

UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA RESOLUCIÓN DEL IDI SOBRE INTERNET Y LA VULNERACIÓN DE LA PRIVACIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO «HOLÍSTICO» Y LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—2.1. Reducción insuficiente del *forum shopping*.—2.2. Erradicación incompleta del criterio de la mera accesibilidad.—3. DERECHO APLICABLE: LA *LEX FORI* Y SUS EXCEPCIONES.—4. CONCLUSIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DIPR UE.

1. INTRODUCCIÓN

1. La adopción por parte del Instituto de Derecho Internacional de la Resolución «Internet y la vulneración de la privacidad: cuestiones de competencia judicial, ley aplicable y ejecución de resoluciones extranjeras» (en adelante la Resolución) el pasado 31 de agosto de 2019, llega en un momento en el que resulta más pertinente que nunca abordar la adopción de normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea (en adelante DIPr UE) en esta materia. La razón de esta pertinencia es triple.

En primer lugar, la desafortunada utilización con creciente asiduidad de aplicaciones informáticas (blogs, redes sociales, Whatsapp, etc.) para divulgar *fake news* o «posverdades» con carácter inmediato, y con un impacto mundial; y la generalización y sofisticación del tratamiento automatizado de datos personales por los operadores económicos sobre todo con la llegada de la inteligencia artificial. Ambos fenómenos deben llevar a reafirmar la im-

* Profesor titular de Derecho internacional privado (Universidad de Alicante), aurelio.lopez@ua.es. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PROMETEO/2018/088 «El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado» (Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 14 de noviembre de 2019.

portancia que los derechos de la personalidad tienen en la sociedad actual y sus fórmulas de protección. Teniendo en cuenta el alcance global de estas actividades, este replanteamiento de la regulación existente debe incluir necesariamente el DIPr.

En segundo lugar, la importante labor realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la relación entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad no ha sido suficiente para reducir las diferencias existentes entre las legislaciones internas en la materia en relación con cuestiones tales como los diferentes derechos de la personalidad protegidos, los mecanismos para su protección, o la ponderación de estos principios en la práctica¹. Esto genera inseguridad jurídica no solo en los medios de comunicación, sino también en otros operadores económicos cuyas actividades, de un modo u otro, pueden afectar a los derechos de la personalidad de los usuarios (p. ej., porque gestionan datos personales). Esta inseguridad jurídica se ve acrecentada por la «regla del mosaico» establecida por el TJUE en materia de competencia judicial internacional²; y por la necesidad de recurrir a las normas de conflicto nacionales a la hora de determinar la ley aplicable, las cuales presentan importantes diferencias³. En definitiva, a día de hoy la vulneración de los derechos de la personalidad sigue siendo una materia que se presta a la práctica del *forum shopping*, o *libel tourism*⁴.

En tercer lugar, debe recordarse que los mayores obstáculos para la introducción de una normativa especial en la materia (especialmente en el Reglamento Roma II) llegaron por parte del Reino Unido⁵. Pues bien, la decisión adoptada por este país de abandonar la UE elimina este obstáculo.

2. Resulta, por tanto, posible y necesaria la tramitación de una normativa especial de DIPr UE en materia de vulneración de derechos de la personalidad, acompañada o no de una armonización sustantiva⁶.

Ante esta circunstancia, merece la pena analizar la Resolución para identificar elementos que pudieran servir de modelo para esa reforma, en particular en lo que se refiere a la competencia judicial y el Derecho aplicable.

¹ HESS, B., «The Protection of Privacy in the Case Law of the CJEU», en HESS, B. y MARIOTTINI, C. M. (eds.), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 81 y ss., esp. p. 88; esp. pp. 322-327.

² STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y Martinez*, asuntos C-509/09, y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

³ Se puede obtener una visión de conjunto en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «The Internet - Privacy and Rights relating to Personality», *Recueil des Cours*, vol. 378, 2016, pp. 263 y ss., esp. pp. 391-395.

⁴ HARTLEY, T., «Libel Tourism and Conflict of Laws», *ICLQ*, vol. 59, 2010, pp. 25-59.

⁵ DIKINSON, A., *The Rome II Regulation*, OUP, 2008, par. 3.219 y ss.

⁶ J. J. Álvarez condiciona la efectividad de cualquier regulación de DIPr en la materia, con esta armonización de los aspectos sustantivos (ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad», *AEDIPr*, vol. 11, 2011, pp. 89 y ss.).

2. EL PRINCIPIO «HOLÍSTICO» Y LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

3. Las cuestiones de competencia judicial internacional vienen reguladas en los arts. 5 y 6 de la Resolución, si bien también es necesario referirse al art. 3.

De acuerdo con el art. 6, las partes pueden elegir el tribunal competente con carácter previo o posterior al nacimiento del litigio, circunstancia que no será muy habitual en la práctica. En su defecto, el art. 5 ofrece hasta cuatro foros de competencia alternativos en los que la víctima puede presentar la demanda:

a) Los del «Estado en el que la persona cuya responsabilidad se reclama llevó a cabo la conducta crítica»⁷ [art. 5.1.a)].

b) Los del «Estado de residencia (*home State*)⁸ de la persona cuya responsabilidad se reclama» [art. 5.1.b)].

c) Los del «Estado en el que se produjeron o se pueden producir los efectos más vulneradores»⁹ [art. 5.1.c)].

d) Los del «Estado de residencia de la persona que sufrió o puede sufrir la vulneración si el material publicado era accesible desde ese Estado o la persona sufrió allí la vulneración» [art. 5.1.d)].

De acuerdo con el art. 5.2, en los dos últimos supuestos, el tribunal no podrá declararse competente si el demandado demuestra que: a) «no obtuvo ningún beneficio pecuniario u otro beneficio significativo por el hecho de que el material publicado fuera accesible desde el Estado del foro», y b) «una persona razonable no pudo prever que el material sería accesible desde el Estado del foro, o que la conducta de esa persona causaría una vulneración en ese Estado».

4. Si atendemos al «principio holístico» previsto en el art. 3, una vez determinada la competencia judicial de un tribunal de acuerdo con estas disposiciones, ningún otro tribunal podrá declararse competente¹⁰. Se evita, así, la posibilidad de que se presenten demandas relativas a una misma vulneración de derechos de la personalidad ante los tribunales de diferentes Estados. Y ello aunque una demanda esté referida la vulneración cometida en el territorio de un Estado, y otra a los daños producidos en el territorio de ese otro Estado.

⁷ Entendiendo por tal la «autoría, carga, almacenamiento o divulgación de la información que resulta ser la principal causa de la vulneración» (art. 1.8).

⁸ Véase definición en art. 1.11.

⁹ En la versión en inglés, «*most extensive injurious effects*».

¹⁰ El apdo. 2 establece únicamente dos excepciones: el tribunal ante el que se presentó la primera demanda ha suspendido el procedimiento o ha inadmitido la demanda; el procedimiento ante este primer tribunal se está demorando excesivamente y no es previsible que concluya en un periodo de tiempo razonable.

El «principio holístico» implica la eliminación de la regla del mosaico, algo sobre lo que en la UE está de acuerdo tanto la doctrina¹¹ como el abogado general¹². Se favorece, así, la previsibilidad, la buena administración de justicia y se evitan conductas fraudulentas consistentes en la presentación de acciones opresivas en procedimientos paralelos¹³.

No obstante, la Resolución no reduce suficientemente las posibilidades de *forum shopping*, lo cual resulta criticable. Ello es debido a que se prevé un número excesivo de foros alternativos, y a la indefinición de algunos de los conceptos utilizados en la Resolución.

2.1. Reducción insuficiente del *forum shopping*

5. En primer lugar, el foro del lugar de comisión de la «conducta crítica» es prescindible¹⁴. Como explica el Informe sobre la Resolución¹⁵, en la mayoría de los casos este lugar coincidirá con el domicilio del demandado, o bien con la localización de un establecimiento del demandado desde el que la información se ha hecho accesible en Internet. Es decir, analizado desde la perspectiva del DIPr UE, en estos casos el foro es innecesario: en el primer caso será aplicable el art. 4, y en el segundo el art. 7.5 R. Bruselas I.

El único supuesto en el que este foro puede aportar un foro alternativo es cuando el lugar de comisión de la conducta crítica no coincide con ninguno de esos lugares. Pero en tal caso se corre el riesgo de atribuir la competencia a tribunales con una escasa vinculación con el litigio. Efectivamente, una información injuriosa puede ser puesta a disposición en Internet por una persona que está de viaje desde una habitación de hotel a través de un portátil, o incluso desde un aeropuerto gracias a un dispositivo móvil. Abrir las puertas al foro del lugar de comisión de la conducta crítica sin ningún tipo de excepción como la establecida para los foros del art. 5.1.c) y d) atenta contra la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultados. No se puede justificar, además, como podría ocurrir en litigios acaecidos en el mundo analógico, en que los elementos de prueba se encuentran en ese Estado.

6. En segundo lugar, la distinción entre el foro del lugar donde se produjeron los efectos más vulneradores [art. 5.1.c)], y el del Estado de la víctima [art. 5.1.d)] resulta problemática.

¹¹ HESS, B., *op. cit.*, nota 1, p. 98, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 2, p. 349.

¹² Conclusiones del abogado general de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen* (asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:554), apdos. 73 y ss.

¹³ Conclusiones del abogado general de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, apdo. 88.

¹⁴ Esta no es una opinión unánime en la doctrina. Así, por ejemplo, el abogado general en sus Conclusiones de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, apdo. 92, defiende su aplicación.

¹⁵ Me refiero al Informe de la 8.ª Sesión de la Comisión (p. 268), elaborado por los profesores E. Jayme y S. Simeonydes. Disponible en <http://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/06/Commission-8-Internet-and-privacy-infringement-Symeonides-Travaux-La-Haye-2019.pdf>. Debe advertirse que se ha trabajado con el informe publicado a 11 de noviembre de 2019, el cual no estaba referido a la versión final de la Resolución.

De acuerdo con el Informe, la combinación de ambos foros permitiría cubrir los supuestos regulados por el criterio del centro de intereses de la víctima establecido por el TJUE. Así, el primer caso se correspondería con el centro de intereses de la víctima cuando se trata de una persona jurídica, y el segundo con el de la persona física¹⁶. A mi modo de ver, la distinción presenta matices importantes.

De la STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*¹⁷, no puede extraerse, como sostiene el Informe, que el centro de intereses de una persona jurídica se presume que está allí donde sufre los daños más lesivos, sino en el «lugar en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica»; y si no es posible determinar el Estado miembro en el que dicha actividad es preponderante, el foro no resultará aplicable. A mi modo de ver, la interpretación acogida por la Resolución y la propia indefinición del término «efectos más vulneradores» ofrece un margen mucho mayor a las víctimas para practicar el *forum shopping*, con lo cual se menoscaba la seguridad jurídica y previsibilidad de resultados.

Del mismo modo, si bien el art. 5.1.d) puede llevar al mismo resultado que la aplicación del criterio del centro de intereses de la persona física, no debe desconocerse que el foro también es aplicable cuando la víctima es una persona jurídica la cual, de acuerdo con el art. 1.11, tiene su Estado de residencia allí donde se encuentra su sede estatutaria, su centro de actividad principal o el Estado de acuerdo con cuya ley se ha establecido. En definitiva, la definición amplia de «Estado de residencia» favorece al demandante-persona jurídica que, potencialmente, puede elegir hasta tres Estados donde presentar la demanda.

Si bien en ambos casos resulta posible para el demandado cuestionar la competencia del tribunal a partir de la excepción del art. 5.2, debe recordarse que para que resulte aplicable deben cumplirse las dos condiciones establecidas.

2.2. Erradicación incompleta del criterio de la mera accesibilidad

7. La Resolución también prevé, aunque no de manera absoluta, la erradicación del criterio de la mera accesibilidad. Se trata de una cuestión sobre la que también existe acuerdo doctrinal¹⁸, que ha sido propuesta por el abogado general¹⁹ y que incluso el TJUE ha dejado entrever en sus últimas decisiones²⁰.

¹⁶ Pp. 269 y 270.

¹⁷ Asunto C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, apdos. 41 y 43.

¹⁸ Entre otros, HESS, B., *op. cit.*, nota 1, p. 98, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 2, p. 349.

¹⁹ Conclusiones de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, apdos. 78 y ss.

²⁰ En la Sentencia *Bolagsupplysningen*, el TJUE ha establecido la imposibilidad de solicitar medidas que tienen naturaleza unitaria o indivisible (p. ej., la rectificación de los datos o la supresión de contenidos almacenados en un sitio *web*) ante los tribunales de un Estado miembro desde el que la

Así, el art. 5.1.d) permite a la víctima presentar la demanda ante los tribunales de Estado de su residencia si la información es accesible desde ese Estado. No obstante, el tribunal deberá declararse incompetente si el demandado demuestra: a) que la información no tenía una finalidad comercial, y b) que no pudo prever que la información sería accesible desde ese Estado o que causaría daño en ese Estado (art. 5.2).

Según el Informe, la introducción de esta excepción persigue evitar que particulares o pequeños empresarios que publican información en blogs, sitios *web* o redes sociales puedan ser demandados en Estados a los que no tenían intención de dirigirse²¹.

8. A mi modo de ver, el primer requisito resulta criticable. Su supresión conseguiría alcanzar resultados más adecuados. Y ello por dos razones.

Para empezar, no resulta justificado que, si el demandado persigue una finalidad comercial, los tribunales del Estado de residencia de la víctima puedan resultar competentes por el simple hecho de que la información es accesible desde ese Estado. Esto supone volver abrir la puerta al criterio de la accesibilidad, pero con consecuencias mucho peores pues, de acuerdo con el principio «holístico», el tribunal tendrá competencia para conocer de todos los daños, con independencia del lugar donde se hayan producido. Si bien es cierto que, en estos casos, el demandado puede solicitar la aplicación de la ley del Estado donde se produjeron los efectos más vulneradores (art. 7.4), esto no reduce la inseguridad jurídica en materia de jurisdicción.

Pero, además, la redacción de la disposición no garantiza que todos los particulares y pequeños empresarios estén a salvo del *forum actoris*. En la actualidad, las modernas técnicas de publicidad programática ofrecidas por empresas como Google, Outbrain o Amazon, permiten que los anuncios que aparecen en un sitio *web*, un blog o una cuenta en una red social sean personalizados en atención a la localización geográfica de la persona que accede a la información. En la medida en que el titular de esa información reciba parte de las ganancias que generan dicha publicidad, es muy poco probable que pueda invocar la excepción.

3. DERECHO APLICABLE: LA *LEX FORI* Y SUS EXCEPCIONES

9. El principio «holístico» no solo implica que únicamente puede haber un tribunal competente para conocer de la vulneración de derechos de la personalidad. También significa que ese tribunal conocerá de dicha acción en atención a una única ley, independientemente del número de Estados en los que se dejen sentir los efectos de la vulneración.

información es accesible (apdo. 48). También se ha desechado este criterio en materia de marca UE en la STJUE de 5 de septiembre de 2019, asunto C-172/18, *AMS Neve*, ECLI:EU:C:2019:674.

²¹ P. 271.

Dicha ley viene determinada por los arts. 7 y 8. El segundo otorga a las partes la facultad de elegir el Derecho aplicable antes o después del nacimiento de la controversia. En defecto de elección, la primera disposición establece como regla general la aplicación de la *lex fori*²², sujeta a dos excepciones:

a) Cuando la demanda se presenta ante los tribunales del Estado donde se produjeron los efectos más vulneradores, la persona perjudicada puede solicitar la aplicación de la ley del lugar de comisión de la conducta crítica.

b) Cuando la demanda se presenta ante los tribunales del Estado de residencia de la víctima, el demandado puede solicitar la aplicación de la ley del Estado donde se han producido los efectos más vulneradores.

Se trata de una solución original, que hasta donde conocemos, no es acogida en ningún Estado miembro ni en la propuesta inicial de Reglamento Roma II²³ ni en ninguna de las propuestas de regulación ofrecidas por el Parlamento Europeo²⁴ o la doctrina²⁵.

Según el Informe, su elección responde a su simplicidad, a que favorece una buena administración de justicia y a que garantiza una adecuada ponderación de los intereses de demandantes y demandados²⁶. No obstante, la consecución de estos objetivos precisaría de algún ajuste a la regulación propuesta.

10. Por un lado, en algunos supuestos, la solución *lex fori* puede implicar la aplicación de la ley de un ordenamiento con una escasa vinculación con el litigio. Tal será el caso cuando la demanda se presente ante los tribunales del lugar de comisión de la conducta crítica (art. 7.2); o ante los tribunales del lugar de producción de los efectos más vulneradores y el demandante demuestre que la conducta crítica ocurrió en otro Estado (art. 7.3). Las razones anteriormente expuestas para justificar la supresión del foro de competencia del art. 5.1.a) son aplicables para criticar este criterio de determinación de la ley aplicable.

Esta escasa vinculación también existe si la víctima presenta la demanda ante los tribunales del Estado de su residencia habitual y el demandado no prueba que los efectos más vulneradores se han producido en otro Estado, o no consigue acreditar el contenido de la ley de ese otro Estado (art. 7.4). La prueba de estos elementos puede ser difícil para personas físicas o pequeños empresarios que se han visto imposibilitados de cuestionar la competencia de estos tribunales con base en la excepción prevista en el art. 5.2. En tales supuestos, la ley aplicable será la del Estado de residencia habitual de la víctima, la cual no tiene porqué coincidir con la del Estado donde se producen

²² De acuerdo con el art. 7.5, cuando el tribunal competente haya sido elegido por las partes, y coincida con uno de los previstos en el art. 5, se aplicará igualmente la *lex fori* sujeto a las excepciones del art. 7. Cuando no coincida se aplicará la ley más estrechamente vinculada.

²³ Art. 6, en Doc. COM(2003) 247 Final.

²⁴ Art. 5 bis, la propuesta está publicada en *DOUE* C 261E, de 13 de septiembre de 2013.

²⁵ Hess, B., *op. cit.*, nota 1, p. 110.

²⁶ P. 275.

los efectos más vulneradores por lo que la vinculación con el litigio no está garantizada.

11. Por otro lado, la solución propuesta no responde a una adecuada ponderación de los intereses de las víctimas y los medios de comunicación. La única opción de la víctima de elegir la ley más favorable se da en el supuesto de que presente la demanda ante los tribunales del Estado donde se producen los efectos más vulneradores. En tal caso, puede optar entre la ley de ese Estado, o la del Estado de comisión de la conducta crítica (art. 7.3).

En el resto de supuestos, o bien se aplica la ley del Estado de la residencia del demandado o de comisión de la conducta crítica (art. 7.1 y 2); o bien es el demandado el que puede elegir entre la ley del Estado de la residencia de la víctima o, en el caso de ser otro, la del Estado de producción de los efectos más vulneradores. Es decir, se aplicará una ley que presumiblemente favorecerá los intereses del medio de comunicación.

A mi modo de ver, no resulta justificado que la víctima disponga de una *optio legis* cuando demanda al medio de comunicación ante los tribunales del Estado de producción de los efectos más vulneradores, pero no cuando lo demanda ante los tribunales de su residencia habitual o del Estado de comisión de la conducta crítica (donde, presumiblemente, el medio de comunicación tendrá un establecimiento).

4. CONCLUSIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DIPR UE

12. La Resolución puede aportar una solución adecuada en el plano internacional y, en particular, en Estados que requieren de una regulación *ex novo* de la materia. No obstante, desde el punto de vista del DIPr UE no parece aconsejable incorporar las soluciones propuestas a una reglamentación especial en la materia. Ello es debido a que los criterios reguladores existentes en la UE son muy diferentes a los que sirven de base a la Resolución. Me refiero, en particular, al criterio del centro de intereses de la víctima, y al principio *lex loci damni*.

En este sentido, nos parece una solución más acorde con estos principios y menos compleja que la propuesta en la Resolución, el establecimiento de un único foro de competencia especial basado en el criterio del centro de intereses de la víctima tal y como viene definido por el TJUE para las personas físicas y personas jurídicas.

Por su parte, los beneficios que comporta la aplicación de la *lex fori* puede venir garantizada, de manera más sencilla, mediante una norma de conflicto especial diseñada a partir de ese mismo criterio y que favorezca, así, la correlación *forum-ius*.

En la medida en que el centro de intereses de la víctima se encuentra en el lugar donde se han producido los daños más vulneradores del derecho de

la personalidad considerado, resulta muy difícil atribuir la competencia a los tribunales de un Estado o dar entrada a una determina ley a partir del criterio de la mera accesibilidad.

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

Keywords: personality rights, Internet, conflict of laws.