

## **LA RESOLUCIÓN DEL IDI SOBRE INTERNET Y LA VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD/ THE RESOLUTION OF THE IDI ON INTERNET AND THE VIOLATION OF PRIVACY**

### **TUTELA TRANSFRONTERIZA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD ¿HACIA LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL? (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DEL *INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL* DE 2019)**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO\*

**SUMARIO:** 1. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN.—2. EL LLAMADO PRINCIPIO «HOLÍSTICO» COMO CRITERIO GENERAL.—3. COMPETENCIA JUDICIAL.—4. DERECHO APLICABLE. 5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES.—6. REFLEXIÓN FINAL.

#### **1. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN**

Ilustrativo de la dificultad de la tarea asumida por el IDI al elaborar su Resolución de 31 de agosto de 2019 sobre los aspectos de Derecho internacional privado (DIPr) relativos a la vulneración de los derechos de la personalidad en Internet (en adelante, Resolución)<sup>1</sup> es que va referida a un sector en el que no ha sido posible la adopción de normas comunes sobre ley aplicable ni siquiera en el seno de la UE, lo que resulta excepcional, habida cuenta de la unificación de esas normas en el resto de sectores de responsabilidad

---

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

<sup>1</sup> «Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments (Injuries to Rights of Personality through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments)», 8.<sup>a</sup> Comisión (Rapporteurs: E. Jayme y S. C. Symeonides), <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf>. Véase también el «Final Report» de 21 de noviembre de 2018 sobre el contenido del Proyecto de Resolución y el «Draft Resolution with Comments».

extracontractual en virtud del Reglamento Roma II<sup>2</sup>. También la experiencia de la UE, en concreto la jurisprudencia del TJUE, es reflejo de la complejidad de las cuestiones de competencia judicial en la materia, así como de la conveniencia de desarrollar soluciones específicas<sup>3</sup>. Asimismo, la trascendencia práctica del desarrollo a nivel internacional de estándares comunes en la materia se corresponde con la circunstancia de que es una tarea en la que también están comprometidas otras organizaciones, como refleja la actividad del Comité sobre Protección de la Privacidad y DIPr de la International Law Association<sup>4</sup>.

El Preámbulo de la Resolución pone de relieve su propósito de contribuir a la creación de un consenso internacional e identifica con claridad la principal dificultad a la que se enfrenta el establecimiento de normas en esa materia que hagan posible un régimen predecible de las relaciones privadas internacionales y la coordinación de los diversos ordenamientos implicados, como corresponde al DIPr. Esa dificultad no es otra que la disparidad existente en el plano material entre los ordenamientos nacionales en lo relativo al contenido y alcance de los varios derechos fundamentales implicados, así como en lo que atañe a la ponderación entre ellos. Los derechos fundamentales más directamente implicados son el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de una parte, y el derecho a la libertad de expresión y de información, no solo de quien difunde el contenido de que se trate sino también de quienes pueden tener acceso al mismo, de otra. Además, según las situaciones pueden verse implicados otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, la libertad de empresa. En todo caso, se trata de derechos fundamentales cuya configuración e interacción varían significativamente a nivel internacional, sin perjuicio de la armonización existente en Europa y la UE como consecuencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Esa disparidad de criterios no solo condiciona que varíe significativamente según los países la respuesta acerca de qué contenidos son lícitos y cuáles no, sino que, además, desde la perspectiva del DIPr, resulta determinante de la relevancia del orden público del foro, en tanto que límite a la aplicación de la ley extranjera eventualmente designada por las normas de conflicto, así como al reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Al tratarse de divergencias entre los ordenamientos materiales, la mera armonización de las normas de DIPr no puede hacer posible su superación, al tiempo que la vinculación de esas diferencias con elementos culturales y sociales básicos de

---

<sup>2</sup> Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), cuyo art. 1.2.g) excluye: «Las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación».

<sup>3</sup> SSTJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685; y 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766.

<sup>4</sup> Los documentos publicados hasta la fecha por el Comité, presidido por B. Hess, se encuentran disponibles en <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

cada Estado condiciona la imposibilidad de avanzar significativamente en la armonización internacional de los estándares materiales.

Del título de la Resolución, así como muy especialmente de las definiciones recogidas en su art. 1 y de la delimitación de su ámbito en el art. 2 resulta que su objeto va referido únicamente a los aspectos de DIPr de la tutela de los derechos de la personalidad en situaciones relativas a la vulneración a través del uso de Internet. En consecuencia, implica optar por un modelo que fragmenta el tratamiento de estas cuestiones en función del medio a través del cual se produce la infracción y deja sin respuesta las situaciones transfronterizas en las que tales lesiones pueden derivar de la difusión de la información por otras vías. Es cierto que las situaciones transfronterizas más habituales, relevantes y complejas son, sin ninguna duda, aquellas que afectan a la difusión de la información por Internet, pero dejar al margen de la Resolución las que se producen a través de la difusión por otros medios limita el potencial de este instrumento como referencia para los legisladores nacionales y regionales. Como refleja la situación en materia de Derecho aplicable en la UE, la falta de una respuesta apropiada en la mayor parte de los sistemas de DIPr no va referida únicamente a la vulneración de estos derechos en línea y, por tanto, las reformas legislativas en la materia no deberían dejar al margen las vulneraciones con dimensión internacional cometidas a través de otros medios.

## 2. EL LLAMADO PRINCIPIO «HOLÍSTICO» COMO CRITERIO GENERAL

El Capítulo I de la Resolución, dedicado a los aspectos introductorios y los principios generales, proclama como criterio básico el que denomina «principio holístico». Bajo esa rúbrica su art. 3 contempla que la víctima de una lesión de sus derechos de la personalidad como consecuencia de actividades en Internet podrá ejercitar en una única demanda ante cualquiera de los tribunales competentes conforme a la Resolución (arts. 5 y 6) acciones por el conjunto del daño sufrido y para la adopción de las medidas que corresponda, habida cuenta de que esos tribunales serán en todo caso competentes para conocer de los daños que pudieran haber ocurrido en todo el mundo.

Este criterio general y su formulación suscitan varias reflexiones. Por una parte, la Resolución no aborda una de las cuestiones que en la práctica resulta más controvertida en situaciones en las que los tribunales tienen competencia global respecto de actividades en Internet, como es el ámbito territorial de las medidas de retirada de contenidos<sup>5</sup>. Una cuestión es que el alcance de la competencia de los tribunales no tenga restricciones territoriales, de modo que puedan adoptar mandamientos con repercusión global como la

<sup>5</sup> SSTJUE de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, EU:C:2019:772, y de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821.

retirada de contenidos de Internet<sup>6</sup>, y otra que las medidas que se impongan, por ejemplo, en relación con la eliminación o restricción al acceso de ciertos contenidos deban serlo en el caso concreto. La experiencia reciente demuestra cómo, en particular en materias como esta en las que existen significativas diferencias entre los ordenamientos implicados, la adopción de tales medidas con carácter mundial requiere moderación y un análisis específico, ya que afecta a la disponibilidad a través de Internet de contenidos respecto de los que los estándares sobre su licitud y en materia de derechos fundamentales varían<sup>7</sup>. En tales circunstancias, la adopción de medidas de retirada de contenidos con alcance mundial puede considerarse en otros países afectados por la medida como incompatible con su orden público, menoscabando la eventual coordinación entre sistemas<sup>8</sup>.

El «principio holístico» se corresponde con la idea de que Internet es un medio global. También es coherente con las críticas expresadas frente a la fragmentación de los litigios derivados de actividades en línea que es inherente al llamado «criterio mosaico». A diferencia del «principio holístico», el «criterio mosaico» conduce a la atribución de competencia a tribunales de una pluralidad de Estados, en principio limitada al territorio del correspondiente foro, típicamente en la medida en que una actividad en línea tiene una repercusión significativa (entre otros) en el Estado de que se trate. Sin desconocer la importancia de poder acumular reclamaciones frente a actividades en línea ante un único tribunal con competencia ilimitada, el rechazo por completo de que en determinadas circunstancias un tribunal puede tener competencia limitada a su territorio puede resultar excesivo e injustificado.

En este sentido, pese a las críticas recibidas, existen sólidas razones, entre otras vinculadas a la buena administración de justicia, a favor de mantener el «criterio mosaico» para atribuir competencia limitada a los tribunales de un Estado en el que la actividad en línea produce efectos significativos (y, por tanto, no basada en la mera accesibilidad del contenido), también en relación con derechos de la personalidad de la víctima, incluso en situaciones en las que la conexión con ese Estado no es tal como para atribuir a sus tribunales competencia con alcance ilimitado. El que esos tribunales deban adoptar medidas referidas únicamente a su territorio se corresponde con la fragmentación jurídica existente en el mundo, la utilización generalizada de mecanismos de geolocalización que hacen posible la compartimentación geográfica de la difusión de contenidos entre otros motivos para cumplir exigencias legales, así como con la circunstancia de que en la práctica resulta habitual la adopción de medidas de prohibición de acceso a ciertos contenidos únicamente desde el foro (cuya efectividad no se subordina al reconocimiento en el extranjero).

---

<sup>6</sup> STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766, apdo. 44.

<sup>7</sup> Conclusiones del Abogado General Szpunar de 4 de junio de 2019, *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:458, apdo. 100.

<sup>8</sup> Véase, v. gr. *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, caso núm. 5:17-cv-04207-EJD, 2017 WL 5000834 (N.D.Cal. Nov. 2, 2017 y N.D. Cal. Dec. 14, 2017).

Frente al modelo de la Resolución, pese a las críticas recibidas —en parte justificadas por las dificultades inherentes a ciertos pronunciamientos del TJUE sobre la accesibilidad a la información como fundamento de la competencia judicial—<sup>9</sup>, en la UE se mantiene el criterio del mosaico como alternativa a la atribución de competencia con carácter general e ilimitado a otros tribunales, como los del domicilio del demandado o de origen del daño. La reciente jurisprudencia del TJUE pone de relieve la importancia del lugar de manifestación del daño como criterio atributivo de competencia con alcance territorial limitado en el contexto frente a actividades desarrolladas a través de Internet<sup>10</sup>.

Como complemento del «principio holístico», el art. 3.2 establece una regla de litispendencia que impone la obligación de abstenerse a los tribunales de cualquier Estado cuando se hubiera presentado una demanda ante un tribunal competente en virtud de los arts. 5 ó 6. Esa obligación alcanza cualquier acción relativa a la misma conducta entre las mismas partes, en términos que parecen resultar excesivamente amplios. Ni siquiera contempla que el tribunal del Estado ante el que se presenta la segunda demanda por quien ha sido demandado en la primera pueda conocer de esa segunda demanda en situaciones en las que no cabe esperar que el Estado ante el que se presentó la primera demanda dicte una resolución susceptible de ser reconocida y ejecutada en ese otro Estado. Cabe dudar de que la mera aplicación de reglas comunes de competencia —y ley aplicable— sea suficiente para justificar a nivel internacional la imposición de esa obligación con un alcance tan amplio.

### 3. COMPETENCIA JUDICIAL

Las reglas de competencia se hallan contenidas en los arts. 5 y 6. Este último contempla el régimen de los acuerdos de elección de foro, diferenciando entre los celebrados con posterioridad al hecho generador del daño y los anteriores a ese momento. Estos últimos se someten a significativas restricciones, incluyendo la exigencia de que se celebren entre partes que desarrollen una actividad comercial. Las circunstancias que rodean a los litigios en esta materia determinan que los acuerdos de elección de foro tengan normalmente una importancia residual.

En síntesis, el art. 5 de la Resolución atribuye competencia con alcance global a los tribunales de los Estados en los que se localice cualquiera de estos cuatro criterios: *a)* donde tuvo lugar la «*critical conduct*» por parte del supuesto responsable; *b)* el domicilio («*home State*») del demandado; *c)* el Estado donde se hayan producido o puedan producirse las consecuencias

<sup>9</sup> SSTJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/02, EU:C:2013:635, apdo. 42, y de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apdo. 32.

<sup>10</sup> Como ejemplo más reciente, aunque referido a un sector específico y distinto del de la lesión de los derechos de la personalidad, véase la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve y otros*, C-172/18, EU:C:2019:674, apdos. 52 y 57.

lesivas en mayor medida («*most extensive injurious effects*»), y *d*) el domicilio de la víctima si el contenido en línea estaba accesible en ese Estado o la víctima sufrió daño ahí. La competencia atribuida con base en los criterios *c*) y *d*) queda excluida si el demandado prueba que *a*) no obtuvo beneficio significativo porque el contenido estuviera disponible en el foro y *b*) no era razonable prever que el contenido estaría accesible en el foro o que la conducta del demandado causaría daño en ese Estado.

En general, se trata de criterios que responden a una conexión con el litigio tal que puede justificar la atribución de competencia con alcance ilimitado y, de hecho, en general se basan en elementos que normalmente permitirían atribuir competencia con ese alcance en sistemas tan significativos como los de la UE y, con todos los matices, el de Estados Unidos. Esa conclusión se impone porque estos criterios de competencia van referidos solo a demandas «*seeking to redress or to prevent an injury to a person's right of personality*», de modo que en principio no operan con respecto al eventual ejercicio de acciones por parte del supuesto infractor.

No obstante, la caracterización de alguno de esos criterios de conexión puede ser fuente de incertidumbre y menoscabar su eventual aplicación uniforme. Tal es el caso de la concreción de qué se considera como «*critical conduct*» relevante a los efectos del art. 5.1.a). Asimismo, en virtud del art. 4.c), la determinación de cuál es el Estado en el que se han producido o puedan producirse las consecuencias lesivas en mayor medida («*most extensive injurious effects*») debe hacerse conforme a la ley del foro. La renuncia a una interpretación uniforme de esos criterios y la remisión a la legislación del foro pueden ser fuente de descoordinación y dificultar la armonía en la aplicación de estos criterios en las situaciones en las que conductas causan efectos significativos en varios Estados.

Como complemento a la observación antes realizada acerca del «criterio mosaico», puede cuestionarse la exclusión por completo de la posibilidad de que tribunales distintos a los del domicilio del demandado y a los del Estado en el que se producen «*the most extensive injurious effects*» puedan conocer, pese a que se trate de un Estado en el que la conducta produce efectos muy significativos. La atribución a los tribunales de un Estado en el que la conducta produce daños significativos de competencia limitada a su territorio resulta un criterio plenamente razonable, aunque conduzca a una fragmentación que en la práctica es plenamente coherente con la fragmentación jurídica a nivel mundial, con la geolocalización de las actividades en línea y con la posibilidad de adoptar medidas que restrinjan el acceso a los contenidos únicamente desde el foro.

#### 4. DERECHO APLICABLE

La posibilidad por las partes de elegir la ley aplicable aparece contemplada en el art. 8 con restricciones paralelas a las previstas en el art. 6 para los

acuerdos de elección de foro. Habida cuenta de la limitada trascendencia práctica de la elección de la ley aplicable en estas situaciones, la disposición fundamental en materia de ley aplicable es el art. 7, que aparece dividido en cinco apartados. Cada uno regula por separado la ley aplicable en función del criterio determinante de la atribución de competencia en el caso concreto: los recogidos en los apdos. *a)* a *d)* del art. 5 más la elección del tribunal por las partes en virtud del art. 6.

Cuando la competencia se basa en cualquiera de los criterios de los apdos. *a)* a *d)*, la ley en principio aplicable es la del foro, si bien, salvo en el primer supuesto —foro del lugar de la «*critical conduct*» del supuesto responsable— en los demás se prevén ciertos correctivos que pueden llevar a que la ley aplicable sea otra distinta a la del foro, como la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación, la ley del país en el que tuvo lugar la «*critical conduct*» del demandado o la ley del país en el que se producen «*the most extensive injurious effects*». Asimismo, cuando el fundamento de la competencia es un acuerdo atributivo de competencia y el tribunal designado por las partes no coincide con ninguno de los enumerados en los apdos. *a)* a *d)* del art. 5, se prevé que en esos casos la ley aplicable será la del Estado que presenta los vínculos más estrechos.

La aplicación como criterio preferente de la ley del foro resulta apropiada en esta materia, con conexiones tan estrechas con el orden público, habida cuenta de la trascendencia de la ponderación entre derechos fundamentales para fijar los límites a la licitud de estas conductas. Ahora bien, el art. 7 establece una estructura especialmente compleja con soluciones no exentas de dificultades. Por ejemplo, no queda claro por qué la ley aplicable ha de ser la del país en el que tuvo lugar la «*critical conduct*» del demandado incluso en situaciones en las que la información iba dirigida y produce efectos significativos únicamente en otros Estados. En la medida en que hay situaciones en las que la ley aplicable puede no ser la del foro, llama la atención que no se contemple el eventual recurso al orden público. La complejidad reseñada es de prever que limite la relevancia de la Resolución como modelo para los legisladores nacionales y regionales, al tiempo que la indefinición respecto de algunos de los criterios de conexión menoscaba su potencial armonizador.

## 5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

La Resolución opta por no establecer un régimen específico de reconocimiento e incorporar por referencia el grueso del nuevo Convenio de La Haya de 2 de julio de 2019, que precisamente excluye en los apdos. *k)* y *l)* de su art. 2.1 la materia objeto de la Resolución. Como complemento a esa remisión, el art. 9 de la Resolución contempla un doble control específico, de la competencia judicial y de la ley aplicada. Si el tribunal de origen ha establecido su competencia y determinado la ley aplicable al fondo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 ó 6, por una parte, y 7 u 8 de otra, la decisión

extranjera será reconocida si cumple con los requisitos establecidos en los arts. 4, 7 a 10 y 13 a 15 del Convenio de la Haya. Se trata de una remisión que encuentra su fundamento en que la formulación de buena parte de esas condiciones del Convenio de La Haya responde a estándares ampliamente aceptados a nivel internacional, incluso procedentes de otros instrumentos de la propia Conferencia de La Haya.

Sin entrar a valorar las posibles dificultades inherentes a una remisión como la contenida en la Resolución, debe destacarse que en la práctica el principal obstáculo al reconocimiento y ejecución en esta materia es el orden público<sup>11</sup>. Se trata de un motivo de denegación del reconocimiento que depende del ordenamiento jurídico del Estado requerido y que la Resolución, habida cuenta de su limitado objeto, no contribuye a armonizar. La trascendencia del orden público como límite al reconocimiento y ejecución de resoluciones limita la trascendencia práctica del «principio holístico» sobre el que se basa la Resolución y cuestiona la completa marginación de la posibilidad de atribuir competencia con alcance territorialmente limitado, que da lugar a medidas que típicamente no requieren el reconocimiento y ejecución en el extranjero (al menos cuando se trata de condenas no pecuniarias).

## 6. REFLEXIÓN FINAL

La Resolución constituye un valioso referente para la evolución del DIPr en materia de vulneraciones de derechos de la personalidad en línea, con la plasmación de ciertos estándares que pueden ser relevantes tanto en la evolución de las normas en la materia como en la aplicación de los sistemas actuales. Ahora bien, el limitado objeto y el grado de complejidad de las normas contenidas en la Resolución, unidos a la indeterminación de alguno de los criterios de conexión en los que se basa, pueden condicionar su valor como referente para los legisladores nacionales y regionales en la materia. En los trabajos futuros en esta materia dos grupos de cuestiones adicionales deben merecer especial atención: el tratamiento de los llamados prestadores de servicios intermediarios, a través de cuyos servicios típicamente se difunden los contenidos lesivos, así como la determinación del alcance espacial de los mandamientos judiciales frente a actividades ilícitas en línea.

**Palabras clave:** derechos de la personalidad, Internet, Derecho internacional privado.

**Keywords:** personality rights, Internet, conflict of laws.

---

<sup>11</sup> Junto al orden público también el control de la competencia del tribunal de origen como mecanismo para reaccionar frente a riesgos de *forum shopping* ha desempeñado un papel especialmente importante, como refleja la adopción en Estados Unidos de la *2010 Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage (SPEECH Act)* 28 USC §§ 4101-4105.