

derechos fundamentales del individuo es, ante todo, una obligación del orden interno y de las instancias nacionales. Nuestros países desde los albores de su independencia han ido incorporando instituciones, normas, principios, derechos y deberes propios de la democracia representativa en todas las constituciones nacionales que han ido adoptando. Son ellos los que tienen la obligación primaria de hacerlos cumplir. Sin embargo la historia del siglo XX en la región prueba que el derecho interno por sí solo, no ha sido suficiente. Tal vez la historia demuestre con el tiempo que el derecho interamericano ha podido contribuir eficazmente para que ello, finalmente, sea posible.

Como institución académica que agrupa a nacionales de muchos de estos países, como centro de elaboración de estudios y propuestas que han contribuido al desarrollo, al conocimiento y a la difusión del derecho interamericano, creo que es bueno que IHLADI dedique una mirada a los desarrollos más recientes de nuestro derecho regional en materia de defensa y promoción de la democracia representativa. Es éste un nuevo aporte del derecho interamericano al derecho internacional regional que merece ser reconocido.

Octubre 2012

## SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y MERCADO GLOBAL: RETOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO (España)\*  
*Miembro del IHLADI*

**RESUMEN:** El desarrollo de la sociedad de la información dota de singular relevancia a las normas de Derecho internacional privado, pero también exige su adaptación. Entre otros aspectos, es necesario evitar excesos en el alcance de la competencia judicial internacional así como en las situaciones a las que resulta de aplicación la legislación del foro. El carácter potencialmente global de la difusión de contenidos y la dificultad para localizar las actividades desarrolladas en la Red reafirman el valor de las reglas de conflicto como técnica de reglamentación pero reclaman la revisión de ciertos criterios de conexión. Las tecnologías de geolocalización de uso muy extendido proporcionan a los operadores de Internet un instrumento útil para restringir geográficamente la difusión de contenidos facilitando la coordinación entre el alcance de actividades desarrolladas en Internet y el carácter típicamente territorial de las legislaciones. La no extralimitación de las medidas judiciales adoptadas y de sus efectos con respecto al alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que las adopta resulta en este marco global de gran importancia para su eventual reconocimiento y ejecución en el extranjero.

**PALABRAS CLAVE:** Sociedad de la información. Internet. Derecho internacional privado. Competencia judicial. Reconocimiento y ejecución de decisiones

Fecha de recepción del original: 15 de febrero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de abril de 2013.

\* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

**ABSTRACT:** Private International Law has gained increased significance as a result of the development of the information society. In the current context, geolocation technologies provide useful tools to restrict the dissemination of content and facilitate the coordination between the scope of online activities and character typically territorial legislation. New developments concerning Internet activities require the adaptation of the rules of private international law and in particular with regard to certain connecting factors used by choice of law rules. In the field of international jurisdiction, further coordination requires to avoid an excessive reach of the competence of national courts concerning Internet activities having effects in many countries. The potentially global distribution of content and the difficulty to locate activities in the Internet reaffirm the value of the conflict rules as a regulatory technique but demand the revision of certain connections. The new challenges posed by the development of the new media regarding the recognition and enforcement of judgments are also addressed.

**KEYWORDS:** Information society. Internet. Conflict of laws. International jurisdiction. Recognition and enforcement of judgments.

**SUMARIO:** I.- Transformación de las relaciones privadas internacionales. A. Redes globales y fronteras estatales. B. Nuevos actores, oportunidades y riesgos. C. Pautas de expansión de los contratos internacionales. D. Actividades globales frente a territorialidad de los ordenamientos. II.- Ámbitos y mecanismos de elaboración de normas de Derecho internacional privado. A. Crisis de la codificación mediante convenios internacionales. B. Reglas modelo y principios transnacionales. III.- Competencia judicial internacional. A. Territorialidad y competencias exclusivas. B. Dificultades de concreción de los fueros de carácter territorial. C. Significado y límites de la autonomía de la voluntad. IV.- Derecho aplicable. A. Conductas globales y multiplicidad de legislaciones aplicables: alternativas B. Tensión entre el criterio de origen y los ordenamientos de destino. V.- Eficacia extraterritorial de las resoluciones. A. Fundamentos del reconocimiento y alcance espacial de las medidas judiciales ejecución. B. Derechos fundamentales: escenarios de confrontación. VI.- Conclusiones.

## I.- TRANSFORMACIÓN DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

### A. REDES GLOBALES Y FRONTERAS ESTATALES

1. El alcance global de Internet va unido al carácter típicamente internacional de las actividades desarrolladas en ese medio, que se ha consolidado como vía esencial para la difusión e intercambio de todo tipo de información en circunstancias que dan lugar, desde la perspectiva del objeto propio del Derecho internacional privado, al surgimiento de múltiples tipos de relaciones transfronterizas entre particulares.<sup>1</sup> Las relaciones privadas internacionales son algo consustancial al empleo Internet, donde la distinción entre comercio interno e internacional se difumina. Este medio facilita la transmisión de declaraciones negociales (oferta, aceptación...) transfronterizas, hace posible que la publicidad u otra información contenida en una página web sea accesible desde cualquier lugar del mundo, así como que ciertos productos o servicios sean ofrecidos y proporcionados a través de la Red con total independencia de cuál sea la localización física de los implicados.<sup>2</sup> También la tecnología digital posibilita la difusión instantánea a nivel mundial de creaciones protegidas por derechos de autor o de informaciones que pueden lesionar derechos de la personalidad. Se trata de actividades cuya regulación y ordenación resulta con frecuencia una tarea compleja,<sup>3</sup> en ocasiones agravada por la “deslocalización” propia de algunas de esas actividades que dificulta la determinación de los órganos competentes para la aplicación de la ley o la identificación del régimen jurídico aplicable, así como, en su caso, la localización de los responsables o de los medios relevantes para hacer efectivas las resoluciones judiciales.

1. Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., 2011, Navarra, Civitas, pp. 23-27.

2. Vid. las contribuciones incluidas en K. Boele-Woelki, C. Kessedjian (eds), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, La Haya, 1998; y S. Leible (ed.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, 2003.

3. S. Muñoz Machado, *La regulación de la red (Poder y Derecho en Internet)*, Madrid, 2000.

Esa desconexión entre el alcance de Internet y las fronteras estatales, junto con el contexto social en el que se desarrolló la tecnología que permitió el establecimiento de esta interconexión a nivel mundial<sup>4</sup>, se encuentran entre los fundamentos de ciertos planteamientos a favor de la especificidad de Internet, como espacio virtual cuya regulación quedaría al margen de los Estados. Es bien conocido que en los orígenes de la utilización de Internet por el público en general alcanzaron amplio eco las propuestas<sup>5</sup> de modelos de reglamentación de la Red y de las actividades desarrolladas en la misma basadas en una supuesta independencia del llamado ciberespacio<sup>6</sup> y en la atribución de poder para regularlo a las propias comunidades virtuales no vinculadas a un concreto territorio.

Frente a esos planteamientos, el paso del tiempo ha confirmado la evidencia de que las actividades desarrolladas a través de Internet, así como las relaciones establecidas u originadas en ese medio, no tienen lugar en un espacio virtual que queda al margen de la competencia de las autoridades nacionales o del ámbito de aplicación de sus sistemas jurídicos<sup>7</sup>. Lo anterior no impide apreciar la importante repercusión de la tecnología en la ordenación de la Red<sup>8</sup>, así como la circunstancia de que en la evolución de los estándares tecnológicos básicos para el funcionamiento de Internet e incluso en la configuración y asignación

4. Vid. J. Zittrain, *The Future of the Internet - And How to Stop It*, New Haven, 2008, disponible en <<http://www.jz.org>>, pp. 28-35.

5. En este sentido, aunque con diversos matices, vid. D.G. Post, "Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace", *J. Online L.*, 1995, <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>>, esp. aps. 34-40; D.R. Johnson, D.G. Post, "Law and Borders- The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford L. Rev.*, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402; y J.R. Reidenberg, "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", *Emory Law Journal*, vol. 45, 1996, pp. 911-930, pp. 917-929.

6. Como síntesis programática en esta línea cabe hacer referencia incluso a la formulación de una pretendida declaración de independencia del ciberespacio, vid. J.P. Barlow, "A Declaration of the Independence of Cyberspace", <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>.

7. Vid., v.gr., J. Goldsmith y T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World?*, Oxford, 2006.

8. Vid. L. Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, Nueva York, 1999 (también <<http://code-is-law.org>>); e *id.*, *Code. Version 2.0*, Nueva York, 2006.

de recursos básicos, como los nombres de dominio y direcciones de Internet, ciertas organizaciones privadas o con un estatus muy peculiar, como es el caso de la ICANN, desempeñen un papel clave.<sup>9</sup>

2. Con carácter general, cabe afirmar la legitimidad de la ordenación de base territorial de las actividades desarrolladas en Internet<sup>10</sup>, en la medida en que este medio no menoscaba sustancialmente la existencia de relación entre las situaciones jurídicas y los territorios ya que es en éstos donde se experimentan los efectos de tales actividades. Lo anterior no impide apreciar que en el entorno de la sociedad de la información, la vinculación entre las conductas o las relaciones privadas desarrolladas en el medio virtual y los territorios que suele hallarse en el fundamento de la atribución de competencia a las jurisdicciones estatales y de la determinación de la legislación nacional aplicable presenta rasgos peculiares. Tal peculiaridad se vincula con el potencial alcance ubicuo de muchas conductas, las dificultades para localizar sus efectos así como los obstáculos que puede encontrar la pretensión por parte de los Estados de garantizar el cumplimiento de la ley y la sanción de sus infracciones.<sup>11</sup>

Para el contenido y el alcance de la mayoría de las situaciones privadas desarrolladas a través de la Red, las fronteras estatales resultan en principio irrelevantes, lo que contrasta con categorías y presupuestos típicos de la ordenación de las relaciones jurídicas, que tiene lugar fundamentalmente por medio de normas elaboradas o ratificadas por los legisladores nacionales, cuyo ámbito de aplicación espacial depende de la localización física de determinados elementos (sede de los contratantes, lugar de infracción de un derecho de exclusiva, mercado afectado...) y

9. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., 2011, Navarra, Thomson Reuters Civitas, pp. 40-50.

10. Cf. J.L. Goldsmith, "The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty", *Ind. J. Global Legal Stud.*, vol. 5, núm.2, 1998, pp. 475-492, pp. 476-477.

11. Acerca de las categorías de conductas en Internet cuyo control por parte de las autoridades nacionales resulta más problemático, y de las peculiares dificultades que suscitan, vid. S. Biegel, *Beyond Our Control? (Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace)*, Cambridge, The MIT Press, 2001, pp. 51-95.

que son efectivamente aplicadas por órganos (judiciales o arbitrales) cuyas decisiones no son susceptibles de ejecución incondicional en el extranjero. La pérdida de significado de las fronteras estatales en este marco contrasta con el alcance típicamente territorial, vinculado a la noción de soberanía, de las normas de los ordenamientos jurídicos estatales<sup>12</sup> y de las decisiones de los órganos encargados de su aplicación, al tiempo que multiplica y transforma las situaciones en las que una pluralidad de legislaciones y jurisdicciones nacionales reclaman simultáneamente ser competentes, como consecuencia de la quiebra entre la unidad del fenómeno global y la multiplicidad de legislaciones<sup>13</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado es claro que esta realidad dificulta el empleo de las normas típicas que utilizan elementos de conexión territoriales para establecer los tribunales competentes o la legislación aplicable<sup>14</sup>. Ciertamente, una complicación significativa es la relativa a la cuestionable adaptación de las soluciones localizadoras respecto de las actividades relativas a Internet -típicamente de alcance global-, que exigen, tanto en materia de ley aplicable como de competencia judicial internacional, analizar las implicaciones del empleo de ciertos criterios de conexión territoriales tradicionales, valorando su eventual adaptación a este entorno.<sup>15</sup>

Se trata de una constatación clave en la evolución del Derecho internacional privado, habida cuenta de que la expansión de Internet va unida a un incremento cuantitativo sin precedentes de las relaciones privadas internacionales, y en particular de las situaciones en las que los efectos

12. Como puso ya de relieve T. Hoeren, "Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts" *NJW*, vol. 51, 1998, pp. 2849-2854, pp. 2850-2851.

13. Cf. M. Vivant, "Cybermonde: Droit et droits des réseaux", *JCP*, n° 43, 1996 (art. 3969), pp. 401-407, p. 407.

14. *Vid.*, v.gr., D. Moura Vicente, *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, 2005, pp. 14-25.

15. *Vid.*, M.R. Burnstein, "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", *Vand. J.T.L.*, vol. 29, 1996, pp. 75-116; S. Bariatti, "Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore", *AIDA*, vol. 5, 1996, pp. 59-82; y D.J.B Svantesson, *Private International Law and the Internet* Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 308-312.

derivados de una actividad se experimentan en múltiples jurisdicciones.<sup>16</sup> Ciertamente, la inmaterialidad y la ubicuidad características de la información en el entorno digital condicionan decisivamente tanto la posibilidad de establecer relaciones como la configuración de éstas<sup>17</sup>, al tiempo que el alcance global del medio hace posible la difusión contenidos y en intercambio de información con independencia en principio de los límites de las fronteras geográficas de los diversos Estados. Todo ello ha contribuido a que respecto de actividades desarrolladas en Internet en muchas ocasiones puede existir no tanto un problema de ausencia de regulación pero sí de falta de efectiva aplicación de normas, en buena medida no específicamente elaboradas para regular la Red.

3. Ahora bien, al valorar la realidad sobre la que está llamado a operar el Derecho internacional privado en el actual contexto tecnológico es importante poner de relieve que el desarrollo de la sociedad de la información ha conducido a una situación en la que la idea de que Internet es un ámbito sin fronteras, en el que las actividades necesariamente tienen alcance global y en el que no resulta posible restringir territorialmente el alcance de las conductas no deja de ser en gran medida, en particular desde la perspectiva jurídica, una afirmación retórica, que debe conciliarse con la evidencia de que el alcance típicamente territorial de los ordenamientos jurídicos, así como de los derechos objeto de utilización en la Red, resultan en la práctica determinantes de la fundamental importancia que tiene la localización espacial de múltiples actividades desarrolladas en la Red (y de sus potenciales destinatarios). Las tecnologías de la información no sólo generan importantes riesgos para determinados bienes jurídicos, cuya infracción puede verse facilitada (en sectores tan dispares como los derechos de autor y el derecho a la intimidad), así como para la tutela del interés general (por ejemplo, como consecuencia de la difusión a través de la Red de contenidos

16. *Vid.*, v.gr., G. Lastowka, *Virtual Justice (The New Laws of Online Worlds)*, New Haven, Yale University Press, 2010, pp. 77-79.

17. *Vid.* H.P. Mansel, "Immaterialität, Ubiquität und Paradoxität der Information und das Produkthaftungsgesetz: The medium is no longer the message", R. Geimer (Hrsg.), *Wege zur Globalisierung des Rechts (Festschrift für R.A. Schütze)*, München, C.H. Beck, 1999, pp. 485-501, pp. 487-494.

ilícitos y nocivos), sino que también aportan nuevas vías de prevención de esos riesgos y de sanción de los eventuales incumplimientos.

De hecho, en el funcionamiento de Internet y en el desarrollo y difusión de sus actividades por los más variados prestadores de servicios resulta clave el recurso a mecanismos de geolocalización, como presupuesto para limitar territorialmente el acceso a los contenidos o servicios facilitados por dichos prestadores, en la medida en que permiten conocer la ubicación de quienes pretenden acceder a ellos. Estos mecanismos que permiten localizar desde qué territorio los usuarios acceden (o pretenden acceder) al servicio se encuentran disponibles de manera generalizada en la actualidad y son utilizados cotidianamente por quienes realizan actividades a través de Internet y están interesados en controlar geográficamente el acceso a sus contenidos o servicios. Esto resulta práctica habitual por motivos muy diversos: mejorar o hacer más eficiente la prestación del servicio (por ejemplo, de cara a seleccionar los contenidos, incluida la publicidad, que muestra a sus usuarios); garantizar la seguridad en la prestación de ciertos servicios (por ejemplo, limitando la posibilidad de operar una cuenta bancaria a las situaciones en las que se accede a ella desde el país de residencia de su titular); asegurar el respeto a los compromisos contractuales del prestador de servicios (por ejemplo, los que derivan del alcance territorialmente limitado de las licencias relativas a contenidos incluidos en sus servicios); velar por el cumplimiento de obligaciones legales o el respeto de ciertas prohibiciones (por ejemplo, en materia de juegos de azar); y evitar quedar sometido a la competencia de los tribunales o la legislación de ciertos países (por ejemplo, cuando ello puede depender de que las actividades realizadas a través de Internet se consideren dirigidas al país en cuestión)<sup>18</sup>.

La disponibilidad generalizada de mecanismos de geolocalización constituye ahora un elemento de gran importancia que puede condi-

18. Acerca de las herramientas de geolocalización, los mecanismos para erigir fronteras respecto de las actividades desarrolladas en Internet e incluso las técnicas para eludir la localización, *vid.* M. Trimble “The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22, 2012, pp. 567-657.

cionar la determinación del régimen jurídico de (o las legislaciones aplicables a) actividades desarrolladas a través de Internet, la eventual infracción de derechos, así como el sometimiento a los tribunales de un país.<sup>19</sup> En particular, la circunstancia de que el prestador de un servicio dirija sus actividades a través de Internet a un país puede resultar en la práctica determinante para apreciar la eventual infracción de derechos relativos a ese país –marcas, derechos de autor...- o de prohibiciones contenidas en su ordenamiento jurídico. Al valorar si concurre esa circunstancia, la ausencia de mecanismos de geolocalización que en la configuración de la actividad en Internet de un prestador de servicios restrinjan el acceso a los mismos por parte de los usuarios ubicados en un determinado país, puede ser entendido –en un contexto de amplia disponibilidad de tales mecanismos- como un (simple) indicio de que los servicios en cuestión pueden considerarse dirigidos (entre otros) a ese país, en la medida en que ciertamente se localicen allí usuarios de sus servicios que acceden a los mismos sin tener que eludir ninguna restricción vinculada a su situación geográfica. Además, el recurso efectivo a este tipo de mecanismos puede facilitar el cumplimiento de medidas judiciales que prohíben determinadas actividades llevadas a cabo en Internet únicamente en ciertos territorios.

## B. ACTORES, OPORTUNIDADES Y RIESGOS

4. La actividad de ciertos operadores es determinante de que la información –por ejemplo, la contenida en una página web, en una red social, en un blog o en mensajes de correo electrónico- se difunda a través de Internet y llegue a ser conocida por terceros potencialmente en todo el mundo. La intervención de estos actores clave en el entorno digital, a los que se conoce como prestadores de servicios de intermediación, es decisiva para que Internet se constituya en un medio de comunicación o de difusión de datos o información. La categoría de prestadores de servicios de intermediación engloba un conjunto

19. *Vid.* K.F. King, “Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy: the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies”, *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, vol. 21, 2011, pp. 61-124.

de prestadores de servicios mediante los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información.<sup>20</sup> Ejemplo de servicios de intermediación, son: la provisión de acceso a Internet; la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; el alojamiento de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros para su puesta a disposición a través de Internet (como ocurre con los proveedores de servicios de redes sociales); así como la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

La referencia específica a estos actores se justifica aquí por varios motivos. Por una parte, ocupan una posición clave no sólo en la difusión de contenidos sino también en la prevención de las conductas ilícitas así como en la efectividad de las medidas estatales frente a las mismas, por ejemplo, en relación con mandamientos de cesación de conductas de usuarios de sus servicios. Además, estos prestadores de servicios se encuentran en una peculiar posición que les permite imponer reglas de conducta con respecto a la utilización de los servicios de Internet, lo que se vincula con la especial importancia de las condiciones contractuales de utilización de sus servicios. Por otra parte, el régimen jurídico de estos prestadores intermediarios, en especial en lo que respecta a la determinación de en qué medida pueden ser considerados responsables por las actividades de sus usuarios (por ejemplo, por la difusión de contenidos que infringen derechos de terceros) constituye un aspecto clave, que hasta la fecha no ha sido objeto de armonización internacional.<sup>21</sup>

20. Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado...*, op. cit., pp. 205-273.

21. A nivel comparado destacan las limitaciones de responsabilidad establecidas en la legislación de derechos de autor de EEUU mediante la *Digital Millennium Copyright Act* y en la UE en los artículos 12 a 15 la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, que presentan importantes elementos de coincidencia, pero no existe un instrumento internacional que los incorpore, lo que unido a la ausencia de regulación sobre el particular en muchos ordenamientos nacionales es fuente de una significativa incertidumbre. Aunque en ciertos foros internacionales, como en el controvertido Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación de 2011 (más conocido como ACTA -Anti-Counterfeiting Trade Agreement-) se han pretendido establecer estándares comunes, no se incorporaron as su texto final.

5. Desde la perspectiva internacional, si bien el desarrollo de servicios de comunicación o intercambio de información interactivos, con capacidad y alcance espacial casi ilimitados e instantáneos, es determinante de la aparición de nuevas modalidades de negocio, así como profundos cambios en las formas de trabajo, en los hábitos de ocio y en las modalidades de organización empresarial, también va unido a ciertos riesgos. Así, la posición alcanzada por ciertos proveedores de servicios de intermediación a escala global –como los principales servicios de redes sociales y motores de búsqueda- parece acentuar la tendencia característica de la globalización a una cierta erosión de la soberanía estatal,<sup>22</sup> que facilita que ciertos ámbitos de actividad puedan quedar, al menos parcialmente, al margen del control estatal, en la medida que esos operadores transnacionales se muestran favorables a operar en un entorno autónomo y poco regulado.

La facilidad inherente a Internet para la prestación de servicios en línea con alcance global se vincula con el interés de los prestadores de tales servicios por tratar de ofrecerlos de manera uniforme, típicamente expandiendo los términos en los que el servicio se configura a partir del marco normativo existente en el país de origen, que toman como referencia al establecer el clausulado contractual en el que no es extraño que incluyan condiciones previendo como ley aplicable la de su país de establecimiento así como la competencia de los tribunales de ese país para conocer de todas las diferencias que puedan surgir en relación con el contrato. La práctica de los principales prestadores globales de servicios originarios de EEUU ha sido extender su modelo de negocio a todo el mundo tratando de prestar sus servicios en los mismos términos a escala global. Esa opción, en la medida en que los términos contractuales puedan no estar adaptados al nivel de protección establecido en las legislaciones de los diversos Estados en los que operan plantea riesgos en relación con la tutela de los derechos de los usuarios conforme a la legislación del país de su residencia y en el que hacen utilización de los servicios. Los mecanismos de Derecho internacional privado resultan claves para hacer frente a tales riesgos.

22. P.A. De Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 37-87.

Más allá de la actividad de los operadores privados, también resulta de interés que ciertas iniciativas legislativas y prácticas de EEUU en relación con la adopción de medidas de sanción frente a ciertas conductas –típicamente vinculadas a la pretendida infracción de derechos intelectuales- pueden basarse en la atribución a EEUU de un nivel de control sobre la Red que resultaría excesivo e injustificado. Junto con los riesgos propios de ciertas iniciativas legislativas especialmente controvertidas que han quedado en suspenso, como las denominadas SOPA y PIPA, cabe hacer referencia a la práctica de adoptar medidas como las relativas al bloqueo de nombres de dominio de prestadores de servicios extranjeros cuando la infraestructura relevante respecto del nombre de dominio correspondiente se encuentre en EEUU en circunstancias en las que la supresión de esas entidades de la Red puede resultar cuestionable.

6. La tecnología que hace posible llevar a cabo desde cualquier lugar del mundo a escala global la comercialización de productos o la prestación de servicios, facilita de manera extraordinaria la deslocalización de todas esas actividades.<sup>23</sup> En relación con el desarrollo de actividades ilícitas, se trata de un rasgo que representa una obvia amenaza para su control.

No obstante, la experiencia reciente muestra cómo si bien las actividades en Internet son en principio fácilmente deslocalizables, tal deslocalización puede implicar elevados costes (no sólo económicos) que los responsables de las actividades no están dispuestos a asumir<sup>24</sup>, en particular en la medida en que deslocalizar las actividades a estos efectos signifique tener que emplear servidores ubicados en países en

23. P.A. De Miguel Asensio, “Algunas tendencias jurídicas de la globalización”, *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Colección Escuela Diplomática, nº 7, Madrid, BOE-AEPDIRI, 2003, pp. 47-84, pp. 52-53.

24. Así en el reciente asunto *Megaupload* ante la jurisdicción de EEUU llama la atención que, de acuerdo con lo detallado en el escrito de acusación de enero de 2012 <<http://es.scribd.com/doc/78799740/Mega-Indictment>>, los servidores en los que se alojaban los contenidos de Megaupload se encontraban principalmente en el propio EEUU, lo que facilita la efectividad de un mandamiento estadounidense de cesación inmediata del servicio.

los que no se pueda con facilidad instar la adopción directa de medidas ni la ejecución de las adoptadas en procesos civiles y penales por tribunales de EEUU, la UE, Japón..., pues las alternativas para obtener esos niveles de prestación –algo muy importante en servicios de grandes dimensiones- pueden ser limitadas o exponer a los supuestos infractores a jurisdicciones (¿China? ¿Singapur?) que en la práctica pueden plantear significativos riesgos para sus intereses. Algo similar ocurre con la residencia de los propios responsables, quienes también deben “deslocalizarse” para estar a salvo (basta recordar en el ámbito civil el significado del fuero general del domicilio del demandado). Pero tal deslocalización puede no ser posible sin un alto coste personal, especialmente si se tiene en cuenta que las medidas de persecución adoptadas en el orden penal pueden implicar que una persona tenga muy restringidos los países por los que puede desplazarse abiertamente sin exponerse a tener que rendir cuentas.

También en relación con los operadores dedicados a actividades lícitas, la facilidad de deslocalización merece ciertas reflexiones. Precisamente, la facilidad para desplazar la ubicación desde la que se prestan muchos servicios en línea hace que para los Estados resulta de especial interés para los Estados su posición relativa o atractivo de cara a la captación de inversiones, lo que puede condicionar su regulación.

### C. PAUTAS DE EXPANSIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

7. El régimen jurídico de las relaciones entre sujetos privados relativas a Internet o establecidas a través de este medio plantea fundamentalmente cuestiones en el ámbito de la contratación, la tutela de los derechos sobre bienes inmateriales, y a otros ámbito de responsabilidad extracontractual derivada de actividades en la Red.

Estrechamente conectado con la autorregulación en este sentido se encuentra la creciente importancia asignada a los contratos como mecanismo para evitar conductas ilícitas en Internet y para concretar la posición de los diversos participantes, por medio de la incorporación de reglas básicas de conducta en los contratos de acceso a Internet y de

utilización de sus servicios, típicamente a través de condiciones generales en esos acuerdos. Los suministradores de acceso y de servicios de Internet disponen de importantes instrumentos para hacer efectivo el control, como el bloqueo de determinadas páginas web o la eliminación de los ficheros con contenido ilícito de un servidor<sup>25</sup>. A pesar de que estos supuestos de autorregulación tienen gran importancia en la configuración del régimen jurídico de los contratos relativos a Internet, al tiempo que establecen mecanismos de control de los contenidos ilegales, la mayor parte de los aspectos de las relaciones jurídico-privadas que pueden surgir en el marco de Internet quedan por completo al margen.

8. La expansión de las tecnologías de la información favorece la actividad internacional (incluso con alcance prácticamente global o mundial) de empresas de reducido tamaño que desbordan su ámbito local de actividad –fenómeno hasta hace poco desconocido–, pues ofrecer productos y servicios a potenciales clientes ubicados en el extranjero resulta ahora mucho más sencillo, en especial en sectores económicos relacionados con la actividad cultural, donde la explotación de los productos tiene lugar a través de figuras negociales como los contratos de acceso (a información) o de licencia, restando también importancia relativa a la compraventa. Desde otra perspectiva, esa evolución, que facilita que los potenciales clientes puedan elegir desde su propio domicilio, sin tener que emprender costosos desplazamientos, entre las ofertas de empresas situadas en diversos lugares, se asocia también con la expansión de las relaciones de consumo transfronterizas.

En este entorno se multiplica la aparición de contratos de consumo internacionales, entre empresas y particulares que adquieren bienes o servicios para su uso personal o familiar (y no profesional y empresarial). Con frecuencia los grandes proveedores de servicios en línea, como los que se basan en el establecimiento de plataformas y comunidades virtuales, van dirigidos –aunque no exclusivamente– también a personas que pueden ser calificadas como consumidores en la medida

25. *Vid.* K.H. Ladeur, “Monitoring and Blocking Illegal Content on the Internet - a German and Comparative Law Perspective”, *GYIL*, vol. 41, 1998, pp. 55-83, pp. 71-72.

en que los utilizan para fines no relacionados con su actividad profesional o empresarial. Esta situación va unida a nuevas demandas normativas para garantizar una correcta adaptación a estas situaciones del nivel de tutela específico que ciertos ordenamientos –como sucede en el ámbito de la Unión Europea– proporcionan a los consumidores en determinadas transacciones internacionales.

9. Esos riesgos se acentúan habida cuenta de la práctica habitual en muchos de los principales prestadores de servicios de redes sociales y otros similares a uniformar el régimen legal aplicable a las relaciones que establecen con todos los usuarios de sus servicios (incluidos aquellos son calificados como consumidores al contratar el servicio para un uso ajeno a su actividad profesional) mediante la previsión de que la ley aplicable al contrato es la ley del país de origen (típicamente, la de un Estado de EEUU) acompañada de una cláusula que atribuye la competencia para resolver todas las controversias derivadas del contrato a los tribunales de ese territorio .

La tendencia de operadores globales a tratar de prestar sus servicios a escala mundial conforme a una reglas uniformes y con sometimiento en todo caso a los tribunales de un mismo país (típicamente su país de origen) obedece a una obvia racionalidad económica. Ese planteamiento facilita el control de sus riesgos legales y reduce los costes asociados a ese control, al pretender evitar tener que adaptar la prestación de sus servicios a las legislaciones de las decenas de países en las que se encuentran los destinatarios de los mismos. Además, busca concentrar todos los litigios relativos a la prestación de tales servicios en los que se pueda ver implicado ante los tribunales de un único lugar previamente seleccionado por el predisponente. En el plano práctico este último aspecto puede encontrar obstáculos en la medida en que decisiones adoptadas por los tribunales de ese lugar no sean susceptibles de reconocimiento y ejecución en otros Estados (como los de residencia de ciertos usuarios de los servicios) en los que el prestador del servicio pueda estar interesado en que también desplieguen sus efectos procesales.

Ahora bien, las implicaciones de este modelo sobre otros intereses en presencia hacen que su aplicación con carácter general a la prestación de



servicios a escala global incluso a destinatarios de los mismos que gocen de una especial protección, como es el caso de los consumidores en la UE, resulte conflictivo.<sup>26</sup> Por otra parte, la circunstancia de que la contratación y prestación de los servicios tenga lugar a través de Internet no impide apreciar que dicha prestación puede presentar una conexión muy estrecha con países distintos al de origen del prestador, en particular aquellos en los que se encuentran destinatarios de sus servicios, de modo que tales países legítimamente pueden pretender regular ciertos aspectos de esas transacciones. Una circunstancia muy relevante es que la configuración de los mecanismos de protección de los consumidores –obligaciones de información a los consumidores, nulidad de ciertas cláusulas contractuales consideradas abusivas, alcance del derecho de desistimiento atribuido imperativamente a los consumidores- pueden presentar significativas diferencias desde la perspectiva comparada, algo que también cabe predicar con respecto al significado del derecho fundamental a la protección de datos personales. Por ello, el modelo de expansión del negocio basado en el empleo de condiciones contractuales uniformes para todos los mercados puede plantear dificultades, en particular en la medida en que tales condiciones acarreen eventualmente el menoscabo de los estándares de protección de los consumidores de otros ordenamientos.<sup>27</sup>

#### D. ACTIVIDADES GLOBALES FRENTE A TERRITORIALIDAD DE LOS ORDENAMIENTOS

10. La deslocalización y alcance potencialmente global de las actividades en el actual entorno de los negocios internacionales plantea especiales necesidades en relación con la tutela transfronteriza de los bienes inmateriales, típicamente de carácter territorial.<sup>28</sup> En este contexto la

26. Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues”, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, vol. XX, 2011, pp. 3-38.

27. N. Bouza Vidal, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, pp. 31-91.

28. Vid. J.C. Ginsburg, “The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change”, *R. des C.*, 1998, t. 273, pp. 243-405; y D. Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Coimbra, Almedia, 2008, pp. 201-460.

información se convierte en el principal activo económico y la innovación, el conocimiento y la capacidad de utilizar la información son las claves de la competitividad y de la organización. En consecuencia la protección de los activos intangibles resulta clave en circunstancias en las que plantea especiales desafíos para el Derecho internacional privado.

Debe tenerse en cuenta que tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de autor y derechos conexos tienen carácter estrictamente territorial, de manera que el alcance de estos derechos de exclusiva se halla limitado típicamente al territorio de un Estado. Ahora bien, el significado económico de los objetos sobre los que recaen esos bienes –tecnología, signos, diseños, creaciones intelectuales...- determina que sean normalmente explotados y utilizados más allá de las fronteras de un concreto Estado, por eso en esta materia la tensión entre la estricta territorialidad característica de la tutela de los derechos de propiedad industrial e intelectual y el desarrollo de medios de difusión de contenidos que presentan alcance mundial reviste particular intensidad.

11. La explotación comercial de los bienes inmateriales presenta un alcance cada vez más internacional. La evolución de los medios de comercialización de los productos y servicios y la globalización de la actividad empresarial van unidas a un especial interés de los titulares por asegurar la tutela de los bienes inmateriales en múltiples países o incluso a escala global, pues se pretende explotar el elemento inmaterial en múltiples países, bien directamente o a través de acuerdos de licencia. Asimismo, el desarrollo de la sociedad de la información favorece la deslocalización de las actividades de infracción y que sus consecuencias puedan afectar a una pluralidad de mercados, lo que constituye una fuente de incertidumbre y plantea nuevos riesgos para la tutela efectiva de estos bienes<sup>29</sup>.

29. Vid. J. Basedow, “Foundations of Private International Law in Intellectual Property”, J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena - Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 3-29, pp. 10-11.

Debido al alcance global de Internet, las actividades de explotación e infracción de los bienes inmateriales presentan típicamente carácter internacional cuando se llevan a cabo a través de ese medio. Además, los bienes inmateriales adquieren una especial importancia en el contexto de la sociedad de la información en la medida en que resultan esenciales para la protección de los contenidos que se difunden en las redes. El alcance internacional de muchas actividades de infracción, que se proyectan sobre el territorio de varios países, va unido al interés de los titulares de bienes inmateriales en concentrar ante los tribunales de un país el ejercicio de las acciones para hacer frente a esas infracciones, para evitar tener que tramitar una pluralidad de procesos en múltiples países y los gastos asociados a esa fragmentación. La coordinación de estos intereses con las consecuencias tradicionalmente asociadas por los diversos sistemas de Derecho internacional privado a la estricta territorialidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual representa un singular desafío.

## II. ÁMBITOS Y MECANISMOS DE ELABORACIÓN DE NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### A. CRISIS DE LA CODIFICACIÓN MEDIANTE CONVENIOS INTERNACIONALES

12. En el entorno de la sociedad de la información parece reforzarse la necesidad de coordinación internacional, que contribuya a superar la inseguridad jurídica existente<sup>30</sup>. La creación de un marco normativo de carácter supranacional cobra especial sentido en un entorno que genera un extraordinario potencial de conflictos transfronterizos para los que el coste tradicional de la litigación internacional resulta desproporcionado. Si bien las posibilidades de éxito parecen verse en un principio reforzadas por la escasez de disposiciones legales específicas reguladoras del régimen del comercio electrónico en los diversos ordenamientos

30. *Vid.*, v.gr., U. Draetta, "Internet et commerce électronique en droit international des affaires", *R. des C.*, t. 314, 2005, pp. 9-230.

nacionales, que facilita la elaboración de estándares normativos uniformes<sup>31</sup>, el desarrollo de la sociedad de la información como marco de establecimiento de relaciones privadas de alcance transnacional que reclaman una importante evolución en los diversos sectores del Derecho internacional privado no se ha visto correspondido con avances en la normativa internacional en este ámbito.

Además, a diferencia de lo que ha ocurrido en diversos sectores del Derecho material, donde ciertas organizaciones internacionales desde hace años han elaborado instrumentos con una significativa repercusión —aunque variable y limitada— sobre la regulación de las actividades propias de la sociedad de la información, como se refleja en materia de propiedad intelectual en la actividad de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>32</sup> así como de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) en lo relativo a contratos y documentos electrónicos<sup>33</sup>, no cabe encontrar logros similares en el ámbito del Derecho internacional privado. Y ello pese a ser éste un ámbito propicio para la elaboración de normas uniformes, pues es conocido que el carácter, al menos, aparentemente, más técnico y abstracto de las normas de Derecho internacional privado y su menor vinculación con la tradición cultural favorecen la uniformización del Derecho internacional privado frente al Derecho privado material<sup>34</sup>.

31. *Cf.* A.H. Boss, "Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform", *Tulane Law Review*, vol. 72, 1998, pp. 1931-1984; p. 1946.

32. Debe hacerse referencia en especial a los Tratados de la OMPI sobre Derecho de autor (TDA) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TIEF), hechos en Ginebra en diciembre de 1996.

33. En particular, cabe reseñar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996; la Ley Modelo sobre firmas electrónicas de 2002; y la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2006, pero que no ha entrado en vigor <<http://www.uncitral.org>>.

34. *Vid.* T.M. De Boer, "The Relation between Uniform Substantive Law and Private International Law", A.S. Hartkamp et al. (eds.), *Towards European Civil Code*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pp. 51-63; y F. Rigaux, "L'internationalisation du droit étatique", *Rev. dr. int. dr. comp.*, t. LX, 1983, pp. 91-104, pp. 95-96.

13. Por una parte, en relación con la actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado cabe constatar cómo tanto las implicaciones del uso de medios electrónicos sobre la configuración de las reglas de competencia judicial internacional en materia contractual como la peculiar complejidad de las reglas de competencia en relación con la tutela transfronteriza de la propiedad intelectual fueron objeto de especial atención en el marco de las negociaciones y trabajos previos desarrollados hace ya más de una década con vistas a la elaboración de un convenio mundial sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones. Precisamente, el resultado de ese proyecto<sup>35</sup> ilustra el fracaso en la elaboración de normas convencionales de Derecho internacional privado capaces de responder a la necesidad de adaptación de este sector al contexto de las relaciones privadas internacionales vinculadas a la sociedad de la información, incluso aunque algunos de los ámbitos materiales identificados como más problemáticos, como es el caso de los contratos internacionales de consumo,<sup>36</sup> pudiera ser excluido del proyecto para facilitar su adopción.

Por otra parte, en la actividad de otras organizaciones internacionales sectoriales los instrumentos adoptados no incluyen típicamente normas de competencia judicial internacional, derecho aplicable o reconocimiento de resoluciones extranjeras, de conformidad con la trayectoria previa de esas organizaciones. Así se constata básicamente con respecto a los convenios en materia de propiedad intelectual adoptados por la OMPI y los instrumentos en materia de comercio electrónico adoptados por la CNUDMI.

14. La decisión de 2012 de la Conferencia de La Haya de retomar los trabajos relativos a la elaboración de un convenio multilateral sobre

35. Los trabajos dieron lugar a un borrador de proyecto que no fue finalmente aprobado, *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, doc. prel. n° 11, de agosto de 2000 <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>; con posterioridad se adoptó un instrumento de alcance mucho más reducido, el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, que ha sido ratificado por México pero aún no se encuentra en vigor.

36. *Vid.* A.D. Haines, "The Impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future", Prel. Doc. No 17, de febrero de 2012, <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>.

competencia judicial y reconocimiento de decisiones<sup>37</sup> no impide apreciar que el balance de los últimos lustros refleja una marcada crisis de la codificación mediante convenios internacionales, en particular en los sectores más relevantes para la adaptación del Derecho internacional privado al entorno de la sociedad de la información. Lo limitado de los logros de la unificación internacional del Derecho internacional privado se vincula con la rigidez propia del instrumento normativo empleado, el convenio internacional.

La toma de conciencia acerca de los altos costes asociados a la unificación legislativa internacional<sup>38</sup>, así como los limitados logros obtenidos a través de la misma conducen a explorar las posibilidades de técnicas alternativas que contribuyan a configurar un régimen normativo más justo, previsible y completo de las transacciones internacionales<sup>39</sup>, especialmente en un contexto en el que la existencia de más de doscientos Estados dificulta la adopción de acuerdos sobre textos normativos en conferencias diplomáticas, cuya entrada en vigor depende de un proceso ulterior lento e incierto<sup>40</sup>. Una primera evolución se traduce en el desarrollo dentro de organismos intergubernamentales de textos flexibles, sin carácter vinculante, destinados a favorecer la armonización, como la ley modelo, las recomendaciones y los códigos de conducta.

## B. REGLAS MODELO Y PRINCIPIOS TRANSNACIONALES

15. La insuficiencia de las soluciones legislativas contenidas en convenios internacionales y las carencias de los ordenamientos nacionales para dar adecuada respuesta a los conflictos de intereses y a las necesidades de regulación en el ámbito de los negocios internacionales han ido unidas a una creciente importancia de la elaboración de reglas trans-

37. <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=149](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=149)>.

38. *Vid.* H. Kötz, "Rechtsvereinheitlichung- Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele", *RabelsZ*, vol. 50, 1986, pp. 1-17.

39. *Vid.* O. Remien, "Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?", *RabelsZ*, vol. 56, 1992, pp. 300-315.

40. *Cf.* J. Basedow, "Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *ULR*, 2000, pp. 129-139, pp. 129-130.

nacionales, destinadas a facilitar una progresiva armonización internacional.<sup>41</sup> Estos instrumentos han alcanzado un especial desarrollo en el ámbito de la contratación mediante la elaboración de conjuntos normativos elaborados que las partes pueden incorporar por referencia al contrato para regir los aspectos no regulados en el mismo, como refleja especialmente la práctica en relación con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.<sup>42</sup>

El desarrollo de instrumentos normativos flexibles está llamado a tener una especial trascendencia en la evolución del Derecho internacional privado. Si bien se trata de una tendencia que tiene su reflejo en la labor de diversas organizaciones intergubernamentales –como CNUDMI/UNCITRAL, UNIDROIT, OMPI, OCDE o incluso la más reciente actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>43</sup>–, se asiste a un creciente desarrollo de tales reglas modelo por parte de organizaciones y grupos extraestatales, como refleja la actividad de ciertas organizaciones profesionales y empresariales (como la Cámara de Comercio internacional) así como la de otras de carácter en gran medida académico, como ilustra la evolución reciente en el ámbito del Derecho privado europeo, pero también en EEUU la creciente actividad del *American Law Institute* en materias vinculadas al Derecho de los negocios internacionales.

Esta tendencia a la elaboración de instrumentos flexibles se proyecta con especial intensidad sobre los sectores materiales vinculados a la sociedad de la información. Así lo refleja la actividad ya reseñada de la CNUDMI/UNCITRAL en el ámbito del comercio electrónico; la labor de la OMPI en relación con los mecanismos de solución de contro-

41. Vid. S. Sánchez Lorenzo, “La unificación del Derecho comercial internacional”, *Globalización y comercio internacional (Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI)*, Madrid, 2005, pp. 239-265.

42. Vid. J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 35-78, pp. 62-73; y N. Bouza Vidal, “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea”, *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, 2005, pp. 1308-1334, pp. 1326-1334.

43. Vid. Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts de 2012, <<http://www.hcch.net>>.

versias –típicamente internacionales- relativas a nombres de dominio de Internet<sup>44</sup>; la actividad de la OCDE en materia de comercio electrónico<sup>45</sup>; o la labor de la CCI mediante la elaboración de los *eTerms*, las Directrices sobre la utilización de medios electrónicos en marketing y publicidad o de reglas sobre publicidad en Internet en el Código Consolidado de la CCI sobre publicidad comercial y mercadotecnia.<sup>46</sup>

16. Como ha quedado apuntado, el progresivo desarrollo de estándares materiales e incluso procesales comunes a escala internacional no ha ido unido al establecimiento en el seno de organizaciones intergubernamentales de reglas sobre el tratamiento de los litigios privados internacionales relativos a la información y a su protección mediante propiedad industrial e intelectual. Ciertamente los estándares comunes establecidos en el marco de la OMPI y, sobre todo, del Acuerdo ADPIC de la OMC se proyectan sobre aspectos materiales y procesales, pero sin abordar su dimensión internacional.

Asimismo, ha alcanzado aceptación casi generalizada la idea de que en la actualidad la aplicación de las reglas tradicionales de Derecho internacional privado puede en ocasiones generar inseguridad jurídica e incluso menoscabar las posibilidades de obtener una tutela efectiva de esos bienes frente a su lesión en el marco de actividades transfronterizas. En este contexto, no es de extrañar que se haya intensificado el debate sobre la oportunidad de revisar el tratamiento que la protección de los bienes inmateriales recibe en los sistemas de Derecho internacional privado, ni tampoco el creciente interés por el progresivo desarrollo de estándares internacionales que favorezcan una más eficaz tutela transfronteriza de esos bienes.<sup>47</sup>

44. Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Mecanismos internacionales de solución de controversias sobre dominios de Internet: interacción con las jurisdicciones estatales”, *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho internacional*, vol. XIX, 2009, pp. 247-285, pp. 256-267.

45. Por ejemplo, la Declaración ministerial sobre protección de los consumidores en el comercio electrónico de 1998 y la Recomendación relativa a las Directrices sobre protección de los consumidores en el comercio electrónico adoptada por el Consejo de la OCDE el 9 de diciembre de 1999, disponibles en <<http://www.oecd.org>>.

46. <<http://www.iccwbo.org>>.

47. Vid. T. Kono y P. Jurcys, “General Report”, T. Kono (ed.) *Intellectual Property*

17. Reflejo de esa evolución es la aparición de proyectos encaminados a desarrollar reglas de DIPr en el sector de la propiedad industrial e intelectual con el objetivo de mejorar la tutela de estos bienes en el plano internacional, como reflejan los proyectos desarrollados por el American Law Institute (ALI)<sup>48</sup> y el Grupo europeo Max-Planck sobre DIPr de la propiedad intelectual (CLIP)<sup>49</sup>. Estos proyectos se vinculan también en cierta medida con una tendencia bien conocida ya en el ámbito del Derecho procesal a elaborar reglas modelo transnacionales<sup>50</sup>, como un mecanismo para hacer frente a los riesgos que derivan para los litigios internacionales de la existencia de significativas diferencias entre las legislaciones procesales de los diversos países conectados con la controversia, que puede conducir a decisiones inconciliables sobre el mismo asunto, obstaculiza la cooperación judicial internacional y puede dar lugar a elevados costes<sup>51</sup>.

Los motivos que fundamentan la actividad de los dos proyectos reseñados y sus objetivos son en parte coincidentes, como es la idea de que facilitar que un tribunal pueda conocer de reclamaciones relativas a la infracción de derechos de propiedad intelectual de varios países puede aportar significativos beneficios, al evitar la necesidad de presentar múltiples demandas simultáneas ante diferentes jurisdicciones, limitando el riesgo de decisiones contradictorias y facilitando al titular de

*and Private International Law (Comparative Perspectives)*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2012, pp. 1-216, pp. 8-18.

48. Los trabajos desarrollados en el marco del ALI han dado lugar a la aprobación en 2007 del texto del proyecto sobre los Principios relativos a la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en litigios transnacionales relativos a la propiedad intelectual: *ALI Principles – Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* de 2008.

49. Principios sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual, texto final de 1 de diciembre de 2011 <[www.cl-ip.eu](http://www.cl-ip.eu)>. Para el análisis comparado de estos proyectos, vid. S. Bariatti (ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Milán, CEDAM, 2010; R. Matulionyte, *Law Applicable to Copyright Infringements: An Analytical Comparison of the ALI and CLIP Proposals*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011; y T. Kono y P. Jurcys, “General...”, *loc. cit.*

50. Cabe destacar como principal logro en ese ámbito la elaboración por el ALI y UNIDROIT de los *Principles of Transnational Civil Procedure*, <<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>>.

51. Vid. S. Huber, *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren*, Tubinga, Mohr, 2008, pp. 11-80.

derechos una vía menos costosa para obtener en el plano internacional una tutela efectiva de sus derechos de propiedad intelectual. Otra preocupación compartida por ambos proyectos es la necesidad de abordar la tensión entre la estricta territorialidad característica de los derechos de propiedad industrial e intelectual y el desarrollo de medios de difusión de contenidos que presentan alcance mundial. Estos medios hacen posible actividades de explotación e infracción de derechos con impacto en múltiples países al mismo tiempo (e incluso potencialmente en todo el mundo). La necesidad de aplicar cumulativamente cada una de las leyes de los países para los que se reclama la protección puede dificultar en la práctica la posibilidad de obtener una tutela efectiva frente a actividades de infracción de derechos cometidas a través de esos medios.<sup>52</sup>

### III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

#### A. TERRITORIALIDAD Y COMPETENCIAS EXCLUSIVAS

18. La posibilidad de litigar ante los tribunales de un único país controversias relativas a la infracción de derechos de países diversos, con el propósito de obtener, por ejemplo, medidas de cesación que comprendan el territorio de varios países o el resarcimiento por los daños causados por las actividades de infracción en una pluralidad de países, se halla condicionada por el alcance de la competencia judicial internacional en

52. Las coincidencias reseñadas determinan que ambos proyectos contemplen la formulación de reglas concretas sobre cuestiones tan polémicas como: la concreción del lugar de infracción a los efectos de atribuir competencia judicial internacional en litigios relativos a actividades que repercuten simultáneamente en un gran número de jurisdicciones; el alcance de la competencia exclusiva en materia de validez y existencia de derechos de propiedad industrial y sus implicaciones sobre la tramitación de litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial extranjeros; el nivel de conexión entre codemandados requerido para admitir la posibilidad de demandar conjuntamente ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos a varios infractores de derechos de países diferentes relativos a la protección de una misma invención, creación, signo o diseño en distintos territorios; o la posibilidad de que las normas sobre derecho aplicable a la protección de la propiedad industrial e intelectual contemplen ciertas excepciones o limitaciones puntuales a la imperativa aplicación de cada una de las leyes de los países para los que simultáneamente se reclama la protección.

esa materia. La independencia y territorialidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual han ido tradicionalmente asociadas a la idea de que la tutela judicial con respecto a estos derechos era sólo posible de manera separada ante cada una de las jurisdicciones para cuyo territorio se reclama la protección. La tendencia a equiparar el tratamiento de estos derechos, en particular de aquellos cuya existencia se subordina a su previo registro o concesión por una autoridad pública, a la situación en el ámbito del Derecho público caracterizada por la estricta correlación entre autoridad competente y legislación aplicable, favoreció la expansión del criterio basado en la atribución de competencia exclusiva a los tribunales del país para cuyo territorio se reclama la protección del derecho.

El apego a una antigua concepción de las implicaciones de la territorialidad de los derechos sobre los litigios relativos a su infracción lleva en la actualidad a que en ciertos sistemas se mantenga el criterio de que la competencia judicial internacional de los tribunales en materia de infracción de estos derechos se limita a la infracción de derechos del foro. Ilustrativo de este enfoque son ciertas decisiones recientes de diversos sistemas judiciales vinculados al *common law*, como, por ejemplo, de EEUU<sup>53</sup>, Sudáfrica<sup>54</sup> o Inglaterra.<sup>55</sup>

53. En la práctica de EEUU cabe hacer referencia a la decisión de la US Court of Appeals for the Federal Circuit en el asunto *Jan K. Voda M.D. v. Cordis Corp.* -476 F.3d 887 (Fed. Cir. 2007)-, que concluyó que los tribunales de EEUU carecían de competencia para pronunciarse sobre la infracción de derechos de patente extranjeros, destacando que tal resultado era coherente con el contenido del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial (arts. 2.3 y 4 bis) así como con lo dispuesto en el Tratado de Cooperación en material de Patentes. El resultado al que llegó el tribunal en este asunto es coherente con el alcanzado en otros casos previos por los tribunales de EEUU al aplicar la doctrina del “act of state” a litigios en los que se cuestiona la validez de derechos de propiedad industrial extranjeros o al recurrir a la doctrina del *forum non conveniens* para rechazar la competencia con respecto a litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial extranjeros., *vid.* M. Schauwecker, “Zur internationalen Zuständigkeit bei Patentverletzungsklagen (Der Fall *Voda v. Cordis* im Lichte europäischer und internationaler Entwicklungen)”, *GRUR Int*, 2008, pp. 96-104.

54. Decisión de 9 de marzo de 2010 de la Supreme Court of Appeal de Sudáfrica en el asunto *Gallo Africa Ltd. v. Sting Music (Pty) Ltd.* 2010 (6) SA 329 (SCA) (S. Afr.) disponible en <<http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2010/96.html>>, rechazando la competencia de los tribunales sudafricanos para conocer de la infracción de derechos de autor en el extranjero.

55. *Vid.* las decisiones de la High Court (England) y de la Court of Appeal en el asunto *Lucasfilm Ltd, Star Wars Productions Ltd, and Lucasfilm Entertainment Co Ltd v Andrew*

19. Ese planteamiento acarrea una fragmentación de la tutela judicial que puede representar un importante obstáculo en relación con el enjuiciamiento de los litigios relativos a conductas que producen efectos en una pluralidad de territorios, como sucede con las actividades de infracción llevadas a cabo a través de Internet. En realidad la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual –incluso la que es característica de los derechos de propiedad industrial cuya existencia depende de su previo registro– no reclama esa fragmentación en relación con los litigios relativos a la infracción de derechos, pues hace referencia básicamente al alcance espacial del derecho de exclusiva pero no exige que su protección deba corresponder en exclusiva a los tribunales de ese territorio. La territorialidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual condiciona tanto las reglas sobre determinación de la ley aplicable como sobre competencia judicial internacional, pero no impone que la competencia para conocer de litigios relativos a la infracción de esos derechos deba corresponder necesariamente a los tribunales del país a cuyo territorio va referido el derecho.

Por ello, en la actualidad la configuración de las normas de competencia judicial internacional de modo que no excluyen la posibilidad de que los tribunales del foro conozcan de la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual extranjeros se halla ampliamente extendida en muchos sistemas de Derecho internacional privado, como ocurre con la normativa sobre competencia judicial común a los Estados miembros de la Unión Europea, contenida en el Reglamento 44/2001 o Reglamento Bruselas I. Esta situación se corresponde con el progresivo rechazo por obsoleta e injustificada de la idea de que la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial y su vinculación con la soberanía estatal y el poder público implica una estricta fragmentación territorial de ese tipo de litigios, lo que no

*Ainsworth and Shepperton Design Studios Ltd* [2009] EWCA Civ 1328 at [187]–[195] y [2008] EWHC 1878, rechazando la competencia de los tribunales ingleses para decidir acerca de la infracción de ciertos derechos en EEUU; no obstante este criterio fue expresamente corregido por la decisión de 27 de julio de 2011 del Tribunal Supremo del Reino Unido [2011] UKSC 39 en coherencia con el criterio que resulta en esta material de la legislación de la Unión Europea, en concreto del Reglamento 44/2001.

se corresponde con el carácter jurídico privado de estos derechos ni con los intereses presentes en los litigios relativos a su infracción.<sup>56</sup> La afirmación de la posibilidad de enjuiciar la eventual infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial extranjeras (eventualmente además de la infracción de derechos del foro en la medida en que la demanda también se refiera a éstos) es de gran importancia para evitar los altos costes y las dilaciones derivadas de tener que litigar en múltiples Estados en relación con actividades que infringen derechos en una pluralidad de Estados<sup>57</sup>, lo que resulta muy habitual en un entorno de medios de difusión e intercambio de información de alcance global.<sup>58</sup>

20. La ausencia de una competencia exclusiva con respecto a los litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual no significa que el alcance de las competencias exclusivas en este sector no pueda resultar un obstáculo a la litigación transfronteriza en esta materia, como ilustra precisamente la situación en el seno de la Unión Europea en relación con el Reglamento Bruselas I.<sup>59</sup>

En el sistema del Reglamento 44/2001 el domicilio del demandado constituye un fuero de competencia que tiene carácter general (art. 2), de manera que opera cualquiera que sea la materia a la que se refiera el

56. J.R. Thomas, "Litigation beyond the Technological Frontier: Comparative Approaches to Multinational Patent Enforcement", *Law & Policy in International Business*, vol. 27, 1996, 277, at 334-335; y B. Ubertaini, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, pp. 48-54.

57. Como refleja la posición adoptada por la International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI), *vid.* AIPPI, Resolution, Question Q 174 – Jurisdiction and Applicable Law in the Case of Cross-Border Infringement of Intellectual Property Rights (October 2003), available at [http://www.aippi.org/reports/resolutions/Q174\\_E.pdf](http://www.aippi.org/reports/resolutions/Q174_E.pdf).

58. See, e.g. J.L. Dodes, "Beyond Napster, Beyond the United States: The Technological and International Legal Barriers to On-line Copyright Enforcement", 46 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 2002-2003, pp. 279-317, pp. 295-301; and G.W. Austin, "Importing Kazaa – Exporting Grokster", 22 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.*, 2005-2006, pp. 577-619, pp. 593-608.

59. *Vid.* J.J. Fawcett and P. Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2ª ed., 2011, Oxford, OUP, pp. 337-405.

litigio, salvo que resulte excluido en el caso concreto por alguno de los fueros de protección, la materia se halle comprendida entre las competencias exclusivas, o las partes hubieran alcanzado un acuerdo atribuyendo competencia exclusiva a los tribunales de otro país. La aplicación en el ámbito de los litigios sobre bienes inmateriales del fuero del domicilio del demandado abre la posibilidad de concentrar ante los tribunales de ese país reclamaciones frente a un mismo demandado relativas a actos de infracción de derechos de varios países<sup>60</sup>. En consecuencia, este criterio atribuye competencia para conocer de la violación de derechos de propiedad industrial e intelectual extranjeros en la medida en que el responsable tenga su domicilio en el foro, lo que determina que ese tribunal pueda adoptar, por ejemplo, ordenes de cesación respecto de los correspondientes territorios extranjeros o conocer de acciones de indemnización que abarquen los daños y perjuicios derivados de la actividad del demandado en el territorio de varios Estados.

Esta conclusión se vincula también con el limitado alcance de la competencia exclusiva prevista en el Reglamento. El apartado 4 del artículo 22 Reglamento 44/2001 atribuye la competencia exclusiva únicamente en materia de "inscripciones o validez" de derechos de propiedad industrial sometidos a depósito o registro a los tribunales del Estado miembro "en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento comunitario o en algún convenio internacional" Como las reglas del artículo 22 constituyen una excepción al criterio general del artículo 2 Reglamento 44/2001, deben ser interpretadas de manera restrictiva lo que resulta determinante para concretar su alcance, que se limita a aquellos litigios cuyo objeto sea la existencia, la inscripción (por ejemplo, acciones de impugnación, acciones reivindicatorias u otras acciones encaminadas a la modificación de la inscripción registral), la validez (como es el caso de las acciones de nulidad) o la caducidad del

60. *Vid.* K. Grabinski, "Zur Bedeutung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (Brüsseler Übereinkommens) und des Lugano-Übereinkommens in Rechtsstreitigkeiten über Patentverletzungen", *GRUR Int*, vol. 50, 2001, pp. 199-211, pp. 202-203.

derecho de propiedad industrial. En particular, el artículo 22.4 no comprende las acciones relativas a contratos sobre derechos de propiedad industrial, la infracción de tales derechos o las relativas a la determinación de la titularidad de un derecho todavía no inscrito. Tampoco resulta de aplicación a litigios relativos a derechos de exclusiva cuya existencia no está sometida a registro, como es el caso de los derechos de autor y derechos conexos<sup>61</sup>.

21. Ahora bien, el alcance atribuido a la competencia exclusiva en materia de validez e inscripción condiciona decisivamente la posibilidad de litigar ante un mismo tribunal reclamaciones relativas a derechos de propiedad industrial de varios países, debido a que es habitual que el demandado en su defensa plantee que el derecho no es válido, bien mediante una reconvencción o como excepción. Si bien en virtud del artículo 22.4 es claro que el tribunal carece de competencia para decidir a título principal de la validez de derechos de propiedad industrial extranjeros, tradicionalmente ha resultado muy controvertida la posibilidad de que el tribunal que conoce de un litigio, por ejemplo en materia de infracción (o de declaración de no infracción) o en relación con un contrato, pueda pronunciarse con carácter incidental sobre la validez de la patente de modo que la alegación de nulidad no impida un pronunciamiento sobre el objeto principal del litigio.

En la práctica litigiosa la cuestión de la validez de un derecho de propiedad industrial se suscita con frecuencia como una excepción con el objetivo de que se desestime una acción por violación debido a la nulidad del derecho supuestamente infringido, o como fundamento de una acción declarativa de la inexistencia de violación de la patente. En relación con estas situaciones el TJCE ha considerado que la competencia exclusiva debe en principio aplicarse con independencia del marco

61. Sin perjuicio de la eventual repercusión de la competencia exclusiva en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos del artículo 22.3 Reglamento 44/2001 con respecto al registro en materia de propiedad intelectual, que queda fuera del apartado 4 en la medida en que no se trata de derechos sometidos a registro P.A. De Miguel Asensio, “Bienes inmateriales, Derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, pp. 79-173, p. 137.

procesal en el que se suscite la cuestión de la validez de un derecho de propiedad industrial sometido a registro, ya sea por vía de acción o por vía de excepción, en el momento de interponer la demanda o en una fase posterior del proceso.<sup>62</sup> La decisión en el asunto *GAT* pone de relieve que, habida cuenta del carácter imperativo del art. 22.4.º Reglamento 44/2001 y de la importancia de evitar resoluciones contradictorias, no resulta admisible que el juez que conoce de una acción de violación o de declaración de inexistencia de violación de un derecho de propiedad industrial constatare con carácter incidental la nulidad del derecho controvertido, lo que sería contrario a la naturaleza imperativa de la regla de competencia.

Esta decisión del TJCE ha recibido severas críticas, por su negativo impacto sobre la litigación internacional en Europa para obtener la tutela transfronteriza de derechos de propiedad industrial en la medida que lleva a considerar incompatible con el Reglamento 44/2001 una práctica bien conocida por los tribunales de algunos Estados miembros que facilitaba la posibilidad de que los tribunales de un único Estado pudieran conocer de litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial de varios países, pues se admitía en esos países que la competencia exclusiva del artículo 22.4 no excluye que el tribunal se pronunciara con carácter incidental sobre la validez de una patente extranjera con un efecto limitado a las partes del proceso. En este contexto se ha destacado el carácter restrictivo de la solución al compararla con la prevista en el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro<sup>63</sup>, cuyo artículo 10.3 establece que la determinación

62. STJCE 13 de julio de 2006, C-4/03, *GAT*. Por su parte, en su sentencia de 12 de julio de 2012, C-616/10, *Solvay*, el Tribunal de Justicia, aunque reafirmando su sentencia *GAT*, estableció que la atribución de competencia exclusiva en materia de validez de derechos de propiedad industrial que establece el artículo 22.4 Reglamento Bruselas I no excluye que un tribunal de un Estado miembro pueda conocer de una demanda relativa a la adopción de medidas provisionales con respecto a la eventual violación de derechos de propiedad industrial de varios Estados miembros incluso si la(s) parte(s) demandada(s) plantea(n) en el marco del procedimiento para la adopción de tales medidas que tales derechos de propiedad industrial (partes nacionales de una patente europea en este asunto) son nulos.

63. Cf. A. Kur, “A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions *GAT v. LuK and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg*”, *IIC*, vol. 37, 2006, pp. 844-855, p. 852.



sobre la validez de un derecho de propiedad industrial como cuestión preliminar no será obstáculo para el reconocimiento y la ejecución de la resolución salvo que tal determinación sea incompatible con una resolución del Estado de protección o que se encuentre pendiente un procedimiento sobre la validez en ese Estado.

## B. DIFICULTADES DE CONCRECIÓN DE LOS FUEROS DE CARÁCTER TERRITORIAL

22. Tanto en materia de responsabilidad extracontractual –clave, por ejemplo, para la protección de los activos inmateriales predominantes en la sociedad de la información y en relación con daños derivados de la difusión de información- como en materia contractual se halla ampliamente extendido el recurso a criterios de conexión de carácter territorial como elementos atributivos de competencia judicial internacional. Además, el carácter virtual de Internet y las características de los servicios a través de los cuales se difunden contenidos en la Red puede dificultar o incluso hacer imposible en ocasiones la determinación del domicilio de aquel a quien se pretende demandar,<sup>64</sup> lo que se vincula en esos casos con la importancia del recurso a otros criterios de competencia que típicamente también tienen carácter territorial.

Ciertamente, la peculiar dificultad del entorno electrónico para localizar a los implicados, en particular, para concretar el domicilio del demandado aconseja el empleo de criterios atributivos de competencia –en particular, en materia de responsabilidad civil- alternativos<sup>65</sup>. Precisamente por su carácter territorial, la concreción de estos elementos, como es el caso de los criterios basados en el empleo como conexión del “lugar del daño” en materia extracontractual o del “lugar de ejecución del contrato” en materia contractual, presenta especiales dificultades en

64. Por ejemplo, en la práctica de la aplicación del Reglamento Bruselas I, *vid.* SSTJ de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, *Hypoteční banka*; y de 15 de marzo de 2012, C-292/10, *G*.

65. Conferencia de La Haya de D.I.Pr., “Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale”, *Doc. prélim. No 12*, de agosto de 2000, consultado en <<http://www.hcch.net>>, p. 8.

el entorno virtual<sup>66</sup>, por lo que su interpretación resulta determinante de su operatividad en este entorno. Así, la determinación del criterio atributivo de competencia basado en el lugar del daño puede resultar especialmente controvertida en relación con actividades desarrolladas a través de Internet, pues este medio facilita, por ejemplo, que como consecuencia de actividades realizadas en el extranjero pueda resultar infringido un derecho de exclusiva local y que desde el territorio nacional puedan infringirse derechos extranjeros, pues las actividades en la Red son perceptibles a nivel mundial.<sup>67</sup> Por lo tanto, se trata de situaciones típicas en las que una determinada actividad puede dar lugar a una serie de infracciones en diferentes países.

23. Muestra privilegiada de las dificultades que suscita –y de los importantes intereses que compromete- la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional tradicionales a las actividades en Internet, lo constituye el que algunas de las principales cuestiones abiertas en la elaboración de un convenio mundial sobre competencia judicial internacional y decisiones extranjeras en el marco de la Conferencia de La Haya, sean las relativas a la adaptación de los fueros especiales, en concreto en materia contractual y de responsabilidad civil extracontractual, como ilustra con claridad la versión del texto del frustrado convenio elaborada en el marco de la sesión diplomática de la Conferencia de La Haya celebrada en junio de 2001<sup>68</sup>.

La especial dificultad de la concreción respecto de las actividades en Internet de ciertos criterios atributivos de competencia basados en elementos indicativos de proximidad geográfica se manifiesta con intensidad en el ámbito contractual, habida cuenta de que en esta materia es

66. *Vid.* D.J.B Svantesson, *Private... op. cit.*, pp. 258-294.

67. A. Metzger, “Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet”, S. Leible y A. Ohly (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, pp. 251-267.

68. *Vid.* Hague Conference on Private International Law (Commission II, Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Nineteenth Session), “Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-20 June 2001. Interim Text”, pp. 1-38, consultado en <<http://www.hcch.net>>.

bien conocido el empleo del lugar de ejecución como criterio atributivo de competencia.<sup>69</sup>

En relación con el lugar de ejecución, la revisión del artículo 5.1 Reglamento Bruselas I y la concreción fáctica aplicable sea cual sea la obligación litigiosa que introduce su apartado b) –según el cual el lugar de ejecución del contrato es el lugar de entrega de las mercaderías o el lugar de prestación del servicio- constituye un relevante progreso desde la perspectiva de la seguridad jurídica,<sup>70</sup> pero plantea en el comercio electrónico la necesidad de precisar cuál es el lugar de entrega de las mercaderías o de prestación de los servicios. Se trata de una cuestión controvertida.<sup>71</sup> En la medida en que las obligaciones de quien ofrece el suministro por vía electrónica de servicios<sup>72</sup> a través de la Red, son de puesta a disposición o a lo sumo de remisión –limitándose a hacer posible que el cliente pueda acceder al sistema en el que se almacena la información-, cabría entender que el lugar de ejecución es aquel en que se pone a disposición la información, que en atención a la previsibilidad y seguridad jurídica

69. Ciertos ordenamientos, como el español –art. 22.3 LOPJ-, contemplan también como criterio atributivo de competencia en materia contractual el lugar de celebración del contrato, pero el empleo de este criterio resulta especialmente inadecuado en la contratación entre ausentes en un entorno virtual, de modo que no existe propiamente un lugar de celebración de modo que la precisión de éste debe hacerse en virtud de una ficción jurídica (típicamente al considerar el contrato celebrado en el domicilio de una de las partes).

70. Aunque no exento de dudas interpretativas, como refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 5.1 Reglamento Bruselas I, en particular sus sentencias de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack*; de 9 de julio de 2009, C-204/08, *Rehder*; 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*; y de 9 de junio de 2011, C-87/10, *Electrosteel*.

71. Los desafíos planteados por el comercio electrónico al establecimiento de un fuero especial en materia contractual fueron un elemento clave de las alternativas y variantes recogidas, tras la sesión de junio de 2001, en el artículo 6 texto del frustrado proyecto de Convenio negociado en La Haya. Estas alternativas contemplan soluciones basadas en criterios distintos, de una parte (alternativa B, próxima a la solución del Reglamento Bruselas I) el empleo tradicional como criterio atributivo de competencia del lugar de ejecución –si bien respecto del lugar de entrega de los productos o de prestación de los servicios, que define-, de otra, un criterio atributivo de competencia distinto, basado en el ejercicio de actividad por parte del demandado en un país cuando el contrato está directamente relacionado con esa actividad.

72. A favor de la eventual equiparación a los servicios del suministro de información en línea, *vid.* Conferencia de La Haya de D.I.Pr., “Commerce...”, *loc. cit.*, p. 5.

típicamente cabe localizar en el lugar de establecimiento del prestador de servicios.<sup>73</sup>

24. El otro ámbito en el que la precisión de fueros basados en elementos territoriales plantea particulares dificultades en el entorno virtual es el de las obligaciones extracontractuales, habida cuenta de lo habitual que resulta que las actividades desarrolladas en Internet produzcan efectos en diversas jurisdicciones o las produzcan en territorios distintos de aquel en el que actúa el responsable. Se trata de una materia en la que goza de amplia aceptación el empleo de un fuero de competencia basado en el “lugar del daño”. En concreto en el ámbito de la Unión Europea el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I recoge este criterio al atribuir competencia judicial internacional en materia de obligaciones extracontractuales al “tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”.<sup>74</sup>

La evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta particularmente ilustrativa tanto con respecto a su aplicación a la tutela de los bienes inmateriales en el entorno digital como a reclamaciones relativas de los daños a los derechos de la personalidad derivados de la difusión de información en Internet.

25. Con respecto a las lesiones de derechos de la personalidad, como el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen, debe partirse de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia había establecido que

73. *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, *Entre Bruselas y La Haya* (Liber amicorum *Alegría Borrás*), 2013, Madrid, Marcial Pons, pp. 291-307.

74. Por su parte, el artículo 10 de la versión de junio de 2001 del proyecto de Convenio sobre competencia judicial internacional y decisiones extranjeras en materia civil y mercantil, en el marco de la Conferencia de La Haya, al concretar el fuero especial en materia delictual, junto al lugar del acto u omisión origen del daño y al lugar donde el daño se manifiesta (salvo que el responsable demuestre que no era previsible que el daño se produjera en ese lugar), contemplaba, como novedad, un fuero basado en la actividad del responsable. En concreto, contemplaba en su apartado 2 la atribución de competencia a los tribunales del Estado en el que el demandado desarrolla una actividad frecuente o significativa o al que ha dirigido su actividad, siempre que la reclamación surja de esa actividad y la conexión global del demandado con ese Estado haga irrazonable que el demandado se halle sometido a la competencia de ese Estado. Como contrapartida, el apartado 3 contemplaba que los criterios precedentes no se aplicarían cuando el demandado ha adoptado medidas razonables para evitar actuar en o dirigir su actividad a ese Estado.

como “lugar donde se ha producido el hecho dañoso” debe considerarse a efectos del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I tanto el lugar en el que se produce la acción lesiva como aquel en el que se manifiesta el daño, si bien limitando la competencia de los diversos países en los que se experimenta un perjuicio en los derechos de la personalidad por medio de la prensa a los daños sufridos en el concreto país en el que se reclame<sup>75</sup>. Además la jurisprudencia del TJCE (con el objetivo de evitar un *forum actoris*) se había manifestado contraria a que el artículo 5.3 sirva para atribuir competencia a los tribunales del país en el que se realizan los efectos de daños indirectos<sup>76</sup>.

En este contexto la sentencia *eDate Advertising* del Tribunal de Justicia 2011<sup>77</sup> ha supuesto una evolución notable en la interpretación del fuero en materia extracontractual del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I con respecto a las vulneraciones de derechos de la personalidad a través de Internet. Tratándose de litigios relativos a la intromisión de derechos de la personalidad en Internet el Tribunal adapta la interpretación del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I en el sentido de que además de atribuir competencia en los términos antes indicados hace posible que la víctima acuda “en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño”, que en concreto considera que debe ser “el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses”. Se trata de una evolución significativa en la medida en que facilita que la víctima pueda ejercitar acciones relativas al

75. Según la STJCE 7 de marzo de 1995, as. C-68/93, *Fiona Shevill*, referida a un supuesto de difamación a través de la prensa escrita, el fuero del lugar del hecho dañoso permite presentar la demanda bien ante los tribunales del lugar de origen del hecho dañoso que es el lugar del establecimiento del editor —que serán competentes con base en el art. 5.3.º para conocer íntegramente de todos los daños resultantes de la difamación— (aps. 24 a 26) bien ante los tribunales de cada uno de los Estados miembros en los que la publicación se ha difundido y en los que se ha visto menoscabada la reputación de la víctima, pero éstos sólo son competentes para conocer de los daños causados en el territorio del Estado en cuestión.

76. Sentencia TJCE de 11 de enero de 1990, as. 220/88, *Dumez (Rec., pp. 74-81)*, sentencia TJCE de 19 de septiembre de 1995, as. 364/93, *Marinari (Rec., pp. 2733-2743)*.

77. STJUE de 25 de octubre de 2011 en los asuntos *eDate Advertising* (C-509/09) y *Martínez* (C-161/10).

conjunto de los daños derivados de la difusión de información en todo el mundo ante los tribunales donde se localiza su centro de intereses, mientras que a la luz de la jurisprudencia previa (*Shevill*) ello era sólo posible ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 2) o del establecimiento del editor (art. 5.3) que en la práctica suelen coincidir y en las situaciones internacionales típicamente requieren que la víctima litigue en un país distinto al de su domicilio.

26. El carácter territorial de los derechos de propiedad industrial e intelectual condiciona el que en principio su infracción sólo puede tener lugar en el correspondiente Estado de protección. La estrecha vinculación entre territorio de protección e infracción se asocia con la idea de que, a la luz de la jurisprudencia del TJCE no es posible concentrar las demandas por infracciones de derechos de propiedad industrial o intelectual de varios Estados ante cualquier tribunal competente en aplicación del artículo 5.3, sino sólo ante los tribunales del domicilio del demandado y también en determinadas circunstancias ante los tribunales del país en el que conforme al artículo 5.3 cabe localizar el lugar de origen del daño. De gran importancia con respecto a este último aspecto es la reciente sentencia *Wintersteiger* del Tribunal de Justicia.<sup>78</sup> Destaca la sentencia por precisar dónde se concretan el “lugar donde se ha producido el daño” así como, muy especialmente, del “lugar del hecho causal” como elementos atributivos de competencia a los tribunales de los Estados miembros del Reglamento Bruselas I en los litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial mediante actividades desarrolladas a través de Internet.

Con respecto a la ubicación del lugar de resultado o “lugar donde se ha producido el daño” la sentencia se limita a concluir que el Estado miembro en el que se encuentra registrada la marca a cuya infracción va referida la demanda constituye “lugar donde se ha producido el daño” a efectos de que sus tribunales tengan competencia judicial internacional. Se trata de un criterio que ya antes de esta sentencia no resultaba controvertido. En relación con ese lugar, también destaca el Tribunal

78. STJUE de 19 de abril de 2012, C-523/10, *Wintersteiger*.

de Justicia que el criterio establecido en su sentencia *eDate Advertising* con respecto a la lesión de los derechos de la personalidad, que permite ubicar tal lugar allí donde la persona lesionada tiene su centro de intereses “no puede extrapolarse a la determinación de la competencia judicial en materia de vulneración de derechos de propiedad industrial” habida cuenta del carácter estrictamente territorial de estos derechos. Por otra parte, para determinar el lugar donde se produce el daño como consecuencia de la difusión de contenidos a través de Internet, el Tribunal de Justicia ha considerado que la actividad infractora se localiza como mínimo en el Estado al que se envía la información supuestamente infractora cuando existan indicios de que la intención del responsable es dirigirse a las personas situadas en este territorio.<sup>79</sup>

Una aportación de mayor importancia representa la sentencia *Wintersteiger* con respecto a la interpretación del lugar del hecho causal o lugar de origen del daño como elemento determinante de la atribución de competencia en el marco del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I en relación con las actividades infractoras de derechos desarrolladas a través de Internet. Aunque referidas en este caso a la infracción de derechos de marca, cabe considerar que el criterio adoptado en este ámbito por el Tribunal de Justicia resulta en la práctica relevante para los litigios relativos a las diversas modalidades de derechos de propiedad intelectual así como a las acciones en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivadas de otros sectores del ordenamiento, como los derechos de la personalidad o la competencia desleal. Tras afirmar que el carácter territorial de los derechos de marca no excluye que el lugar de origen de la infracción a los efectos del artículo 5.3 RBI se localice en un lugar diferente al país de protección del derecho supuestamente infringido confirma que el lugar del hecho causal es un elemento determinante de la atribución de competencia conforme a ese artículo. Pero el interés de la sentencia *Wintersteiger* se encuentra fundamentalmente en su aportación acerca de cómo debe localizarse ese lugar en relación con actividades desarrolladas a través de Internet consistentes en la difusión de información. El Tribunal considera que el lugar de

79. STJ de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco II*.

origen del daño es el lugar donde cabe localizar el desencadenamiento por el supuesto responsable del proceso técnico que lleva a la difusión de la información supuestamente infractora a través de Internet y que para concretar ese lugar las exigencias de previsibilidad pueden llevar a prescindir de cuál sea la ubicación de los elementos técnicos relevantes a tal fin en la medida en que su situación puede ser incierta (como la ubicación de los servidores relevantes para la difusión de la información). El criterio del Tribunal de Justicia facilita la correlación entre lugar de origen del daño y domicilio del demandado, de modo que en las situaciones típicas no proporcionará al demandante ninguna opción adicional a la posibilidad que ya tiene con carácter general en virtud del artículo 2 del Reglamento de presentar su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado.

### C. SIGNIFICADO Y LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

27. Entre las peculiaridades de la repercusión de las tecnologías de la información respecto de los sistemas de competencia judicial internacional, debe considerarse también que, en tanto que medio de emisión de declaraciones de voluntad, Internet se proyecta sobre la formalización de los acuerdos de elección de foro a través de los cuales las partes ejercen la autonomía de la voluntad criterio básico atributivo de competencia en materia contractual. A este respecto se impone una interpretación del ordenamiento jurídico que no entorpezca la utilización real de los medios electrónicos y la formalización de acuerdos de elección de foro, no haciendo necesario con carácter general la formalización en soporte material de los acuerdos de sumisión ni de los convenios de arbitraje.

En esta línea, en el artículo 23 Reglamento Bruselas I se introdujo una precisión acerca de cuándo se entiende que queda satisfecha la exigencia de forma escrita que elimina con claridad la necesidad de acudir a la firma manuscrita e incluso no subordina su cumplimiento al empleo de la firma electrónica legalmente reconocida (si bien ésta puede ser determinante por motivos de prueba y seguridad). El nuevo

artículo 23 Reglamento Bruselas I establece en relación con los acuerdos atributivos de competencia que “se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”. Igual solución contempla el artículo 3.c) del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.<sup>80</sup>

28. Desde la perspectiva de los límites a la autonomía de la voluntad en este ámbito merecen particular atención los fueros de protección en materia de contratos de consumo. La generalización de los contratos transfronterizos de esa categoría y la peculiar necesidad de tutela, no impide observar que el alcance de los fueros de protección en este sector -y la posibilidad de que el consumidor demande ante los tribunales de su propio domicilio- no puede extenderse hasta tal punto de incluir todas las situaciones en las que el consumidor contrata desde su mercado doméstico, sino que tal protección sólo resulta apropiada cuando el contrato se concluye en el marco de actividades que el empresario dirige a ese mercado. Para valorar si un sitio de Internet va dirigido (junto a otros) al país de la residencia habitual del consumidor deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente, por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en ese determinado mercado.

También a este respecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE resulta de particular interés, al interpretar la exigencia contenida en el artículo 15.1.c) Reglamento Bruselas I de que el empresario dirigiera su actividad comercial por cualquier medio al domicilio del consumidor para que éste pueda beneficiarse del régimen de protección en materia de contratos de consumo establecido en el Reglamento. En concreto, en su sentencia *Pammer*<sup>81</sup> el Tribunal de Justicia concluyó que la mera accesi-

80. También en la interpretación de la Convención de Nueve York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras prevalece la interpretación de que el uso de medios electrónicos en esos términos cumple con los requisitos en materia de forma del convenio arbitral de su artículo 2.

81. STJ de 7 de diciembre de 2010, C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*.

bilidad a un sitio de Internet desde el país del domicilio del consumidor no permite considerar por sí sola que la actividad de ese sitio va siempre dirigida en el sentido del artículo 15.1.c) a ese país. El Tribunal de Justicia proporciona una lista no exhaustiva de elementos relevantes como indicios para concretar si las actividades van dirigidas al Estado del domicilio del consumidor: el carácter internacional de la actividad de que se trate; la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor o la utilización de nombres de dominio de primer nivel genéricos o neutros en lo que se refiere a la localización de su titular (como «.com» o «.eu»); la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros con testimonios de dichos clientes; el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las empleadas habitualmente en el Estado miembro a partir del cual ejerce su actividad el profesional o empresario.

La eventual aplicación del régimen de protección previsto en los artículos 15 a 17 Reglamento Bruselas I resulta determinante de que los consumidores puedan demandar ante los tribunales de su propio domicilio incluso aunque en las condiciones contractuales se establezca –como resulta frecuente en la práctica– que acuerdan con el prestador del servicio atribuir competencia para conocer de cualquier litigio entre ellos a los tribunales del Estado de origen del prestador de servicios.<sup>82</sup> De acuerdo con el artículo 17 Reglamento Bruselas I típicamente las reglas de competencia del artículo 16 del Reglamento prevalecen sobre las cláusulas incluidas en las condiciones generales de prestación de los servicios que prevén la competencia de tribunales distintos a los del domicilio del demandado. En virtud del artículo 16, el consumidor puede en estos casos interponer la demanda ante el tribunal de su propio domicilio, al tiempo que la empresa sólo puede demandar ante el tribunal del domicilio del consumidor.<sup>83</sup>

82. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 542-547.

83. Cuando el domicilio del demandado no se encuentre en un Estado miembro de la UE ni del Convenio de Lugano de 2007 la posibilidad en tales circunstancias por parte de los consumidores domiciliados en España de demandar ante los tribunales españoles

29. En el caso de que el prestador del servicio presentara su demanda ante el tribunal designado como competente en las cláusulas contractuales en un acuerdo de ese tipo la eventual decisión adoptada por ese tribunal no sería típicamente susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del domicilio del consumidor (ni en principio en ningún otro Estado miembro), como consecuencia de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que llevan a rechazar la eficacia de las decisiones extranjeras adoptadas en violación de los fueros de competencia en materia de contratos de consumo.<sup>84</sup> Ahora bien, también cabe apreciar cómo una resolución adoptada por los tribunales del país de la residencia habitual del consumidor cuya competencia fuera consecuencia de dejar sin efecto un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales del Estado de origen del prestador de servicios podría no ser reconocido en países –en particular, el de origen del prestador de servicios– cuyos sistemas de competencia judicial internacional no establecen mecanismos de protección de los consumidores similares al contenido en los artículos 15 a 17 Reglamento Bruselas I.

resultará normalmente de lo establecido en el artículo 22.4 LOPJ, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 968-970.

84. Si bien el artículo 35.1 Reglamento Bruselas I que prevé que no se reconocerán las resoluciones si el tribunal de origen hubiera desconocido las disposiciones de los artículos 15 a 17 del Reglamento sólo serán de aplicación respecto de las resoluciones adoptadas por los tribunales de un Estado miembro –al igual que sucede con la norma equivalente del Convenio de Lugano de 2007–, en la medida en que las resoluciones procedan de terceros Estados –como resultará típicamente de los acuerdos previstos en las cláusulas antes reseñadas que atribuyen competencia a tribunales de EEUU– respecto de los consumidores a los que fuera aplicable el régimen de protección de los consumidores establecido en el Reglamento Bruselas I, Convenio de Lugano o artículo 22.4 LOPJ, el rechazo a reconocer la eficacia de tales resoluciones en España debe afirmarse también cuando el régimen de reconocimiento aplicable sea el establecido en el sistema de fuente interna (en particular en el marco del artículo 954 de la antigua LEC de 1881 todavía aplicable en virtud de la remisión contenida en la disposición derogatoria de la LEC de 2000).

#### IV. DERECHO APLICABLE

##### A. CONDUCTAS GLOBALES Y MULTIPLICIDAD DE LEGISLACIONES APLICABLES: ALTERNATIVAS

30. La determinación de la legislación aplicable a las relaciones privadas internacionales con base normalmente en criterios territoriales, como es característico de las llamadas reglas de conflicto, plantea asimismo dificultades en el entorno de Internet, en el que se difumina la localización física de las conductas y pone en contacto (o en conflicto) un número extraordinario de sistemas y culturas jurídicas<sup>85</sup>. Este contexto exige también en materia de ley aplicable reconsiderar la utilización de ciertos puntos de conexión territoriales (como el lugar de celebración o de ejecución del contrato e incluso el domicilio de las partes), valorando su eventual adaptación o sustitución por otros más flexibles y mejor adaptados a las nuevas exigencias.

Como ejemplo de criterios de conexión que no se compeñen bien con el nuevo entorno cabe hacer referencia al empleo del lugar de celebración y el lugar de ejecución del contrato como puntos de conexión para determinar la ley aplicable en materia contractual. En particular, desde el punto de vista de la previsibilidad y la seguridad jurídica constituye una mejor opción el empleo de conexiones basadas en la residencia habitual de las partes –sin desconocer que su identificación puede en ocasiones plantear dificultades– y en un criterio flexible acorde con el principio de los vínculos más estrechos, como refleja el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

31. Especial interés presenta la coordinación entre la estricta territorialidad características de los derechos de propiedad industrial e intelectual y la ubicuidad de los medios característicos de la sociedad de la información, pues impone particulares exigencias de adaptación en materia de litigación internacional, en relación sobre todo con los supuestos relativos a la infracción de derechos mediante conductas que

85. *Id.* M. von Hinden, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, Tubinga, 1999, p. 10.

producen efectos en una pluralidad de países, como es frecuente en el marco de la sociedad de la información.<sup>86</sup> Esa adaptación requiere en ocasiones la elección entre diversas opciones de política legislativa, en particular entre una mayor eficiencia en la litigación internacional en este ámbito y el significado de los derechos de exclusiva como instituciones territoriales vinculadas a intereses nacionales.<sup>87</sup>

En el terreno de los derechos de propiedad industrial e intelectual, el Reglamento Roma II incorpora, como ha quedado reseñado, normas unificadas sobre la ley aplicable a su infracción, basadas en la adopción con carácter imperativo y absoluto del criterio *lex loci protectionis*<sup>88</sup>, como criterio que goza de amplia aceptación en el ámbito internacional. La regla de conflicto según la cual la ley aplicable en materia de infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual es la ley del país para el que se reclama la protección se coordina con el carácter estrictamente territorial de esos derechos.<sup>89</sup> Resulta particularmente complejo en ocasiones determinar el lugar de protección con el fin de precisar la ley aplicable a las infracciones de propiedad intelectual. El aspecto fundamental es la determinación de la ley sobre derecho de autor aplicable a la transmisión digital en línea de obras protegidas desde un servidor a un adquirente situado en un país distinto. La alternativa básica se plantea entre la ley del país desde el que se realiza la transmisión -como lugar desde el que se introduce la información en la Red o en el que se concibe y desarrolla la actividad encaminada a introdu-

86. See, e.g., A.P. Reindl, "Choosing Law in Cyberspace: Copyright Conflicts on Global Networks", 19 *Mich. J. Int'l L.*, 1997-1998, pp. 799-871; y A. Ohly, "Kennzeichenkonflikte im Internet", S. Leible (ed.), *Die Bedeutung ...*, op. cit., pp. 135-153.

87. See, e.g., G.W. Austin, "Social Policy Choices of Law for Copyright Infringement in Cyberspace", 79, *Oregon L. Rev.*, 2000, pp. 575-618.

88. *Vid.*, desde una perspectiva crítica, N. Boschiero, "Infringement of Intellectual Property Rights", *YPIL*, 2007, pp. 87-113, pp. 106-111; y, en relación con los derechos de autor, E.I. Obergefell, "Das Schutzlandprinzip und Rom II", *IPRax*, 2005, pp. 9-13.

89. Ejemplo de este tipo de normas de conflicto es la contenida en el Derecho internacional privado de la UE en el artículo 8.1 del Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II), según el cual: "La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección."

circa- y la del país de recepción, pues la ubicación de los ordenadores intermedios por los que simplemente circula la información siguiendo una ruta aleatoria es irrelevante a estos efectos. Solución acorde con el criterio *lex loci protectionis* es el recurso a la ley del país de recepción<sup>90</sup>, si bien la competencia de la ley así designada se limita a la violación de derechos en ese concreto territorio, lo que puede conducir a la aplicación cumulativa y distributiva de varios ordenamientos. Este cúmulo se corresponde con el carácter territorial y la configuración tradicional de estos derechos<sup>91</sup> pero dificulta el enjuiciamiento de las reclamaciones sobre transmisiones no autorizadas a receptores de múltiples países y subordina la actividad de los proveedores de contenido de Internet a la aplicación de ordenamientos muy diversos, aunque este riesgo parece consecuencia normal del medio de comunicación empleado y puede ser limitado, en la medida en que operen dispositivos técnicos de bloqueo de acceso a la información de usuarios de ciertos países.

32. La Recomendación conjunta relativa a la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet de 2001, adoptada por la Asamblea de la Unión de París y la Asamblea General de la OMPI, constituye un intento por desarrollar estándares que faciliten una aplicación equilibrada del criterio *lex loci protectionis* en el contexto de Internet. La Recomendación recoge el criterio de que quien usa un signo en Internet es responsable por la infracción de una marca nacional con la que entre en conflicto sólo en la medida en que el uso en Internet suponga un uso en ese Estado, lo que concurre sólo si la utilización tiene un efecto comercial en ese país. La presencia de este elemento debe valorarse con base en una serie de circunstancias indicativas de que quien usa la marca tiene intención de hacer negocios en ese país; del nivel y la clase de actividad comercial en ese Estado; de la conexión de la oferta de bienes o servicios a través de Internet; de la

90. *Cf.*, v. gr., J.C. Ginsburg, "The Private...", *loc. cit.*, pp. 315-321, p. 323.

91. *Vid.* P.E. Geller, "From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux", *Vand. J.T.L.*, vol. 31, 1998, pp. 553-574, pp. 556-558, quien para hacer frente a esas carencias propone la elaboración de normas transnacionales reguladoras de las actividades en la Red.

conexión del modo como se usa la marca en Internet con ese país; y de la relación del uso del signo en Internet con un derecho sobre el signo en ese país<sup>92</sup>. Los criterios establecidos en la Recomendación conjunta son también relevantes para la concreción del criterio de los efectos en el mercado con respecto a las normas sobre competencia desleal. Fundamental resultará típicamente la configuración del sitio web: la inclusión de direcciones geográficas de contacto, el empleo de un nombre de dominio bajo un dominio de primer nivel nacional, la moneda o el idioma empleados (especialmente si se trata de uno hablado sólo en un determinado territorio) y las mercancías o servicios que comercializa (que pueden aparecer claramente orientados a un territorio determinado, por ejemplo, al que se extiende la red de distribución de comida rápida que se ofrece). Junto al contenido del sitio web puede ser relevante para apreciar que se difunde en un determinado país la inclusión de publicidad -en particular, si incluye referencias al URL o un enlace- en medios de comunicación de ese país o sitios web o directorios propios de ese mercado.

Esta interpretación equilibrada constituye el enfoque más apropiado para la aplicación del criterio *lex loci protectionis* y en el contexto de Internet y resulta idóneo para abordar la coexistencia en Internet de diferentes derechos de exclusiva de distintos países que recaen sobre un mismo objeto (por ejemplo, marcas de diferentes países sobre un mismo signo). Ahora bien, este enfoque no impide que la aplicación del criterio *lex loci protectionis* a las actividades desarrolladas a través de medios como Internet pueda llevar a considerar aplicables de manera distributiva las legislaciones de un gran número de países en la medida en que las concretas actividades llevadas a cabo produzcan consecuencias significativas en una pluralidad de países.<sup>93</sup> Ese cúmulo distributivo dificulta de manera muy significativa el enjuiciamiento de las reclamaciones sobre infracciones de una pluralidad de países, de manera

92. Vid. A. Kur, “Die WIPO-Empfehlungen zur Benutzung von Marken im Internet”, *GRURInt*, 2001, pp. 961- 964.

93. Vid. J. Drexler, “Internationales Immaterialgüterrecht”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 11, 5ª ed, 2010, pp. 1344-1491, p. 1483.

que la posibilidad de tramitar ante los tribunales de un país<sup>94</sup> demandas relativas a la infracción por el demandado de derechos de una pluralidad de países resulta en la práctica una tarea de gran complejidad, por la dificultad de probar y aplicar el contenido de un elevado número de ordenamientos extranjeros.<sup>95</sup>

33. La rigidez de la solución adoptada por el Reglamento Roma II dificulta la adaptación de sus normas para dar respuesta a las peculiares dificultades que plantean las actividades desarrolladas a través de Internet. Por ello, se insiste en la necesidad de valorar la posible introducción de ciertas normas alternativas o complementarias a la *lex loci protectionis*. Entre ellas destaca la posibilidad de superar la fragmentación en materia de ley aplicable a que conduce el criterio *lex loci protectionis* mediante la adopción para ciertas situaciones de un criterio unitario, así como la posibilidad de una introducción limitada de la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a las consecuencias patrimoniales de las infracciones de derechos de propiedad industrial e intelectual<sup>96</sup>. En todo caso, la libertad de elección en este ámbito sólo parece apropiada con respecto a las consecuencias patrimoniales de la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual o de normas

94. Por ejemplo, en el marco del Reglamento Bruselas I con base en el fuero del domicilio del demandado -art. 2- o, aunque su significado práctico será muy limitado, en el lugar en el que se localiza el origen de la actividad infractora en su conjunto -en virtud del art. 5.3 y la doctrina del TJCE en el asunto *Fiona Shevill*-.

95. La aplicación en el mismo litigio de ordenamientos diferentes a la infracción en países distintos sí se ve facilitada por la armonización a nivel internacional, en la medida en que en el ámbito de la propiedad intelectual (y de su tutela en la sociedad de la información) aproxima especialmente el contenido de los ordenamientos de aquellos países con mercados más desarrollados y en los que el impacto económico de la infracción es mayor, por lo que suelen ser aquellos en los que se concentra la reclamación; ordenamientos, además, cuyo conocimiento suele resultar menos costoso. En el plano práctico, las cuestiones fácticas de prueba de la actividad de transmisión de los contenidos a los diversos países resultarán en ocasiones más relevantes en la tramitación y resolución del litigio que las consideraciones acerca de la ley aplicable, sobre todo, en situaciones en las que la titularidad y vigencia de los derechos no es controvertida.

96. Vid. P.A. De Miguel Asensio, “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 375-406, pp. 397-406.



de competencia desleal, quedando excluidas de la autonomía conflictual el resto de cuestiones relativas a la protección de esos derechos, como la determinación misma de si existe infracción.

Para hacer posible un enjuiciamiento de ese tipo de situaciones, que implican la infracción de derechos de una pluralidad de países, en los últimos años se han desarrollado propuestas destinadas a permitir que excepcionalmente la ley aplicable en tales casos sea la de uno o varios Estados. Esas propuestas –tanto la § 321 de los Principios del ALI como el artículo 3:603 de los Principios CLIP- se basan en identificar un país como especialmente vinculado con el supuesto a los efectos de que su ordenamiento sea aplicable, al tiempo que contemplan la posibilidad de que la parte que se opone a la aplicación de ese estatuto unitario demuestre que el contenido de los ordenamientos de otros países en los que ha tenido lugar la infracción difiere en aspectos sustanciales, con el fin de que no se aplique respecto de la infracción en tales países la ley del país que presenta los vínculos más estrechos. Tales propuestas implican en realidad la admisión de ciertas excepciones al criterio *lex loci protectionis*, lo que se corresponde con el enfoque de los Principios ALI y los Principios CLIP que formulan reglas flexibles susceptibles de ser utilizadas como modelo por los legisladores y criterios de interpretación por los tribunales. Estas propuestas marcan una tendencia a tener muy en cuenta de cara al futuro, debido al creciente alcance multiterritorial de las actividades de infracción y explotación. Asimismo, los progresos de la armonización internacional en materia de propiedad intelectual favorecen el uso de criterios que parten de una presunción de coincidencia entre las legislaciones de los múltiples Estados implicados.

## B. TENSIÓN ENTRE EL CRITERIO DE ORIGEN Y LOS ORDENAMIENTOS DE DESTINO

34. También la concreción de la ley del mercado afectado<sup>97</sup>, como solución imperante en el ámbito de la regulación de la competencia

97. Sobre este criterio de conexión, *vid.* D. Martiny, “Die Anknüpfung an den Markt”, *Festschrift für U. Drobnig*, Tubinga, Mohr, 1998, pp. 389-408, pp. 396-400.

desleal y de la publicidad plantea dificultades inherentes al alcance global de las actividades en Internet. El criterio del art. 6.1 RRII, según el cual la ley aplicable en materia de competencia desleal es la “del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados”, conduce con frecuencia a la aplicación distributiva de las leyes de varios países respecto de las actividades llevadas a cabo a través de Internet. Entre los fundamentos del criterio de los efectos se encuentran el principio de protección sin lagunas de los consumidores en el mercado nacional así como la garantía de la igualdad de las condiciones de competencia en ese mercado, lo que se relaciona con que tradicionalmente se le haya atribuido carácter imperativo (circunstancia que el RRII prevé expresamente en su art. 6.4).<sup>98</sup>

No obstante, la creciente imbricación entre los mercados internos y la facilidad con la que en la sociedad de la información las actividades trascienden las fronteras y producen efectos en múltiples países, conduce a la revisión de la eficacia en algunos ámbitos de criterios de conexión basados en la localización en el mercado (de destino, donde se producen los efectos), en la medida en que pueden conducir a un excesivo fraccionamiento, incompatible con objetivos de integración. Esta tendencia se manifiesta especialmente en el ámbito de la Unión Europea, en línea con el impacto del principio de reconocimiento mutuo en el marco del mercado interior. La progresiva aproximación normativa entre ordenamientos hace posible -como refleja el art. 3 Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico- la aplicación de la ley del país de establecimiento del prestador de servicio -principio de reconocimiento mutuo- a ciertos aspectos del inicio y ejercicio de la actividad, para facilitar la actividad transfronteriza en el seno de la UE de los prestadores establecidos en un Estado miembro. En relación con el alcance de este criterio, el Tribunal de Justicia en su sentencia *eDate Advertising* ha confirmado que el artículo 3 Directiva sobre el comercio electrónico no impone que el criterio de origen opere como una norma de conflicto de leyes pero sí

98. No obstante la restrictiva solución del artículo 6.4 RRII ha sido cuestionada por ser excesivamente restrictiva, en la medida en que excluye incluso la elección de la ley aplicable a las consecuencias económicas de los actos de competencia desleal.

impone que el prestador de un servicio de la sociedad de la información no esté sujeto en otros Estados miembros con respecto al ámbito coordinado (que incluye los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios) a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador. En todo caso este mecanismo corrector que facilita la aplicación de una única ley (la del país de origen) a importantes aspectos (como la publicidad) de actividades desarrolladas en Internet sólo opera en el ámbito del proceso de integración, beneficiando únicamente a los prestadores establecidos en un Estado miembro con respecto a sus actividades en los demás Estados miembros.<sup>99</sup>

35. Entre las reglas conflictuales que limitan de manera significativa el recurso a la ley del país de origen se hallan las relativas a la protección de los consumidores que favorecen la eficacia de las normas de protección de los consumidores del país de su residencia -típicamente, el país de destino-, como ocurre en el artículo 6 Reglamento Roma I. En línea con lo señalado al hilo de la competencia judicial internacional, la adaptación a la sociedad de la información de las normas materialmente orientadas que establecen un régimen específico de protección de los consumidores, debe evitar cargas excesivas e injustificadas -derivadas de la aplicación de un ordenamiento imprevisible- a las empresas de comercio electrónico. Por ello resulta apropiado que el entramado de protección de los consumidores en la contratación internacional sólo se proyecta sobre los contratos que presentan una especial vinculación con el país de la residencia habitual del consumidor, como sucede en el ámbito de la UE con la exigencia de que se trate de contratos concluidos con empresas que por cualquier medio dirigen sus actividades al país de la residencia habitual del consumidor.

<sup>99</sup>. En su sentencia de 15 de marzo de 2012, C-292/10, G, el Tribunal de Justicia ha establecido la cláusula de mercado interior del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, no resulta operativo en las situaciones en las que se desconoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información pues el mecanismo que contempla esa norma es únicamente de aplicación a los prestadores cuyo establecimiento se encuentre en un Estado miembro.

El sistema de protección de los consumidores establecidos en el artículo 6 Reglamento Roma I es normalmente determinante de que en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación resulte restringida la eficacia de las cláusulas contractuales en virtud de las cuales se prevé como aplicable al contrato una ley distinta de la del país de residencia habitual del consumidor. Ese es el caso típicamente de las cláusulas que se prevé la elección de la ley de origen, como resulta habitual en la práctica de los prestadores de servicios de redes sociales u otros similares y la inclusión en sus condiciones generales de elección como aplicable de una legislación de Estados Unidos con respecto a la prestación de servicios a consumidores con residencia en cualquier lugar del mundo. En concreto, la aplicación a este tipo de situaciones de una norma como el artículo 6 RRI llevará normalmente a apreciar que, la previsión en las condiciones de que la ley aplicable es la del Estado de EEUU no puede acarrear que el consumidor se vea privado de la protección que le proporcionan las normas imperativas del país de su residencia habitual. Desde la perspectiva europea destaca que entre esas normas imperativas se encuentran las relativas a las condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.

## V. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS RESOLUCIONES

### A. FUNDAMENTOS DEL RECONOCIMIENTO Y ALCANCE ESPACIAL DE LAS MEDIDAS JUDICIALES

36. El contraste entre la repercusión global de las actividades en la Red y el alcance territorial, vinculado a la soberanía, que es propio de las jurisdicciones estatales, a las que corresponde normalmente en exclusiva el poder de ejecución de las decisiones judiciales (y arbitrales), determina también que la efectividad de esas decisiones cuando van referidas a conductas a través de la Red pueda resultar en ocasiones controvertida. La importancia de la rapidez e inmediatez en este entorno, que contrata con los obstáculos que puede encontrar la eficacia transfronteriza de las decisiones judiciales, condiciona en la práctica

la selección de foro y de las acciones a ejercitar. En particular, en relación con la interposición de demandas relativas a la adopción de medidas provisionales y cautelares, que presenta aquí una gran importancia práctica para lograr un cese inmediato de ciertas conductas, es habitual que se opte por solicitarlas directamente en la jurisdicción en la que se encuentren los medios –por ejemplo, servidores- o las personas sobre las que se tengan que hacer efectivas, de modo que no sea preciso instar su ejecución en el extranjero.

La adopción y alcance de medidas de cesación con respecto a actividades desarrolladas en Internet plantea especiales dificultades, que se proyectan sobre su efectividad y eventualmente sobre la relevancia de su reconocimiento en el extranjero. Basta pensar en el ejercicio de una acción de cesación por la infracción de un derecho de exclusiva, pues la difusión mundial a través de la Red exige que para que cese la infracción de un derecho de exclusiva de cualquier país (típicamente al que pertenece el tribunal que adopta la medida), la información de la que deriva no esté disponible en ningún servidor de Internet o que éstos establezcan dispositivos específicos que restrinjan el acceso a esos contenidos. Cabe observar en las jurisdicciones estatales una creciente tendencia a adoptar medidas de cesación respecto de actividades en Internet, en particular para garantizar la tutela de derechos de propiedad intelectual, pero también para hacer efectiva otras prohibiciones de comercializar ciertos productos, como, por ejemplo, en relación con la prohibición de comercializar servicios de apuestas desde el extranjero.<sup>100</sup>

En la práctica judicial de EEUU el llamado caso *Megaupload*, ya reseñado con anterioridad, también ilustra los especiales riesgos inherentes a ciertas medidas de cesación de actividades en Internet. Sin desconocer que se trata de un asunto del orden penal con todas sus especificidades, permite apreciar cómo el cierre total de un servicio de esas características implica que contenidos cuya utilización podía ser lícita en unos países y no en otros (como consecuencia del carácter territorial de los derechos) dejan de estar accesibles en todo el mundo. Por su par-

100. *Vid.* Auto núm. 75/2012 de 23 febrero del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid, JUR\2012\96245.

te, la decisión francesa de 20 de noviembre de 2000 en el asunto *Yahoo* constituye un ejemplo notorio de orden de cesación relativa a que cierta información disponible en Internet no pueda ser accesible desde un país, sobre la que se volverá más adelante.

37. Para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales resulta de gran importancia en este entorno que uno de los controles de los que se hace depender la eficacia de una resolución judicial extranjera es que su adopción por el tribunal de origen se hayan respetado los estándares de competencia judicial internacional considerados aceptables en el país en el que se pretende el reconocimiento. Desde esta perspectiva, cabe destacar que en relación con la prohibición de actividades llevadas a cabo a través de Internet reviste especial importancia práctica la concreción de los límites del alcance de las medidas judiciales de cesación. El alcance potencialmente global de Internet y de las actividades desarrolladas a través de este medio no impide que las medidas de cesación de tales actividades deban en ocasiones tener un alcance espacialmente limitado, lo que básicamente vendrá condicionado por el alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que las adopte y por el territorio en el cual los derechos del demandante resulten vulnerados. Se trata de una cuestión de gran trascendencia práctica en relación con los litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual así como para otras categorías de ilícitos, por ejemplo, los derivados de la lesión de los derechos de la personalidad, que puede condicionar decisivamente la eficacia en el extranjero de la decisión.

En el ámbito europeo resulta muy significativa la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *DHL Express*<sup>101</sup>, relativo a la infracción de una marca comunitaria a través de Internet. La importancia de esta decisión deriva de que pone de relieve cómo el alcance de las medidas adoptadas por un tribunal en este ámbito deben estar limitadas por el alcance de su competencia judicial internacional. En consecuencia, si un tribunal sólo es competente para conocer de la infracción de derechos de propiedad industrial en el foro (por ser ese únicamente uno de los

101. STJUE de 12 de abril de 2011, C-235/09, *DHL Express*.

lugares de manifestación del daño de conformidad con la interpretación antes reseñada del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I) el alcance de las medidas debe limitarse a ese territorio, de modo que no debería ordenar, por ejemplo, la retirada de contenidos o la cesación de la conducta a nivel mundial. Lo contrario sucedería cuando el tribunal fuera competente para conocer de la actividad a nivel mundial, por ejemplo, en el caso del Reglamento Bruselas I porque el foro es el país del domicilio del demandado o el centro de intereses de la víctima en el caso de los daños a los derechos de la personalidad.

Tratándose de litigios relativos a derechos de propiedad industrial e intelectual un segundo elemento que debe operar como límite del alcance de las medidas de cesación es el ámbito territorial de los derechos exclusivos del titular que resultan infringidos por la actividad supuestamente ilícita. Tal ámbito territorial, que puede comprender varios países si el litigio es relativo a la infracción de derechos de todos ellos, debe operar como límite máximo, sin perjuicio de que en ocasiones las circunstancias del caso pueden justificar que el alcance espacial de las medidas sea restringido, de modo que las mismas vayan referidas sólo a una parte del territorio al que se extiende la competencia del tribunal o los derechos objeto de infracción. A estos efectos, cabe destacar cómo la tecnología puede también desempeñar un importante papel. En concreto, como ha quedado reseñado, la evolución tecnológica ha conducido al desarrollo de mecanismos de geolocalización, de utilización muy extendida y gran fiabilidad. Estos medios permiten, por ejemplo, controlar el acceso a los recursos de Internet en función del territorio desde el que accede el usuario a la Red, lo que en la práctica hace posible que las actividades tengan lugar en circunstancias en las que puede limitarse el alcance territorial de ciertas actividades, facilitando la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones<sup>102</sup>.

102. *Vid.* H. Muir Watt, "Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?", *Mich. JIL*, vol. 24, 2003, pp. 673-696, pp. 689-692.

## B. DERECHOS FUNDAMENTALES: ESCENARIOS DE CONFRONTACIÓN

38. Junto al control del alcance de la competencia del tribunal de origen<sup>103</sup> en la eficacia extraterritorial de decisiones relativas a la difusión de información a través de Internet reviste gran importancia el orden público como límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.<sup>104</sup> La relevancia del orden público sustantivo en este ámbito se vincula con el significado de la difusión de información a través de Internet desde la perspectiva de los derechos fundamentales. La difusión de información a través de un medio potencialmente global va unida a la aparición de conflictos derivados del diferente alcance de ciertos derechos fundamentales en las tradiciones constitucionales de los Estados del mundo.

Así la difusión de contenidos que en determinados ordenamientos pueden ser constitutiva de la violación de derechos fundamentales, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, puede en otros ordenamientos considerarse no sólo lícita sino plenamente amparada por derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión o de información. Estas disparidades, existentes incluso entre países con tradiciones constitucionales relativamente próximas, son típicamente el resultado del distinto equilibrio entre esos derechos fundamentales que prevalece en cada uno de esos ordenamientos.

39. La generalización del empleo comercial de Internet implica transformaciones radicales en el flujo transfronterizo de datos, en un medio en el que la captación, tratamiento, comunicación y explotación de los datos personales puede tener lugar de hecho con independencia de la distancia geográfica. La información de esa naturaleza se convier-

103. *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, "Recognition and Enforcement of Judgments in Intellectual Property Litigation: The CLIP Principles", J. Basedow, T. Kono y A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena - Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2010, pp. 239-292, pp. 271-280.

104. *Vid.* J.C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho...*, *op. cit.* pp. 224-231.

te en un activo básico de muchos prestadores de servicios de Internet y empresas de comercio electrónico, bien para contactar con sus potenciales clientes bien para ofrecer sus datos a terceros. Muchas de las actividades de los diversos prestadores de servicios de la sociedad de la información implican el tratamiento de datos personales, en particular ciertos servicios o modelos de negocio propios de Internet que han alcanzado una gran importancia, como los motores de búsqueda o las redes sociales, plantean especiales desafíos para la protección de datos personales.

Así el reconocimiento y tutela como derecho fundamental del derecho a la protección de datos en ciertos ordenamientos, como en la Unión Europea, y su interacción con otros derechos fundamentales, cobra especial importancia, como refleja su protección en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>105</sup>. Las divergencias entre el nivel de tutela de las normas de protección de datos de los diversos países, pues frente al estricto régimen de control administrativo existente en la UE el modelo de EEUU es más flexible y dota de gran importancia a la autorregulación,<sup>106</sup> condiciona el conjunto de la actividad transfronteriza a través de la Red. También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ilustra cómo este derecho fundamental puede representar un importante límite a los mecanismos y medidas –incluidos los mandamientos judiciales– de protección de los derechos de propiedad intelectual en Internet, en particular habida cuenta de que limita la posibilidad de adoptar legislativa o judicialmente ciertas medidas de observancia en línea con repercusiones sobre los derechos de protección de datos.<sup>107</sup> Precisamente, desde la perspectiva de la Unión Europea la inclusión en el ACTA de ciertas normas con repercusión sobre la interacción entre la tutela de la propiedad intelectual en el entorno di-

105. DO C 303 de 14.12.2007, p. 1.

106. Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho del comercio electrónico*, México, Porrúa, 2005, pp. 164-170.

107. Vid. SSTJUE de 24 de noviembre de 2011, C-70, *Scarlet Extended*; 16 de febrero de 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) / Netlog NV.*; y 19 de abril de 2012, C-461/10, *Bonnier*.

gital y el derecho fundamental a la protección de datos personales, han sido fuente de controversia,<sup>108</sup> que han llevado al Parlamento Europeo en 2012 a manifestarse en contra de la ratificación del ACTA por la UE.

40. La vinculación de los límites a la licitud de los contenidos difundidos a través de Internet con el alcance de derechos constitucionales fundamentales, incluso en el marco de reclamaciones puramente entre particulares como es característico de los supuestos de difamación o de infracción de derechos de propiedad intelectual, resulta en la práctica determinante de la singular importancia que adquieren ciertos mecanismos como el orden público en las respuestas a las cuestiones que pueden suscitarse en este ámbito.

Ejemplo bien conocido de orden de cesación consistente en que determinada información de la malla mundial no sea accesible desde un país y de los eventuales obstáculos a la efectividad de tales medidas adoptadas contra prestadores de servicios establecidos en el extranjero es la mencionada decisión francesa de 20 de noviembre de 2000<sup>109</sup>, que, en relación con una subasta de productos nazis ordenó a la empresa de EEUU demandada (Yahoo!) tomar medidas para imposibilitar la consulta desde Francia de los servicios relativos a la comercialización de esos productos estrictamente prohibidos en Francia<sup>110</sup>. No obstante, por entender que ese empleo de los bienes objeto de prohibición en Francia

108. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las negociaciones que mantiene la Unión Europea sobre un Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA), DO C 147 de 5.6.2010, p. 1; Resumen de conclusiones del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos de 24 de abril de 2012 sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza, DO C 215 de 21.7.2012, p. 7.

109. *Ordonnance de référé* del Tribunal de Grande Instance de París en el asunto *UEJF et Licra c. Yahoo! Inc.*, consultada en <<http://www.legalis.net>> y <<http://www.juriscom.net>>.

110. Vid. M.S. Van Houweling, “Enforcement of Foreign Judgments, the First Amendment, and Internet Speech: Notes for the Next *Yahoo! V. LICRA*”, *Mich. JIL*, vol. 24, 2003, pp. 697-717, pp. 706-717.

está amparado constitucionalmente en EEUU, la empresa condenada optó por ejercitar una acción ante los tribunales de EEUU para que declararan que la decisión francesa no podía ser ejecutada en EEUU. Con base en que una decisión como la francesa no podría ser adoptada por un tribunal de EEUU (por resultar contraria a la Primera Enmienda de su Constitución) y en el carácter demasiado general e impreciso de la prohibición impuesta, un tribunal de EEUU declaró en 2001 que no era posible la ejecución de la decisión en EEUU<sup>111</sup>, si bien con posterioridad el tribunal de apelación anuló esta decisión al considerar que en el caso concreto el tribunal inferior carecía de competencia judicial internacional para realizar esa declaración de no ejecutividad<sup>112</sup>.

41. El contraste entre sistemas jurídicos derivado del distinto alcance atribuido a ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión y las divergencias en lo que respecta a su eventual equilibrio con otros derechos fundamentales que pueden limitarlo, como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, se proyecta con intensidad sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones en el entorno de la sociedad de la información. En particular el alcance global de Internet va unido a un especial riesgo de que la aplicación en alguno de los países de destino de sus estándares de protección de derechos fundamentales lleve a considerar ilícitos contenidos amparados plenamente por el derecho a la libertad de expresión o de información en el país de establecimiento de quien difundió los contenidos. Para evitar este tipo de situaciones y resolver adecuadamente los conflictos de intereses que plantean, cabe entender que es de gran importancia la posibilidad antes reseñada de establecer restricciones territoriales al acceso a la información así como configurar el servicio a través del cual

111. Decisión del *U.S.D.C. for the Northern District of California* en el asunto *Yahoo v. La Ligue contre le racisme et l'antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001).

112. Aunque la posterior decisión en apelación –379 F.3d 1120 (9<sup>th</sup> Cir. 2004) y 433 F.3d 1199, 1200 (9<sup>th</sup> Cir. 2006)– estableció que ese tribunal había excedido el ámbito de su competencia, no afirmó que la decisión francesa pudiera ser reconocida en EEUU, *vid.* R.T. Razzano, “Error 404 Jurisdiction not Found: The Ninth Circuit Frustrates the Efforts of Yahoo! Inc. to Declare A Speech-Restrictive Foreign Judgment Unenforceable”, *U. Cin. L. Rev.*, vol. 73, 2005, pp. 1743-1765.

se difunde la información como dirigido sólo a ciertos países, cuyos estándares en materia de protección de derechos fundamentales habría que respetar.

La importancia de los potenciales conflictos y la percepción de estos como una amenaza para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales ha llevado incluso a la elaboración de legislación específica. A nivel comparado destaca la adopción en EEUU de la *Federal Speech Act* de agosto 2010<sup>113</sup> tendente a asegurar la imposibilidad de reconocimiento y ejecución en EEUU de decisiones extranjeras en las que no se haya respetado el estándar de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión y de información que deriva de la Primera Enmienda a la Constitución de EEUU, con el objetivo de salvaguardar la posición de los ciudadanos y prestadores de servicios de EEUU frente a procesos en el extranjero derivados de la difusión de información amparada en EEUU por la libertad de expresión conforme a la primera enmienda de su Constitución. La denegación de la ejecución en estos casos puede ser determinante para frustrar el cobro de la indemnización fijada en la resolución extranjera si el condenado no tiene bienes suficientes en el Estado de origen de la decisión (o en otro en el que esta pueda ser ejecutada). Si bien la adopción de legislación específica al respecto refleja la importancia de los potenciales conflictos en este ámbito, vinculados al medio global de difusión de la información, no cabe desconocer que el control del orden público presente en la generalidad de sistemas de reconocimiento y ejecución de decisiones como límite a la eficacia de las decisiones extranjeras garantiza precisamente el respeto a los derechos fundamentales del país en el que se pretende que la resolución extranjera despliegue efectos.

113. Securing The Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act (SPEECH Act). 28 U.S.C. §§ 4101-4105. <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ223/html/PLAW-111publ223.htm>>.

## VI. CONCLUSIONES

42. El incremento cuantitativo de las relaciones privadas transnacionales y su mayor complejidad inherentes al desarrollo de la sociedad de la información refuerzan la importancia del Derecho internacional privado, en especial con respecto a las transacciones derivadas del empleo de las redes digitales para la formación y ejecución de los contratos internacionales así como en lo relativo a la tutela de la información mediante derechos de exclusiva y la eventual violación en la Red de esos derechos y otros como los relativos a la personalidad. El alcance potencialmente global de la difusión de contenidos y la dificultad para localizar las actividades desarrolladas en la Red reafirman el valor de las reglas de conflicto como técnica de reglamentación pero reclaman la adaptación de ciertos criterios de conexión. El desarrollo de normas modelo transnacionales de DIPr puede resultar de gran utilidad para favorecer la armonización internacional. De cara a facilitar la coordinación entre las diversas jurisdicciones y sistemas jurídicos que conviven en el mundo es necesario evitar excesos en el alcance de la competencia judicial internacional así como en las situaciones a las que resulta de aplicación la legislación del foro. La distinción entre los países a los que una actividad va dirigida y aquellos en los que resulta meramente accesible como consecuencia del alcance global de Internet resulta a estos efectos de gran utilidad. Las tecnologías de geolocalización de uso muy extendido proporcionan un instrumento útil para restringir geográficamente la difusión de contenidos facilitando la coordinación entre el alcance de actividades desarrolladas en Internet y el carácter típicamente territorial de las legislaciones. La no extralimitación de las medidas judiciales adoptadas y de sus efectos con respecto al alcance de la competencia judicial internacional del tribunal que las adopta resulta en el marco global de Internet de gran importancia para su eventual reconocimiento y ejecución en el extranjero. Si bien el recurso al orden público puede ser necesario en situaciones en las que existe una abierta contraposición en la tutela de derechos fundamentales relevantes en relación con el significado de Internet como medio de comunicación resulta de importancia reafirmar el carácter excepcional y la necesidad de una aplicación restrictiva de este mecanismo.

## LA CORRESPONSABILIDAD ECONÓMICA DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS EN LA CONSERVACIÓN DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES\*

Gustavo Adolfo ORELLANA PORTILLO (Guatemala)\*\*  
*Asociado del IHLADI*

**RESUMEN :** En territorio guatemalteco se localizan cuencas hidrográficas en las cuales se nutren cursos de agua internacionales que fluyen a los países vecinos, cuya conservación ha recaído, únicamente, en Guatemala; sin que los países ribereños ubicados en las partes bajas de las cuencas hidrográficas, contribuyan equitativamente con esta actividad.

Los cursos de agua están siendo afectados por poblaciones cada vez mayores, que requieren más cantidad de agua para distintos usos legítimos: consumo, riego, etc., y el cambio climático que provoca inviernos cortos y violentos; y veranos largos y secos, por lo que los Estados ribereños ubicados en las cuencas altas y bajas deben acordar en tratados internacionales, su corresponsabilidad económica en contribuir equitativamente en proteger los cursos de agua internacionales y sus respectivas cuencas hidrológicas.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho internacional público. Curso de agua internacional. Cuenca hidrográfica internacional. Cambio Climático. Estados ribereños. Cuenca alta y cuenca baja.

---

Fecha de recepción del original: 12 de febrero de 2013. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de junio de 2013.

\* El presente es una versión editada y única del Trabajo presentado por el autor para Fin de Master en Investigación en Sociedad Democrática, Estado y Derecho de la Universidad del País Vasco y Universidad Rafael Landívar, curso 2011 - 2012.

\*\* Catedrático de Derecho internacional público y Derecho internacional privado de Universidad Rafael Landívar. Consultor de la organización Marítima Internacional.