

DERECHO APLICABLE A LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA DIFAMACIÓN

LAW APPLICABLE TO DAMAGE OF DEFAMATION

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO

Catedrático Derecho internacional privado. UPV/EHU

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. EL PROCESO DE PAULATINA ARMONIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA. III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO ANTE LITIGIOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El sector de la difamación, frente a la protección de los derechos de la personalidad es especialmente complejo, debido a que incorpora elementos de internacionalidad derivados de la difusión mediática de informaciones supuestamente atentatorias de tal derecho susceptible de protección y que conducen, teóricamente, a la potencial aplicación de una atomizada relación de leyes nacionales o estatales. Este factor de complejidad se acentúa si tal afección a los derechos de la personalidad se produce a través de internet. Desde la óptica del Derecho internacional privado y de sus técnicas de reglamentación, y ante la laguna de regulación conscientemente asumida en el Reglamento Roma-II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, no es factible proyectar de forma mimética al ámbito de la ley aplicable las soluciones elaboradas en el ámbito de la determinación del tribunal competente (competencia judicial internacional). Y de igual modo, carece de toda viabilidad normativa el recurso a la vía o técnica conflictual si previamente no se logra alcanzar un nivel de armonización material o sustantiva de mínimos.

Desde la óptica de nuestra disciplina, quisiera acercar al lector unas reflexiones acerca de la novedosa regulación comunitaria conflictual del Derecho de daños (ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual que generen un conflicto de leyes), plasmada en el conocido en nuestra jerga como Reglamento Roma-II, normativa que me permite evocar también al recordado compañero Miguel AMORES, que estudió brillantemente esta dimensión de la «Difamación y Roma-II» en un excelente artículo realizado junto a Elisa TORRALBA MENDIOLA y publicado en el *AEDIPr*, t. VII, 2007.

Se trata de una materia deliberadamente no abordada en el nuevo Reglamento, y el objetivo de estas líneas es tratar de analizar la forma a través de la cual superar tal laguna del sector de la difamación frente a la protección de los derechos de la personalidad, especialmente compleja cuando incorporar elementos de internacionalidad derivados, por ejemplo, de la difusión mediática de informaciones supuestamente atentatorias de tal derecho susceptible de protección y que conducen teóricamente a la potencial aplicación de una atomizada relación de leyes nacionales o estatales (tantas como Estados en los que la información injuriosa o difamatoria es publicada, por ejemplo).

El genérico concepto de «Derecho de la personalidad» abarca todos los derechos inherentes a las personas, que las individualicen y permanezcan inseparables a ella durante toda su vida¹; su potencial extensión queda delimitada en estas líneas de reflexión en torno a aquellos derechos que constituyen un límite a la libertad de expresión y de información: el derecho al honor, derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.

Desde la óptica del Derecho Internacional Privado y de sus técnicas de reglamentación cabe anticipar ciertas orientaciones del estudio: no es extrapolable de forma mimética la solución prevista ya en el ámbito de la Protección de datos al ámbito de esta reflexión.

La Sentencia del TJUE de fecha 16 de diciembre de 2008 (asunto C-73/07) permitió precisar la relación entre la protección de datos y la libertad de prensa, fijando criterios que aportan seguridad jurídica para diferenciar entre lo que ha de calificarse como «actividad periodística» (cuando su finalidad es divulgar al público información, opiniones o ideas por cualquier medio de comunicación) frente a otro tipo de actividades, y trata de delimitar la frontera de equilibrio entre la protección de la intimidad y la libertad de expresión. Esta decisión judicial marca a nuestro juicio el *iter*, el camino a seguir en los trabajos normativos orientados a la consecución de la necesaria y antes citada armonización material de mínimos entre las legislaciones de los veintisiete Estados de la UE.

¹ Constituyen derechos de la personalidad el derecho a la propia vida, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la libertad personal, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a elegir libremente su residencia y circular por el territorio, el derecho a tener un nombre que la identifique, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho al honor, derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.

En segundo lugar, debe subrayarse que tampoco es factible, ante la laguna de regulación conscientemente asumida en el nuevo Reglamento Roma-II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento (CE) núm. 864/2007, denominado, como antes se ha señalado, *Reglamento Roma II*), proyectar al ámbito de la ley aplicable las soluciones elaboradas en el ámbito de la determinación del tribunal competente (competencia judicial internacional). Y de igual modo, carece de toda viabilidad normativa el recurso a la vía o técnica conflictual si previamente no se logra alcanzar un previo nivel de armonización material o sustantiva de mínimos.

II. EL PROCESO DE PAULATINA ARMONIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La auténtica «ley de la selva» que supone la maraña de atomizadas normas estatales convierte al operador jurídico en una suerte de «prestidigitador» normativo, a la búsqueda de la norma favorable para los intereses de su representado.

Sin esa previa labor de necesario consenso de mínimos en torno al contenido material de los derechos en presencia, la opción por una técnica conflictual podría generar en realidad más problemas de los que se intentan resolver ante la laguna de regulación existente en la actualidad a nivel comunitario europeo.

En el contexto de los 27 Estados integrantes de la UE el régimen regulador de los derechos fundamentales vinculados a la vida privada, de un lado, y de la libertad de expresión y de información por otro, varía notablemente entre los Derechos de los Estados miembros. Parte del contenido material de tales derechos avanza paulatinamente hacia su *comunitarización* (un reciente ejemplo puede apreciarse en la Nueva Carta Europea por la Libertad de Prensa), materializada en mayo de 2009, pero otros muchos ámbitos vinculados a este sector queda regido por las heterogéneas y divergentes regulaciones estatales.

El alcance y la interacción de estos derechos en los textos constitucionales han de ser analizados y valorados conforme a la jurisprudencia de los respectivos altos tribunales, que dan muestra de su difícil e impreciso equilibrio. Por su parte, la naturaleza civil y/o penal de los comportamientos atentatorios de la vida privada pone en evidencia la divergencia existente entre las concepciones vigentes en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Además, mientras que algunos Estados disponen de una normativa desarrollada en este ámbito, otros carecen de ella. El legado común previsto en la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* y en el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* elaborado en el seno del Consejo de Europa no resulta suficiente para superar los problemas que suscita la divergencia material o sustantiva existente entre los Derechos nacionales.

Esta divergencia enfatiza la importancia de la cuestión del Derecho aplicable en todos aquellos supuestos con repercusión transfronteriza. La determinación del Derecho aplicable a este tipo de controversias tiene una transcendencia vital para los agentes implicados, ya que de la solución normativa final dependerá de la protección que reciban los derechos afectados en el Derecho nacional que resulte aplicable.

Para la determinación del Derecho aplicable el órgano jurisdiccional que conozca de un litigio de estas características aplicará las normas de conflicto previstas en el Derecho del foro. Después de la exclusión de la materia de las obligaciones extracontractuales que derivan de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, en la actualidad conviven 27 normas de conflicto en la Unión Europea.

Resulta destacable la divergencia existente entre las normas de conflicto de los Estados miembros. La mayoría de los Estados no prevén normas de conflicto especiales para la materia de la obligación extracontractual derivada de atentados contra los derechos de personalidad. La mayoría de los Derechos nacionales incorporan, en sus reglas generales, el criterio de la *lex loci delicti commissi*; sin embargo, en los Derechos del *common law* todavía sigue activa la *double actionability rule*. Por su parte, también existen diferencias sustanciales entre las normas de conflicto de los Estados que prevén la aplicación de la *lex loci delicti commissi*. Así, destaca la presencia irregular de excepciones a la regla general fundadas en la residencia o nacionalidad común de las partes implicadas, en la autonomía de la voluntad limitada, en la residencia habitual del perjudicado o en la existencia de vínculos más estrechos con la ley de otro Estado.

Incluso la propia interpretación de la regla general de la *lex loci delicti commissi* ante los respectivos tribunales nacionales deviene divergente. Los atentados a la vida privada por medio de la prensa, en muchas ocasiones, suelen ser atentados *a distancia* y los daños se manifiestan simultáneamente en varios Estados. Todo ello complica la interpretación uniforme de la regla *lex loci delicti commissi* e incrementa la inseguridad jurídica de los sujetos que participan en estas relaciones. Ahora bien, si en algo coinciden las normas de conflicto de los Estados miembros es que la mayoría de ellos, de forma muy clara, emplean el criterio del Estado de destino para la determinación de la ley aplicable.

El criterio del Estado de destino podía ser un punto de partida adecuado para la elaboración de una norma de conflicto unificada para la Unión Europea. Sin embargo, durante las negociaciones del Reglamento Roma II las posturas presentadas por los agentes directamente interesados resultaron irreconciliables.

La dificultad real de aunar voluntades en torno a una norma de conflicto unificada no implica que la solución sea la del mantenimiento de la situación actual, ya que es, sin duda, necesaria la intervención del legislador comunitario en este ámbito.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO ANTE LITIGIOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En ausencia de una armonización mínima de los Derechos materiales de los Estados miembros parece difícil que pueda alcanzarse un acuerdo aceptable por todos en torno a una única norma de conflicto. No obstante, el legislador comunitario no puede quedarse de brazos cruzados, dado que existe una voz mayoritaria que le exige una acción normativa en este ámbito.

Con el fin de superar la situación de vacío normativo actual se ha de buscar una alternativa viable a la iniciativa de la unificación conflictual, un punto de encuentro entre los distintos intereses presentes que posibilite un acuerdo de consenso.

La solución puede venir a través de la adopción de una Directiva comunitaria que incorpore, por una parte, una regulación material de mínimos (tomando como referencia los parámetros de justicia presentes en la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* y en el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* del Consejo de Europa) y, por otra parte, una norma autolimitada o de extensión basada en el criterio del Estado de origen. Sólo una armonización material mínima que asegure un estándar de protección adecuado en todos los Estados miembros a los potenciales o eventuales perjudicados por el comportamiento de los medios de comunicación justificaría la adopción del criterio del Estado de origen, claramente favorecedora de la posición de los autores del daño.

Esta solución puede tener la virtud de representar una posición intermedia para los intereses en juego. Por una parte, será la ley del Estado de origen la única que deberán conocer y tener en cuenta los medios de comunicación, adecuando su actividad a lo que ésta disponga. Por otra parte, la aplicación de la ley del Estado de origen no supondrá un agravio manifiesto para los perjudicados por la actividad de los medios de comunicación, porque, sea cual fuere la ley aplicable, ésta le asegurará el estándar de protección determinado en la Directiva.

La solución planteada no se presenta como una solución definitiva y final. La adopción de una Directiva armonizadora que incorpore una norma autolimitada basada en el criterio del Estado de origen puede ser un primer paso que dé pie en el futuro a un escenario donde sea factible la negociación de una norma de conflicto unificada basada en el criterio de Estado de destino. Ambas iniciativas no son excluyentes, sino que se presentan como acciones complementarias que deberían convivir en aras a la consecución del objetivo armonizador descrito.

Durante todo el proceso de elaboración del Reglamento Roma II las grandes asociaciones europeas de medios de comunicación se mostraron especialmente contrarias a aceptar la introducción de una norma de conflicto específica dirigida a armonizar la ley aplicable en supuestos de posibles atentados o afecciones a los derechos de la personalidad de carácter transnacional. Los argumentos esgrimidos para

manifestar su disconformidad fueron variados pero similares y todos aluden a una finalidad o *ratio* común: el necesario respeto a la libertad de expresión.

El primero de los argumentos esgrimidos en contra de la introducción de una novedosa norma de conflicto a nivel europeo-comunitario es que la Comisión Europea carece de competencia para regular la materia, puesto que el (antiguo) artículo 65.b) TCE no constituye una base jurídica suficiente. La competencia del artículo 65 TCE debe ser analizada conforme a los principios del artículo 5 TCE de «proporcionalidad» y «subsidiariedad», y éstos, a su juicio, deben ser estrictamente respetados. Conforme a su argumento, la Comisión no habría conseguido demostrar que cumple con el «test» de proporcionalidad y subsidiariedad de dicho artículo y entretanto no debería ejercitar tal competencia. Y ello porque consideraban que la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información constituyen ámbitos estrechamente ligados a la identidad cultural de los Estados miembros y sobre los que la UE no puede proyectar su competencia, con los límites o contornos del artículo 151 TCE.

Un segundo argumento se basa en que la mayoría de los medios de comunicación, ya sean de televisión, radio o prensa escrita coinciden en defender que la única manera de garantizar la libertad de expresión y la libertad de información de los medios en este tema es escoger, si fuera necesario, el *principio del Estado de origen* que, a su vez, nos remite a la *ley del lugar del establecimiento del editor*.

Inicialmente la Comisión Europea optó por la *ley de la residencia habitual de la víctima o perjudicado*, pero las asociaciones de medios de comunicación consideraron que se trataba de una norma incompatible con el principio de predictibilidad y que obligaba al editor, autor o periodista a conocer las respectivas leyes autónomas o internas de cada uno de los 27 Estados miembros. A juicio de tales asociaciones, si la propuesta de la Comisión Europea fuese aceptada se produciría *de facto* una mengua en la libertad de los periodistas, además de someterles a una incertidumbre continua sobre la legalidad de su trabajo, imponiendo así fuertes limitaciones a su libertad de expresión. Además, estimaban, podría suceder que los tribunales que conocieran del supuesto (*tribunal del editor* como lugar del hecho generador) tuviesen que aplicar una ley que no se ajustase a su normativa autónoma y por tanto que fuese contraria a las leyes del foro e incluso contraria al orden público.

La segunda de las opciones planteadas inicialmente por la Comisión Europea tampoco obtuvo una mayor aceptación por los medios de comunicación. Se trataba de una regla que nos remitía a la regla general del artículo 3 del Reglamento Roma-II, de forma que se aplicaría la misma salvo que fuera contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión o información. Pero para los medios esta solución tampoco era adecuada puesto que podía terminar remitiéndose a una ley que apenas guardará relación con el supuesto. Podría llegar a suceder que un diario inglés, publicado en lengua inglesa y que fuera especialmente distribuido en el Reino Unido, pero que también distribuyera algún ejemplar en Francia, ante un artículo presuntamente difamatorio contra una político francés, fuera demandado ante los tribunales franceses y éstos aplicarían la ley francesa.

Antes de desechar cualquier posibilidad de acuerdo, y con la intención de llegar a una solución que aunara posiciones y de hallar un equilibrio la Comisión presentó una solución de compromiso entre la *ley de la residencia de la víctima* (que quedaba descartada) y la *ley del Estado de origen*. En esta dirección aceptó la denominada *enmienda Wallis*², que encerraba una regla en dos tiempos, reflejo de un complejo equilibrio entre las dos posiciones extremas. Se trataba de una solución que preveía en primer lugar la aplicación de la ley donde se produzcan los elementos más significativos del daño, permitiendo al juez identificar la ley de un solo país, lo que en principio nos remitiría al lugar donde la víctima ha sufrido el perjuicio.

Pero los medios de comunicación tampoco estaban dispuestos a aceptar la *enmienda Wallis*, calificada como un compromiso político que no iban a admitir y siguieron manteniendo que la *ley del Estado de origen* o la *ley del establecimiento del editor* era la única manera de garantizar la libertad de expresión.

La premisa de partida, ya apuntada, es que los Estados de la UE carecen en la actualidad de reglas comunes para establecer la ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual en el ámbito de los derechos de la personalidad. Por tanto, cada tribunal aplicará sus propias normas internas. Y a esta heterogeneidad normativa se añade el dato de que el propio tratamiento (tanto procedimental o procesal como sustantivo o material) previsto en las respectivas leyes de cada Estado en lo que a la protección de los derechos de la personalidad y a la libertad de expresión se refiere es muy distinto. Tal dispersión normativa supone que las soluciones variarán considerablemente dependiendo de si el proceso se desarrolla en un Estado u otro.

De esta forma, en el supuesto de que un medio de comunicación cometa una violación contra los derechos de la personalidad, la persona que haya «sufrido» el perjuicio en varios Estados miembros (tantos como aquellos en los que se difunda tal información) podría teóricamente elegir entre reclamar los daños ante el tribunal del lugar de la sede del autor o editor de la publicación controvertida o de la difusión en cuestión en tanto se corresponde con el lugar en el que se ha producido hecho generador del daño, o ante el tribunal del lugar en el que se ha producido el daño que ha supuesto el perjuicio o atentado a la víctima, que suele coincidir la mayoría de las veces con el país de su domicilio o residencia y con la ley del lugar donde el periódico ha sido distribuido o la emisión ha sido difundida.

La primera de las posibilidades se corresponde a la regla del Estado de origen, y el tribunal señalado será competente para conocer de la integridad de los daños causados por la publicación o la difusión, es decir su competencia se extendería a todos los países en los que se haya producido tal ataque o perjuicio. La segunda alternativa correspondería al Estado de destino, y si la víctima elige dicho tribunal por ser el del lugar de su residencia, únicamente podrá reclamar por el perjuicio sufrido en dicho Estado.

² Recomendación de posición del Parlamento en segunda lectura (ponente Wallis) 22 diciembre 2006, A6-0481/2006.

Tales circunstancias comportan un alto de riesgo de *forum shopping*, y una menor previsibilidad a las partes implicadas, lo cual juega en claro detrimento de la seguridad jurídica en los supuestos de naturaleza transnacional. La armonización a nivel europeo de las normas de conflicto permitiría superar tales inconvenientes y facilitaría además el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales adoptadas en un Estado en el resto de los Estados miembros, contribuyendo así al correcto desarrollo de un verdadero espacio europeo de justicia, pero el difícil equilibrio de intereses en presencia y la excesiva presión ejercitada por los medios de comunicación ha imposibilitado, al menos por el momento, la adopción de una norma de conflicto que goce del consenso común.

Las dos principales opciones en presencia durante el proceso de elaboración del Reglamento Roma-II se movían, por tanto, entre la opción en favor de la ley del Estado de origen (que equivaldría a la aplicación de la ley del establecimiento del editor) frente a la ley del Estado de destino (que se correspondería con la ley del lugar del daño y, por tanto, en la mayoría de los casos remitiría a la aplicación de la ley del Estado de residencia de la víctima). La realidad normativa y jurisprudencial es que ninguno de los Estados miembros aplica simplemente la regla de ley del lugar de establecimiento del editor sin matizaciones, por lo que si ésta fuera la solución elegida finalmente en un futuro instrumento armonizador, tal y como abogan la mayoría de los medios de comunicación, casi todos los Estados miembros se verían obligados a su vez a modificar completamente el sentido de sus respectivas leyes internas.

Por el contrario, la ley del lugar donde se ha producido el daño (ya sea entendida como la ley del Estado donde se ha distribuido la publicación o se ha difundido la emisión o como la ley del Estado de la residencia habitual de la víctima) tiene hoy día ya su reflejo en numerosas normas de conflicto, vinculadas a esta materia, de los ordenamientos internos de los Estados miembros (tales como los de Francia, España, Bélgica, Luxemburgo). De este modo, cabe prever que si en un hipotético instrumento normativo comunitario, se adoptase, como punto de conexión finalmente aplicable, el de la ley del lugar donde se ha producido el daño, apenas habría necesidad de modificación de las vigentes normativas internas.

A pesar de ello, las dificultades existentes para tratar de conciliar ambas posturas, lleva a proponer nuevas vías de solución orientadas a lograr un equilibrio razonable, que no se incline por una de las opciones en detrimento de alguno de los derechos en juego. La solución no radica en jerarquizar en abstracto, es decir, en dotar de una mayor relevancia a la libertad de información frente al derecho a la intimidad o vida privada de las personas, o al revés, que se deba primar el derecho a la intimidad frente a la libertad de información. En una sociedad democrática, moderna y desarrollada ambos deben ser defendidos, respetados y garantizados.

La situación actual, caracterizada por la convivencia simultánea de tantas soluciones jurídicas conflictuales como Estados miembros, sumada a la posición rígida que mantiene la industria de la prensa, presenta un escenario complejo de gestionar a futuro. La creación de un Derecho comunitario uniforme, un auténtico Derecho

sustantivo de obligaciones europeo, por la vía de la *unificación de las normas materiales* ha sido y es un objetivo propuesto, analizado y valorado tanto en la doctrina como en las propias instancias europeas³. Pese a que pueda presentar notables ventajas en aras a mitigar las dificultades que provoca la convivencia de tantos Derechos como Estados miembros, actualmente es un objetivo inviable, al menos a corto y medio plazo.

La primera opción que se podría sugerir ante el escenario al que nos enfrentamos es la de mantener tal cual la situación actual. Esto es, renunciar a cualquier intento de armonización y/o unificación de las reglas, tanto materiales como conflictuales, que regulan la responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados a la intimidad u otros derechos relacionados con la personalidad en los 27 Estados miembros, de forma que cada ordenamiento estatal siga adoptando sus propias normas de Derecho material y de Derecho internacional privado.

Esta solución no parece satisfactoria. Las enormes divergencias existentes en este ámbito en los ordenamientos internos de los Estados miembros inciden negativamente en la construcción de un mercado comunitario y de un «espacio europeo de justicia en materia civil» –art. 61.c) Tratado de la Comunidad Europea (TCE)– que garantice su buen funcionamiento.

En aras a mitigar las complejidades derivadas de la disparidad normativa en materia de responsabilidad civil extracontractual en este ámbito, las instituciones europeas deben apostar por fortalecer el proceso de armonización legislativa iniciado. La armonización normativa en materia de responsabilidad extracontractual por daños contra los derechos de la personalidad se plantea como respuesta al grado de incertidumbre derivado de las diferencias existentes entre los ordenamientos de los Estados miembros y al incremento de los costes, ya sean de transacción como de información y adaptación de los distintos ordenamientos, que ello puede ocasionar para los partícipes en el mercado interior.

El proceso de armonización abierto en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual debe continuar y avanzar en esta dirección en el campo de los delitos contra los derechos de la personalidad. Descartada la unificación completa de las normas materiales, la cuestión es si la armonización conflictual es una vía factible; y ya no sólo factible, sino también adecuada.

La armonización de las normas de conflicto de leyes de los 27 Estados miembros en el marco de la resolución de litigios transfronterizos, aportaría mayor seguridad jurídica al espacio de justicia europeo, puesto que determinaría cuál es la ley aplicable a la obligación extracontractual con independencia de cuales fueran los tribunales competentes. El hecho de que las partes no tengan que conocer todas las normas de conflicto y su aplicación jurisprudencial en los 27 Estados miembros, sino que puedan acudir a un régimen único de Derecho internacional privado comu-

³ Existe una abundante literatura en torno a la unificación del Derecho de obligaciones en la UE. Al respecto, *vid.* entre otros muchos, KOZIOL, H., y STEININGER, B. C. (eds.), *European Tort Law 2002*, Springer, Viena, 2003.

nitario, tiene como consecuencia directa la reducción de los costes de previsibilidad del litigio, y aporta mayor capacidad de prever la solución a todas las partes del litigio. De esta manera, la armonización de las normas de conflicto contribuye a garantizar la igualdad de trato entre las partes en un litigio con componentes y repercusión transfronteriza.

La propuesta inicial del proyecto de Reglamento Roma-II fue una clara apuesta por la armonización conflictual en este campo. En su artículo 6 integraba la materia de la responsabilidad extracontractual por la violación de la vida privada y otros derechos relacionados con la personalidad y, en particular, la responsabilidad derivada de la difamación a través de los medios de comunicación de masas. Tal precepto fue posteriormente excluido de la Propuesta modificada de 2006.

Pero la Comisión eliminó del ámbito de aplicación los delitos de prensa y asimilados ante las dificultades de conciliar las posturas adoptadas por los sujetos u operadores «industriales» directamente afectados por la materia y las diferencias irreconciliables de los textos impulsados por el Consejo y el Parlamento Europeo. Finalmente, la presión de los medios de prensa que abogaron por la sede del editor como punto de conexión paralizó y bloqueó el proceso.

De hecho, la necesidad de no abandonar definitivamente la vía de la *unificación de la norma de conflicto* en este ámbito, a pesar del fracaso reflejado en Roma II, es patente. La unificación de la norma de conflicto a nivel comunitario propiciaría una mayor seguridad jurídica a todos los operadores, incluidos las empresas de información, y vendría a completar en esta materia el régimen de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en los Estados miembros, ya regulado en el Reglamento 44/2001, denominado Bruselas I, sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil. Es preciso asegurar el equilibrio y la igualdad entre las partes, su pleno conocimiento de las reglas de funcionamiento del mercado y un alto grado de previsibilidad de los costes y los beneficios de la relación u operación que van a realizar. La unificación conflictual será una herramienta válida de armonización.

Ésta puede basarse en el principio del Estado de origen⁴. Como es sabido, el principio del Estado de origen parte del hecho de que los operadores en el mercado venden sus productos o prestan sus servicios estableciendo sus propias condiciones. Trasladada esta lógica al ámbito de los atentados o afecciones sobre los derechos de la personalidad o difamación por los medios de comunicación, ello supondría que ambas partes, persona lesionada y autor del daño, estuvieran en igualdad de condiciones, pero al ser una obligación que no surge de un contrato, nos encontramos con que una de las partes no entra en juego hasta que el daño ya ha sido causado.

⁴ Vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado», *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, 2005, pp. 1797-1800.

Los problemas en la aplicación del principio del Estado de origen surgen cuando la situación de los partícipes no es la que presuponemos y una de las dos partes se encuentra en una situación de inferioridad respecto a la otra, o cuando de las circunstancias del supuesto se deriva que una de las partes no cuenta con las mismas garantías, como sucede en las obligaciones extracontractuales. En ese caso, la parte beneficiada puede llegar a elegir la ley aplicable, pensando únicamente en sus intereses e intentar aprovecharse de la inferioridad o desigualdad en la que se halla la otra parte, y el Derecho internacional privado, orientado a seguir el criterio del principio del Estado de origen, falla⁵.

Así, en el caso de las obligaciones extracontractuales, si el operador puede «escoger» de forma oportunista o interesada la ley aplicable a los posibles daños extracontractuales que provoca su actividad, eligiendo un «origen» que le favorezca, buscará aquella que le sea más favorable, incluso antes de que el daño haya sucedido⁶. Por todo ello, en estos casos, a la hora de realizar una unificación conflictual, en aras a lograr el equilibrio mínimo y a garantizar el buen funcionamiento del mercado, se debería optar por la ley del Estado de destino.

Precisamente ésta ha sido la opción elegida por el Reglamento Roma-II al establecer de forma general la norma de conflicto que va a señalar la ley aplicable. En su artículo 4 instaura como ley aplicable *la ley del lugar donde se produce o pudiera producirse el daño directo*. Y en el ámbito de los atentados contra derechos de la personalidad o difamación cometidos por los medios de comunicación la primera propuesta de Reglamento también se inclinó por esta opción al incluirlos como proyecto en su artículo 6. Tal precepto, recogido en Primera Propuesta de Reglamento reenviaba a la norma general del artículo 3 (actual art. 4 Roma-II). Siguiendo la lógica de la Ley del Estado de destino del artículo 4 Roma-II, proyectada sobre la materia que nos ocupa, la ley aplicable sería la del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, que en los casos de atentados contra derechos de la personalidad o difamación es el lugar donde la persona perjudicada sufre el atentado contra su intimidad o vida privada; o donde los efectos de ese atentado se producen con más intensidad. Ello no excluye la posibilidad de que esta opción se complete mediante una cláusula de excepción aplicable en aquellos casos en que exista una Ley que presente vínculos más estrechos con el supuesto en cuestión.

Sin embargo, las críticas a este punto de conexión por parte de las asociaciones de prensa, defensoras del principio de Estado de origen, fueron abrumadoras. Dada la dificultad de alcanzar un consenso en torno a qué camino debería seguir la unificación de una norma de conflicto en esta materia (tal y como ha quedado patente en

⁵ *Ibid.*, p. 1800.

⁶ *Ibid.*, p. 1809. En este sentido, el Grupo de Hamburgo de Derecho internacional privado, en sus *Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 2002, p. 25, disponible en <http://www.mpipriv.de/de/data/pdf/commentshamburggroup.pdf>, señala claramente que optar por «*the law of the place of acting (...) would allow the media to shop around for the lowest standard of protection and would be very detrimental to victims in other countries*».

la fase de negociación y elaboración del Reglamento Roma-II) y romper el bloqueo existente sobre este aspecto; otra posibilidad radica en intentar terminar con los problemas inherentes a la diversidad material existente, mediante una armonización a través del establecimiento de unos principios mínimos comunes.

La unificación conflictual no debe presentarse como una opción alternativa a la armonización sustantiva de los ordenamientos de los Estados miembros, sino como una opción complementaria⁷. Sin lugar a dudas, la forma más adecuada de asegurar un mínimo nivel de concordancia entre los ordenamientos, que prevenga la multiplicación de los problemas vinculados a la diversidad legislativa, es buscar la combinación adecuada entre los mecanismos de armonización conflictual y cierta dosis de armonización material mínima, que resulta imprescindible. En muchas ocasiones, el éxito de las medidas orientadas a armonizar, a nivel europeo, las normas de conflicto, dependerá del acercamiento de las normas sustantivas y principios generales de los ordenamientos nacionales. Así que puede ser conveniente, en el ámbito extracontractual, coordinar la vía de la unificación conflictual con actuaciones armonizadoras parciales.

La labor iniciada por el Reglamento Roma-II y la dificultad de llegar a un consenso en torno a las normas de conflicto, reguladoras de los atentados contra los delitos de la personalidad, demuestra que el recurso a técnicas de armonización conflictual tendentes a la unificación del Derecho internacional privado de los Estados miembros no parece posible si no se acompaña de iniciativas de aproximación material y de la elaboración de unos principios comunes.

Por su parte, sólo una armonización material o sustantiva de los Derechos nacionales justificaría la utilización del criterio del Estado de origen⁸, en vez del Estado de destino más propia de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales.

El Derecho internacional privado orienta sus técnicas hacia la superación de las dificultades inherentes a la pluralidad de derechos materiales, señalando a uno de ellos como encargado de resolver una concreta controversia. Pero si las diferencias existentes entre los ordenamientos en juego, implican que de la elección de uno de ellos como aplicable se deriven resultados completamente contradictorios, se corre el riesgo de establecer un sistema en el que los interesados utilicen la norma de conflicto para buscar la residencia del lugar de la ley que les resulte más favorable, dando lugar al fenómeno de la «*legal shopping*», lo que serviría a incrementar la inseguridad jurídica y las desigualdades entre los partícipes en el mercado.

⁷ Una lectura realista de la situación actual, partiendo de que las razones por las cuales fracasó la iniciativa de incluir esta materia en el Reglamento de Roma II siguen vigentes, conduce a la posibilidad de adoptar una norma de conflicto debe formularse de manera renovada, de modo que pueda superar las reticencias más importante que suscita.

⁸ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. Estado de destino...», *loc. cit.*, pp. 1803 y 1811.

Existen distintos niveles de protección de los derechos de personalidad en los ordenamientos sustantivos nacionales y divergencias materiales y jurisprudenciales que rodean el debate entre el derecho a la intimidad y la libertad de información en los 27 Estados miembros; estas diferencias son lo que realmente distorsiona el funcionamiento del mercado. Así, frente a la unificación de una norma de conflicto para todos los Estados miembros, podría sugerirse la alternativa de elaboración de una Directiva que establezca unos mínimos materiales comunes.

En conclusión, y ante la dificultad y el bloqueo existente para la adopción de una única norma de conflicto a nivel europeo, en materia de responsabilidad extracontractual por atentados contra la intimidad y otros derechos relacionados con la personalidad, la tarea de las instituciones europeas debería dirigirse a lograr el acuerdo sobre el umbral mínimo material sobre los derechos de comunicación y los derechos de personalidad, de modo que sea posible adoptar un instrumento cuya aplicación se base en el criterio del Estado de origen.

El *iter* legislativo, sin duda tedioso y lento, es necesario, porque la laguna normativa del Reglamento Roma-II debe ser superada para aportar así mayor seguridad jurídica en este sector de las obligaciones extracontractuales, típicamente «internacionalizado», y que presenta un nivel de litigiosidad que demanda, sin lugar a dudas, la necesidad de tal labor legislativa.

Y a todo ello se añade que las reglas de competencia judicial previstas en el Reglamento Bruselas I amparan que los demandantes puedan elegir entre tribunales de más de un Estado miembro. Todo ello, y de forma específica el pronunciamiento contenido en la antes comentada sentencia del TJUE, ha precipitado el proceso de reelaboración de una norma que colme tal laguna. El Parlamento Europeo presentó en noviembre de 2011 una iniciativa tendente a revisar el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, con el objeto de incluir una regla específica en materia de violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad. Es, sin duda, una buena noticia y una plausible iniciativa, aunque en la doctrina más autorizada, personalizada en el profesor P. A. DE MIGUEL ASENSIO⁹, su tenor despierta ciertas dudas, en particular en relación con su aplicación a las actividades desarrolladas a través de Internet.

La iniciativa incluye una propuesta concreta de reforma legislativa, que consistiría en incluir un artículo 5.a) en el Reglamento Roma II con el siguiente contenido:

“Article 5a – Privacy and rights relating to personality

(1) Without prejudice to Article 4(2) and (3), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected.

⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Internet, vida privada y redes sociales: nuevos retos», ponencia presentada en la sesión sobre «Redes sociales y vida privada» del Congreso «Internet y el futuro de la democracia», celebrado en Vitoria los días 19 y 20 de diciembre de 2011 (en prensa).

However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably have foreseen substantial consequences of his or her act occurring in the country designated by the first sentence.

(2) When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.

(3) The law applicable to the right of reply or equivalent measures shall be the law of the country in which the broadcaster or publisher has its habitual residence. (4) The law applicable under this Article may be derogated from by an agreement pursuant to Article 14.”

Una primera duda tiene que ver con el empleo en el texto de la propuesta del criterio de conexión («*the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected*») que puede conducir a una plurilocalización, en relación con informaciones difundidas a través de Internet, que pueden localizarse en más de un país al mismo tiempo (ya que si la persona es conocida en varios países en los que la información alcanza cierta difusión, cabría apreciar que sus derechos resultan directa y sustancialmente afectados en más de un Estado).

Es cierto que el apartado 2 de la propuesta abre la posibilidad («*(2) When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.*»), pero sólo contempla una alternativa que operará únicamente cuando la demanda se presente ante los tribunales del domicilio del demandado. Por ello la novedosa propuesta no atiende debidamente a aquellos supuestos en los que el perjudicado o víctima, cuyos derechos han sido directa y sustancialmente afectados en varios Estados, ejercite su acción (respetando el criterio jurisprudencial sentado por el TJCE en el caso *eDate*), en reclamación de la integridad del daño causado, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos (si no coincide con el domicilio del demandado) y, sobre todo, cuando lo haga ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su «centro de intereses», siguiendo la vía abierta en la mencionada sentencia.

En todo caso, y a la espera del iter normativo que la proyectada superación de la laguna del Reglamento Roma II pueda tener, es positivo que el proceso se haya retomado, porque, como ha quedado de reflejo en estas reflexiones, la necesidad de superar tal ausencia de regulación conflictual no responde a un mero capricho intelectual o académico, sino que es necesaria para responder, desde el derecho internacional privado, a los retos que representan las nuevas realidades litigiosas en este sector que experimenta una creciente importancia práctica.

RESUMEN: En el contexto del Derecho de daños, y en el ámbito global de estudio de la dimensión transfronteriza de los litigios sobre responsabilidad civil extracontractual, este sector de los daños «reputacionales» ofrece una efervescencia de litigiosidad que preocupa e interesa al Derecho internacional privado. Y en el marco de nuestra disciplina los problemas clásicos de selección de la ley aplicable y de determinación del tribunal competente adquieren especial relevancia en la actualidad, debido al «universo» internet y la ausencia de fronteras inherente a la información y a los contenidos que circulan por la red. Las soluciones clásicas no resuelven los problemas, y estas reflexiones tratan de marcar pautas de futuro y analizar las herramientas normativas que deberemos utilizar.

PALABRAS CLAVES: Difamación. Internet. Ley aplicable y tribunal competente.

ABSTRACT: Cross-boarder litigation in cases of defamation has become one of the hot issues in Private international law. Internet communications do not respect geographical boundaries, so topics as choice of law and jurisdiction are fundamental. The traditional answers are inadequate to solve the current problems. This paper will examine future solutions and the regulations that we should apply to respond the key problems.

KEYWORDS: Defamation, Internet, Law applicable and jurisdiction