, la realización de actos de explotación en otro Estado miembro, distinto de aquél en el que nace el derecho, que, en principio, debido a la existencia de derechos exclusivos limitados al territorio del Estado que lo concede, estaría prohibida, no podrá ser calificada como un acto lesivo contra los derechos de autor.

En el sector del Derecho aplicable esta doctrina supone que para determinar si el derecho que se pretende hacer valer ha sido agotado o no se han de tomar en consideración actos realizados en el extranjero. Es decir, el tribunal ante el que se demanda la protección del derecho de autor frente a la comercialización por un tercero de un producto que incorpora la obra protegida, con el fin de calificar la conducta presuntamente ilícita, deberá, comprobar si el derecho que se pretende hacer valer está o no agotado, o, lo que es lo mismo, si la mercancía se obtuvo lícitamente en el Estado de exportación. Para ello, el órgano judicial, no sólo aplicará la *lex loci protectionis*, que en el supuesto con la ley del Estado de importación, sino que también deberá tomar en consideración el Derecho material de un Estado extranjero no reclamado por la norma de conflicto del foro, esto es, el del Estado en el que se ha realizado el acto de explotación en virtud del cual se produce el agotamiento del derecho. De tal modo que, si el titular del derecho en el Estado de importación consintió la comercialización de su obra en otro Estado, país de origen, no podrá invocar su derecho exclusivo para impedir que un tercero comercialice el producto en cuestión en el territorio del Estado de importación.

En virtud de la doctrina del agotamiento del derecho el acto de explotación llevado a cabo en el territorio de cualquier Estado miembro, esto es, la comercialización del producto en un Estado distinto de aquél en el que nace el derecho, no constituye una lesión del derecho. Solución muy diferente a la que se obtendría si, en detrimento del principio de libre circulación de mercancías, se hiciera prevalecer sin límites la protección de los derechos exclusivos de autor concedidos por las legislaciones estatales. En este último supuesto, la aplicación de la ley del Estado de protección, en el que se pretende la comercialización del producto, nos conduciría a calificar la actuación del tercero como un acto ilícito a través del cual se lesiona el derecho subjetivo de autor concedido por una legislación nacional.

Pero el principio comunitario del agotamiento de los derechos de autor no tiene los mismos efectos en el ámbito de la libre circulación de mercancías que en el de la libre prestación de servicios. En este último supuesto, que es el que ahora nos ocupa porque el ejercicio del derecho de comunicación pública, el que

más afectado resulta por las nuevas tecnologías como Internet, es un servicio en el sentido del artículo 60 TCE, la emisión en un Estado miembro de una creación intelectual, no supone el agotamiento del derecho. Su objeto específico no ha sido satisfecho. Por tanto, si el derecho de comunicación pública no se entiende agotado una vez realizada la primera emisión de determinada obra, el autor puede impedir que un tercero la retransmita en otro Estado miembro sin su consentimiento. En este último supuesto, esto es, cuando un tercero emite la obra, sin consentimiento de su titular, desde un Estado para su recepción en el territorio de otros Estados, también miembros, la protección de los intereses del titular del derecho y, en general, del mercado, exige la búsqueda de una respuesta a través de la cual se determine el ordenamiento que debe regir la situación descrita.

La solución es distinta en función, de un lado, de los Estados implicados, esto es, si ambos son o no miembros de la Unión Europea, y, de otro, del mecanismo a través del cual se haya realizado la comunicación pública de la obra protegida. Se requiere, en primer lugar, precisar qué acto, el de emisión o el de recepción, es el determinante para entender efectuada la comunicación pública. Así, si se entiende que es la emisión, habiendo consentido el titular del derecho su realización, no podría impedir la recepción en otros Estados. Sin embargo, si se entiende que la comunicación pública de la creación intelectual se realiza en el Estado de recepción (teoría de la comunicación)⁵¹, aunque el titular del derecho haya prestado su consentimiento para emitir en determinado Estado, puede impedir la recepción de tal emisión en un Estado distinto de aquél. Esta última hipótesis (país de recepción) suscita importantes problemas en orden a la determinación del Derecho aplicable derivados, de un lado, del carácter estrictamente territorial de los sistemas de protección nacionales en virtud del cual sólo se protege el derecho en el Estado que lo concede. Y, de otro, debido a la presencia de varios Estados de recepción, cuya legislación resultaría aplicable si, como vimos, la *lex loci protectionis* es la norma de conflicto general adoptada tanto en el sistema convencional como en la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado de origen estatal. De tal modo que el tribunal ante el que se plantea la

51 De acuerdo con esta teoría, también denominada Teoría Bogisch, partiendo de un concepto amplio de comunicación pública, en concreto el previsto en el artículo 11 del Convenio de Berna, se entiende que la comunicación de las creaciones intelectual objeto de protección se produce desde el momento en que la obra queda a disposición del público, independientemente de que la misma haya sido efectivamente recibida. Así entendido, para determinar la ilicitud del acto y sus consecuencias se deberá aplicar, no sólo la legislación material del Estado en el que se lleva a cabo la emisión, sino también las disposiciones de todos aquellos Estados en los que se pudiese recibir la obra. Frente a esta teoría, la de la emisión propugna que el acto determinante del ilícito es la emisión, la introducción de señales. Es por tanto, la ley de este Estado la que resulta aplicable para regir los litigios relativos a la protección del derecho de autor lesionado por este acto. Las ventajas que presenta esta última tesis, que parece haber sido la adoptada en el artículo 20 LPI, se refieren tanto a la mayor seguridad jurídica que ofrece como al hecho de que a través de ella se simplifica el proceso. De otro modo, la aplicación de las legislaciones de los distintos Estados implicados supone hacer una prolongación innecesaria del proceso, que resultaría más costoso y dilatado en el tiempo.

demanda, para determinar la ilicitud o no del acto, deberá aplicar todos y cada uno de los sistemas estatales de protección de los derechos de autor en los que la emisión fue recibida.

En orden a la búsqueda de instrumentos jurídicos adecuados para la protección de los derechos de autor ante las nuevas técnicas de las telecomunicaciones⁵² se mantuvieron tres tesis. La primera de ellas defendía la aplicación de la ley del país en el que tenía lugar la emisión de las señales hacia el satélite. La segunda abogaba por la aplicación de la ley del país en el que tuviese su sede el organismo radiodifusor. Y, por último, una tercera en virtud de la cual en cada país de “cobertura” del satélite se protegerá el derecho de autor con arreglo a su propia legislación material (teoría de Bogsch). Finalmente, uno de los principios adoptados por el Comité de Expertos en 1986 fue la designación como Derecho aplicable de la ley del país de emisión de las señales y la ley de los países de cobertura del satélite; y, en caso de diferencia en el grado de protección se afirma la aplicación de la legislación que la prevea en mayor nivel⁵³.

La solución adoptada por la Directiva para la protección de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión⁵⁴ ha consistido en delimitar en qué Estado miembro se produce el acto de comunicación⁵⁵. Lo que, en el plano conflictual, significa que la *lex loci protectionis* hace referencia a la aplicación de la ley del lugar en el que se produce el hecho presuntamente ilícito. Se entiende que el acto de comunicación, del que se derivan responsabilidades, se produce en el Estado miembro en el que se introducen las señales hacia el satélite, y no en los Estados en los que se recibe (éstos podían ser calificados como lugares en los que el hecho presuntamente ilícito produce sus efectos o, dicho con otras palabras, Estados en los que se produce el daño). Por tanto, el lugar en el que se produce el acto presuntamente ilícito es el Estado en el que se lleva a cabo la emisión de las señales hacia el satélite. Y, con arreglo a su legislación material interna se determinará la existencia o no de un hecho ilícito y las consecuencias que del mismo se derivan. La Directiva 93/83 evita, así, la aplicación acumulativa de varios ordenamientos nacionales a un único acto de emisión⁵⁶.

52 M. BOTANA AGRA: “El régimen de la Directiva 93/83/CEE sobre los derechos de autor y afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite”, en AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, *Introducción y títulos valor*, pp. 708-729; F. RIVERO HERNANDEZ: “Comentario a la Sección Segunda, *Derechos de explotación*, artículos 17-23 LPI”, en R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.) *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, Madrid, 1989, pp. 319-442.

53 M. BOTANA AGRA: “El régimen de la Directiva 93/83/CEE (...)”, loc. cit., pp. 713-714.

54 Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. DOCE L, núm. 248, de 6 de octubre de 1993.

55 Artículo 2 Directiva 93/83/CEE, cit.

56 M. BOTANA AGRA: “El régimen de la Directiva 93/83/CEE (...)”, loc. cit., pp. 724.

La televisión en Europa, Boletín de Derecho las Comunidades Europeas, 1988, Extraordinario 2, pp. 245ss.

La ley del lugar de emisión, en tanto que ley del lugar en que se reclama la protección y donde se produce el hecho lesivo, en la mayoría de los supuestos no coincide con la ley del o de los Estados en los que se recibe la obra, y es la única aplicable para determinar la existencia del derecho y la licitud o ilicitud del acto. La obra de un español representada en la televisión española con consentimiento de su titular no suscita dudas aún cuando su recepción se realice en distintos países. Ahora bien, cuando esa misma obra es emitida en otro Estados miembro sin consentimiento del autor, éste no puede alegar su derecho, concedido por la legislación material española, las normas de ese Estado, en tanto que *lex loci protectionis* determinarán la ilicitud o no del acto así como las consecuencias que del mismo se derivan. Si aquélla normativa reconoce y protege el derecho invocado, y considera que el mismo ha sido lesionado, el demandante puede prohibir la realización de la actividad o servicio de que se trate. Si, por el contrario, y como consecuencia lógica de la diversidad de los sistemas presentes en un supuesto de tráfico externo, el ordenamiento designado aplicable no reconoce el derecho invocado por el demandante, éste verá desprotegidos sus intereses. Supuesto que se producirá cuando la emisión en cuestión se lleve a cabo en el territorio de un tercer Estado, no comunitario.

De otro lado, las peculiaridades se refieren a los mecanismos utilizados para llevar a cabo actos de comunicación pública más allá de las fronteras del Estado en el que nace el derecho. Se entiende que el acto de emisión no sólo comprende la primera emisión sino también la transmisión por hilo o cable de las señales sonoras. La posible lesión de los derechos de autor tanto en el Estado de primera emisión (país de origen) como en los países receptores justifica que en este supuesto el titular del derecho pueda impedir con base en el mismo dicha emisión. Por lo que se refiere a la *difusión directa de programas por radio* fuera de las fronteras nacionales la existencia de derechos exclusivos no ha planteado graves problemas. Este hecho es debido, principalmente, a que se entiende que la emisión es el único acto determinante para la aplicación del principio de territorialidad de este derecho. Sólo cuando la emisión se produzca fuera de determinado territorio el titular del derecho puede hacerlo valer frente a dicha emisión, impidiéndola. De tal modo que, cuando el autor ha autorizado a determinada emisora para difundir una emisión en determinado país, no puede invocar su derecho para oponerse a que esta emisora lo difunda en las regiones fronterizas de otro Estados, pues se entiende que en este último no hay emisión sino recepción. Cuando la comunicación pública se lleva a cabo entre distintos Estados, algunos de los cuales no son Estados miembros, la solución es diferente. La teoría de la emisión cede⁵⁷.

La aplicación de la ley del lugar en el que se produce el hecho presuntamente constitutivo de ilícito encuentra justificación en la necesidad de proteger tanto los intereses del Estado en el mantenimiento de un cierto orden en su territorio y

57 J.C. ERDOZAIN LÓPEZ/F. RIVERO HERNANDEZ: "Comentario al artículo 20 L.P.I.", en *Comentarios* (...), loc. cit., pp. 408 y ss.

de las personas implicadas que actúan en ese Estado conforme a sus normas, como los intereses del Derecho internacional privado por la certidumbre y la previsibilidad que aporta a las situaciones de tráfico externo que se suscitan⁵⁸. Pero, además, esta solución favorece los intereses del mercado comunitario en el establecimiento de un criterio homogéneo para la protección de los derechos de autor en su territorio.

58 ESLAVA RODRIGUEZ; M.: *La protección civil del derecho a la vida privada* (...), ob. cit., pp. 117-118.