

Boletín de  
**derecho  
de autor**

Volumen XXXV  
n.º 4,  
octubre-diciembre 2001

EDICIONES  
UNESCO



**Solución  
de conflictos  
en el ámbito  
digital**

**Versión  
electrónica**

## Convenciones internacionales: acontecimientos recientes

### Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas

- 4 *Adhesión de Azerbaiyán*

## Doctrina

- 5 Experiencia internacional en la solución de conflictos relativos al derecho de autor en el ámbito digital, por Karim Benyekhlef y Fabien Gélinas
- 23 Análisis crítico del «Estudio comparado elaborado por M. Walter acerca de distintos instrumentos internacionales relativos a los derechos conexos»

## Actividades de la UNESCO

- 45 Promoción de la enseñanza universitaria del derecho de autor y de los derechos conexos en la universidad: inauguración de una Cátedra UNESCO de derecho de autor en China

## Noticias e informaciones

- 46 La evolución reciente del derecho de autor francés ante la explotación de obras digitales, por André Kéréver
- 53 El derecho de autor en Eslovaquia, por Ján Švidron

El *Boletín de derecho de autor* se publica cuatro veces al año en español, francés e inglés por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 7, place de Fontenoy, 75352 París 07 SP.

En cooperación con la Comisión Nacional de la Federación de Rusia para la UNESCO y con el Comité Estatal de Prensa, la edición rusa se publica por la Editorial Progreso, Zubovski Bulvar 17, Moscú GSP-3, 119847, Federación de Rusia.

La edición china se publica en cooperación con la Administración Nacional de Derecho de Autor de China, 85 Dongsí Nan Daijie, Beijing 100703, República Popular de China.

Directora de la publicación: Milagros del Corral Beltrán  
Redactor: Evgueni Guerassimov  
Redactora adjunta p. i. : Caroline Descombris

Los autores son responsables de la elección y presentación de los hechos contenidos en los artículos firmados y de las opiniones expresadas en ellos, que no reflejan necesariamente las de la UNESCO ni comprometen a la Organización.

Los textos pueden reproducirse y traducirse libremente (salvo cuando estén reservados los derechos de reproducción y traducción) a condición de mencionar el autor y la fuente. Las peticiones de reproducción o traducción de artículos cuyos derechos de publicación estén reservados, así como la correspondencia relativa a asuntos de redacción, deben dirigirse al redactor, *Boletín de derecho de autor*, División de Creatividad, Industrias culturales y Derecho de Autor, UNESCO, 1, rue Miollis, 75732 París Cedex 15 (Francia). Tel. 33.1.45.68.47.02 ; fax: 33.1.45.68.55.89; E-mail: E.Guerassimov@unesco.org  
Se invita a los lectores a enviar sus observaciones sobre cualquiera de los artículos u otros materiales publicados en este *Boletín de derecho de autor*. Igualmente se recibirá con agrado toda sugerencia sobre artículos y autores.

Todas las publicaciones de la UNESCO (libros, revistas y documentos), incluidos los títulos agotados, existen en microfichas. Diríjase directamente al Servicio de Micrografía, Sección de los Archivos y de la Micrografía (DIT/IR/AM), UNESCO, 7, place de Fontenoy, 75352 París 07 SP, Francia.

*Composición:* Susanne Almeida-Klein

© UNESCO, 2001

## CONVENCIONES INTERNACIONALES: ACONTECIMIENTOS RECIENTES

### **Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas**

#### **Adhesión de Azerbaiyán**

El 1 de junio de 2001, el instrumento de ratificación al Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, aprobado en Ginebra el 29 de octubre de 1971, fue depositado por el Gobierno de Azerbaiyán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

De conformidad con su Artículo 11, Párrafo 2, el Convenio entrará en vigor para Azerbaiyán el 1 de septiembre de 2001, o sea, tres meses después de la fecha en que el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual hubo informado a los Estados, de acuerdo con el Artículo 13, Párrafo 4, del depósito de su instrumento.

La adhesión de Azerbaiyán eleva a sesenta y siete el número total de Estados que han depositado un instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión referente a dicho Convenio.

## DOCTRINA

# Experiencia internacional en la solución de conflictos relativos al derecho de autor en el ámbito digital\*

Karim Benyekhlef  
y Fabien Gélinas

### Índice

Introducción	6
Fundamentos teóricos de la soberanía y la competencia normativa	7
La soberanía: una noción fluctuante	7
La rivalidad de las soberanías	9
Historia reciente y futuro próximo de la solución de conflictos y del marco normativo de los nuevos modelos de justicia en Internet	11
Las primeras experiencias	11
Proyectos de investigación y proyectos experimentales	11
Iniciativas actuales	13

\* Este estudio fue preparado a petición de la Secretaría por el Sr. Karim Benyekhlef, abogado, Colegio de Abogados de Quebec, profesor, Facultad de Derecho de la Universidad de Montreal, y el Sr. Fabien Gélinas, abogado, Colegio de Abogados de Quebec, Vicepresidente y Consejero General, colaborador del servicio de solución de conflictos en línea *eResolution*, ex Consejero General, Tribunal Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las opiniones expresadas no son necesariamente las de la Secretaría de la UNESCO.

Los autores quieren agradecer al Sr. Rémy Khouzam su valiosa y generosa ayuda.

Formas normativas y modelos de administración de justicia	15
La administración de justicia aplicada a litigios de consumo	15
Justicia comercial	18
Conclusión	22

## Introducción

Ahora que el efecto de novedad deja poco a poco de volver confuso el espectro de las nuevas tecnologías de la información, el análisis normativo puede conceder toda la importancia que conviene a las reglas, normas, directivas, códigos, asociaciones, etc., que enmarcan y definen las relaciones de derecho entre los participantes en los intercambios comerciales e informativos. Se trata de pensar la regulación de los entornos electrónicos desde una perspectiva normativa plural y referirse para ello a fuentes antiguas y más recientes.

El fenómeno de los modos alternativos de solución de conflictos constituye un excelente ejemplo de modo normativo que, en el contexto de Internet, emprende ese camino en que el intérprete se inspira en el pasado y al mismo tiempo lo reinterpreta a la luz de los adelantos tecnológicos. A través de esas transacciones informativas se establece toda una serie de relaciones jurídicas. El marco jurídico de tales relaciones plantea importantes dificultades exacerbadas por la distancia y la incertidumbre que rodean al derecho aplicable o a la jurisdicción competente.

El recurso a los modos alternativos de solución de conflictos parece ser una vía particularmente prometedora, como lo prueba ya la práctica actual. Confinados durante largo tiempo al mundo físico, la mediación y el arbitraje, deben demostrar la flexibilidad, la maleabilidad, la rapidez, la facilidad y la economía que han justificado siempre su existencia y han propiciado a menudo sus aciertos. Resulta, pues, importante adaptar a los entornos electrónicos esas instituciones tan encomiadas a fin de que conserven todas las cualidades que hacen de ellas todavía los medios idóneos de resolver los conflictos del comercio internacional.

Nos proponemos estudiar, en una primera parte, los fundamentos teóricos de un despliegue de mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ciberespacio. Para ello, examinaremos un precedente histórico: el del comercio en la Edad Media. La *lex mercatoria*, o ley de los mercaderes, que se elaboró en aquella época, constituye un excelente medio de describir el establecimiento de mecanismos privados de solución de conflictos y de regulación de los intercambios en un marco histórico caracterizado por la fragmentación, en este caso la de la Europa medieval. Un análisis del principio de la soberanía nacional nos permitirá situar mejor esos esfuerzos normativos de carácter privado.

En la segunda parte, procuraremos examinar las primeras tentativas de establecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ciberespacio, antes de presentar las experiencias más recientes en materia de solución en línea de los conflictos derivados de las transacciones informativas. Este examen rápido nos permitirá captar mejor las filiaciones entre los mecanismos de ayer y los de hoy. Nos detendremos también en las aplicaciones propiamente jurídicas de esas nuevas instituciones y examinaremos su adecuación con la realidad concreta del comercio electrónico. Asimismo, analizaremos las relaciones entre la solución en línea y los conflictos relativos a la propiedad intelectual. En efecto, se observará que la primera experiencia global de solución en línea de conflictos se refiere precisamente a asuntos relativos a la propiedad intelectual, a saber, la solución de conflictos derivados de los nombres de dominio. Además, convendrá tratar el delicado asunto de la arbitralidad de los conflictos relativos a la propiedad intelectual. Se observará entonces que se reducen las diferencias entre el arbitraje relativo a la propiedad intelectual y las otras materias.

## Fundamentos teóricos de la soberanía y la competencia normativa

Los entornos electrónicos se presentan con frecuencia como desafíos al principio de la soberanía nacional. La aparición de las nuevas vías electrónicas de comunicación menoscaba el poder del Estado de controlar sus fronteras, garantizar el respeto a sus leyes en su territorio y sancionar los incumplimientos o las infracciones.

Por consiguiente, conviene examinar qué repercusiones tienen las tecnologías de la información en el principio de la soberanía nacional. Este breve examen nos deberá permitir comprender mejor las referencias a la *lex mercatoria*.

### *La soberanía: una noción fluctuante*

Para comprender por qué y cómo recurrieron los comerciantes de la Edad Media a la *lex mercatoria*, es preciso detenernos un momento en el principio de la soberanía. Así podremos señalar que la soberanía nacional es una noción fluctuante y que el contexto de las autopistas de la información no está muy alejado, en el plano conceptual, del de la Edad Media.

La soberanía es una noción de origen francés que, según Carré de Malberg, aparece en la Edad Media. Su función es también unificar una Europa medieval fragmentada. Hoy día, la soberanía es un concepto jurídico autónomo, una forma pura y abstracta que se impone a los individuos. Ahora bien, la soberanía no es un dato inalterable y trascendente, sino más bien un simple concepto mediador del poder y de la fuerza.

La soberanía exige un mínimo de reglas apremiantes y por ende postula la existencia del derecho. Así, la igualdad en derecho de los Estados en el ámbito internacional se presenta como una regla cuya finalidad es moderar la voluntad de poder subyacente a la soberanía. Se trata de abandonar el reino de la conceptualización pura y del simbolismo superlativo y de atenerse a reglas jurídicas. Así pues, el derecho enmarca mal que bien la noción de soberanía. En realidad, a primera vista este término parece irreductible a toda construcción conceptual ajena a las realidades contingentes del poder o a los juicios de valor que la justifican. Hinsley precisó que la soberanía se adaptaba a las condiciones de ejercicio del poder y a las relaciones de fuerza que pueden establecerse en un determinado momento de la historia. El ejemplo de la territorialidad, base concreta de la soberanía, ilustra la modulación que puede experimentar la noción de soberanía.

La territorialidad y el espacio físico constituyen un eje en torno al cual se articula el concepto de soberanía nacional. Al toparse la territorialidad con los espacios virtuales del ciberespacio, el rigor del concepto parece atenuarse. Por consiguiente, la soberanía parece adaptarse a su época.

Hemos escrito que la Europa medieval está fragmentada en ducados, baronías y otros feudos. El poder parece entonces dividido entre varios órdenes, fruto del feudalismo. Sin embargo, cabe señalar que la feudalidad no implica la ocultación pura y simple de la soberanía: ésta permanece como telón de fondo. El rey ejerce una soberanía innegable sobre todos sus sujetos, aunque ésta no sea plena y entera. Los príncipes son fieles al rey, pero no sus vasallos. Los príncipes, en sus ducados, sus señoríos, sus principados, constituyeron enclaves de autonomía que la autoridad real no merma, y dentro de esos dominios principescos los señores locales ejercen su poder y se sienten tan independientes frente al príncipe como éste frente al rey. Así pues, la organización política se basa en una soberanía fragmentada de donde emerge, impávida, la imagen de la soberanía crística del rey.

Estamos lejos del Estado-nación que ejerce un monopolio de la fuerza y, por consiguiente, de la regla. En tal contexto, ¿cómo garantizar la seguridad jurídica de las transacciones? En efecto, los mercaderes que emprenden largas travesías deben disfrutar de una seguridad para poder dedicarse al negocio. En aquellos tiempos de extrema fragmentación territorial y política, los mercaderes se enfrentan también a la inseguridad física y a todo tipo de impuestos, derechos, peajes «recaudados por un sinnúmero de señores, ciudades, comunidades, al paso de un puente, de un vado o por el simple tránsito por sus tierras».

Sin embargo, los príncipes necesitan el comercio para llenar sus arcas y sustentar la vida económica de sus feudos. Algunas ciudades organizan entonces grandes ferias comerciales donde se reúnen todos los comerciantes de la Europa medieval para vender y comprar. Las ferias representan espacios-mercados donde comienza a aparecer una serie de reglas. Los mercaderes empiezan también a aliarse para formar guildas y asociaciones, de cuyas actividades nace una «legislación» comercial privada. Los mercaderes se fijan reglas, la *lex mercatoria*, y los medios de garantizar el

respeto de dichas reglas por el recurso al embargo o a la exclusión de los miembros-mercaderes que las incumplen.

La analogía con los entornos electrónicos es atractiva, ciertamente. Se encuentra allí también esa fragmentación de los espacios virtuales donde la territorialidad ha perdido parte de su sentido. Ninguna autoridad estatal puede aspirar por sí sola a reglamentar un universo cuyos actores están dispersos. Sin embargo, como escribe Hadfield, «la necesidad de una estructura jurídica para organizar las relaciones en el ciberespacio, empero, es tan fundamental como lo era en la época medieval». La elaboración de una *lex electronica* constituye una prolongación casi natural de la *lex mercatoria*. Los usuarios de Internet no esperan el establecimiento ilusorio, en esta fase de desarrollo de ese medio, de una arquitectura normativa coherente y global. Conviene, por lo tanto, instaurar un marco jurídico para las transacciones informativas recurriendo en particular a una actividad normativa privada.

Así pues, Internet parece acentuar cierta rivalidad de las soberanías, es decir, la función generadora de normas ha dejado de ser facultad exclusiva del Estado. Por consiguiente, es necesario situar más ampliamente el fenómeno por el cual los cibermercaderes se fijan reglas y garantizan su aplicación recurriendo en particular a los cibertribunales.

### *La rivalidad de las soberanías*

Las redes electrónicas de comunicación hacen en gran medida caso omiso de las fronteras nacionales. La fluidez, la intangibilidad y la dispersión de la información, las técnicas de cifrado y de «anonimización» y sobre todo el número siempre creciente de usuarios de las autopistas de la información se oponen, en el plano concreto, a toda tentativa de someter Internet a cualquier tutela normativa.

La idea de la soberana importancia del movimiento, propuesta por Ruggie, parece interesante, pues describe mejor las nuevas realidades económicas. La integración económica, ya sea regional o internacional, no puede dejar de reducir los espacios de intervención normativa de los Estados. Además, los mercados financieros transnacionales actúan de modo casi autónomo y crean lo que se ha dado en llamar mercados *offshore*, esto es, lugares que escapan a la jurisdicción de los Estados. Se esboza entonces una especie de reino extraterritorial cuyo soberano exclusivo es la actividad comercial. La soberanía pasa a ser la del movimiento, y no ya del lugar concreto. Esos mercados *offshore* son las nuevas ferias de la Edad Media en que los mercaderes establecen usos y prácticas independientes de la ley del lugar donde se celebran. El soberano de entonces no tiene la intención de imponer su ley sobre mercaderes procedentes de toda Europa, por ejemplo, pues sabe perfectamente que tal iniciativa tendría por efecto el desplazamiento de las actividades comerciales hacia otro lugar, privándolo así de los beneficios comerciales de esas ferias. Por el

contrario, procura garantizar la seguridad de los participantes y de las transacciones, a sabiendas de que no puede imponer la totalidad de sus reglas a los mercaderes.

El Estado contemporáneo debe tolerar esos enclaves extraterritoriales. Se debilitan entonces algunos de los poderes ejercidos por el Estado. Sin embargo, hay que reconocer que, aun antes de la aparición de las tecnologías que permiten los movimientos instantáneos de capitales, el Estado no podía pretender ejercer su soberanía sobre todos o aun una parte de los agentes económicos internacionales. El debilitamiento resulta, pues, bastante limitado, aun si es preciso reconocer que el adelanto de las tecnologías ha menoscabado algunas prerrogativas nacionales.

La territorialidad pierde su sentido en relación con las redes electrónicas que cubren el planeta y permiten la circulación de los flujos financieros en tiempo real. El movimiento, por su definición misma, escapa al punto fijo, al territorio y por ende a la autoridad del soberano. Esta calidad resalta aún más cuando ese movimiento es electrónico, por lo tanto virtual.

Ya hemos señalado que los príncipes recurrían a la noción de soberanía para liberarse de la tutela de la Iglesia. Se pasó así de una soberanía mística, o aun crítica, la de la Iglesia, a una soberanía laica, la del Estado, para llegar hoy día a una soberanía plural o compuesta. Tras una contracción de la noción de soberanía, ésta experimenta de nuevo una fragmentación y una difusión, cumpliéndose de ese modo una especie de ciclo histórico. Se dice entonces que la sociedad internacional entra en un periodo de neofeudalismo.

Hoy día, frente a los factores de erosión de la soberanía moderna y en particular debido a la creciente incidencia de las tecnologías, asistimos a una implosión del espacio-tiempo en las sociedades capitalistas. La perspectiva del punto fijo cede su lugar a una perspectiva fragmentada del tiempo y el espacio. Este hiperespacio anula definitivamente la territorialidad como factor de teorización de la soberanía.

La soberanía clásica o simbólica sufre poderosos embates. Debe hacer frente a otras soberanías rivales que aspiran a arrebatarle su autoridad en determinados ámbitos. Sin embargo, el neofeudalismo no constituye un mero regreso a la época de la Edad Media. Sencillamente, el Estado se ve confrontado en la actualidad a soberanías rivales en un entorno ciertamente menos anárquico o inestable. Las sociedades feudales necesitaban un rey, un soberano. Las sociedades posmodernas siguen necesitando un soberano: el Estado. ¿Y quiénes son los señores feudales? Se trata en este caso de la sociedad civil mundial, de los mercados financieros internacionales, de quienes diseñan los usos y las prácticas del comercio internacional y de los actores del ciberespacio.

La red Internet es el reflejo de esas tendencias exógenas que los politólogos han observado. La creación de un mundo virtual, donde se pueden efectuar transacciones informativas en un contexto transfronterizo, constituye un fenómeno singular en el que los participantes han comenzado ya a elaborar sus propias reglas al margen de los legisladores nacionales.

En este contexto se inscriben las distintas iniciativas que tienen por objetivo

establecer mecanismos de solución de conflictos electrónicos. Para suplir la incapacidad normativa y técnica del legislador, los agentes privados se dotan de reglas y de los correspondientes modos de aplicación y de sanción. La exposición teórica a la que hemos invitado al lector sirve de telón de fondo para los diferentes fenómenos normativos que se pueden observar en el contexto de los entornos electrónicos. La elaboración de esta *lex electronica* se inspira evidentemente en el corpus jurídico que constituyen las convenciones internacionales, los principios generales del derecho comercial internacional, las legislaciones nacionales, cuando procede su aplicación, los usos comerciales internacionales y nacionales y los precedentes. Más allá del derecho estricto, las consideraciones políticas y económicas toman el relevo retórico del derecho.

## **Historia reciente y futuro próximo de la solución de conflictos y del marco normativo de los nuevos modelos de justicia en Internet**

Exponer la solución de conflictos en Internet permite no sólo dar un excelente ejemplo de los fenómenos de normatividades plurales mencionados en la primera parte, sino además ofrecer una visión general de algunos problemas jurídicos que ha planteado el desarrollo de los entornos electrónicos transfronterizos.

Procuraremos presentar en primer lugar las primeras experiencias de mecanismos de solución en línea de conflictos. Esta relación de la historia reciente debería permitirnos comprender mejor, en una segunda parte, los problemas planteados por la aparición de nuevos mecanismos, así como las promesas que encierran para el futuro de la justicia, o la justicia del futuro.

### *Las primeras experiencias*

En primer lugar, conviene pasar revista a todas las primeras experiencias en la materia que, en forma de proyectos de investigación, permitieron definir, casi cinco años antes del comienzo del tercer milenio, varios problemas y retos que siguen inspirando e impulsando las iniciativas actuales, que se presentan a continuación.

#### **Proyectos de investigación y proyectos experimentales**

##### *VirtualMagistrate*

En marzo de 1996 se inauguró el proyecto VirtualMagistrate, un servicio de arbitraje en línea resultante de la colaboración entre el Cyberspace Law Institute (CLI) y el

National Center for Automated Information Research (NCAIR). El objetivo primordial del proyecto era estudiar la manera de resolver las diferencias entre un usuario y un operador de redes, o entre usuarios. El ámbito de aplicación del proyecto se limitaba a los conflictos generados por mensajes o ficheros con contenido ilícito.

El procedimiento de «arbitraje» era voluntario y se efectuaba esencialmente por correo electrónico. Conviene precisar que se trataba de un mecanismo que podría denominarse «arbitraje contractual», es decir, un mecanismo que, aunque surtía algunos efectos «obligatorios», no tenía efectos ejecutorios con arreglo a las legislaciones y los tratados sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. El proyecto VirtualMagistrate se prosigue bajo los auspicios de la Universidad Chicago-Kent.

#### *Online Ombuds Office*

El proyecto Online Ombuds Office (Oficina de mediadores en línea) es una iniciativa del Center for Information Technology and Dispute Resolution de la Universidad de Massachusetts. Desde 1996, este organismo ofrece servicios de mediación para determinados conflictos que se generan en Internet, en particular, los litigios entre miembros de un grupo de debate, entre competidores, entre proveedores de acceso Internet y sus abonados, así como los relacionados con la propiedad intelectual.

Se han emprendido investigaciones en relación con la utilización de textos y gráficos para ayudar a las partes que deciden iniciar un proceso de solución de diferencias. Así pues, se les envían propuestas de transacción y las partes, con la ayuda de gráficos dinámicos y otros instrumentos tecnológicos, tratan de medir la índole, el origen y el grado del agravio y definir con mayor precisión las concesiones recíprocas que deseen. El proyecto se prosigue en la actualidad.

#### *CyberTribunal*

El CyberTribunal era un proyecto experimental elaborado por el Centre de Recherche en Droit Publique (CRDP) de la Universidad de Montreal, en septiembre de 1996. El proyecto apuntaba a determinar si era viable utilizar mecanismos alternativos para resolver conflictos generados en entornos electrónicos.

El ámbito de aplicación del CyberTribunal era mucho más amplio que el del Virtual Magistrate y Online Ombuds Office. Pese a su denominación, es importante aclarar que el CyberTribunal no se erigía en juez. En cambio, trataba de moderar el diálogo entre las partes en el litigio (mediación) y, en su caso, prestar asistencia administrativa y tecnológica en el proceso de adopción de decisiones, sobre la base de la voluntad de las partes (arbitraje). El proyecto llegó a su término en diciembre de 1999. El principal artífice del sistema estableció un nuevo proyecto denominado eResolution, que se examinará más adelante.

### Iniciativas actuales

En primer lugar, es indispensable indicar que casi todas las iniciativas relativas a la solución de diferencias en línea no disponen de infraestructura tecnológica que permita abordar en línea los litigios, ni tienen experiencia alguna en la tramitación de litigios reales. Es bastante difícil determinar el número de esas iniciativas, ya que esta cifra está sujeta a fluctuaciones a veces vertiginosas.

Teniendo presente lo indicado, trataremos de centrarnos en las iniciativas que, sobre la base de una estructura tecnológica sólida, sirvieron para zanjar litigios reales y, por ese motivo, pueden facilitar enseñanzas útiles. Estas iniciativas son dos: el servicio de examen de litigios entre consumidores, prestado por SquareTrade, y el servicio de solución en línea de conflictos relativos a los nombres de dominio, prestado por eResolution.

#### *Solución en línea de litigios entre consumidores: SquareTrade*

SquareTrade, fundado en otoño de 1999, funciona casi exclusivamente en el sector del comercio electrónico entre consumidores (C2C). La sociedad estadounidense ofrece dos posibles servicios de solución de diferencias: la negociación directa y la mediación. Su asociación con eBay, uno de los más importantes sitios de subastas en el ciberespacio, ha generado rápidamente un importante volumen de casos.

El desarrollo del procedimiento, muy informal, estimula las soluciones amistosas en todas las etapas. En un primer momento, el comprador o el vendedor presenta una queja a SquareTrade, recopilando toda la información pertinente en un formulario electrónico. A continuación, se notifica a la contraparte por correo electrónico. Si se presenta una respuesta, SquareTrade permite a las partes el acceso a formularios en un sitio protegido, mediante contraseñas y nombres de usuario. En esta etapa las partes pueden tratar de resolver el litigio de forma amistosa. Si no llegan a un entendimiento, pueden pedir a SquareTrade que designe un mediador, pagando un honorario bastante modesto. Pero si llegan a un arreglo, con o sin ayuda del mediador, la diferencia queda zanjada y se comunica a las partes un documento en que se consigna el acuerdo.

#### *Solución en línea de litigios relativos a los nombres de dominio: eResolution*

eResolution, fundada en el otoño de 1999, inauguró su primer servicio de solución en línea de diferencias el 1º de enero de 2000, en el momento en que recibía la acreditación de la Corporación Internet para Nombres y Números Asignados (ICANN) para administrar la solución de conflictos relativos a nombres de dominio, de conformidad con su política. La plataforma tecnológica de eResolution ha permitido resolver de esta manera varios cientos de asuntos, con alcance mundial.

El procedimiento de la ICANN allana todas las dificultades relativas a la aplicación o ejecución de las decisiones adoptadas. En efecto, el poseedor del nombre de

dominio está vinculado por su contrato de inscripción ante el órgano registrador, el cual, para obtener su acreditación como tal, se compromete a aplicar la política de la ICANN para la solución de litigios sobre nombres de dominio. En virtud de esta política, el órgano registrador ejecuta las decisiones, salvo cuando se interponga un recurso ante los tribunales en un plazo determinado, y procede directamente a la anulación o la transferencia ordenada con arreglo a la política.

eResolution procedió desde el comienzo a transformar el procedimiento de la ICANN, basado en documentos, en un procedimiento en línea. Gracias a la tecnología establecida por eResolution, las partes, los encargados de la adopción de decisiones y los administradores de los expedientes pueden cumplir todo el trámite en línea. De hecho, todos los intercambios se realizan en un entorno protegido, al que puede accederse con el nombre de usuario y la contraseña.

Nuestro objetivo no es evaluar el procedimiento establecido por la ICANN, sino más bien analizar las ventajas de su integración en una plataforma tecnológica. Estas ventajas derivan en primer lugar de la índole del procedimiento establecido en línea. En efecto, se trata de una especie de «arbitraje contractual», es decir, un procedimiento muy similar al arbitraje judicial, pero que apunta a sustituir totalmente, en determinados contextos, a los procedimientos judiciales.

Desde la adopción de la política de la ICANN, se han adoptado más de 2.500 decisiones sobre nombres de dominio. Poco a poco, de este cúmulo de decisiones se desprende un conjunto establecido de normas. Es interesante observar que esas decisiones se fundan en gran parte en los textos normativos de la ICANN. Resulta obvio que tales normas, resultantes de un proceso privado de adopción de decisiones, contribuyen a la elaboración de una *lex electronica*. En efecto, hay un sector de la propiedad intelectual, a saber, el derecho de las marcas de fábrica y de comercio, en el cual los operadores privados participan en la «normalización» de los entornos electrónicos y, de esa manera, contribuyen a crear un marco para las transacciones informáticas. La intervención de las autoridades estatales en este caso es mínima. Huelga decir que los tribunales judiciales no quedan vinculados por las decisiones adoptadas en el marco del proceso de la ICANN. Con todo, es obvio que un tribunal judicial que deba zanjar un litigio relativo a un nombre de dominio no podría hacer caso omiso de los principios que surgen de la jurisprudencia de la Corporación. Los usos, prácticas y principios que aplican los operadores constituyen, por cierto, elementos que un tribunal judicial deberá tener en cuenta. De no ser así, la decisión judicial se expone a quedar totalmente desvinculada de la realidad de las actividades que debe reglamentar. Esta manifestación concreta de la *lex electronica* en un sector particular ha de influir seguramente en otras ramas del derecho de la propiedad intelectual e ilustra la índole plural de la normativa sobre Internet; insistimos en que esta pluralidad normativa parece ser la única vía capaz de facilitar el establecimiento de un marco jurídico para reglamentar este entorno.

Los mecanismos de solución de diferencias en línea contribuyen a definir y materializar las normas, usos y prácticas que fundan la *lex electronica*. Por

consiguiente, se debe prestar especial atención a este tipo de mecanismo. Sobre la base de una serie de normas fundamentales, la política y las normas de la ICANN, los operadores privados están en condiciones de resolver muchas dificultades que hasta la fecha parecían en gran medida no admitir un marco jurídico. Se crea así un precedente que el jurista no podrá pasar por alto.

Por otra parte, la experiencia de eResolution en la aplicación de la política de la ICANN es una etapa importante en el proceso de consolidación de los mecanismos de solución de litigios en línea. La etapa siguiente, que ya está en curso, debería establecer algunos indicadores en relación con la función respectiva de los diferentes agentes que intervienen en la administración de justicia por Internet.

### *Formas normativas y modelos de administración de justicia*

Contrariamente a otros sectores en que la existencia de una intensa convergencia de normas y una floreciente actividad de autorreglamentación no plantea especiales dificultades, el sector de la administración de justicia tiene tendencia a suscitar controversias bastante acaloradas cada vez que el Estado debe transferir o ceder parcialmente el poder de iniciativa al sector privado. Las dificultades y los problemas son diferentes según el ámbito de que se trate, es decir, la administración de justicia aplicada a litigios de consumo (B2C), por una parte, y a cuestiones comerciales (B2B), por la otra.

#### **La administración de justicia aplicada a litigios de consumo**

La principal dificultad que se plantea para el establecimiento de nuevos mecanismos de reparación para los consumidores se deriva esencialmente de la omnipresencia de los imperativos de orden público, que el Estado considera como parte del conjunto de valores en cuya protección no puede dejar de intervenir. En el contexto transfronterizo de los entornos virtuales, los interrogantes que se plantean pueden resumirse en la facultad de elegir el derecho aplicable y la jurisdicción y la facultad de someter el litigio a arbitraje.

En el ámbito del consumo, que ha cobrado alcance internacional, los debates sobre los límites a la facultad de elección se han polarizado, en un primer eje, entre las asociaciones de defensa de consumidores y las asociaciones que representan a las empresas, y en un segundo eje, entre Europa y los Estados Unidos.

La posición europea, que influye considerablemente en la forma de las normas y usos del consumo en el plano mundial, consiste hasta la fecha en no alterar de forma significativa los derechos de los consumidores, que han sido objeto de un intenso proceso de armonización dentro de la Unión, al mismo tiempo que se estimula el desarrollo y el establecimiento de métodos de solución de diferencias extrajudiciales, para fomentar el desarrollo del comercio electrónico.

### *Cláusulas de elección del derecho*

En lo que respecta en primer lugar a la cuestión de la elección del derecho, la Convención de Roma estipulaba en general, antes de la aparición de Internet, que la facultad de las partes de elegir la ley aplicable no puede dar como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del país en que tiene su residencia habitual. La aplicación de este régimen a los contratos de consumo concertados a distancia por conducto de medios de telecomunicaciones, tales como Internet, está confirmado por la Directiva de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Este régimen supone aparentemente que el consumidor está amparado por su propia legislación en las transacciones por Internet, con independencia del lugar en que se encuentra el vendedor y de las observaciones que se le hayan formulado.

### *Cláusulas de elección de la jurisdicción*

En lo que respecta a la jurisdicción, el Reglamento del Consejo del 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil adopta la lógica de las disposiciones del Convenio de Bruselas sobre «consumo», al permitir que el consumidor pueda elegir el tribunal del lugar en que está domiciliado o la jurisdicción del Estado Miembro en cuyo territorio está domiciliado el comerciante, y prohibir al profesional que elija una jurisdicción distinta a la del Estado Miembro en cuyo territorio está domiciliado el consumidor. Por otra parte, se prohíben las cláusulas de elección de jurisdicción que sean anteriores al nacimiento del litigio y anulen ese régimen, salvo si permiten al consumidor elegir jurisdicciones adicionales.

Las autoridades europeas son conscientes de que este régimen puede frenar el desarrollo del comercio electrónico. Así pues, en una declaración del Consejo se encarga a la Comisión que prepare un informe en el cual se preste especial atención a la aplicación de las disposiciones del reglamento en relación con los consumidores y las empresas pequeñas y medianas, en particular en el marco del comercio electrónico, e invita en ese sentido a la Comisión, que proponga, en su caso, adaptaciones del reglamento, antes de la expiración del plazo habitual.

### *Cláusulas compromisorias*

Desde el punto de vista formal, las disposiciones que limitan la facultad de elegir la jurisdicción en litigios sobre consumo no son aplicables a las cláusulas compromisorias. Si se analiza la facultad de someter a arbitraje litigios sobre consumo, es normal remitirse a la Directiva del Consejo relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En ella figura la mención de las cláusulas que tengan por objeto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular, obligándole a dirigirse

exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas».

El alcance exacto de esta disposición ambigua es sumamente incierto, lo que obliga a los agentes económicos prudentes, entre otros, a recurrir a una interpretación por analogía con arreglo al espíritu de las disposiciones, más claras y sumamente restrictivas, que rigen la facultad de elección de la jurisdicción en materia judicial. En efecto, desde el punto de vista puramente lógico, no habría motivo para que esas disposiciones no se apliquen a la jurisdicción arbitral, salvo si se emprende un análisis que mida cuidadosamente las ventajas prácticas del mecanismo arbitral para todas las partes interesadas. En el caso *Océano*, el Tribunal de Justicia Europeo analizó las circunstancias determinantes de la concertación de una cláusula de elección de jurisdicción y las consecuencias de la aplicación de esa cláusula en el equilibrio de obligaciones de las partes en relación con la Directiva. Esta decisión, en la que se determinó la nulidad de la elección de jurisdicción, es notable por cuanto el proceso analítico, adaptado a las circunstancias del caso, probablemente habría llevado a la convalidación de la cláusula compromisoria si ésta hubiera sido suficientemente equilibrada. Sin embargo, habida cuenta de los riesgos económicos que se plantean, esta hipótesis no bastaría para tranquilizar a los agentes económicos, hasta el punto de inducirlos a adoptar el arbitraje para los litigios sobre consumo.

El derecho de los Estados Unidos ha sido más flexible en la adaptación de las condiciones jurídicas que puedan favorecer el desarrollo del comercio electrónico entre profesionales y consumidores. En ese país la facultad de elección es más amplia y las cláusulas compromisorias que no son abusivas se consideran válidas y están sumamente difundidas. Con todo, un análisis detallado de la legislación de los Estados Unidos no sería muy útil, pues cuando se trata de una red mundial y de disposiciones imperativas, en gran medida prevalece la norma de la parte más débil o del mayor denominador común, en el sentido en que el comerciante o el profesional que desea ofrecer sus bienes o servicios en el conjunto de la red estará obligado a aceptar las disposiciones imperativas del territorio en que esas normas dispensen una mayor protección al consumidor.

Desde el momento en que la facultad de elección y la facultad de someter a arbitraje un litigio antes de que ese litigio aparezca se consideraran condiciones importantes para el desarrollo de iniciativas privadas en materia judicial, se comprueba que el juego de la competencia normativa es sumamente restringido.

Las autoridades europeas son conscientes de esta dificultad y están determinadas a favorecer el establecimiento de mecanismos extrajudiciales para la solución de diferencias en materia de consumo. Lamentablemente, parece difícil que una red europea pueda hacer progresar el asunto en el plano internacional. Además, la cuestión de la función del Estado, como la de la validez de los mecanismos obligatorios, sigue pendiente. Por una parte, sigue vigente la idea de un sistema de acreditación, administrado por el poder público, de centros o mecanismos de solución de diferencias en materia de consumo, pese a las protestas del sector privado; por la otra,

no se ha dado aún una respuesta satisfactoria a la cuestión de la posibilidad de mecanismos *a priori* de carácter obligatorio.

En esas circunstancias, la única vía rápida que queda abierta para el desarrollo de nuevos mecanismos internacionales es una vía que excluya desde el principio todo sistema contractual que obligue al consumidor *a priori*. Habida cuenta de la evidente desproporción entre el costo de los procedimientos judiciales y el objeto de los litigios en materia de consumo, la solución de diferencias por vía extrajudicial sigue siendo una opción interesante, a condición de que se pueda recurrir a ella en línea.

Pese a la lentitud de la evolución legislativa y la confusión normativa que puede durar todavía algún tiempo en esta materia, la función del Estado parece ya bien definida. Los esfuerzos para aprobar principios rectores aplicables a la solución de diferencias en materia de consumo, basados en esfuerzos de consulta a nivel internacional, así lo atestiguan.

### Justicia comercial

Desde el punto de vista formal, la eficacia del arbitraje internacional se fundamenta en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York en 1958, y en la modernización acelerada de las legislaciones nacionales sobre arbitraje. La Convención de Nueva York establece que los tribunales de los 125 Estados Contratantes reconocerán los acuerdos de arbitraje concluidos por escrito y se declararán incompetentes cuando se les someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje.

En particular, la Convención de Nueva York obliga a los Estados interesados a reconocer y ejecutar las sentencias arbitrales extranjeras de conformidad con un sistema que restringe su derecho de fiscalización a la protección del orden público. Y éste es precisamente el modelo que, según nuestra opinión, se impondrá para administrar justicia en ámbitos que no se circunscribirán a la actividad comercial.

### *Requisitos formales y arbitraje en línea*

A primera vista, la infraestructura jurídica sobre la que se basa el arbitraje internacional puede aceptar sin mayores dificultades la introducción de los medios de comunicación electrónicos. La primera cuestión que se plantea se refiere a la validez de un acuerdo de arbitraje concluido por medios electrónicos. Se examina aquí el problema relacionado con el respeto de determinadas formalidades impuestas a veces por los textos, en los planos nacional e internacional, en lo tocante a la validez o la prueba de un compromiso o de una cláusula compromisoria. En el plano nacional, en diversas legislaciones nacionales se exige un documento escrito cuando es necesario reconocer los efectos jurídicos de un acuerdo de arbitraje. En el plano internacional, si la Convención de Nueva York se interpreta de manera restrictiva, también se tiene la

impresión de que en ella se exige un documento escrito. ¿Qué validez tiene un acuerdo de arbitraje concluido en línea en un contexto de esa naturaleza?

En lo que respecta a las legislaciones nacionales, es evidente que la adaptación de los requisitos formales a las nuevas exigencias del comercio no se podrá realizar en todas partes con la misma facilidad ni la misma rapidez, pero finalmente tendrá lugar. En lo referente a la Convención de Nueva York, se recomienda una interpretación flexible a fin de que la noción de escrito pueda aplicarse a los textos sin soporte material.

La segunda cuestión concierne a la notificación de los documentos. Una vez más, esto constituye un problema bastante insignificante si se lo considera como un obstáculo a la informatización de un procedimiento arbitral. Efectivamente, con el acuerdo de las partes, no hay nada que se oponga a la notificación de documentos por medios electrónicos. En cuanto a la prueba del envío y de la recepción en materia de mensajería electrónica, los dispositivos de mensajería interna protegida, que ya se pueden encontrar en los centros serios de solución de litigios en línea, esquivan ese problema de modo satisfactorio. Lo mismo sucede con los problemas de confidencialidad de las comunicaciones.

La tercera cuestión se refiere a la instrucción de la causa. Aquí se puede hacer una distinción entre las audiencias, comprendida la administración de la prueba testimonial o documental por un lado, y la cuestión del lugar de arbitraje por otro. En lo que respecta a las audiencias, la videoconferencia ya se utiliza en varios arbitrajes internacionales. Actualmente esa técnica tiende a democratizarse gracias a Internet y da lugar a importantes ahorros. De todas formas, cabe recordar que una parte importante del procedimiento arbitral es el intercambio de cartas y documentos entre las partes y los árbitros, que puede realizarse por medios electrónicos.

No se tratarán aquí las modalidades de administración de la prueba por escrito, pero hay que señalar brevemente que en la mayoría de los sistemas jurídicos las partes disponen de ella libremente. Se debe recordar también que el problema de la informatización sólo se plantea si se impugna la autenticidad de los documentos, caso que rara vez se presenta. Dejando de lado también la cuestión del lugar del procedimiento, mencionemos simplemente la tendencia actual a admitir que se fije un lugar ficticio para el arbitraje, es decir, un lugar al que ni las partes ni los árbitros deberán trasladarse para llevar a cabo el procedimiento.

La cuarta y última cuestión concierne el dictamen de la sentencia. Si se analiza la cuestión suficientemente a fondo, el problema planteado por el dictamen de la sentencia puede asimilarse en gran medida al mencionado al tratar la cláusula de arbitraje y el compromiso. También hay que señalar una dificultad complementaria: la sentencia debe firmarse. Así como para la convención de arbitraje, se puede esperar que en este caso la armonización de las normas técnicas y la interpretación flexible de los textos existentes servirán para asegurar rápidamente a los operadores con respecto a la fuerza ejecutoria de una sentencia sin soporte material. Por otra parte, el arbitraje en línea no espera.

### *Arbitraje y comercio electrónico*

Ya se ha mencionado la idea de una *lex electronica* y se ha establecido su origen. Para terminar sólo se mencionarán las repercusiones que podría tener el comercio electrónico en la evolución de las normas jurídicas anacionales y la administración de justicia.

En teoría, el comercio electrónico pretende ser internacional y en la práctica está pasando a serlo rápidamente. Por un lado, cada vez más a menudo las legislaciones nacionales y los tribunales de los Estados se perciben como alejados de las realidades del comercio internacional. Una prueba irrefutable de ello es la frecuencia con que se recurre al arbitraje internacional y a los principios jurídicos anacionales. Por otro, los sistemas normativos «inmanentes» se consideran insuficientes porque siempre están incompletos y a veces son demasiado genéricos. En su búsqueda de una legislación y una justicia equitativas y adaptadas a sus actividades, los agentes económicos no tienen más alternativa que ampararse en los mecanismos que explotan al límite la libertad de contratar.

En el plano del derecho material, se puede contar con una expansión considerable de los códigos de conducta, los contratos modelo más o menos impuestos y las normas y usos formalizados que en ciertas industrias determinan la ley de las partes. Ese tipo de instrumento autorregulador sirve a la vez para adaptar las normas a los usos concretos y evolutivos de una determinada industria o ahorrarse una dinámica contractual *ad hoc*, sumamente ineficaz, que obliga a cada parte a negociar las condiciones de cada uno de sus contratos individualmente debido a la falta de normalización. Es muy probable que ese tipo de instrumento se extienda y no cabe duda de que adquirirá una importancia extraordinaria si algún día el papel de las asociaciones autorreguladoras se une o se combina con el de las grandes plazas de mercado electrónicas.

En lo que respecta a la justicia y su administración, la reflexión sigue el mismo sentido. El arbitraje es la única solución viable para la solución de los litigios planteados por un comercio electrónico forzosamente internacional, y el arbitraje en línea es el único mecanismo que puede garantizar una adecuación entre los costos de la justicia y lo que está en juego en los contratos internacionales que ya no son privativos de los grandes grupos. Como sucede con las normas materiales aplicables a los contratos, las normas consensuales que facilitan la solución de litigios se alejan rápidamente de cualquier tipo de recurso a las normas de procedimiento de un sistema jurídico particular. En menor medida, esas disposiciones para la solución de litigios también tienden a estar determinadas por los usos de la industria en cuestión. Una vez más, si en un futuro el papel de las asociaciones de comerciantes se combina con el de las grandes plazas de mercado electrónicas, cabe pensar que el arbitraje se transformará en jurisdicción de derecho común.

### *Arbitrabilidad de los litigios de propiedad intelectual*

Ya se ha expuesto de modo sucinto el proceso de solución de los litigios de nombres de dominio de conformidad con la política y las normas adoptadas por la ICANN. El contexto de esas normas y política se fundamenta en gran parte en el derecho de las marcas comerciales. Debido a su monopolio sobre el sistema de direccionamiento que dirige la información por Internet, la ICANN tiene la posibilidad de imponer sus normas a los titulares de nombres de dominio. Ese monopolio crea un enclave normativo *de facto* que, en cierta medida, resulta impenetrable para los principios generales del arbitraje. En consecuencia, la cuestión de la arbitrabilidad de los litigios de propiedad intelectual no se plantea en el marco de los litigios relativos a los nombres de dominio. Aunque habilitado por la administración pública, en este caso el Congreso de Estados Unidos de América, en lo referente al sistema de direccionamiento Internet la ICANN funciona como un agente privado. Se ha señalado que el sistema de solución de diferencias establecido por la ICANN ha sentado precedente y que existe la posibilidad de aplicar ese modelo a otros sectores de la propiedad intelectual. En efecto, estimamos que los mecanismos de arreglo de diferencias en línea podrían ser muy útiles desde el punto de vista jurídico en el caso de los litigios de propiedad intelectual que pueden plantear las transacciones informáticas a través de Internet. En consecuencia, la cuestión de la arbitrabilidad de los litigios de propiedad intelectual se traslada a los otros sectores.

Durante mucho tiempo esta cuestión ha suscitado interrogantes debido al papel de los poderes públicos en la atribución y el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. No obstante, es un signo alentador que los legisladores nacionales hayan dado más flexibilidad a sus dispositivos concediendo un apoyo más definido a la autonomía de la voluntad de las partes. Así, se puede observar que la cuestión de la arbitrabilidad ya no constituye un problema grave, aunque hay que reconocer al mismo tiempo que el grado en el que los distintos países han adoptado esta posición varía. Al examinar distintas legislaciones se advierte que actualmente la mayoría de los países desarrollados reconocen que, por lo general, los litigios de propiedad intelectual son arbitrables. Pese a ello, recurrir al arbitraje supone la existencia previa de un vínculo contractual entre las partes y la inclusión de una cláusula compromisoria en dicho contrato. Evidentemente, si no existe ese vínculo o una cláusula compromisoria, las partes siempre pueden aceptar voluntariamente que su litigio se solucione por arbitraje, aunque ese medio sea más aleatorio. De este modo, los contratos de licencias de propiedad intelectual, los contratos de transferencia de propiedad intelectual y los contratos de investigación o de trabajo, en relación con los que la propiedad intelectual se elaboró y desarrolló, pueden estar sujetos a litigios arbitrables. Así, en los entornos electrónicos en los que el contrato parece un marco normativo particularmente prometedor, puede entenderse que los litigios de propiedad intelectual fundamentados en contratos se traten recurriendo a mecanismos de arreglo de litigios en línea. Por esta razón, es muy probable que se desarrolle una jurisprudencia arbitral cuyos principios constituirán una nueva aplicación de la *lex electronica*.

Esa *lex electronica* debería servir para facilitar la reglamentación jurídica de las transacciones informáticas que corresponden al ámbito de la propiedad intelectual. Por otra parte, también es evidente que algunos tipos de litigios que no se fundamentan en las relaciones contractuales, por ejemplo la imitación fraudulenta, no podrán tratarse por conducto de los mecanismos de solución de litigios en línea. En esos casos, es conveniente recurrir a los medios tradicionales para resolverlos, es decir, los tribunales judiciales.

## Conclusión

El arreglo de diferencias en línea se extiende rápidamente, pero no por decisión de las autoridades nacionales e internacionales que controlan las estructuras jurídicas positivistas, sino pese a su incapacidad para manejar la normatividad en movimiento que caracteriza a lo que se ha convenido en denominar «mundialización».

El fenómeno de la administración privada de la justicia, como el de la normatividad nacional que genera, no es nuevo. Como se señala en la primera parte, tiene su origen en la organización del comercio por las gildas de mercaderes de la Edad Media y corresponde a una lógica autorreguladora que, puede suponerse, fue brevemente interrumpida por la aparición de un paradigma que conoció tiempos mejores: el de la soberanía territorial y monopolística del Estado-nación. Por lo tanto, el observador no se asombrará si encuentra esos fenómenos en el ciberespacio que, por su plasticidad y la dispersión que conlleva, constituye el terreno perfecto para esta reexperimentación normativa.

Pero los factores teóricos e históricos que explican y justifican ese fenómeno, evidentemente, no son las preocupaciones fundamentales de los agentes; los factores prácticos de los que éstos se valen son: eficacia, menor costo, rapidez, simplicidad, actualización de los sistemas de solución de litigios con arreglo a los avances tecnológicos. Habida cuenta de estas realidades, las autoridades nacionales e internacionales deberían facilitar la creación de mecanismos electrónicos de solución de litigios que, en resumen, aseguren un ejercicio más fácil y menos costoso de los derechos de las partes, consumidores o comerciantes, en los entornos electrónicos que, de otro modo, no facilitan la afirmación de esos derechos. Este ideal de acceso a la justicia no debería soslayarse en aras de una rigidez ideológica. Las tecnologías de la información y la comunicación facilitan simplemente las modalidades de acceso a la justicia y, por esta razón, sirven para que los ciudadanos se hagan oír. ¿Hay que asombrarse de que la justicia se beneficie igualmente de los avances tecnológicos? Según nuestra opinión, el arreglo en línea de los litigios generados en entornos electrónicos no es más que una etapa. En efecto, sería conveniente que esas técnicas electrónicas también se utilizaran en el ámbito de la justicia tradicional. Esa utilización contribuiría a asegurar ese ideal democrático que constituye el acceso a la justicia.

## **Análisis crítico del Estudio comparado elaborado por M. Walter acerca de distintos instrumentos internacionales relativos a los derechos conexos\***

### **Índice**

Primera sección (párrafos 2 a 36 del Estudio)	<b>25</b>
1. Ámbito de aplicación de la protección. Personas y prestaciones protegidas	25
2. Productores de fonogramas	26
3. Ámbito de la protección	27
4. Trato nacional y cláusula de nación más favorecida	27
5. Protecciones convencionales. El derecho de alquiler	29
6. Aplicabilidad directa de las convenciones	31
Segunda sección (párrafos 37 a 85 del Estudio)	<b>32</b>
7. Derechos de explotación y del alquiler	32
8. Relaciones entre los AI y los radiodifusores	32
9. Derechos de los AI sobre la fijación y la reproducción	34
10. Derechos de importación	34
11. Derechos de los productores de fonogramas sobre la radiodifusión	35
12. Transmisión por satélite	35
13. Transmisión en línea	35
14. Excepciones a los derechos	36

- Este análisis ha sido preparado por la Secretaría de la UNESCO. No constituye en modo alguno una interpretación oficial de las disposiciones de los instrumentos internacionales analizados.

El futuro de la Convención de Roma y la evolución de los derechos conexos	<b>36</b>
15. Elementos de reflexión	<b>36</b>
16. Evaluación de los instrumentos existentes	<b>36</b>
17. Coexistencia de varios instrumentos nacionales	<b>38</b>
18. Lagunas de la protección internacional	<b>38</b>
19. Evolución de la protección	<b>39</b>
20. Cuestiones principales	<b>39</b>
21. Evolución futura de la CR	<b>39</b>
22. Trato nacional	<b>40</b>
23. Enumeración de los derechos	<b>41</b>
24. Derechos de las obligaciones, sociedades de recaudación	<b>41</b>
Conclusión	<b>42</b>

El Estudio está estructurado en dos partes:

- La primera (señalada con II): comparación entre los diversos tratados internacionales estudiados.
- La segunda (señalada con III): el futuro de la C.R. y la evolución de los derechos conexos.

Esas dos partes van precedidas por una introducción (Parte I) y seguidas de una conclusión.

La Parte II consta de dos capítulos que presentan varias subdivisiones. El texto español abarca 30 páginas, 16 de ellas dedicadas al capítulo: “Los derechos de explotación”. Para nuestro análisis, esta parte se puede subdividir en dos secciones:

La primera se refiere al ámbito de aplicación (beneficiarios y prestaciones) de los tratados internacionales y estudia sus relaciones mutuas. Esos tratados son esencialmente la CR, el ADPIC y el WPPT. Asimismo se alude al “Convenio sobre fonogramas” (Ginebra, 1971), aunque ese tratado sólo tiene importancia marginal y los comentarios del Estudio sobre ese texto no requieren observación alguna.

A esa primera sección corresponden los párrafos 2 a 36 del Estudio.

La segunda está dedicada al análisis de los derechos conexos, distinguiendo los “derechos de explotación”, subdivididos a su vez en derechos de explotación en forma tangible y los derechos de explotación en forma inmaterial, los derechos a la “reivindicación de una remuneración equitativa”, los “derechos morales” y la “duración de la protección”. Esa segunda sección abarca los párrafos 37 a 85 del Estudio.

## Primera sección (párrafos 2 a 36 del Estudio)

### *1. Ámbito de aplicación de la protección. Personas y prestaciones protegidas*

#### 1.1 Artistas intérpretes. Definición como objeto de protección

La Convención de Roma (CR) protege a tres categorías de beneficiarios: los artistas intérpretes o ejecutantes (AI), los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En su Artículo 3 define restrictivamente a los AI protegidos: únicamente los AI que «representen o ejecuten una obra literaria o artística», esto es, las obras protegidas por el derecho de autor. Por lo tanto, quedan excluidos de la protección ejecutantes como los «artistas de circo» y los deportistas. En el párrafo 3 del Estudio se señala que el Artículo 9 de la CR faculta explícitamente a los legisladores nacionales para que extiendan la protección a los AI excluidos por el Artículo 3 de la CR.

1.2 De ese Artículo 9 el Estudio saca la conclusión (última parte del párrafo 3) de que la protección «organizada por la CR no se limita únicamente a las personas que ejecutan una obra literaria o artística y, por consiguiente, se puede considerar a los deportistas, en particular, beneficiarios de la CR. Esta opinión es controvertible».

1.3 Es, en efecto, necesario distinguir entre la protección que todo Estado Parte debe otorgar por haberse adherido a un instrumento internacional y la protección que todo Estado Parte, o no, puede conceder en virtud de su poder soberano. El Artículo 9 de la CR no hace más que recordar algo evidente: un Estado soberano tiene desde luego derecho a proteger como desee a los artistas de circo y los deportistas, pero la legislación nacional que se sirva de esa facultad no tendrá ningún efecto internacional por ser ajena a las obligaciones impuestas por las convenciones. En concreto, la obligación de que los Estados Partes en la CR concedan a los AI extranjeros «convencionales» (facultados por los puntos de enlace a invocar la protección de la CR) el beneficio del «trato nacional» (asimilación a los nacionales del Estado en el que se pide la protección) sólo se extiende a los AI extranjeros que satisfacen la definición del Artículo 3 de la CR (ejecutar una obra literaria o artística), y no a los AI no protegidos por ese artículo. En virtud del Artículo 2 de la CR, un Estado Parte no está obligado a conceder el beneficio del trato nacional más que a los AI que satisfagan la definición «convencional» de beneficiarios, tal y como se enuncia en el Artículo 3 de la CR. En otras palabras, todo Estado es libre de proteger con medidas legislativas propias a los AI que no satisfagan lo definido en el Artículo 3 de la CR, pero esa extensión no crea ninguna obligación convencional para los Estados no contratantes.

1.4 Cabe añadir que el hecho de saber si los AI que no ejecutan obras literarias o

artísticas están o no protegidos por la CR es independiente del contenido de la protección misma. Aunque, como recuerda el Estudio en la última parte de su párrafo 3, es totalmente exacto que los derechos enunciados en la CR son derechos mínimos que pueden ampliar las legislaciones nacionales de los Estados contratantes, esa facultad no es suficiente para otorgar una protección convencional a las personas que no se mencionan en la definición restrictiva del Artículo 3 de la CR. Se deberá distinguir, pues, entre saber a *quién* se protege y *cómo* se protege.

- 1.5 El ADPIC nada dice sobre la definición de los AI, silencio que debe interpretarse como una referencia implícita a la definición de la CR, y el Estudio recuerda acertadamente que también el WPPT (Artículo 2, a)) restringe la protección a los AI que ejecutan obras literarias o artísticas, a los que se agregan los que ejecutan «expresiones del folclore». (Véase el Estudio, párrafo 3). Cabe señalar que sobre el punto en cuestión el WPPT es algo más preciso que la CR, ya que en el párrafo 2 del Artículo 3 se lee que «respecto de esos criterios de elegibilidad, las Partes Contratantes aplicarán las definiciones pertinentes contenidas en el Artículo 2 del presente Tratado». Ahora bien, esa precisión no hace más que explicitar una norma implícita contenida en el Artículo 3 de la CR.

## 2. Productores de fonogramas

- 2.1 En el Estudio (párrafo 4) se observa con razón que la CR no protege al productor de la banda sonora de una película, ya que define el fonograma protegido como «una fijación *exclusivamente sonora* de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos». En el mismo párrafo se subraya la ampliación de la definición del productor protegido en virtud de los párrafos b) y d) del Artículo 2 del WPPT, el cual engloba en la definición de productor a la persona que toma la iniciativa de la primera fijación de los sonidos provenientes de «representaciones de sonidos», expresión que excluye toda fijación sonora incorporada en una obra cinematográfica o audiovisual. Sin embargo, la expresión «representaciones de sonidos» se refiere a la producción de sonidos en ordenadores o sintetizadores, adaptando, por consiguiente, la definición del fonograma a la era de lo numérico.
- 2.2 Al análisis del Estudio es preciso agregar que la Declaración concertada relativa al Artículo 2 b) del WPPT limita los efectos de la exclusión de las bandas sonoras de películas del ámbito de protección, ya que precisa que «los derechos sobre el fonograma [no son] afectados en modo alguno por su incorporación en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual». Cabe, pues, matizar la apreciación del párrafo 4 del Estudio, según la cual la formulación del WPPT sería «ligeramente distinta» de la CR en cuanto a las definiciones de fonograma y su productor. La ampliación de la noción de fonograma a la «representación de

sonidos» mediante instrumentos electrónicos y la interpretación de la Declaración concertada relativa a la banda sonora de una película son importantes desde el punto de vista jurídico y económico.

### 3. *Ámbito de la protección*

- 3.1 Por lo que atañe a los AI, en el párrafo 8 del Estudio se recuerda que el Artículo 7.1 b) y c) de la CR y el Artículo 6 del WPPT les otorgan derechos exclusivos o casi exclusivos (derecho de impedir) respecto de la primera fijación de su prestación en cualquier soporte material. El Estudio se refiere una vez más a esos derechos en el párrafo 41.
- 3.2 En el párrafo 8 se muestra claramente que los derechos de los AI sobre la primera fijación, sonora o audiovisual, no se ven afectados ni por el Artículo 19 de la CR (supresión de los derechos de los AI una vez que dan su autorización para que una ejecución se incluya en una fijación audiovisual) ni por los Artículos 7 y siguientes del WPPT, que limitan los derechos de los AI a la inclusión de sus prestaciones en los fonogramas.
- 3.3 En realidad, el derecho de autorizar la primera fijación está limitado a los casos en que la ejecución de las prestaciones de los AI exige su presencia física por el simple hecho de que aceptan la convocación de un organizador de espectáculos o un productor. Esa presencia física constituye la prueba de que dan su consentimiento a las personas que utilizan sus prestaciones en un marco contractual. A decir verdad, estos derechos de primera fijación protegen a los AI únicamente contra las grabaciones clandestinas. Así pues, la importancia económica de tales derechos es escasa, si bien la necesidad de luchar contra una piratería cada vez más agresiva puede incrementar su utilidad.

### 4. *Trato nacional y cláusula de nación más favorecida*

- 4.1 En el párrafo 10 del Estudio se describe exactamente el contenido del «trato nacional», definido en la CR: un país contratante deberá otorgar al extranjero nacional de otro país contratante la misma protección de que gozan sus nacionales, salvo las excepciones y limitaciones permitidas por la Convención. El contenido del «trato nacional» se denomina en el párrafo 12 «trato nacional *en el sentido estricto de la expresión*», apreciación que significa que el «trato nacional» de la CR es de la misma índole que el otorgado por el Convenio de Berna respecto del derecho de autor: el autor extranjero convencional no podrá ser tratado menos bien que un autor nacional por lo que respecta a los derechos otorgados por la ley del Estado en el que se pide protección, sin que este Estado pueda exigir una reciprocidad de protección en el Estado de que es originario el

autor extranjero, ni pretender limitar la asimilación al nacional únicamente respecto de los derechos mencionados en el Convenio (véase el Artículo 5 del Convenio de Berna: «Los autores gozarán [...], en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio»).

- 4.2 Se trata, pues, de un trato nacional *integral*, en oposición al trato nacional *reducido*, del que se hablará más adelante. La expresión «integral» es más significativa que la de «en el sentido estricto de la expresión», que alude por el contrario, y de manera inexacta, a una concepción restrictiva del trato nacional. Ese trato nacional «integral» está efectivamente previsto en la CR, pese a que la redacción es más ambigua que la del Convenio de Berna.
- 4.3 El Artículo 2.2 de la CR dispone, en efecto, que «El mismo trato que a los nacionales estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas en la presente Convención». Si la referencia a las «limitaciones» es evidente por sí misma, la expresión «estará sujeto a la protección expresamente concedida» (por la Convención) es ambigua y se podría entender que limita el trato nacional a los derechos expresamente garantizados por la Convención, lo que conllevaría, por ejemplo, la negativa a ampliar el trato nacional a los derechos nacionales previstos para la explotación de obras audiovisuales. No es sostenible esta última interpretación restrictiva y, por lo tanto, aprobamos que el Estudio la descarte. El Artículo 2.2 de la CR alude a la «protección expresamente concedida» por la Convención, aunque estos últimos derechos no estuvieren reconocidos por la legislación del Estado en el que se pide la protección. En este mismo sentido (trato nacional integral), véase Masouye, *Guide de la CR*, pág. 25, que, si bien con ciertas reservas, llega a la conclusión de la necesidad de una «asimilación del extranjero al nacional sin restricción alguna».
- 4.4 Confirma esta opinión la lectura *a contrario* del ADPIC y el WPPT, según los cuales – y lo enuncian expresamente – la asimilación al nacional sólo es obligatoria respecto de los derechos mencionados explícitamente en el instrumento en cuestión. En el ADPIC esta concepción restrictiva del «trato nacional» se ve confirmada por la «nota de pie de página 1» relativa a los Artículos 3 (trato nacional) y 4 (trato de la nación más favorecida), en la que se precisa que «la protección comprenderá los aspectos relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento [...] de los derechos [...] así como los aspectos relativos al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual *de que trata específicamente este Acuerdo*». La expresión «derechos [...] de que trata específicamente este Acuerdo» es mucho más restrictiva que las palabras «contemplados» o «aludidos» que figuran en el Acuerdo. Al leer el ADPIC se ve que en el instrumento sólo se «trata específicamente» de los derechos de alquiler de los soportes. Parece que el objetivo preciso de la «Nota de pie de página» es excluir del

«trato nacional», como lo entiende el ADPIC, por lo menos los derechos a remuneración por copia privada previstos en algunas legislaciones nacionales a favor de los autores, los AI y los productores.

- 4.5 En el párrafo 11 del Estudio dedicado al ADPIC se analizan las restricciones al «trato nacional» recogidas en su Artículo 3. En cambio, no se menciona en él la nota de pie de página que acabamos de analizar. En esas condiciones, es difícilmente comprensible la frase de ese párrafo según la cual «la interpretación restrictiva del principio del trato nacional no resulta tan evidente», que es tanto más difícil de comprender cuanto que en ese párrafo del Estudio se mencionan claramente las restricciones.
- 4.6 Por el contrario, en el párrafo 18 del Estudio, dedicado a la cláusula de nación más favorecida, se presenta con exactitud el alcance reducido, por no decir que nulo, de esa cláusula en el campo del derecho de autor y los derechos conexos. Ese ámbito reducido se menciona una vez más en el párrafo 91 del Estudio. Cabe recordar, como lo hace el Estudio, que el WPPT limita el trato nacional a «los derechos exclusivos concedidos específicamente en el [...] Tratado» y al derecho a una remuneración equitativa por radiodifusión y comunicación al público de fonogramas con fines comerciales. Esta restricción descarta del trato nacional obligado en virtud del WPPT el beneficio de las leyes nacionales que otorgan derechos a los AI sobre la explotación de las fijaciones audiovisuales y las relativas a la remuneración por copia privada.

## 5. Protecciones convencionales. El derecho de alquiler

- 5.1 El párrafo 17 del Estudio recuerda el contenido de la protección establecida por los instrumentos internacionales por lo que atañe a los derechos conexos: el extranjero «convencional» goza de dos ventajas: la de «trato nacional» o asimilación al nacional, a que ya se ha hecho referencia, y una segunda, consistente en garantizar a las personas amparadas un «nivel mínimo» de protección constituido por derechos previstos específicamente por el propio instrumento, de los cuales se goza aunque el derecho correspondiente no esté previsto en la legislación nacional del Estado en el que se reclama la protección. En ese mismo párrafo 17 se comenta más detalladamente ese «nivel mínimo» de derechos reconocidos expresamente por el ADPIC y el WPPT y al respecto se menciona el derecho de alquiler, derecho que, desde luego, se vuelve a mencionar en la segunda sección del Estudio, dedicada al análisis de los derechos. Así pues, el derecho de alquiler se trata en el párrafo 56. Esta estructura lleva necesariamente a ciertas repeticiones.
- 5.2 En cuanto al párrafo 17, el Estudio afirma en particular que el ADPIC y el WPPT conceden a los AI, en virtud de la protección convencional específica, un derecho de alquiler en relación con los fonogramas, afirmación que habría que

matizar considerablemente, pues el Artículo 14.4 del ADPIC atribuye ese derecho de alquiler «a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según los determine la legislación de cada Estado Miembro». Así pues, sólo los productores gozan del derecho convencional de alquiler de fonogramas, y los AI y los autores sólo gozan de ese derecho si así lo prevé la legislación nacional. Es, por consiguiente, inexacto afirmar que el ADPIC instituye para los AI un derecho de alquiler de fonogramas de índole convencional, ya que el otorgamiento de tal derecho queda a discreción de las distintas legislaciones nacionales.

- 5.3 Asimismo, el Artículo 9 del WPPT deja un margen de apreciación a las legislaciones nacionales para reconocer o denegar el derecho de los AI sobre el alquiler de fonogramas: su párrafo 1) dispone que «los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las partes contratantes». Así pues, la legislación nacional podrá «establecer» y por consiguiente restringir libremente las prestaciones de AI fijadas en fonogramas que den lugar al derecho de alquiler.
- 5.4 El Artículo 9 del WPPT es la transposición del Artículo 7 del WCT, que aparentemente concede a los autores un derecho de alquiler. Con una formulación diferente de la del ADPIC, los Artículos 6 del WCT y 9 del WPPT dejan a los legisladores nacionales una gran libertad para reconocer o denegar a los autores y a los AI un derecho de alquiler. El alcance de esta remisión a las legislaciones nacionales se ve confirmado y ampliado en la interpretación que hace del Artículo 7 del WCT la Declaración concertada, según la cual ese artículo no permite exigir de una parte contratante que prevea un derecho exclusivo de alquiler para los autores que no gozan de derechos sobre los fonogramas en virtud de la legislación de esa parte contratante. Además, según la Declaración, queda entendido que esa obligación (relativa al derecho de alquiler) es compatible con el Artículo 14.4 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta declaración sólo afecta jurídicamente al WCT y no figura en el WPPT. Sin embargo, se puede pensar que esta Declaración relativa a los derechos de autor se podrá oponer a los derechos de los AI, ya que es poco probable que las legislaciones nacionales concedan a los AI derechos superiores a los que reconocen a los autores.
- 5.5 La libertad dejada a las legislaciones nacionales por el ADPIC, el WCT y el WPPT de reconocer o rehusar el derecho de alquiler a los autores y los AI es tanto más significativa cuanto que los tres instrumentos reconocen formalmente a los productores de fonogramas un derecho de alquiler sin restricciones, de índole convencional, que se impone a la partes contratantes sin ningún margen de libertad para la legislación nacional. Ahora bien, el Estudio analizado no da cuenta de esas remisiones a las legislaciones nacionales de la determinación del derecho de alquiler, tal y como está previsto por el ADPIC y el WPPT, sino que,

por el contrario, da al lector la impresión inexacta de que esos instrumentos reconocen el derecho convencional de alquiler no sólo a los productores, sino también a los AI.

- 5.6 Esta observación deja completamente abierto el problema de la interpretación de las disposiciones del ADPIC y el WPPT, incluidas las declaraciones interpretativas, que autorizan la remisión a las legislaciones nacionales, ya que no cabe duda de que esas disposiciones son ambiguas y pueden ser objeto de interpretaciones divergentes. Se podrá sostener, sea que esas remisiones a las legislaciones nacionales sólo tienen un alcance reducido, sea, por el contrario, que el ADPIC y el WPPT reservan formal y efectivamente la libertad de las partes contratantes de admitir o rehusar el derecho de alquiler a los AI, libertad explícitamente reconocida por la Declaración que interpreta el Artículo 7 del WCT respecto de los autores.
- 5.7 Así pues, posiblemente se puede considerar que el punto de vista expresado en el párrafo 17 del Estudio traduce la primera de las dos interpretaciones posibles que se acaban de mencionar. Considerada por sí misma, esa interpretación se puede justificar por su finalidad social y cultural favorable a los AI. Ahora bien, se deberá precisar con claridad que sólo se trata de una interpretación controvertible y que, en todo caso, la redacción de los Artículos 14.4 del ADPIC y 9 del WPPT no reconoce formalmente a los AI el derecho de alquiler de fonogramas.

## 6. *Aplicabilidad directa de las convenciones*

- 6.1 Esta cuestión se trata en los párrafos 19 y 20 del Estudio, y aunque sus observaciones no adolecen de ninguna inexactitud jurídica, nos parece que mezclan dos cuestiones que se deben distinguir: la del mecanismo de integración de un instrumento internacional en el ordenamiento jurídico interno de un Estado Contratante y la de la aplicabilidad directa de las disposiciones convencionales que se supone están integradas en el ordenamiento jurídico nacional.
- 6.2 En cuanto al primer punto, los Estados Contratantes están divididos en dos sistemas constitucionales: para algunos, como Francia, la simple ratificación de una convención internacional basta para integrarla en el ordenamiento jurídico interno. Para otros (en particular el Reino Unido y los Estados Unidos), es insuficiente la simple ratificación. La integración de las disposiciones convencionales en el ordenamiento jurídico interno exige además de la ratificación la promulgación de una ley nacional concreta que sirva de interfaz entre la convención y el ordenamiento jurídico nacional.
- 6.3 La segunda cuestión sólo parece plantearse en los países del primer grupo, en los que no existe el sistema de la ley interfaz, en los cuales la convención internacional ratificada es directamente aplicable en la medida en que las disposiciones convencionales sean incondicionales y suficientemente precisas.

- 6.4 Las convenciones que establecen derechos a favor de personas privadas, como los autores, los AI y los productores, cumplen rara vez esas condiciones y suelen dejar un margen de apreciación y aplicación a las leyes y reglamentos nacionales. En este caso, es preciso tener presente que según la propia Convención los derechos recogidos en ella pueden estar sujetos a limitaciones o excepciones que compete establecer a las leyes nacionales.

## **Segunda sección (párrafos 37 a 85 del Estudio)**

### *7. Derechos de explotación y de alquiler*

- 7.1 En la segunda sección se analizan los diferentes derechos conexos de explotación, distinguiendo la explotación en forma tangible (soportes) o inmaterial (emisión terrestre y por satélite y comunicación al público, incluida la transmisión numérica en línea), las excepciones al derecho, los derechos a una remuneración justa, el derecho moral, y, por último la duración de la protección. Este análisis se debe aprobar en su conjunto, con algunas reservas de detalle.
- 7.2 En los párrafos 58 y 59 se comentan de nuevo los derechos de alquiler de fonogramas, ya tratados en el párrafo 17, y se matiza la afirmación de ese párrafo según la cual los AI y los productores de fonogramas gozarían de un derecho de alquiler reconocido por la Convención.
- 7.3 En el párrafo 58 se reconoce que, en el ADPIC, los derechos de alquiler de los AI pueden depender de la buena voluntad de las distintas legislaciones nacionales. Ese mismo párrafo parece considerar que el ADPIC, al cual se ajusta el Artículo 9 del WPPT (véase el párrafo 59), obligaría a los Estados Unidos a prever en su legislación un derecho de alquiler explícito para los autores y los AI (última frase del párrafo 58), interpretación que dista de ser evidente, pues, por el contrario, la Declaración concertada relativa al Artículo 7 del WCT precisa de manera expresa que ese artículo no obliga a una parte contratante a prever un derecho exclusivo de alquiler para los autores que en virtud de la legislación de esa parte no gocen de derechos sobre los fonogramas, y agrega que el Artículo 7 del WCT es compatible con el Artículo 14.4 del ADPIC. Ahora bien, en relación con el derecho de alquiler instituido por el ADPIC, los AI se encuentran en la misma situación que los autores.

### *8. Relaciones entre los AI y los radiodifusores*

- 8.1 El párrafo 41 del Estudio comenta especialmente el Artículo 7.2 de la CR, que trata de los posibles derechos de los AI sobre la retransmisión y la fijación/reproducción con miras a la radiodifusión cuando el AI ha aceptado la

emisión. Esencialmente, este artículo organiza, según la enérgica expresión de Claude Masouye en su *Guide de la CR*, la «renuncia de la Convención respecto de esos derechos, remitidos en su totalidad a las legislaciones nacionales», a reserva de que esa remisión no prive a los artistas intérpretes o ejecutantes de la capacidad de regular contractualmente sus relaciones con los radiodifusores. Este párrafo 41 destaca acertadamente una contradicción interna de la CR: mientras que el Artículo 7.2 (2) remite a las legislaciones nacionales los derechos de los AI sobre las grabaciones efímeras realizadas por los radiodifusores, según su Artículo 15.1 c) las fijaciones efímeras forman parte de las excepciones a los derechos de los AI.

- 8.2 Por el contrario, aun describiendo exactamente el contenido del Artículo 7.2 de la CR relativo a los derechos de los AI frente a los radiodifusores, el mismo párrafo 41 contiene algunas fases poco comprensibles, al menos a primera vista. Por ejemplo, escribir al comienzo del párrafo 41 que la CR impone «otra restricción» a los derechos de los AI, que dimana del párrafo 3 del Artículo 7.2 relativo a los acuerdos contractuales, constituye una apreciación paradójica: según el Artículo 7.2 (3) de la CR, el remitir la protección de los AI a las legislaciones nacionales «no [podrá] privar a los artistas intérpretes o ejecutantes de su facultad de regular, mediante contrato, sus relaciones con los organismos de radiodifusión». Esta alusión a la capacidad de establecer contratos difícilmente se puede considerar una restricción. Sólo en el párrafo 95 se explica el Estudio sobre la apreciación, recordando la libertad contractual. Observa que, en una relación contractual, los AI son la parte débil de la transacción y que, por consiguiente, la libertad contractual más bien juega en su contra y beneficia a los radiodifusores. Sin embargo, la redacción misma del Artículo 7.2 (3) de la CR muestra que al mencionar la libertad contractual quiere servir de protección a los AI, ya que el contrato puede mitigar las lagunas de la protección legal establecida por la legislación nacional.
- 8.3 Cabe preguntarse incluso si la mención que hace el Artículo 7.2 (3) de la CR de la libertad contractual no implica que se prohíbe a las legislaciones nacionales que definen los derechos de los AI dictar normas interpretativas de los contratos, desfavorables a los AI (por ejemplo, en relación con la presunción de cesión de derechos a los productores). Pero esta conclusión sería aventurada si se considera que la remisión a las legislaciones nacionales permite sin duda alguna a los Estados establecer regímenes de licencias obligatorias o imponer una gestión colectiva de los derechos, medidas que son más restrictivas para los AI que las normas de interpretación de contratos. En realidad, lo que caracteriza esencialmente al Artículo 7.2 de la CR, tomado en conjunto, es el rechazo de toda protección convencional y la remisión exclusiva a las legislaciones nacionales, combinadas con las prácticas contractuales.

## 9. Derechos de los AI sobre la fijación y la reproducción

- 9.1 En el párrafo 44 del Estudio se hace referencia a esos derechos tal y como quedan definidos en los Artículos 6 y 7 del WPPT. Cabe formular dos observaciones a este respecto: a) El texto recuerda que a ese tratado se añade una Declaración concertada en la que se precisa que el *derecho de reproducción se aplica plenamente en el entorno digital*, como ya sucede en la CR, pero sólo de manera implícita. Esa observación es exacta, pero hay que tener presente que la aplicación del derecho de reproducción en el entorno numérico se ha de combinar con el Artículo 16 del WPPT relativo a las excepciones a esos derechos. En los comentarios al párrafo 76 del Estudio nos referiremos al alcance de esas excepciones; b) en la segunda frase del párrafo 44, se estima que el dispositivo del WPPT no difiere sustancialmente del de la CR.
- 9.2 Sin embargo, existe una diferencia entre ambos instrumentos: mientras que el Artículo 7 de la CR limita la protección de los AI a la posibilidad de «impedir» ciertos actos de explotación de las prestaciones de los AI, los Artículos 6, 7, 8 y 9 del WPPT otorgan a los AI *derechos exclusivos* de autorizar esos actos (con las reservas ya formuladas sobre el derecho de alquiler). Si se recuerda que la expresión «impedir» permite descartar la concesión de derechos exclusivos y retener sólo disposiciones penales, esa diferencia entre los dos instrumentos no es pequeña jurídica ni económicamente. A ese respecto, el WPPT protege más a los AI que la CR.

## 10. Derechos de importación

- 10.1 La existencia de un derecho denominado de «importación» no es más que la consecuencia del agotamiento nacional del ejercicio del derecho de distribución. Si el ejercicio del derecho de distribución no es agotado mundialmente, sino sólo en el ámbito nacional, el ejercicio de ese derecho en el Estado (E) no impide a su titular alegarlo de nuevo en otro Estado (I). El titular no dispone, hablando estrictamente, de un «derecho de importación», pero está facultado para subordinar a su consentimiento la distribución de ejemplares en el país de importación. Ninguno de los tres instrumentos analizados zanja la elección entre agotamiento nacional (reconocimiento de un derecho de importación) y agotamiento mundial (rechazo del derecho de importación). El Artículo 6 del ADPIC cree útil precisar que no se hará uso de ninguna disposición del Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. El WPPT y el WCT mantienen la misma posición.

## *11. Derechos de los productores de fonogramas sobre la radiodifusión*

- 11.1 El párrafo 63 del Estudio recuerda que ni la CR ni el ADPIC prevén para esos productores un derecho exclusivo respecto de la radiodifusión. Se hubiera podido precisar igualmente que lo mismo se aplica al WPPT.

## *12. Transmisión por satélite*

- 12.1 En el Estudio se destaca la distinción entre satélites de transmisión directa y satélites de telecomunicación (párrafos 66 y 67), para sacar la conclusión de que únicamente la transmisión por satélites de transmisión directa se podría asimilar a un acto de radiodifusión para aplicar la legislación sobre derecho de autor y derechos conexos. Se hace esta distinción en el derecho internacional de telecomunicaciones elaborado por la UIT, pero ya no se toma en consideración en relación con la propiedad intelectual, porque, gracias a los avances técnicos, el público puede captar directamente las señales emitidas por los satélites de telecomunicación. Por consiguiente, hay razón suficiente para no compartir la duda formulada en el párrafo 67 en el sentido de que las señales transmitidas por los satélites de telecomunicación se pueden asimilar a la radiodifusión, ya que son emitidas para que el público las capte.

## *13. Transmisión en línea*

- 13.1 En ese párrafo se explica con razón que, por lo que atañe a los derechos conexos, la transmisión en línea no se puede asimilar a la radiodifusión. El autor del Estudio expresa la opinión personal de que, en lo que hace a los derechos de autor y los derechos conexos, la transmisión en línea se debería calificar de acto, o actos, de reproducción o distribución.
- 13.2 Se señala que, en relación con el derecho de autor, el WCT (Artículo 8) vincula el derecho sobre la transmisión en línea con el «derecho de comunicación al público» bajo la denominación de «puesta a disposición del público (de las obras protegidas), de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija». Por lo que respecta a los derechos conexos, los Artículos 10 y 14 del WPPT erigen esa «puesta a disposición» en derecho autónomo, distinto del derecho de radiodifusión. Esas calificaciones no impiden que las «puestas a disposición» también estén sujetas al derecho de reproducción debido a los actos de reproducción que quedan en la memoria del ordenador que entraña la transmisión en línea. Un cúmulo de derechos sobre un mismo acto no tropieza con ningún

obstáculo jurídico y no hay necesidad alguna de escoger entre derecho de reproducción y derecho correspondiente a la comunicación pública.

- 13.3 Si la legislación internacional sobre los derechos conexos (el WPPT) distingue el derecho de comunicación al público, calificación aplicable a la transmisión en línea, del derecho de radiodifusión, es para que se pueda atribuir al primero el carácter de derecho exclusivo, manteniendo al mismo tiempo el segundo en la categoría de derecho a una remuneración (Artículo 15 del WPPT). Sucede, en efecto, que la comunidad internacional no está dispuesta a someter los actos de radiodifusión de fonogramas a la autorización de los productores y los AI.

#### 14. Excepciones a los derechos (Artículo 16 del WPPT)

- 14.1 Habría sido útil mencionar en el párrafo 76 del Estudio la Declaración concertada, según la cual en virtud de ese artículo las legislaciones nacionales pueden prever excepciones específicas al entorno numérico. Esa facultad se refiere en particular a los actos de reproducción temporal en la memoria de ordenadores, que son indispensables para la circulación de las señales en la Red.

### El futuro de la Convención de Roma y la evolución de los derechos conexos (párrafos 86 a 100)

#### 15. Elementos de reflexión

Esta parte consta de: i) Evaluación de los instrumentos (párrs. 86 a 89); ii) Coexistencia de varios instrumentos internacionales (párrs. 90 a 92); iii) Lagunas de la protección internacional de los derechos conexos (párrs. 93 a 95); iv) Evolución de la protección internacional de los derechos conexos (párrs. 96 a 98); y v) Cuestiones principales que habría que integrar en una posible revisión de la Convención de Roma (párrs. 99 y 100).

#### 16. Evaluación de los instrumentos existentes

- 16.1 En el Estudio se analizan, sintetizándolas, las características de la CR, el ADPIC y el WPPT.
- 16.2 La CR garantiza la triple protección de los AI, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Ese instrumento otorga a las personas protegidas el beneficio del «trato nacional» integral (denominado *stricto sensu* en el Estudio). En el Estudio se recuerdan los límites de la protección convencional de la CR, en particular respecto de los AI, que sólo están protegidos, sin

- que se les otorgue un derecho exclusivo respecto de las primeras fijaciones o radiodifusiones «vivas», lo que excluye todo derecho de reproducción o comunicación al público de las fijaciones autorizadas. En el Artículo 19 se deniega explícitamente toda protección en cuanto a las explotaciones audiovisuales. La CR prevé ciertamente «un derecho de remuneración equitativa» respecto de la radiodifusión de fonogramas comerciales, pero no impone a los Estados contratantes la institución de ese derecho. No es preciso formular observación alguna sobre la exposición de esas características, que figura en el párrafo 87 del Estudio.
- 16.3 En cuanto al ADPIC, el párrafo 88 recuerda que ese instrumento consolida la protección en cierta medida: los Estados Contratantes deben adoptar medidas para hacer respetar los derechos y amplía a 50 años la duración de la protección que en la CR estaba limitada a 20. Por último, se atribuye expresamente a los AI el derecho de alquiler, a decir verdad con mucha ambigüedad, como se ha recordado más arriba. En cambio, el «trato nacional» se entiende de manera restrictiva, ya que se reduce a los derechos explícitamente inscritos en el Acuerdo.
- 16.4 En el párrafo 89 se analiza el WPPT con exactitud. Limitado al campo sonoro, excluido el audiovisual, el WPPT refuerza considerablemente la protección de los AI respecto de sus prestaciones fijadas en fonogramas (derechos exclusivos sobre la reproducción de las fijaciones; derechos de distribución y alquiler; reconocimiento de los derechos morales). Tal vez el estudio no insista suficientemente en lo importante que es la extensión explícita del WPPT a las explotaciones numéricas (inclusión de las copias numéricas en el campo de aplicación del derecho de reproducción); institución de un derecho exclusivo sobre la comunicación al público mediante el procedimiento de transmisión en línea; y, por último, obligación de los Estados Partes a adoptar medidas para impedir la neutralización de los procedimientos técnicos electrónicos destinados a identificar las obras, las prestaciones y sus derechohabientes y de impedir las copias numéricas múltiples (Artículo 8: obligaciones relativas a las medidas técnicas; Artículo 9: obligaciones relativas a la información sobre el régimen de derechos).
- 16.5 Por último, el Estudio recuerda acertadamente que tanto el ADPIC como el WPPT erigen en una especie de principio general del derecho de propiedad intelectual la norma según la cual las excepciones a los derechos exclusivos deben respetar el triple límite establecido por el Artículo 9.2 del Convenio de Berna (limitación a «casos especiales»; y obligación de no atentar a «los intereses legítimos de los autores» ni a la «explotación normal de la obra», regla denominada del «triple criterio»).

## 17. *Coexistencia de varios instrumentos internacionales*

Los párrafos 90 a 92, dedicados a la coexistencia de varios instrumentos internacionales, no requieren comentario alguno.

## 18. *Lagunas de la protección internacional*

Por lo que atañe a las lagunas de la protección internacional de los derechos conexos (párrs. 93 a 95), en el párrafo 94 se recuerdan pertinentemente las retenciones del legislador internacional hacia la concesión de derechos conexos exclusivos con respecto a la radiodifusión hecha a partir de fijaciones o reproducción de fijaciones. Al temor a que un derecho exclusivo otorgado a los productores de fonogramas pudiere atentar contra la libertad de programación, temor subrayado al final del párrafo 94, cabe añadir la hostilidad de los autores, que temen que se debiliten sus propios derechos exclusivos sobre la radiodifusión de sus obras si esos derechos se debieran ejercer en competencia con derechos de la misma índole otorgados a los productores de fonogramas.

Asimismo, con toda razón en el párrafo 95 del Estudio se manifiesta el deseo de que al reformar los instrumentos internacionales de los derechos conexos se incluyan algunas disposiciones sobre «cuestiones de derecho contractual», expresión algo oscura a primera vista en la que se designan en el Estudio los contratos entre los AI y los productores o radiodifusores. Ahora bien, es preciso conocer exactamente el sentido de esas disposiciones.

Conforme a la orientación del Estudio, se necesita esa reglamentación internacional de los contratos para fortalecer la posición de los AI, la parte débil en las relaciones contractuales, pero no debemos olvidar que el Convenio de Berna (Acta de París) reglamenta las relaciones contractuales entre autores y productores audiovisuales, con la doble finalidad de velar por los derechos pecuniarios de los autores y de mejorar la seguridad jurídica de los productores, a quienes, habida cuenta del interés de todas las partes, se debe dejar el control de la estrategia de explotación de la película o la obra audiovisual. Así pues, la reglamentación internacional de los contratos de derechos conexos debería perseguir dos objetivos: a) se deberá asociar financieramente a los AI a los productos de todas las explotaciones (en forma tangible o inmaterial, analógica o numérica) de sus prestaciones; y b) los productores deberán conservar el control de la explotación de esas prestaciones, sobre todo de las audiovisuales.

En cambio, cabe formular reservas sobre el párrafo 93 del Estudio por cuanto propugna la concesión de derechos conexos a los productores audiovisuales, opinión amplificada en los párrafos 96 y 98, sin duda debido a una falsa analogía entre productores audiovisuales y productores de fonogramas. Esa propuesta parece provenir de una lectura incompleta del Convenio de Berna,

según el cual solamente los productores cinematográficos, y no los demás productores de obras audiovisuales no cinematográficas, disfrutarían de una situación jurídica protegida, laguna que convendría corregir, según el Estudio, otorgando derechos conexos a los productores en todo el campo audiovisual. Ahora bien, el Convenio de Berna asimila formalmente las obras audiovisuales no cinematográficas a las obras cinematográficas (Artículo 2: [...] «las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía [...]»).

Así pues, no existe ningún vacío jurídico que justifique la inclusión de los productores audiovisuales, según la legislación internacional, entre los beneficiarios de derechos conexos.

## 19. *Evolución de la protección*

Por lo que respecta a la evolución de la protección internacional (párrs. 96 a 98), el Estudio se pronuncia a favor de un fortalecimiento de los derechos conexos. La aplicación de esa idea general se debería traducir en una revisión de la CR, instrumento revisado que seguiría coexistiendo con el ADPIC y el WPPT. La revisión de la CR, aconsejada en los párrafos 97 y 98, debería integrar el Convenio de Bruselas (satélites), «garantizar una protección adecuada» de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales (por consiguiente, abrogación del Artículo 19) y ajustar la protección de los AI y los productores de fonogramas a la prevista en el WPPT. Estas consideraciones no suscitan ninguna objeción, salvo en lo que respecta a la concesión de derechos conexos a los productores audiovisuales por los motivos ya expuestos.

## 20. *Cuestiones principales*

En relación con las cuestiones principales (párrs. 99 y 100), en el párrafo 99 se enumeran 17 propuestas cuya finalidad sería «la actualización de la Convención de Roma según el esquema del Acuerdo sobre los ADPIC y del WPPT». Esa lista se ajusta al objetivo fijado y, por lo mismo, no suscita ninguna objeción.

## 21. *Evolución futura de la CR*

El párrafo 100 del Estudio se refiere a la futura evolución de la CR y en él se propone una refundición completa que no sería un mero ajuste al ADPIC y al WPPT, complementada con la ampliación a las explotaciones audiovisuales.

Esa «refundición completa» afectaría a cinco campos: lista de beneficiarios, trato nacional, enumeración de los derechos, derechos de la obligaciones (reglamentación de contratos) y sociedades de recaudación.

- 21.1 La protección internacional abarcaría a los productores audiovisuales; las fotografías «sencillas», sin protección del derecho de autor por carencia de originalidad; los organizadores de espectáculos que utilizan prestaciones de los AI; los editores de publicaciones científicas; y los AI distintos de los que ejecutan obras protegidas (artistas de circo y deportistas).
- 21.2 Ya hemos manifestado nuestras reservas respecto de la atribución de derechos conexos a los productores audiovisuales. En cuanto a las demás categorías, se constata que no se expone ninguna justificación y que, en todo caso, los problemas planteados por esas ampliaciones de la protección internacional no han alcanzado un grado suficiente de madurez.

## 22. *Trato nacional*

- El Estudio propone que se eliminen las reservas permitidas en la actualidad por la CR como criterios de «conexión» (Artículo 5.3 para los productores de fonogramas; Artículo 16 a) para la remuneración equitativa y Artículo 16 b) para los organismos de radiodifusión). La eliminación propuesta no aparece acompañada de justificaciones específicas y plantearía problemas delicados, cuyas consecuencias no se han estudiado. Además, en el Artículo 3.3 del WPPT se recogen las reservas del Artículo 5.3 de la CR.
- Por lo que atañe a la condición de las sociedades de recaudación, mencionada en el apartado b) del párrafo pertinente, es verdad que existe una contradicción entre la índole jurídica de los derechos recaudados por esas sociedades, que son fondos privados, y la práctica de varios Estados que les obligan a dedicar parte de esos fondos a fines de interés general cultural. En esa situación, podría ser útil, para precisar y legalizar esas prácticas estatales, la propuesta que figura en el segundo punto del párrafo 100.
- Ahora bien, la formulación de la recomendación es demasiado general y no se podría aplicar a todos los derechos, sino sólo a algunos, la determinación exacta de cuyos beneficiarios es incierta, incertidumbre que justifica la socialización de una parte de los derechos recaudados (en particular, los correspondientes a copias privadas).
- Por último, se debe tener presente que los problemas planteados por las relaciones entre las sociedades de recaudación y la administración pública no se limitan a los derechos conexos, sino que se refieren igualmente a los derechos de autor, y que por lo tanto, es imposible proponer medidas sobre las sociedades partiendo únicamente del punto de vista de los derechos conexos.

### 23. Enumeración de los derechos

23.1 En este párrafo se recomiendan ocho medidas, sobre algunas de las cuales debemos formular observaciones o reservas:

- i) Derecho de importación: se recuerda que este «derecho» no es más que la otra cara de la limitación del agotamiento del derecho de distribución en el territorio nacional, o de una entidad económica plurinacional.
- ii) Concesión de derechos exclusivos con respecto a la radiodifusión de interpretaciones fijadas en fonogramas: ya hemos mencionado las objeciones y dificultades que plantearía la institución de semejante derecho en una convención internacional. La solución adoptada por el WPPT (denegación de un derecho de radiodifusión, pero concesión de un derecho sobre la transmisión numérica en línea) alcanza un equilibrio razonable.
- iii) Derecho exclusivo con respecto a las retransmisiones: las mismas reservas que las formuladas en el apartado anterior.
- iv) Eliminación de las restricciones a los derechos reconocidos por la CR a los organismos de radiodifusión (Artículo 13 c): derecho de reproducción; Artículo 16 b): comunicación de la emisión en lugares públicos mediante el pago de un derecho de entrada).

23.2 La formulación del Estudio sobre estas eliminaciones es demasiado general. Desde luego, tras la adopción del WPPT en lo relativo a los derechos de los AI y los productores de fonogramas, se deben reevaluar los derechos de los radiodifusores tal y como los define la CR, pero es prematuro pronunciarse ahora sobre la eliminación de todas las reservas formuladas por la CR.

### 24. Derechos de las obligaciones, sociedades de recaudación

- En los dos primeros apartados se recomienda establecer una reglamentación internacional de los contratos de derechos conexos favorable a los AI, en particular, sería nula toda cláusula por la que un AI renunciase a las remuneraciones equitativas o resultantes de la cesión de derechos exclusivos, dispositivo protector previsto en la legislación europea (Directiva 92/100 del 19 de diciembre de 1992); ahora bien, la inalienabilidad del derecho a percibir una remuneración sólo se concibe si está asociada a una presunción de cesión de los derechos exclusivos de los AI en beneficio de los productores, lo que prevé efectivamente la Directiva Europea mencionada. Con esa reserva importante, este punto no suscita ninguna objeción.
- El tercer apartado del epígrafe en cuestión (párrafo 100): facultad de conceder el ejercicio de los derechos exclusivos a las sociedades de recaudación, es un tanto oscuro, ya que, por una parte, la actividad normal de una sociedad de

recaudación consiste, en particular, en administrar los derechos exclusivos de sus miembros en virtud de una aportación de los derechos o de un mandato. No se ve la utilidad de recurrir a un instrumento internacional para que esas sociedades ejecuten los actos que corresponden a su objeto social. Por otra parte, puede suceder que la verdadera finalidad de este apartado sea garantizar a los titulares de los derechos conexos la libertad de formar sociedades de recaudación o de consolidar la situación de esas sociedades frente a las legislaciones nacionales antimonopolistas. Sin embargo, esto es una simple suposición. Recordemos que por lo que atañe a cualquier reglamentación de las sociedades de recaudación de derechos de autor, no se puede adoptar ninguna decisión sólo en el marco de los derechos conexos.

- El cuarto apartado de este epígrafe tiene por objeto imponer internacionalmente una gestión colectiva obligatoria de algunos derechos exclusivos. La legislación europea prevé que los derechos de distribución por cable deben ser objeto de una gestión colectiva obligatoria (Artículo 9 de la Directiva 93/83 de 27 de septiembre de 1993). Con todo, la formulación del Estudio no es suficientemente precisa sobre la determinación de los derechos cuya gestión sería obligatoriamente colectiva.

Ahora bien, la obligación de una gestión colectiva, que constituye una notable restricción de la libertad contractual, sólo es legítima si se limita a algunos derechos cuya gestión individual plantearía graves dificultades, como un gran número de titulares de derechos en relación con un mismo acto de explotación y la dificultad de determinarlos.

Y, sobre todo, la obligación de recurrir a la gestión obligatoria de algunos derechos exclusivos deberá dejarse a la apreciación de los diferentes Estados y no se ha propuesto ningún argumento serio para justificar que esa obligación sea impuesta en una legislación internacional resultante de un tratado diplomático multilateral.

## Conclusión

Concluiremos nuestro análisis recordando y agrupando las principales observaciones críticas sobre el Estudio de M. Walter.

1. Contrariamente a lo que se afirma en el Estudio, del Artículo 9 de la CR, en el que se recuerda que los Estados pueden proteger a los artistas intérpretes que no cumplen la definición «convencional» (los que ejecutan o interpretan obras literarias o artísticas), por ejemplo, los artistas de circo y los deportistas, no se puede sacar la conclusión de que los AI no englobados en esa definición se benefician de la Convención de Roma. En particular, esos excluidos no pueden beneficiarse del trato nacional. Además, el WPPT ha mantenido esa definición restrictiva de los artistas intérpretes (punto 1 de nuestro análisis).
2. El Estudio subestima la importancia del Artículo 2 del WPPT, que amplía los

- derechos de los productores a los fonogramas obtenidos por «representación de sonidos», es decir, a la música obtenida por sintetizadores u ordenadores (punto 2 de nuestro análisis).
3. La afirmación (párrafo 2 del Estudio) de que no es evidente que el principio del trato nacional recogido en el ADPIC se deba entender «de manera restrictiva» es difícilmente comprensible cuando se leen el Artículo 3 del ADPIC y la nota correspondiente de pie de página (puntos 4.4 y 4.5 de nuestro análisis).
  4. En nuestro análisis se señala varias veces que, a tenor de los Artículos 14.4 del ADPIC y 9 del WPPT y sus remisiones a las legislaciones nacionales, no se puede considerar, como lo hace el Estudio, que ambos instrumentos reconozcan a los AI un derecho convencional respecto del alquiler de los fonogramas, siendo así que se reconoce ese derecho a los productores sin ambigüedad alguna (puntos 5.2 y 5.3 de nuestro análisis).
  5. Asimismo, parece aventurado estimar, como lo hace el Estudio, que ese Artículo 14.4 del ADPIC obligaría a los Estados Unidos a modificar su legislación nacional para reconocer expresamente un derecho de alquiler a los autores y los AI (puntos 7.2 y 7.3 de nuestro análisis).
  6. Cabe señalar en el párrafo 41 del Estudio cierta oscuridad sobre el análisis del Artículo 7.2 de la CR, por cuanto ese artículo recuerda que los AI tienen la posibilidad de suscribir contratos con los usuarios de sus prestaciones (punto 8 de nuestro análisis).
  7. En el Estudio no se recuerda que el derecho de «impedir» otorgado a los AI por la CR fue transformado por el WPPT en derecho exclusivo de autorizar o prohibir, lo que constituye una considerable mejora de la protección (punto 9.1 b) de nuestro análisis).
  8. Hoy en día parece caduca la distinción entre satélite de radiodifusión directa y satélites de telecomunicaciones, y sobre todo las consecuencias que dimanarían de esa distinción respecto de los derechos de propiedad intelectual (párrafos 66 y 67 del Estudio) (punto 12 de nuestro análisis).
  9. En nuestro análisis no se comparte la interpretación del Estudio respecto de la calificación de los derechos sobre la transmisión en línea (derecho de reproducción), enunciada en el párrafo 71. Desde el punto de vista del derecho positivo, el WCT y el WPPT califican ese derecho de «derecho de puesta a disposición del público» (punto 13 de nuestro análisis).
  10. Excepciones al derecho de reproducción en el campo numérico. En el párrafo 76 del Estudio no se menciona la Declaración concertada que interpreta el Artículo 16 de WPPT (punto 14 de nuestro análisis).
  11. En el párrafo 95 del Estudio se manifiesta el deseo de que la reforma de los instrumentos internacionales de protección de los derechos conexos prevea cierta reglamentación de los contratos que vinculan a los AI. En nuestro análisis consideramos que se debía formular una opinión sobre el alcance de la reglamentación de los contratos (denominada «obligaciones») (punto 18 del análisis).

12. Reservas en cuanto al párrafo 93 del Estudio por cuanto propugna la concesión de derechos conexos a los productores audiovisuales (punto 18 de nuestro análisis).
13. Medidas sostenidas en el párrafo 100 del Estudio. Se remite a los puntos 21, 22 y 24 de nuestro análisis, en el que figuran numerosas reservas sobre esas medidas.

Cabe agregar que, por lo que atañe a la posible ampliación de la categoría de beneficiarios de los derechos conexos, se hubiera podido mencionar en el Estudio a los productores de bases de datos. Por último, respecto de las medidas recomendadas en el párrafo 100 sobre las sociedades de recaudación y la gestión colectiva, es preciso insistir en que ese asunto no es específico de los derechos conexos, sino que se refiere igualmente a los derechos de autor.

Al leer nuestro análisis se puede ver que las apreciaciones críticas que se formulan respecto del Estudio del Sr. Walter versan únicamente sobre puntos de detalle, exceptuadas las medidas propuestas en el párrafo 100, sobre las cuales cada cual puede tener una opinión diferente. El carácter limitado de nuestras observaciones muestra *a contrario* que consideramos que el Estudio, tomado en conjunto, es un instrumento de reflexión y análisis jurídico cuyo alcance y profundidad impresionan al jurista con sobrada razón.

## ACTIVIDADES DE LA UNESCO

### **Promoción de la enseñanza universitaria del derecho de autor y de los derechos conexos en la universidad: inauguración de una Cátedra UNESCO de derecho de autor en China**

En el marco de las actividades de la UNESCO designadas para introducir y desarrollar la enseñanza del derecho de autor y de los derechos conexos a nivel universitario para formar de manera regular personal calificado con vistas a trabajar en todas las infraestructuras con respecto a esa materia, el Director General de la UNESCO y el Presidente de la Universidad de Renmin en China firmaron un acuerdo para la creación de una Cátedra UNESCO sobre derecho de autor y derechos conexos en la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

La Cátedra fue inaugurada solemnemente el 24 de agosto de 2001 por el Director General de la UNESCO, Koichiro Matsuura, y por el Rector de la Universidad, Ji Baocheng, en presencia del Señor Zhang Xincheng, Viceministro de la Educación, del Sr. Jiang Zhipei, Presidente del Tribunal Supremo, de representantes de varios organismos gubernamentales y no gubernamentales, de instituciones y organizaciones, así como profesores de derecho y estudiantes de la Universidad. Al final de la ceremonia, se otorgó al Sr. Matsuura el título de *Doctor honoris causa* de dicha Universidad.

## NOTICIAS E INFORMACIONES

### La evolución reciente del derecho de autor francés ante la explotación de obras digitales

André Kéréver

#### Índice

- La originalidad de los programas informáticos como condición necesaria para la protección por el derecho de autor **46**
- Similitudes y funcionamiento conjunto **47**
  - Juegos electrónicos **47**
  - Similitudes en la apariencia «look and feel» de los programas informáticos **48**
- La comunicación numérica en línea **48**
- Los derechos de autor de los periodistas respecto de las ediciones numéricas de publicaciones periódicas impresas **48**
  - La responsabilidad de quienes albergan sitios Web con respecto a los autores **50**

#### La originalidad de los programas informáticos como condición necesaria para la protección por el derecho de autor

En las acciones entabladas por imitación fraudulenta de programas informáticos, las personas demandadas se suelen defender alegando que el programa informático del demandante no era susceptible de protección por carecer de originalidad.

De acuerdo con la jurisprudencia francesa tradicional, a partir del momento en

que el programa informático se considera como si fuese una «obra literaria», los jueces tienen que averiguar si los elementos constitutivos de la originalidad de los dos programas informáticos comparados presentan similitudes o no.

No es de sorprender que en la apreciación de las similitudes entre programas informáticos se tropiece con dificultades específicas.

### *Similitudes y funcionamiento conjunto*

La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de Francia, en sentencia del 28 de noviembre de 2000, aprobó un veredicto del Tribunal de Apelación en el que no se habían tomado en consideración las similitudes entre dos programas informáticos habida cuenta de que estaban vinculadas a su funcionamiento conjunto.

Sucedía que el Tribunal de Apelación había desestimado la acción entablada por imitación fraudulenta argumentando que el demandante no había demostrado fehacientemente que el programa informático del demandado (destinado a pequeñas y medianas empresas con la denominación «X Office Edition PME») reproducía en su totalidad o en parte el programa informático del demandante que llevaba por nombre «PME pour X Office», precisando además que si había una similitud entre ambos programas informáticos, se debía a que el demandante había concebido su propio programa para que funcionase con «X Office».

### *Juegos electrónicos*

Estos productos hacen aparecer ante los jugadores secuencias virtuales puestas en marcha por un ordenador.

Un Tribunal de Apelación, comparando dos juegos, admitió la existencia de un perjuicio por imitación fraudulenta, deduciéndola de las similitudes comprobadas en las secuencias de imágenes de reconocida originalidad.

Los demandados rechazaron este argumento y sostuvieron que sólo se podía estimar la existencia de imitación fraudulenta en caso de similitudes entre los programas de los ordenadores, y que las similitudes limitadas exclusivamente a las secuencias de imágenes eran insuficientes para constituir una prueba de la falsificación.

La Sala de lo Penal del Tribunal de Casación, en sentencia del 21 de junio de 2000, desestimó esta argumentación por considerar que «al ser la programación informática de un juego electrónico indisociable de la combinación de sonidos e imágenes que constituyen las diferentes fases del juego, la apreciación de estos elementos permite determinar el carácter original del programa informático falsificado».

### *Similitudes en la apariencia («look and feel») de los programas informáticos*

Cabe preguntarse si este tipo de similitudes, que no afectan a los propios programas informáticos, bastan para establecer el perjuicio por falsificación. La jurisprudencia francesa no responde claramente a este interrogante.

En un litigio resuelto por un veredicto del Tribunal de Apelación de París emitido el 10 de mayo de 2000 (Revista *Expertises*, julio de 2000), los jueces estimaron, al igual que el perito, que existían similitudes en el «interfaz usuario», y más concretamente en el «aspecto ergonómico» de los programas informáticos comparados. No obstante, contrariamente a lo que han escrito algunos comentaristas, ese Tribunal de Apelación no zanjó la cuestión de principio de la protección del «look and feel», pues estimó que las similitudes observadas eran «normales» – lo cual significa que no eran constitutivas de falsificación –, porque los elementos reproducidos o copiados «proceden de normas internacionales», lo que equivale a denegarles toda originalidad acreedora de protección.

En cambio, el Tribunal de Primera Instancia de Marsella, en veredicto del 7 de septiembre de 2000 (Revista *Expertises*, enero de 2000), estimó la existencia de falsificación por considerar que la comparación de las «pantallas» ponía de manifiesto numerosas y profundas similitudes entre dos programas informáticos destinados a la misma clientela. No obstante, cabe señalar que en esta misma sentencia se puso de manifiesto también que el programa informático considerado constitutivo de falsificación había sido elaborado por un ex empleado de la sociedad que había creado el programa informático objeto de la falsificación. Por consiguiente, este mero hecho bastó para que se pudiese presumir la falsificación. Se trata, por lo tanto, de un veredicto específico cuyo alcance no se debe sobrestimar.

## **La comunicación numérica en línea**

### *Los derechos de autor de los periodistas respecto de las ediciones numéricas de publicaciones periódicas impresas*

Un sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Lyon, del 21 de julio de 1999, confirmada por el Tribunal de Apelación de la misma ciudad el 9 de diciembre de 1999, dio la razón a varios periodistas asalariados en un litigio con el editor de prensa que los empleaba.

Según ambas sentencias, los propietarios de publicaciones periódicas solamente son cesionarios de los derechos de autor que los periodistas asalariados por ellos poseen respecto a las ediciones impresas, y esos periodistas conservan sus derechos de autor sobre las ediciones numéricas en línea (de tipo Internet) realizadas con los artículos suyos aparecidos en publicaciones periódicas impresas. Los editores

empleadores habían alegado que sus publicaciones periódicas impresas constituían «obras colectivas» cuyos derechos de reproducción poseían en su condición de editores. Por consiguiente, según ellos, gozaban del derecho a la reproducción numérica sin que fuera necesario obtener su cesión específica. Además, los editores habían hecho valer subsidiariamente que el contrato de trabajo que vinculaba al periodista con la publicación periódica implicaba, por sí mismo, la cesión del derecho de reproducción digital.

Los periodistas opusieron a estas pretensiones las disposiciones legales del Código de Propiedad Intelectual francés que protegen a los autores. El contrato de trabajo no implica por sí mismo ninguna merma de los derechos del autor asalariado. Sólo se ceden regularmente los derechos cuyo ámbito de explotación se ha delimitado contractualmente, y los contratos de trabajo vigentes en este caso no aludían en modo alguno a la reproducción numérica. Los periodistas invocaron además el Artículo L 761.9 del Código de Trabajo, a tenor del cual el derecho del empleador a publicar los artículos en «más de una publicación periódica» está subordinado a la firma de un convenio colectivo explícito entre empleadores y asalariados en el que se precisen las condiciones económicas de la autorización de los periodistas. En el caso que nos ocupa, no se había firmado ningún acuerdo de este tipo y la edición digital constituía una publicación distinta del periódico impreso.

Los jueces de Lyon aceptaron los argumentos de los periodistas sin explicar claramente qué derechos entrañaba para los editores su condición de propietarios de una obra colectiva.

Esta solución favorable a los periodistas fue confirmada por una sentencia del Tribunal de Apelación de París del 10 de mayo de 2000 relativa al periódico *Le Figaro* (Revista *Expertises*, noviembre de 2000). El Tribunal de París, aun haciendo suyos los considerandos de los tribunales de Lyon, intentó responder a las objeciones fundamentadas en los derechos de los propietarios de una obra colectiva y su respuesta fue doble: a) considerando que el Código de Trabajo subordina la licitud de la edición electrónica a la firma de un convenio colectivo entre empleadores y asalariados, y teniendo en cuenta que tal acuerdo no existía, el Tribunal afirmó que «carece de importancia que el periódico constituya o no una obra colectiva». En otras palabras, en virtud del derecho laboral, no cabe invocar los derechos de autor reconocidos por la ley al empleador que es propietario de una obra colectiva contra los asalariados de la publicación periódica, por no haberse firmado un convenio colectivo sobre la publicación «en más de una publicación periódica»; b) la edición electrónica en línea lo es de artículos de periodistas, es decir, de contribuciones individuales, no de una obra colectiva. De ahí que, aun admitiendo que el diario pudiera ser calificado de obra colectiva que agrupa en un conjunto las contribuciones individuales – cuestión que el Tribunal se abstuvo de zanjar –, no sea aplicable la legislación relativa a las obras colectivas, porque la edición electrónica se refiere a contribuciones individuales (los artículos) y no al propio periódico. Por consiguiente, carece de importancia que se califique o no de obra colectiva al periódico.

Al haber sido desestimadas las prerrogativas que los editores creían posible ostentar en su calidad de propietarios de una obra colectiva, en virtud tanto de las disposiciones generales del derecho de autor como del derecho laboral, la reproducción numérica de artículos sólo es lícita si existe una autorización, individual o colectiva, de los periodistas asalariados. Esta argumentación jurídica se basa en la afirmación de que la edición electrónica constituye una publicación periódica «dis-tinta» de la edición impresa.

### *La responsabilidad de quienes albergan sitios Web con respecto a los autores*

Esta cuestión no es específica del derecho de autor, sino que se plantea a propósito de cualquier demanda por ilicitud de los mensajes albergados, ilicitud que puede deberse a: el incumplimiento de disposiciones legislativas de orden público que limitan la libertad de expresión; la violación de los derechos privativos (derechos de autor, derechos conexos, marcas); y, más en general, la violación de derechos de terceros.

La jurisprudencia examinada muestra claramente que la principal responsabilidad incumbe al autor de la edición del contenido ilícito y que la responsabilidad del que alberga el sitio Web sólo se puede determinar en el ámbito del derecho común de la responsabilidad civil que se desprende de la aplicación de los Artículos I382 e I383 del Código Civil, a tenor de los cuales el causante de un perjuicio tiene la obligación de repararlo.

Aunque se han dictado varios fallos a este respecto, ha sido una sentencia del Tribunal de Apelación de Versalles del 8 de junio de 2000, pronunciada con motivo de un asunto de transmisión en línea de fotografías que incumplía el derecho a la personalidad (*RIDA*, octubre de 2000, pág. 298) la que ha enunciado con mayor claridad las reglas aplicables en el caso que nos ocupa.

Tras haber recordado la responsabilidad principal del editor del sitio Web, el Tribunal afirma que esa responsabilidad «no excluye que se determine si el proceder delictivo de quien alberga el sitio ha contribuido a causar el perjuicio», ya que «quien alberga los sitios tiene la obligación de ser vigilante y prudente» con respecto a su contenido. El Tribunal precisó además que se trata de una obligación relativa a los medios, no al resultado. El Tribunal precisó el alcance de esta obligación de vigilancia y prudencia: salvo en los casos en que realice determinados actos a requerimiento de una autoridad pública, el anfitrión del sitio Web debe practicar diligencias *motu proprio* en cuanto esté informado de la ilegalidad, ilicitud, o carácter perjudicial del contenido del sitio albergado, o cuando las circunstancias le permitan estar en condiciones de sospechar que su contenido es perjudicial.

Estas diligencias no exigen un examen general y sistemático de los contenidos de los sitios albergados, sino que deben plasmarse en precauciones adoptadas desde

el momento en que se formalice el contrato de acogida (obligación de determinar y de facilitar la identificación del editor del sitio, así como de sus futuras obligaciones jurídicas y del respeto de los derechos de terceros que debe observar el contenido del sitio) y durante la ejecución de dicho contrato (diligencias encaminadas a localizar cualquier sitio cuyo contenido sea ilegal, ilícito o perjudicial, a fin de regularizar el mensaje o de interrumpir la prestación del servicio). Fuera de estas hipótesis, el hecho de no haber controlado el contenido del sitio Web no se le puede reprochar a quien lo alberga, habida cuenta de que ha podido ignorar legítimamente su carácter ilegal o perjudicial.

Cabe preguntarse si la jurisprudencia que acabamos de exponer se podrá mantener después de la aplicación de la Ley 2000-719 del 1º de agosto de 2000. Probablemente el legislador quiso consagrar en esta ley la jurisprudencia anterior, pero no alcanzó su objetivo por una torpeza jurídica. En el texto del proyecto de ley preparado, que el Parlamento votó sin modificación alguna, se dispone que las personas que albergan sitios son responsables de su contenido:

- si, tras recibir un apercibimiento de una autoridad judicial, no han actuado con prontitud para impedir el acceso a ese contenido;
- o si, tras haber sido advertidas por un tercero que estima que el contenido es ilícito o le causa un perjuicio, no han adoptado las diligencias apropiadas.

Después de que el Parlamento votara este texto, el examen de constitucionalidad efectuado por el Consejo Constitucional condujo a la supresión de su segundo apartado (es decir, del pasaje que figura más arriba entre corchetes) referente a la intervención de un tercero que se considera perjudicado.

El Consejo Constitucional estimó, en efecto, que el anfitrión del sitio no incurría en responsabilidad penal por haber omitido la realización de las «diligencias apropiadas», habida cuenta de que estos términos son demasiado imprecisos para definir una infracción penal con arreglo a los principios constitucionales.

La supresión de ese segundo apartado ha tenido como consecuencia que la responsabilidad civil y penal del anfitrión del sitio se limite exclusivamente a las circunstancias previstas en el primer apartado, es decir, al caso en que no hubiera obedecido con prontitud al apercibimiento de un juez, lo cual equivale a enunciar una evidencia.

Si subsiste esa amputación del texto de la ley, los anfitriones de sitios se verán gratificados con una exención de responsabilidad prácticamente total por lo que respecta al contenido de los mensajes emitidos por los sitios albergados.

Ahora bien, la censura del Consejo Constitucional era previsible porque la expresión «diligencias adecuadas» para suprimir un perjuicio meramente alegado era demasiado vaga para constituir una infracción que fuese objeto de represión penal como consecuencia de haber omitido la realización de dichas diligencias.

No obstante, bien es verdad que no se puede descartar *a priori* una interpreta-

ción del texto amputado, que se refiere a la responsabilidad civil y penal conciliable con el mantenimiento de la jurisprudencia mencionada anteriormente y que permitiría determinar la responsabilidad civil exclusiva del anfitrión del sitio en el ámbito del derecho común regido por los Artículos I382 y I383 del Código Civil, ya que la inconstitucionalidad del segundo apartado votado por el Parlamento sólo afecta a la responsabilidad penal que se instituía en él. En otras palabras, el principio de que una ley especial (ley del 1º de agosto de 2000) deroga una ley general (el Código Civil) no se aplicaría a la determinación de la responsabilidad civil del anfitrión del sitio.

Ahora bien, esta interpretación, que permitiría acumular las responsabilidades establecidas en virtud de una ley especial con las que se desprenden del derecho común, no será aceptada forzosamente por la jurisprudencia de los tribunales franceses respecto de actos cometidos después de la entrada en vigor de la ley de 1º de agosto de 2000.

# El derecho de autor en Eslovaquia

Ján Švidron\*

## Índice

Consideraciones generales	54
Marco constitucional	54
Derechos de la personalidad generales y específicos de los creadores	54
El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la ley sobre la propiedad intelectual	55
La legislación sobre derecho de autor en Eslovaquia	57
Marco internacional del derecho de autor en Eslovaquia	57
La ley sobre derecho de autor de 1997/2000 y la ley de 1997 sobre la gestión colectiva de los derechos de los autores y los derechos conexos	58
Objeto de la protección del derecho de autor	59
Distintas categorías de obras protegidas	59
Objetos excluidos de la protección	60
Categorías especiales de obras	60
Condiciones para la protección	62
Titularidad del derecho de autor	62
Ámbito de aplicación de los derechos exclusivos	63
Derechos morales	63
Derechos de explotación	64
Limitaciones y exenciones a la protección del derecho de autor	64

\* Profesor de derecho en la Universidad de Trnava y en la Universidad Matej Bel, Eslovaquia.

Duración de la protección del derecho de autor	67
Derechos conexos	67
Derechos de los artistas intérpretes ejecutantes	67
Derechos de los productores de fonogramas	68
Derechos de los productores de «fijaciones audiovisuales»	69
Derechos de las emisoras de radio y televisión	70

## Consideraciones generales

### *Marco constitucional*

La República Eslovaca, uno de los Estados sucesores de la antigua República Federal Checa y Eslovaca, se convirtió en un Estado independiente y soberano el 1º de enero de 1993. El marco constitucional de las normas que rigen los derechos de propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico eslovaco se define principalmente en el Capítulo II de la Constitución (Artículos 11 a 54), que proclama los derechos y libertades fundamentales. El Art. 20 contiene disposiciones generales relativas a los derechos de propiedad, comprendida la propiedad intelectual, y el Art. 26 garantiza la libertad de expresión y el derecho a la información. El Art. 43, que establece la libertad de llevar a cabo investigaciones científicas y actividades artísticas y prevé que «la ley protegerá los derechos sobre los resultados de la actividad creativa intelectual»<sup>1</sup>, reviste una importancia particular en lo que atañe a la protección de la propiedad intelectual. Asimismo, nos referiremos especialmente a los Artículos 46 a 50, dedicados sobre todo al derecho a un proceso y a otros medios de defensa.

Además, en virtud del Artículo 7a de la Constitución (texto de 2001), los convenios internacionales relativos a los derechos humanos y las libertades fundamentales ratificados por la República Eslovaca y promulgados de conformidad con las normas legales prevalecerán sobre las leyes nacionales.

### *Derechos de la personalidad generales y específicos de los creadores*

Tradicionalmente, las leyes relativas a la propiedad intelectual se han considerado *leges specialis* en relación con el Código Civil (CC), que es la reglamentación más general de derecho privado como *lex generalis*<sup>2</sup>, calificándose también el Código de Comercio (C. Com.)<sup>3</sup> de *lex specialis* con respecto al CC. Por ello, en todo examen de la legislación del derecho de autor de Eslovaquia se deberá tener en cuenta igualmente la evolución del derecho civil (esto es, general privado). En lo que respecta a los derechos de los creadores, la base era la disposición que figuraba en el

Art. 17 del primer texto del CC de 1964. Esa disposición se incluyó bajo el epígrafe «Protección de la personalidad» y es importante porque se refería a la reglamentación jurídica de las relaciones resultantes de la actividad creativa y la difusión de obras literarias, científicas y artísticas en la sociedad. La disposición general del Artículo 17 del CC de 1964 estipulaba que los productos de la actividad creativa representan «una forma específica de expresión personal». En la legislación eslovaca se ha considerado, por lo general, que las relaciones derivadas del trabajo creativo son relaciones personales de carácter específico, aun cuando no sean meramente personales (derivadas de una actividad puramente creativa), porque también comprenden aspectos económicos (o viceversa)<sup>4</sup>.

A pesar de que durante el amplio proceso de revisión que tuvo lugar en 1991 como consecuencia de las transformaciones sociales y políticas de 1989 se abolió la disposición del Artículo 17 del CC de 1964, en el CC de 1964-1991 también existe una disposición que figura en el Artículo 1.3) según la cual las relaciones resultantes del trabajo intelectual creativo se reglamentarán en leyes especiales. Aunque esta disposición ha dejado de figurar bajo el epígrafe de «Protección de la personalidad», la teoría eslovaca de los derechos de propiedad intelectual del creador sigue haciendo hincapié en el carácter patrimonial y moral de esos derechos que se conceden únicamente a las personas físicas creativas. Así pues, la legislación civil eslovaca reconoce los derechos de la personalidad generales (protección general de la personalidad) en virtud de los Artículos 11-16 del C.C. y los derechos personales específicos de los creadores (derecho moral) concedidos por leyes especiales. Además de la ley sobre derecho de autor (que también se refiere a los artistas intérpretes o ejecutantes), existen leyes específicas que definen los derechos morales de los creadores, como la ley sobre invenciones, las leyes sobre dibujos industriales y la propuesta de racionalización, la ley sobre modelos de utilidad, la ley sobre la protección de los derechos relacionados con nuevas variedades de vegetales y razas animales y la ley sobre la protección de topografías de semiconductores (todas ellas constituyen la «legislación sobre la creatividad»)<sup>5</sup>.

### *El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la ley sobre la propiedad intelectual*

La legislación de la antigua Checoslovaquia y las leyes actuales de las Repúblicas Eslovaca y Checa corresponden al sistema jurídico europeo continental (a lo que se ha llamado a veces sistema de «derecho civil»), y ello incluso durante el período socialista, entre 1948 y 1989. El régimen jurídico europeo continental, basado en la doctrina francesa elaborada a partir de las legislaciones que se introdujeron tras la Revolución Francesa (1791), clasifica básicamente la propiedad intelectual en «propiedad literaria y artística» (derecho de autor y derechos conexos) y «propiedad industrial» (invenciones patentadas, modelos de utilidad, dibujos industriales, etc.).

La tendencia reciente muestra que, si bien esa clasificación se reconoce en los tratados internacionales sobre la propiedad intelectual más respetados (por ejemplo, el Convenio de Berna y el Convenio de París), podría resultar obsoleta desde el punto de vista de la teoría jurídica moderna. En lugar de hablar de «propiedad literaria y artística», se utiliza la noción de derechos de propiedad intelectual, haciéndose hincapié en los aspectos culturales, y en lo que respecta a la «propiedad industrial», la teoría jurídica moderna empieza a tratar los derechos de propiedad intelectual concediendo gran importancia a los aspectos patrimoniales. En el marco general de la legislación sobre la propiedad intelectual, la doctrina jurídica y la legislación de Eslovaquia reconocen dos grupos principales de derechos exclusivos: el primero abarca los derechos personales y patrimoniales dimanantes del trabajo intelectual creativo (derechos de los autores, derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, derechos sobre las invenciones, dibujos industriales, etc.), y el segundo engloba los derechos exclusivos respecto de otras variantes de la propiedad intelectual que, si bien no son el resultado de la labor creativa, requieren una inversión financiera considerable o poseen un valor patrimonial de otro tipo (derechos de los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión o derechos sobre denominaciones y marcas).

Sin embargo, entre los aspectos «personales (creativos)» y «patrimoniales» de los derechos al resultado del trabajo intelectual creativo no existe una relación que pueda definirse con precisión. Los aspectos personales (morales) de la protección jurídica revisten más importancia en el caso de los derechos relacionados con las producciones literarias y artísticas. En el campo de la legislación de derecho de autor y de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, una obra intelectual y una representación artística constituyen el resultado de un trabajo intelectual creativo totalmente vinculado a los creadores, sin que otra persona pueda reivindicar que obtuvo un resultado idéntico. Por ejemplo, si Cervantes no hubiera escrito *El Quijote*, Goya no hubiera pintado el *Gigante* y Beethoven no hubiera compuesto la *9ª Sinfonía*, nadie más habría creado esas obras excepcionales y nunca habrían pasado a formar parte de la cultura mundial. Con excepción de los denominados *Werke der kleinen Münze*<sup>6</sup> (resultados del «trabajo creativo» mínimo o más reducido), caso en que distintas personas pueden producir dos o más resultados muy similares (es lo que ocurre a veces actualmente, por ejemplo, en el campo de la música pop), una «obra de autor» idéntica constituiría seguramente un plagio<sup>7</sup>. En ello radica la principal diferencia entre el trabajo creativo intelectual y el de carácter técnico, en el que no se excluye que los mismos resultados (solución técnica) puedan ser obtenidos separadamente por distintas personas (razón por la cual el derecho de prioridad, que es importante en el campo de la propiedad industrial, se desconoce en el ámbito del derecho de autor y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes).

La jurisprudencia eslovaca clasifica los derechos de propiedad intelectual basándose principalmente en los siguientes criterios: la naturaleza de su objeto

(material o inmaterial), la índole de los derechos exclusivos (aspectos relacionados con la personalidad y patrimoniales o únicamente estos últimos) y la creatividad (su presencia o ausencia). De acuerdo con estos criterios, los derechos de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes presentan aspectos relacionados con la personalidad (del creador) y patrimoniales y se aplican a los objetos inmateriales mencionados entre los resultados del trabajo creativo (una obra o una representación artística). En cambio, los denominados «derechos conexos» (los derechos de los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión) no lo son del derecho de autor, en el sentido estricto del término, ya que su objeto (fonogramas, programas, etc.) no supone un «trabajo creativo personal» y sólo presenta los aspectos patrimoniales. Por tanto, no se consideran «productos del trabajo creativo» aunque estén vinculados a ellos (sería mejor hablar de derechos relacionados, en lugar de conexos). El autor de una obra intelectual y el artista intérprete o ejecutante son siempre personas físicas. La persona jurídica es un concepto creado por el derecho y una «entidad» de ese tipo no podrá ser un autor creador en sentido físico, aunque podrá ser titular de derechos si éstos se le ceden en calidad de empleador (editor, productor cinematográfico, etc.). En el marco de una entidad jurídica, sólo las personas físicas pueden llevar a cabo actividades creativas (ya sea individual o colectivamente, por ejemplo, como coautores). A diferencia de los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes considerados «conexos» a ellos<sup>8</sup>, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión son personas jurídicas y el objeto de sus derechos exclusivos es el soporte material que contiene el producto de un trabajo creativo personal. Teniendo en cuenta las diferencias principales, que hemos presentado brevemente, en la terminología jurídica eslovaca más reciente se habla, para designar los derechos de los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión de «asociados a», «relacionados con» o «relativos a» los derechos de los autores o el derecho de autor. Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes son los únicos derechos «conexos» al derecho de autor en el sentido tradicional del término.

## La legislación sobre derecho de autor en Eslovaquia

### *Marco internacional del derecho de autor en Eslovaquia*

La actual legislación que protege el derecho de autor en Eslovaquia estuvo influida principalmente por el Tratado de Paz de Saint-Germain-en-Laye de 1919, consecuencia de la Primera Guerra Mundial. En aquella época, Checoslovaquia, uno de los Estados sucesores del imperio austro-húngaro, se adhirió al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Posteriormente, en 1921, Checoslovaquia se ajustó a las normas establecidas en el Acta de Berlín de 1908, ulteriormente a las del Acta de Roma de 1928, y desde 1974 a las del Acta de París (Checoslovaquia no ha aceptado el Acta de Bruselas de 1948). En 1960,

Checoslovaquia se adhirió al texto de la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952 y en 1980 al Acta de París de 1971. En la jurisprudencia eslovaca también se estudian detenidamente y se tienen en cuenta las actividades recientes de la UNESCO encaminadas a promover la protección jurídica de los creadores de valores intelectuales<sup>9</sup>. En 1964, Checoslovaquia pasó a ser parte en la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma; cabe recordar que la antigua Checoslovaquia fue el primer Estado del mundo que estableció la protección de los derechos conexos en la Ley sobre derecho de autor de 1953<sup>10</sup>) y en 1985 se adhirió al Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas (Convenio Fonogramas de 1971). En 1992, Checoslovaquia se adhirió igualmente al Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (Tratado sobre el Registro de Películas). A partir del 1º de enero de 1993, la República Eslovaca sucedió a la antigua Checoslovaquia en todas las obligaciones internacionales dominantes de los convenios en los que aquélla era parte. En virtud del Artículo 2.4 de la ley sobre derecho de autor, las disposiciones de los acuerdos internacionales en los que es parte la República Eslovaca no resultarán afectados por la ley. En 1994, la República Eslovaca fue uno de los Estados que firmó el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y ulteriormente quedó vinculada por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>11</sup>. La nueva historia de la protección del derecho de autor y los derechos conexos en el país está ligada a la firma por la República Eslovaca del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996.

### *La ley sobre derecho de autor de 1997/2000 y la ley de 1997 sobre la gestión colectiva de los derechos de los autores y los derechos conexos*

La principal fuente del derecho de autor y los derechos conexos en la República Eslovaca es la Ley sobre derecho de autor de 1997<sup>12</sup>. La ley sobre obras audiovisuales de 1997, que regula las actividades concretas relacionadas con la producción, utilización y distribución de obras audiovisuales, está estrechamente vinculada a la legislación sobre derecho de autor. El 1º de agosto de 2000 entró en vigor la ley 234/2000, que revisa y modifica la ley sobre derecho de autor. Esa ley trató de definir con más precisión algunos de los términos legales y el objeto de los derechos patrimoniales de los autores y los derechos conexos para que estuvieran en consonancia con los tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas. La revisión y las enmiendas afectaban también al alcance de las limitaciones del derecho de autor. La ley dispone que en los casos de reproducción de las obras con fines personales, deberá abonarse una remuneración a las

organizaciones de gestión colectiva de los derechos correspondientes. La ley introduce igualmente una nueva sección titulada «Derechos especiales con respecto a las bases de datos», que transpone la Directiva europea 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos a la legislación de derecho de autor de Eslovaquia.

La gestión colectiva de los derechos de los autores y los derechos conexos se regulan en la ley 283/1997 sobre dicha gestión. Esta ley, que entró en vigor el 1º de diciembre de 1998, define las condiciones que deben cumplirse para autorizar a las personas jurídicas a llevar a cabo la gestión colectiva de los derechos enumerados en la ley sobre derecho de autor, así como su condición jurídica; los derechos y obligaciones de las personas jurídicas que se encargan de la gestión colectiva; y los derechos y obligaciones de los usuarios de los objetos protegidos. La ley rige las relaciones resultantes de las actividades de las organizaciones de gestión colectiva.

## **Objeto de la protección del derecho de autor**

### *Distintas categorías de obras protegidas*

La ley sobre derecho de autor no contiene una definición general del concepto de «obra». No obstante, el Artículo 6.1 dispone que la obra deberá ser el resultado del trabajo intelectual creativo del autor y revestir un carácter literario, científico o artístico. El Artículo 15.1 especifica que la obra deberá expresarse en una forma que se pueda percibir con los sentidos y también establece que su forma de expresión, contenido, cualidades y finalidad no han de tenerse en cuenta; podrá ser oral, escrita o de dibujo, y estar fijada o no en un soporte material. La doctrina jurídica en el campo del derecho de autor define la «obra» como el resultado único del trabajo literario, científico o artístico creativo del autor expresado en una forma que permite su percepción sensual reiterada. La «esencia interna» del trabajo creativo del autor se expresa mediante la forma literaria, científica o artística, que es objeto de protección.

En virtud del Artículo 6.1 de la ley, el objeto del derecho de autor está representado, en particular, por las siguientes categorías de obras derivadas del trabajo creativo del autor: obras literarias y programas informáticos, obras divulgadas oralmente, declamadas o representadas de otro modo, especialmente discursos o conferencias; obras teatrales, a saber, obras dramáticas, dramático-musicales, pantomímicas y coreográficas, así como cualquier otra obra creada con miras a su representación y ejecución públicas; composiciones musicales con o sin letra; obras audiovisuales, en particular, películas cinematográficas; pinturas, dibujos, croquis, ilustraciones, esculturas y otras obras de artes plásticas; obras fotográficas; obras de arquitectura, comprendidos los edificios y obras de urbanismo, las obras de arquitectura de jardines y de interiores y el diseño de edificios; obras de artes aplicadas; y obras de cartografía, ya sea en forma analógica o en cualquier otra forma.

No obstante, la ley no define todas las categorías de obras que se enumeran en el Artículo 6.1. En lo que respecta a esas categorías de obras que ni se definen en la ley ni se comentan en el informe legislativo, los tribunales deberán tener en cuenta las normas aplicables a la esfera correspondiente de la actividad creativa (literatura, teatro, música, artes plásticas, cartografía, etc.), y los comentarios de las convenciones internacionales pertinentes, y deberán inspirarse además en las competencias y los conocimientos jurídicos específicos de la esfera de creatividad de que se trate (si existen).

### *Objetos excluidos de la protección*

La ley sobre derecho de autor estipula expresamente que determinados objetos quedarán excluidos de la protección del derecho de autor. En virtud del Artículo 6.3 a) de la ley, la protección no se concederá a ideas, procedimientos, sistemas, métodos, conceptos, principios, descubrimientos o informaciones que se expresen, describan, expliquen, ilustren o expongan en una obra; y con arreglo al Artículo 6.3 b) de la ley la protección no se aplicará a los textos legislativos, decisiones de carácter administrativo y jurídico, documentos públicos u oficiales, las noticias del día y los discursos pronunciados durante actos públicos, así como las traducciones de los mismos. Ahora bien, para publicar una colección de esos discursos será necesario el consentimiento de la persona que los pronunció. La aplicabilidad de estas disposiciones plantea problemas, ya que muchos de los términos empleados en ellas no se definen claramente en la legislación, y la jurisprudencia en el campo del derecho de autor en la República Eslovaca todavía no está lo suficientemente desarrollada.

### *Categorías especiales de obras*

#### **Programas informáticos**

El Artículo 5.17 de la ley sobre derecho de autor define el programa informático como el conjunto de órdenes e instrucciones que se utilizan directa o indirectamente en una computadora. Las órdenes e instrucciones pueden figurar por escrito o estar expresadas en código fuente o código máquina. Otro elemento inseparable del programa informático es el material preparatorio necesario para producirlo, que podría protegerse como obra literaria si se ajusta a las condiciones generales definidas en los Artículos 6.1 y 15.1 de la ley sobre derecho de autor. Según el informe legislativo, la ley sobre derecho de autor establece los mismos criterios para la protección jurídica de los programas de computadora que los que se aplican a las obras literarias.

Cabe señalar que desde 1990 los programas informáticos están protegidos por el derecho de autor en la República Eslovaca, de acuerdo con la tendencia internacio-

nal en este campo. Sin embargo, hace unos pocos años se manifestaron serias dudas sobre la cuestión de saber si el concepto tradicional de protección del derecho de autor es adecuado para proteger un resultado creativo específico como el de los programas informáticos<sup>13</sup>. Como se ha indicado, el derecho eslovaco sigue la tendencia internacional a este respecto, en particular, la Directiva del Consejo de la Unión Europea 91/250/CEE del 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas informáticos. No obstante, se han presentado también recientemente argumentos a favor de la protección mediante patentes<sup>14</sup>. Sin embargo, a ello puede objetarse, sobre todo, que los programas informáticos no constituyen una solución «técnica» porque ese tipo de programa es por su propia naturaleza una solución matemática y lógica. Si bien hoy en día algunos especialistas estiman que su protección mediante el derecho de autor es un «caballo de Troya» (A. Dietz fue el primero en utilizar esta expresión) en el campo de la propiedad intelectual, existe el peligro de que también se convierta en un «caballo de Troya» en el concepto tradicional del derecho de patentes. Si bien durante los años ochenta y noventa, en muchos países los programas informáticos se protegieron mediante el derecho de autor por razones pragmáticas<sup>15</sup> surgidas en el plano internacional<sup>16</sup>, a nuestro entender sería más adecuado (aunque llevara más tiempo) conceder una protección *sui generis* a los programas informáticos, como ha solido hacer la OMPI en los años setenta y principios de los ochenta. Ha llegado el momento de volver a examinar los estudios de la OMPI iniciados en 1971 y el proyecto de «Tratado sobre la protección del soporte lógico» (1983)<sup>17</sup>. De no ser así, deberá justificarse plenamente la inclusión de los programas informáticos en la categoría de obras protegidas por el derecho de autor<sup>18</sup>.

### Bases de datos

La base de datos se define en el Artículo 5.19 de la ley sobre derecho de autor y se protege, sea cual fuere su forma, con la única condición de que sea original desde el punto de vista de la selección o disposición creativa de su contenido (Art. 6.2 de la Ley). En el informe legislativo relativo a la redacción original de la ley sobre derecho de autor de 1997 se afirmaba que ello estaba en consonancia con los reglamentos del Consejo de la Comunidad Europea sobre las bases de datos, que tenían en cuenta las innovaciones más recientes, los avances técnicos y tecnológicos y los procesos de creación de bases de datos. Sin embargo, en 2000 se introdujeron enmiendas significativas en la ley sobre derecho de autor de 1997 (Artículos 52 a) a 52 e) de la ley sobre derecho de autor de 2000) basándose en la Directiva europea 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos.

## Condiciones para la protección

### Requisitos formales

Al ser la República Eslovaca parte en el Convenio de Berna, no se exige ningún requisito para obtener la protección del derecho de autor en el marco de sus leyes sobre derecho de autor. El derecho de autor existe automáticamente cuando se crea una obra intelectual y ni siquiera es necesario que ésta contenga un aviso o señal como condición *sine qua non* para obtener la protección. De conformidad con el Artículo 42 de la ley, se presumirá que el autor de la obra es la persona física cuyo nombre se indica en la obra de la manera habitual en que lo haría su autor, salvo prueba en contrario. Esta disposición también se aplica cuando en la obra aparece un seudónimo que no deja ninguna duda sobre la verdadera identidad del autor. Si bien no es necesario indicar el nombre del autor para que exista el derecho de autor, ello tiene una consecuencia importante, ya que invierte la carga de la prueba de la paternidad (y, por tanto, de la titularidad general).

### Requisitos de fondo

Los únicos requisitos que exigen los Artículos 2, 6.1 y 15.1 de la ley sobre derecho de autor para obtener la protección son los siguientes: la obra deberá expresarse en una forma perceptible; la obra deberá guardar relación con la literatura, la ciencia o el arte; la obra deberá ser el resultado del trabajo creativo del autor; el autor deberá ser nacional de la República Eslovaca o tener su residencia permanente en su territorio; la obra deberá darse a conocer al público por vez primera en la República Eslovaca, con independencia de la nacionalidad o la residencia permanente del autor; o deberá ser una obra protegida en la República Eslovaca en virtud de un acuerdo o convenio internacional en el que la República Eslovaca sea parte.

## Titularidad del derecho de autor

### El autor (titularidad inicial)

A pesar de que la ley sobre derecho de autor no define el concepto de «autor», de la lectura del Artículo 6.1 se desprende que es el creador de una obra literaria, científica o artística determinada y que se trata de una persona física. Una persona jurídica no puede realizar un trabajo creativo y, por lo tanto, no se puede considerar «autor» de acuerdo con la ley sobre derecho de autor de Eslovaquia. Ahora bien, una persona jurídica puede ser titular de los derechos patrimoniales que entraña el derecho de autor en virtud de su cesión mediante un contrato (en primer lugar, mediante un contrato de empleo) o en determinados casos *ex lege* previstos en la ley (esto es, los Artículos 9 y 17.3 de la ley sobre derecho de autor en lo que atañe a las obras colectivas).

### Obras realizadas en el marco de contratos de empleo

La ley sobre derecho de autor de Eslovaquia define de manera resumida el régimen de las obras creadas por un empleado en el ámbito de su contrato de empleo (contrato de trabajo). En virtud del Artículo 17.5 de la ley, en el caso de las obras creadas por los empleados en el ejercicio de sus funciones y de acuerdo con las instrucciones del empleador, el autor será el primer titular de los derechos de explotación, a no ser que el contrato estipule lo contrario; ahora bien, la ley también dispone que se considerará que el derecho a utilizar la obra se cederá al empleador en la medida necesaria para que lleve a cabo sus actividades habituales. Se estableció una norma diferente únicamente para los programas informáticos. De conformidad con el Artículo 17.6 de la ley, si un empleado crea un programa informático en el ejercicio de sus funciones, el empleador será el primer titular de los derechos de explotación, a menos que el contrato estipule otra cosa.

## Ámbito de aplicación de los derechos exclusivos

### *Derechos morales*

La legislación eslovaca es sumamente afín a los sistemas jurídicos de la Europa continental, lo que explica la larga tradición de que goza el concepto de derechos morales en la legislación relativa al derecho de autor<sup>19</sup>. Actualmente, el Artículo 16.4 de la ley sobre derecho de autor estipula que los derechos morales son «intransferibles e ilimitados en el tiempo» (a diferencia de los derechos patrimoniales, que vencen al cabo de un determinado plazo prescrito por la ley). Este concepto de *droit moral éternel* está inspirado en la legislación francesa, mientras que en la alemana los derechos morales y los patrimoniales poseen un mismo plazo de vigencia (70 años después de la muerte del autor).

En lo que concierne a los derechos morales, los apartados que van del 1 a) al 1 c) del Artículo 16 de la ley sobre derecho de autor tratan del derecho de paternidad, mientras que el apartado 1 d) se refiere al derecho a la integridad. Esas disposiciones confieren al autor el derecho a firmar sus obras con su nombre o pseudónimo, y también a no firmarlas. En todos los ejemplares de la obra deben constar el nombre o pseudónimo del autor del modo más conveniente, según el uso al que esté destinada. En virtud del Artículo 16.1 e), el autor tiene también derecho a decidir sobre la exposición pública de su obra. La noción de «exponer públicamente» está definida en el Artículo 13.1 en los siguientes términos: «una obra es expuesta públicamente al ser legalmente representada, exhibida, publicada o comunicada de cualquier otra forma al público por vez primera». Aunque hay un cuarto derecho moral tradicional reconocido en la legislación francesa (el «derecho de retracto», o derecho del autor a retirar una obra de la circulación después de su publicación), la ley eslovaca no lo recoge.

## Derechos de explotación

Por lo que respecta a los derechos de explotación, en el texto introductorio al Artículo 16.2 de la ley se alude en términos muy generales al contenido de los derechos de explotación (patrimoniales): «el autor tendrá el derecho exclusivo de autorizar cualquier utilización de su obra».

Según establecen los apartados 2 a) a 2 j) del Artículo 16 de la ley, ese derecho general del autor comprende en particular el derecho a autorizar: cualquier reproducción, traducción, adaptación, arreglo u otro tipo de transformación de su obra; la distribución pública de la obra o de copias de la misma mediante venta, alquiler o préstamo; la exhibición pública de la obra o de copias de la misma, su representación pública, radiodifusión, retransmisión por cable o cualquier otra forma de comunicación al público. El Artículo 31 de la ley reconoce asimismo a los creadores en el ámbito de las artes plásticas el *droit de suite* (derecho de participación en las ventas sucesivas). El contenido de estos derechos coincide con el contenido moderno que se atribuye a los derechos patrimoniales tanto en instrumentos internacionales como en la legislación sobre derecho de autor de otros países.

## Limitaciones y exenciones a la protección del derecho de autor

Según el Artículo 16.5 de la ley, el autor tiene derecho a percibir una remuneración por cualquier tipo de utilización de su obra. En determinadas circunstancias, sin embargo, es posible prescindir del consentimiento del titular de los derechos para realizar actividades que en general requieren autorización previa. Existen dos regímenes distintos: en ciertos casos no se necesita ni autorización del titular ni pago alguno; en otros casos, en cambio, aunque no se requiera autorización, deben abonarse los correspondientes derechos por la utilización de la obra.

Estas limitaciones a la protección del derecho de autor están reguladas en los Artículos 21 a 28 de la ley. La libre utilización comprende: la reproducción de una obra con fines personales, las citas de la obra, su reproducción con fines educativos o destinada a invidentes, su reproducción reprográfica por parte de bibliotecas o archivos, su utilización con fines informativos y ciertos casos de exposición directa al público del original o una copia de la obra. La ley contiene disposiciones especiales referidas a la reproducción y adaptación de un programa informático y su descompilación.

El Artículo 21.3 de la ley reconoce el derecho del autor (u otros posibles titulares de los derechos) a percibir una remuneración por la reproducción de sus obras (ya sea por grabación en un fonograma o por fijación audiovisual). El Artículo 21.4, por otra parte, estipula que los autores de obras que por su propia naturaleza sean susceptibles de reproducción por impresión, copia o transferencia a otro soporte con

ayuda de un aparato reprográfico o de cualquier otra técnica tendrán derecho a percibir una remuneración compensatoria, pagadera por el fabricante o el importador, según sea el caso, del aparato utilizado. El nuevo texto del Artículo 21.5 dispone que el autor u otro titular deberá percibir esa remuneración compensatoria a través de una organización de gestión colectiva de los derechos. Según esta disposición, el fabricante o importador del material virgen utilizado normalmente para reproducir obras con fines personales y por los medios especificados en el Artículo 21.3 deberá abonar el 6% del «precio de venta» de dicho material; el fabricante o importador de los aparatos que facilitan la reproducción de fonogramas o la fijación audiovisual deberá abonar el 3% de su «precio de venta»; el fabricante o importador de los aparatos reprográficos o de otro tipo que faciliten la reproducción de una obra deberá pagar el 3% de su «precio de venta»; y por último, la persona física o jurídica que preste servicios de reprografía con fines de lucro deberá pagar el 3% de sus ingresos totales procedentes de esos servicios.

A nuestro juicio, sin embargo, la cuestión no deja de plantear serias dudas sobre la transparencia en la gestión colectiva de los derechos, especialmente en cuanto a la transferencia nacional o internacional de los fondos recaudados por las organizaciones de gestión colectiva y a la distribución equitativa de ese dinero entre los titulares de derechos. En la República Eslovaca no hay ningún sistema eficaz de control público del proceso de distribución, aun cuando las grandes cantidades de dinero que los fabricantes, importadores y otras entidades abonan a las organizaciones de gestión colectiva hagan de ello un asunto de interés general. Es evidente que el ciudadano, en su calidad de consumidor, es el eslabón de la cadena que acaba pagando el porcentaje estipulado sobre el precio de venta; o no en vano el fabricante, el importador y los proveedores de servicios incorporan ese porcentaje al cálculo de su «precio de venta».

Y ahí reside el quid jurídico y económico de la cuestión. Según el Artículo 3.1 de la ley sobre gestión colectiva de los derechos de los autores y los derechos conexos, una «organización de gestión colectiva es una entidad que representa a los titulares de derechos en la ejecución de los derechos patrimoniales que les confiere la ley sobre derecho de autor». Este tipo de relaciones pertenecen a todas luces al ámbito del derecho privado. Sin embargo, es el público en general el que paga en última instancia la referida «remuneración». Por tal motivo, los «ingresos» de organizaciones de gestión colectiva y el subsiguiente proceso de distribución conciernen no sólo a «los intereses privados de los titulares de derechos de autor y derechos conexos», sino también (o sobre todo) al público en general. Dicho de otro modo: afectan también a los intereses de derecho público. Conviene señalar que las convenciones internacionales asignan al Estado la función de garantizar dentro de su territorio la protección eficaz y adecuada del derecho de autor y los derechos conexos de todo (el que conste como) titular de esos derechos.

Por otra parte, el nuevo texto del Artículo 21.8 de la ley sobre derecho de autor de 1997, revisada en 2000, exige a los empresarios (fabricantes o importadores)

mencionados en el Artículo 21.5 que faciliten a una «organización de gestión colectiva competente la información oportuna sobre el tipo y número de soportes vírgenes, aparatos de reproducción de fonogramas o fijación de audiovisuales y dispositivos reprográficos, y que comuniquen asimismo los precios de venta que aplican». No obstante, ello suscita muchas e interesantes cuestiones. Al margen de la ya mencionada falta de transparencia de los movimientos financieros y de la ausencia de control público eficaz de las organizaciones de gestión colectiva, uno de los aspectos más interesantes es el de la protección de los secretos comerciales, según vienen definidos en los Artículos 17 y siguientes del Código Mercantil, de personas como los fabricantes e importadores mencionados en el Artículo 21.5 de la ley sobre derecho de autor<sup>20</sup>. Según la legislación eslovaca, las organizaciones de gestión colectiva son «asociaciones de ciudadanos de carácter no comercial» (lo que significa personas jurídicas según el derecho privado), y las personas mencionadas en el Artículo 21.5 de la ley son los empresarios (ante todo personas jurídicas según el derecho privado). El derecho privado se caracteriza por considerar en pie de igualdad a todos los participantes, ya se trate de personas físicas o entidades jurídicas, y excluir cualquier forma de posición ventajosa de una de las partes (lo que sería el caso de una organización de gestión colectiva «competente»)<sup>21</sup>.

En virtud del Artículo 4 de la ley sobre gestión colectiva de los derechos de los autores y los derechos conexos, sólo puede desempeñar esa labor de gestión colectiva una persona jurídica «creada con fines no comerciales en cumplimiento de la legislación correspondiente» (ley de asociación de ciudadanos de 1983 revisada en 1990) y a la que el Ministerio de Cultura haya otorgado «licencia» a tal efecto (como ocurre, por ejemplo, en Francia o Alemania). En Europa existen diferentes fórmulas para el control estatal de las «actividades no comerciales» de las organizaciones de gestión colectiva que permiten al legislador velar por el interés general<sup>22</sup>. En la República Eslovaca la legislación no prevé todavía un sistema de control efectivo de tales características, lo que quizá se explique por el hecho de que fueron las organizaciones de gestión colectiva las que concibieron y gestaron el proyecto de nueva ley sobre derecho de autor.

Los ciudadanos no pueden darse por satisfechos con disposiciones legislativas de carácter sumamente general que se limiten a estipular que las organizaciones de «gestión colectiva» garantizarán la legalidad, la equidad y la transparencia pública al distribuir y transferir los fondos que recauden (tanto dentro como fuera del país), de acuerdo con los Artículos 7.4 a 7.7 de la ley sobre gestión colectiva.

Estas consideraciones críticas no pretenden en modo alguno cuestionar los legítimos intereses de los titulares de todas las categorías de derechos patrimoniales exclusivos reconocidas en la ley sobre derecho de autor eslovaca y en las convenciones internacionales. Sin embargo, es necesario empezar a buscar fórmulas eficaces para que las administraciones públicas puedan controlar las actividades de las organizaciones recaudadoras, fórmulas que tengan también en cuenta los intereses de los consumidores y de las entidades en relación con los aspectos morales y económicos

de la explotación de los frutos del trabajo creativo. También convendría definir con exactitud las obras que son objeto de protección y delimitar con precisión el alcance y el ámbito de aplicación de los derechos exclusivos. De ahí las observaciones críticas sobre la nueva categoría de obras («fijación audiovisual») que formulamos más adelante.

## Duración de la protección del derecho de autor

Como queda dicho, en consonancia con la tradición jurídica francesa, la legislación eslovaca de derecho de autor confiere protección indefinida en el tiempo (es decir, perpetua) a los derechos morales (Artículo 16.4 de la ley). Lamentablemente, en ella no se definen con claridad las personas autorizadas a entablar acciones judiciales en caso de infracción a los derechos morales después de la muerte del autor. Desde este punto de vista, la ley sobre derecho de autor eslovaca, al igual que la legislación sobre derechos morales de muchos otros países, parece resultar una *lex imperfecta*.

En cuanto a los derechos patrimoniales, la ley sobre derecho de autor de 1965 fijaba un plazo general de protección que se prolongaba hasta 50 años después de la muerte del autor. Pero en virtud del Artículo 18 de la ley sobre derecho de autor de 1997 (que entró en vigor el 1º de enero de 1998), promulgada a raíz de la Directiva 93/98/CEE del 29 de octubre de 1993 del Consejo de Europa por la cual se armonizaban los plazos de protección del derecho de autor y de ciertos derechos afines, el plazo general de protección se alargó hasta 70 años después de la muerte del autor.

## Derechos conexos

### *Derechos de los artistas intérpretes ejecutantes*

El concepto de «artista intérprete o ejecutante» está definido en el Artículo 5.11 de la ley como sigue: es un cantante, músico, actor, bailarín o cualquier otra persona que cante, actúe, interprete, represente o ejecute de cualquier otra forma obras literarias, artísticas o folclóricas. Según el Artículo 45, el objeto de los derechos del artista intérprete o ejecutante es precisamente su representación artística. La ley sobre derecho de autor ampara a los artistas que son nacionales de la República Eslovaca y a los artistas extranjeros cuya representación haya tenido lugar en territorio eslovaco, se haya incorporado a fonogramas protegidos por la ley sobre derecho de autor o, aun cuando no haya quedado fijada en ningún fonograma, se haya comunicado al público en forma de radiodifusión o de programa original emitido por cable de acuerdo con los requisitos estipulados en el Artículo 3.1 de la ley para su protección.

En cuanto al ámbito de aplicación de los derechos exclusivos, el Artículo 46.1 de la ley estipula que las disposiciones de los Artículos 16.1 y 16.5 relativas a los

derechos morales del autor se aplicarán, *mutatis mutandis*, a los artistas intérpretes o ejecutantes.

Por lo que respecta a los derechos de explotación, el Artículo 46.2 de la ley otorga al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar cualquiera de los actos siguientes: radiodifusión u otra forma de comunicación al público de su representación artística (excepto la radiodifusión de una representación ya emitida anteriormente); radiodifusión de una representación artística fijada, comunicación al público de una representación ya emitida previamente o comunicación al público de una representación artística fijada; fijación de su representación no fijada; reproducción de una fijación de su representación; distribución pública de una fijación de sus representaciones o copia de las mismas mediante venta, alquiler, préstamo u otra modalidad de cesión de los derechos; y puesta a disposición del público de su representación artística fijada. En virtud del Artículo 46.3 de la ley, el intérprete o ejecutante tiene derecho a percibir una remuneración equitativa por cualquier tipo de utilización de su representación.

Según el Artículo 46.1 de la ley, que exige, *mutatis mutandis*, la aplicación del Artículo 16.1, los derechos morales de los intérpretes o ejecutantes son intransferibles y de duración ilimitada. En cuanto a los derechos de explotación, el plazo general de protección durará 50 años, contados (con algunas excepciones obligatorias, que están definidas) a partir del momento en que tenga lugar la representación artística.

### *Derechos de los productores de fonogramas*

En los Artículos 5.16 y 47.1 de la ley se define el concepto de «fonograma» como una fijación de sonidos de carácter exclusivamente sonoro, con independencia del método o medio utilizado para ello. El productor de un fonograma se define en el Artículo 5.15 como una «persona física o jurídica que emprendió o facilitó de cualquier otro modo la realización final de la fijación».

El Artículo 47 de la ley confiere al productor de un fonograma el derecho exclusivo a autorizar cualquiera de los actos siguientes: reproducción del fonograma; distribución pública del fonograma o de una copia del mismo mediante venta, préstamo, alquiler u otra modalidad de cesión de los derechos; emisión radiofónica o televisiva de los fonogramas o de una copia de los mismos; comunicación al público de un fonograma o una copia de él por medio de un dispositivo técnico; puesta a disposición del público del fonograma. El productor tiene también derecho a percibir una remuneración equitativa por cualquier tipo de utilización de los fonogramas o copias de los mismos. Los derechos de los productores de fonogramas durarán 50 años, contados en general (con algunas excepciones obligatorias, que están definidas) a partir del día de su producción.

## *Derechos de los «productores de fijaciones audiovisuales»*

En la legislación eslovaca de derecho de autor y derechos conexos, el concepto de «fijación audiovisual», que es reciente, es además el más problemático. A nuestro entender, desde el punto de vista de la jurisprudencia eslovaca, el legislador cometió un grave error al adscribir la protección de este objeto a los «derechos conexos». Las convenciones internacionales relativas a estos derechos, en particular la Convención de Roma y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, no contemplan la protección de este objeto. En las directivas europeas, por otra parte, se emplea únicamente el término de «obra audiovisual» (concepto que figura en la Convención de Berna y goza por lo tanto de protección del derecho de autor) y de «primera fijación de una película» como objeto de los derechos exclusivos de su productor (véanse en particular el Artículo 2.1 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo sobre el derecho de alquiler y préstamo y el Artículo 3.3 de la Directiva 93/98/CEE del Consejo por la cual se armonizan los plazos de protección).

En el Artículo 5.17 de la ley sobre derecho de autor se define con suma vaguedad el término «fijación audiovisual» como «una fijación de sonidos e imágenes visibles y audibles, con independencia del método o el medio utilizado para fijarlos». En el Artículo 5.15 se define «al productor de una obra audiovisual o de cualquier otra fijación audiovisual» como «la persona física o jurídica que emprendió o facilitó por cualquier otro medio la ejecución final de la obra o la fijación». Estas definiciones no resultan nada claras desde el punto de vista de sus repercusiones prácticas y económicas, pues dan lugar a interpretaciones muy ambiguas y discrepantes<sup>23</sup>, sobre todo en lo que atañe a la remuneración compensatoria que, en virtud del Artículo 21.5 de la ley de 1997, revisada en 2000, debe abonarse a la «organización de gestión colectiva» y distribuirse entre «los autores u otros titulares de derechos» de acuerdo con la ley sobre gestión colectiva (véase, más arriba, el apartado «Limitaciones y exenciones a la protección del derecho de autor»).

Según el Artículo 49.1 de la ley sobre derecho de autor, el productor de una fijación audiovisual tendrá el derecho exclusivo de autorizar: la reproducción del original o de una copia de su fijación audiovisual; la distribución pública de la fijación audiovisual o de copias de la misma mediante venta, alquiler, préstamo u otra modalidad de cesión de los derechos; la emisión radiofónica o televisiva de la fijación audiovisual o de una copia de la misma; la comunicación al público de la fijación audiovisual o de una copia de la misma por medio de un dispositivo técnico; y la puesta a disposición del público de la fijación audiovisual. En virtud del Artículo 49.2 de la ley, el productor tiene derecho a percibir una remuneración equitativa por cualquier tipo de utilización de su fijación audiovisual o de una copia de la misma.

El plazo de protección de los derechos de los productores de una fijación audiovisual será de 50 años, contando a partir del día de su producción (con algunas excepciones obligatorias, que están definidas).

## Derechos de las emisoras de radio y televisión

En el Artículo 5.14 de la ley se define el término «radiodifusión» como la comunicación, ya sea por cable o por medios inalámbricos, incluyendo el satélite, de una obra o de un objeto de los derechos conexos por parte de una emisora de radio o televisión. Otro término utilizado en relación con los derechos de los organismos de radiodifusión es el de «retransmisión por cable», definida en el Artículo 5.5 como la transmisión simultánea, íntegra e inalterada de programas ya emitidos, realizada por un sistema de cable o de microondas que permita la recepción de la emisión original.

Según los apartados 1 a) a 1 e) del Artículo 50 de la ley, un organismo de radiodifusión o una persona que distribuya públicamente su programa por cable tiene el derecho exclusivo de autorizar cualquiera de los actos siguientes: redifusión de su emisión, o radiodifusión o redifusión de sus programas distribuidos por cable; retransmisión por cable de su emisión o su programa distribuido por cable; fijación de su emisión o su programa distribuido por cable; reproducción de una fijación de su emisión o su programa distribuido por cable; distribución de la fijación de su emisión o su programa distribuido públicamente por cable mediante venta, alquiler, préstamos u otra modalidad de cesión de los derechos; comunicación al público de su emisión o su programa distribuido por cable, cuando se haga en un lugar al que el público acceda pagando derecho de admisión o entrada. La emisora tiene derecho a percibir una remuneración por la concesión de tal autorización (Artículo 50.4 de la ley sobre derecho de autor).

Según estipula el Artículo 50.3 de la ley, los derechos de los organismos de radiodifusión tendrán una duración de 50 años, contados a partir de la primera emisión o distribución pública por cable de un programa.

## Notas

1. J. Švidron, *Slovak Republic: Law of Intellectual Property*, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International – International Encyclopaedia of Laws, 2001.
2. Ley n° 40/1964 en su forma enmendada ulteriormente.
3. Ley n° 513/1991 en su forma enmendada ulteriormente.
4. Véase Š. Luby (comp.), *Osobnomajetkové práva*, Bratislava, SAV 1968.
5. Véase J. Švidron, *Tvorba a právo* [Creatividad y derecho], Bratislava, Veda, 1991; J. Švidron, *Základy práva duševného vlastníctva* [Introducción al derecho de la propiedad intelectual], Bratislava, Juga, 2000.
6. Véase K. Schraube, *Werke der «Kleinen Münze» im Urheberrecht*, Archiv für Film-Funk und Theaterrecht (UFITA), 1971, Banda 61.
7. En relación con la historia del concepto de «plagio», véase R. Lambertini, *Plagium*, Milán, Giuffrè Editore, 1980, pág. 47.
8. Véase C. Masouyé, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, Ginebra, OMPI, 1982.

9. Véase en particular D. Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO, 1993.
10. Véase Š. Luby, *Práva príbuzné autorskému právu*, Praga, SAV, 1963.
11. Véase R. Oman, *Future of Intellectual Property after Uruguay Round of GATT*; traducción al eslovaco: *Budúcnos duševného vlastníctva po Uruguajskom kole GATT*, Bratislava, Právny obzor [Revista jurídica], 1994, n° 6.
12. Ley n° 383/1997; véase P. Murí, *Autorský zákon – nový zákon s výkladom* [Ley sobre derecho de autor con comentarios], Ilina, EPP, 1998; V. Sadlo ová, *Das neue slowakische Urhebergesetz – Ein Schritt weiter in Richtung Europäische Union*, GRUR Int., 1998, Helt 12.
13. Véase en particular A. Dietz, *Copyright Protection for Computer Programs: Trojan Horse or Stimulus for the Future Copyright System?* Archiv für Film- Funk- und Theaterrecht (UFITA), 1989, vol. 110.
14. Véase J. Laco, «Patentability of Computer-Software Related Inventions», *Duševné vlastníctvo* [Revista sobre la propiedad intelectual], n° 3 (julio-septiembre), 1998; F. van der Voort, «Patentability of Computer Related Inventions», en versión eslovaca: *Duševné vlastníctvo* (Revista sobre la propiedad intelectual), n° 2 (abril-junio), 2000.
15. Véase D. B. Barbosa, «Logiciel et le droit d'auteur: un mariage de déraison», *Revue du Droit d'auteur*, n° 4 (abril), 1988, pág. 311.
16. Véase por ejemplo la resolución de la AIPPI – Q 57: «AIPPI acknowledges that computer software is protectable as a written work within the framework of the copyright law», en: *Annuaire 1989/II Congress*, Amsterdam, 1989, pág. 303.
17. Véase OMPI, *The First Twenty Five Years of the World Intellectual Property Organization*, Ginebra, WIPO Publications, 1992, pág. 43.
18. Para comparar la solución legislativa de Bélgica, que posee dos leyes distintas, véase J. Corbert, «Nueva ley belga sobre derecho de autor», *RIDA*, 1995, n° 164, pág. 50 y ss.; A. Strouwel, «La ley belga del 30 de junio de 1994 sobre los programas de ordenador: ¿Hacia un derecho de autor *sui generis*?», *RIDA*, 1995, pág. 172 y ss.
19. Véase Š. Luby, *Autorské právo* [Legislación de derecho de autor], Bratislava, Vydavateľstvo SAV, 1962, págs. 44-68. Véase también: A. Dietz, *Das Urheberpersönlichkeitsrecht vor dem Hintergrund der Harmonisierungspläne der EG-Kommission*, traducción al eslovaco: *Právny obzor* [revista jurídica], 1993, n° 6; A. Dietz, *Bedeutung und Funktion des Urheberpersönlichkeitsrechts im modernen Urheberrecht*; G. Boytha, *Die Entwicklung des Begriffs des Urheberrechts aus der Sicht des Europarechts*, en: «Duševné vlastníctvo v procese transformácie právneho systému – Geistiges Eigentum im Prozeß der Transformation der Rechtsordnung», Actas del Simposio Internacional celebrado en Bratislava del 23 al 25 de septiembre de 1996, publicadas por la Fundación Stefan Luby, *Dies Luby Iurisprudentiae*, n° 4, Bratislava, 1997.
20. Véase al respecto: J. Švidron, *Post-modernism, abuse of law and new Slovak Copyright Act*, Bratislava, *Právny obzor* [Revista jurídica], 2000, n° 6; J. Švidron, *Protection against unfair competition in relation to the Copyright law*, Bratislava, *Duševné vlastníctvo* [Revista sobre propiedad intelectual], 2001, n° 2-3.
21. Véase a este respecto J. Švidron, *op. cit.*, nota al pie 1, párrafos 107 a 111.
22. Véase P. Katzenberger, *Die verschiedenen Systeme des Aufsichtsrechts über Verwertungsgesellschaften in Europäischen Staaten*, traducción al eslovaco, *Justi ná revue*, 1994, n° 11-12.

23. Véase también G. Boytha, *OMPI: Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, OMPI, Ginebra, 1981, pág. 15: «Fijación audiovisual: es la grabación sonora y la grabación visual simultáneas de escenas de la vida o de una representación o ejecución, o de una recitación, en directo, de una obra sobre un soporte material duradero y adecuado, que permite que dichas grabaciones sean perceptibles. La fijación audiovisual de una obra representada, ejecutada o recitada, se considera generalmente una reproducción de dicha obra». Sin embargo, el significado de esta definición no queda claro desde el punto de vista de la relación entre la Convención de Berna (Artículo 14bis) y las convenciones relativas a los derechos conexos. Para comparar, véase G. Leroy, *Vidéogramme et droit d'auteur*, 72 *Revue de droit intellectuel*, n° 4-5 (abril-mayo), 1982, págs. 49-63; y G. Davies, M. E. Hung, *Music and Video Private Copying – An International Survey of the Problem and the Law*, Londres, Swett y Maxwell, 1993.