

## DERECHOS DE LA PERSONALIDAD E INTERNET

Álvaro Gimeno Ruiz

Abogado (no ejerciente)  
ICA de Huesca

---

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de octubre de 2009 analiza la causación de daños a través de internet en territorio español, materia que se ha visto actualizada por la STJUE eDate Advertising y la propuesta de modificación del Reglamento Roma II en materia de difamación.

ABSTRACT: *The decision of the Provincial Court of Barcelona of 27 October 2009 analyzes the causation of damage over the Internet in Spanish territory, this matter has been updated by the STJUE eDate Advertising and the proposed amendment to the Rome II regulation on defamation.*

PALABRAS CLAVE: Derechos de la personalidad; Derecho de la UE; competencia judicial; ley aplicable.

KEYWORDS: *Personality rights; EU law; jurisdiction; applicable law.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. HISTORIA DEL CASO. 3. COMPETENCIA JUDICIAL. 4. LEY APLICABLE. 5. CONCLUSIONES.

---

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 permite fijar la competencia judicial internacional de los tribunales de la Unión Europea en materia delictual o cuasidelictual, siendo un foro concurrente con el foro general del domicilio del demandado establecido en su artículo 2. El Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, mantiene el mismo criterio de atribución de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad extracontractual en su artículo 7.2.

La interpretación jurisprudencial del mismo en el caso de daños plurilocalizados empieza con la sentencia de 30 de noviembre de 1976 *Mines de potasse d'Alsace*, (C-21/76), en la que el Tribunal de Justicia entendió que el daño se produce tanto en el lugar donde el mismo se origina, como en el lugar de su producción, pudiéndose ejercitar la acción por el perjudicado ante el tribunal de lugar donde se ha producido el daño o ante el tribunal del lugar donde ha sobrevenido el mismo, aplicando la teoría de la ubicuidad.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> GOÑI URRIZA, N., «La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 292. Vid así mismo OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *La Ley Unión Europea*, núm. 4, mayo 2013, pp. 2 y 3.

En su sentencia de 7 de marzo de 1995, *Ixora Trading Inc; Chequepoint SARL, Chequepoint International Ld. C Press Alliance SA (C- 68/03)*, el TJUE estableció que «la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido de que la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido»<sup>2</sup>.

La sentencia de Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2011, recaída en el caso *eDate Advertising GmbH y X / Olivier Martinez, Robert Martínez y MGN Limited (C-509/09)*<sup>3</sup>, ha fijado nuevos criterios para la determinación de la competencia judicial internacional en el caso de vulneración de los derechos de la personalidad a través de internet, siendo relevante así mismo en la materia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 1995 relativa al asunto *Fiona Shevill (C-68/93)*.

En materia de ley aplicable, el Reglamento (CE) 864/2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma II»), excluye de su ámbito de aplicación, las obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad. Ello determina la aplicación por los tribunales españoles de las normas de conflicto contenidas en el título preliminar CC, para la determinación del Derecho aplicable.

Pues bien, la sentencia objeto principal de este estudio, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de octubre de 2009 ( sec 1ª), examina la causación de daños por un diario francés, derivados de la difusión de una noticia a través de internet relativa a un equipo de fútbol español. El estudio de la misma supone la intervención de dos de los sectores del Derecho Internacional Privado, la competencia judicial internacional y la ley aplicable, que deberán ser determinadas de conformidad con el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado español.

## 2. HISTORIA DEL CASO

<sup>2</sup> SUQUET CAPDEVILA, J., «Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿o la superación de la regla *forum loci delicti commissi*?», *Diario La Ley*, núm. 6073, Sección Doctrina, 30 jul. 2004.

<sup>3</sup> En <http://curia.europa.eu>.

Un equipo de fútbol español, con sede en Cataluña<sup>4</sup>, interpuso demanda contra un diario francés y su redactor por la difusión de una información que consideraba atentatoria contra el derecho al honor del club, tanto en la edición digital como en la edición en papel del periódico. El Juzgado de 1ª Instancia número 35 de Barcelona condenó a los demandados a la rectificación de la información, el abono de una indemnización, así como la publicación de la sentencia, la misma fue revocada parcialmente por la Audiencia Provincial de Barcelona y confirmada en casación por el Tribunal Supremo.

### 3. COMPETENCIA JUDICIAL

Reproducen en apelación los demandados la falta de competencia de nuestros tribunales para conocer del litigio, que ya fue impugnada en instancia, considerándose el juzgado competente para conocer del asunto, basándose en la aplicación del artículo 5.3 R44, al entender que el mismo atribuye la competencia a los tribunales franceses. La impugnación de la competencia del tribunal se regula por las normas internas de cada Estado, permitiendo el artículo 39 LEC denunciar la falta de competencia internacional de nuestros tribunales<sup>5</sup>.

Señala en primer lugar la Audiencia, que el foro general establecido por el Reglamento es el del domicilio del demandado, haciendo referencia así mismo a la existencia de foros especiales por razón de la materia, como el recogido en el apartado tercero del artículo 5 en materia delictual y cuasidelictual.

Para fundamentar la competencia de la jurisdicción española, realiza un examen de la jurisprudencia del TJUE en la materia, comenzando por lo establecido en la sentencia de 7 de marzo de 1995 (*Shevill*), relativa a la interposición de una acción de indemnización por daños y perjuicios por difamación por parte de una nacional galesa, la cual supone una evolución de la argumentación contenida en las sentencias de 30 de noviembre de 1976 (*Mines de potasse d'Alsace*, C-21/76) y 11 de enero de 1990 (*Dumez France y Tracoba contra Hessische Landesbank [Helaba]* y otros C-220/88), así como completada por la Sentencia de 19 de septiembre de 1995 (*Marinari* C-364/93).

Las mismas determinan que el lugar en el que se difunde la información y en el que se produce el hecho dañoso deben de ser diferentes, siendo el primer lugar aquel en el

<sup>4</sup> Artículo 41 CC: Cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o las reglas de fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto. Por su parte establece el artículo 8 TRLSC: Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.

<sup>5</sup> CALVO CARAVACA A., CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Granada, 2009, p. 169.

que se realiza la conducta que causa el daño<sup>6</sup>, determinado en este caso por el territorio francés, señalando la Audiencia que la conducta tuvo una gran difusión en España, lo que justifica la competencia de nuestros tribunales, si bien con la precisión de que la reclamación sólo abarca al daño causado en territorio español.

Tratándose de daños causados a través de los medios de comunicación, señalaba BORRÁS RODRÍGUEZ<sup>7</sup> como única pauta para determinar la aplicación del Reglamento la sentencia anterior, basándose en lo establecido por la doctrina francesa, dos posibilidades para determinar la competencia judicial, atribuir la competencia a los tribunales de los lugares donde se han producido consecuencias y a los del lugar del domicilio del demandante por la totalidad del daño o diferenciar entre la competencia de los tribunales del lugar donde se produce el hecho causal, que conocerán de la totalidad del daño, conociendo los tribunales del Estado donde se haya producido el daño únicamente de la parte de daño producida en el mismo.

En el caso *Shevill* el Tribunal entiende que el perjudicado por la difamación podrá ejercitar su acción ante los tribunales del Estado del editor, por la totalidad del daño, o ante los tribunales del Estado donde se ha difundido la noticia, que sólo podrán conocer de la reparación de su parte respectiva<sup>8</sup>.

La reciente sentencia del TJUE en la materia es sobre el caso *eDate Advertising vs Olivier Martínez* de 25 de octubre de 2011, relativo a la vulneración de los derechos de la personalidad a través de portales de internet accesibles en distintos países, estableciendo el Tribunal que «la publicación de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su estado miembro de residencia y fuera de su control». Lo que le lleva a adaptar los criterios de competencia establecidos en la sentencia *Shevill*, para determinar que «el artículo 5, número 3, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses».

<sup>6</sup> DIAGO DIAGO M.P., *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio Jurídico*, Cizur Menor, 2011, pp. 118-120.

<sup>7</sup> BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Los supuestos de tráfico privado internacional en los medios de comunicación social", en *Cursos de derecho internacional de Vitoria Gasteiz 1985*, Vitoria, 1986. pp. 395-398.

<sup>8</sup> SUQUET CAPDEVILA, J., *op cit.* Vid así mismo TORRALBA MENDIOLA, E., "La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas perspectivas de Derecho Internacional privado europeo?", *InDret*, núm. 1, 2012. pp. 12-14 ([http://www.indret.com/pdf/880\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf) [consulta: 15 nov. 2014]).

«Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido».

Los foros son los del domicilio del emisor, el centro de intereses de la víctima, que podrán conocer de la totalidad del daño, y los tribunales del lugar donde el contenido haya sido o sea accesible, que conocerán únicamente de la parte del daño causado en su territorio. El centro de intereses es entendido como la residencia habitual, si bien puede entenderse establecido en otro estado como el lugar donde la víctima ejerza una actividad profesional, permitiendo realizar el criterio de la previsibilidad de las normas de competencia. El mismo deberá determinarse en cada caso concreto.

La regulación de las situaciones que se producen en el ciberespacio exigen soluciones de carácter global, produciendo un incremento en el coste de la litigación internacional<sup>9</sup>.

La interpretación del artículo 5.3 realizada por el TJUE, en Sentencias como la del caso *Marinari o Kronhofer*, supone que la determinación del tribunal competente no puede depender de circunstancias inciertas, lo cual contravendría los objetivos de protección jurídica de los ciudadanos de la Unión perseguidos por el Reglamento<sup>10</sup>.

La consideración del lugar de producción del daño como el lugar del domicilio de la víctima puede conducir a establecer un *forum actoris* contrario al foro general del domicilio del demandado del artículo 2, evitando la multiplicación de foros la atribución de competencia para conocer de la totalidad del daño al tribunal del lugar de producción del daño principal<sup>11</sup>.

El caso sometía al Tribunal la contraposición entre las dos teorías aplicadas por la jurisprudencia francesa en el caso de vulneración de derechos a través de internet, la teoría de la accesibilidad y la teoría de la focalización<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004, pp. 17-58.

<sup>10</sup> DIAGO DIAGO M.P., *Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio Jurídico*, Cizur Menor, 2011, pp. 120-121.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ SANTIAGO J., IZQUIERDO PERIS, J.J., «Difamar en Europa: las implicaciones del asunto Schevill», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 1, 1996, pp. 153-154.

<sup>12</sup> BOLLÉE, S. y HAFTEL, B., «Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt eDate Advertising et Martinez», *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 1285-1293. Sobre las distintas teorías, vid. CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª ed., Granada, 2012, pp. 837-842.

En relación a la primera, en su sentencia *Castellblanch* de 9 de diciembre de 2003, la *Cour de Cassation* justifica su competencia para conocer de la vulneración de un derecho de marca de una mercantil francesa estableciendo que «qu'en admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site internet en Espagne, la cour d'appel qui a constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français»<sup>13</sup>. La producción del daño en territorio francés, que justifica la competencia de la Corte, a tenor del artículo 5.3 R44/2001 se basa en la accesibilidad del contenido en territorio francés, lugar en el que entiende se produce un perjuicio real<sup>14</sup>.

En relación a la teoría de la focalización, la misma ha venido siendo aplicada por la reciente jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, exigiendo que el sitio de internet se encuentre dirigido al público francés,<sup>15</sup> estableciendo en su sentencia de 29 de marzo de 2011 que la simple accesibilidad al sitio no será suficiente para justificar la competencia de los tribunales franceses.<sup>16</sup>

Por otra parte, y en relación a la interpretación del foro de protección en materia de consumo del artículo 15 R.44/2001, el TJUE, en su sentencia del caso *Pammer y Hotel Alpenhof*<sup>17</sup>, rechaza la teoría de la accesibilidad, siendo necesario para la aplicación del foro de protección que el profesional dirija sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor, lo que se interpreta como una aplicación de la teoría de la focalización<sup>18</sup>. En relación a otras vulneraciones de derechos realizadas a través de internet, como el caso de la propiedad industrial, la STJUE *Wintersteiger* de 19 de abril de 2012, ha excluido la aplicación de los criterios establecidos en la sentencia *E date Advertising* a supuestos distintos de la vulneración de los derechos de la personalidad<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Cour de Cassation 9 de diciembre de 2003.

<sup>14</sup> SUQUET CAPDEVILA, J., op cit.

<sup>15</sup> BOLLÉE S. HAFTEL, B., op cit., p. 1285.

<sup>16</sup> Cour de Cassation 29 de marzo de 2001.

<sup>17</sup> Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09 Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller «En consecuencia, en el caso de un contrato celebrado entre un vendedor y un consumidor determinado, debe comprobarse si, antes de que se celebrara el contrato con dicho consumidor existían indicios que demostraran que el vendedor tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con esos consumidores» (FJ 76). Sobre el mismo, vid. MANIGRASSI, L., «Comentario», en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2011; POSNOW WURM, M., «La protection des consommateurs en droit international privé européen suite aux arrêts Pammer – Hotel Alpenhof: la notion d' "activité dirigée"», *Revue de droit international privé*, núm. 1, 2011, pp. 167-181.

<sup>18</sup> AZZI, T., «Tribunal compétent et loi applicable en matière d'atteintes aux droits de la personnalité commises sur internet», *Recueil Dalloz*, 2012, pp.1279-1285.

<sup>19</sup> ORTIZ PRADILLO J.C., «Competencia judicial e internet: una vuelta de tuerca más a las reglas de determinación de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil en la UE. Sentencia del TJCE (sala primera) de 19 de abril de 2012 en el asunto C-523/10», *Revista General de Derecho*

En la citada sentencia el TJUE crea un *forum actoris*,<sup>20</sup> estableciendo una competencia fundada en la simple accesibilidad al sitio referido, lo que permitiría atribuir competencia a todos los tribunales del mundo<sup>21</sup>, siempre que sea libre el acceso a internet, favoreciendo la posición del demandante, lo que puede ser contrario al principio de tutela efectiva del demandando consagrado en el Reglamento<sup>22</sup>. En cuanto a la solución de futuros conflictos en materia de vulneración de derechos de la personalidad a través de internet, nos adherimos a la postura manifestada por BOLLÉE y HAFTEL<sup>23</sup>, con arreglo a la cual debe buscarse una posición intermedia entre la tesis de la focalización y de la accesibilidad que permita establecer el criterio de la previsibilidad para el autor del daño, sin dejar prosperar paraísos informativos.

Aunque la sentencia no se pronuncia, debemos tener en cuenta la posibilidad del ejercicio de acciones de cesación relativas a que se deje de difundir el contenido en la red<sup>24</sup>, y la posibilidad de solicitar, durante la tramitación del procedimiento, medidas cautelares tendentes a lograr dicha cesación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 RBI, será necesario que la medida se haya adoptado en un procedimiento contradictorio para poder proceder al reconocimiento y exequatur de la misma en otro estado miembro<sup>25</sup>, pues en caso contrario deberá solicitarse ante el juez del estado competente para proceder al cierre de la página.

La aplicación de la nueva doctrina al caso examinado por la Audiencia, supone que nuestros tribunales podrían conocer de la totalidad del daño causado, sin limitarse al acaecido en territorio español.

#### 4. LEY APLICABLE

Fijada la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, debe determinarse la ley aplicable al supuesto, la cual se realizará conforme a lo establecido en el artículo 10.9 CC<sup>26</sup>, al ser una materia expresamente excluida del Reglamento «Roma II», cuyo

---

*Procesal*, 27, 2012 ([http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_categoria=9930](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_categoria=9930) [consulta: 15 nov. 2014]).

<sup>20</sup> AZZI, T., op. cit., p. 1281.

<sup>21</sup> BOLLÉE, S. y HAFTEL, B., op. cit., p. 1292.

<sup>22</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit., vol. II, pp. 839-842.

<sup>23</sup> BOLLÉE, S. y HAFTEL, B., op. cit., p. 1292.

<sup>24</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet», *Diario La Ley*, núm. 7787, Sección Tribuna, 31 ene. 2012, año XXXIII, p. 2. Vid. así mismo DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Internet, vida privada y redes sociales: nuevos retos», en CHAMPEAU, S. y INNERARITY, D., *Internet y el futuro de la democracia*, Barcelona, Paidós, 2012, pp. 97-118 (disponible en <http://eprints.ucm.es/17520/1/PDeMiguelAsensioInternetvidaprivada2012.pdf> [consulta: 14 nov. 2014]).

<sup>25</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit., vol. I, pp. 490-491.

<sup>26</sup> Las obligaciones no contractuales se regirán por la Ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

artículo 1.2 g) exceptúa «las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación», dicha exclusión es consecuencia de la falta de acuerdo entre los Estados miembros en el momento de elaboración del Reglamento<sup>27</sup>.

Para SÁNCHEZ SANTIAGO e IZQUIERDO PERIS, la ley aplicable no podrá perjudicar el efecto útil del Reglamento, no pudiendo imponer las normas nacionales requisitos de admisibilidad que hagan inoperantes sus preceptos, dándose lugar asimismo a la prevalencia del Reglamento sobre las normas internas que no sean compatibles con el mismo<sup>28</sup>.

El Parlamento Europeo, ha elaborado un informe con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento «Roma II» en materia de difamación<sup>29</sup>, en el cual se tiene en cuenta la sentencia *E date advertising*, así como el fenómeno del «turismo de difamación»<sup>30</sup>, el cual viene provocado por la diversidad de normas de conflicto de leyes existentes en Europa.

Nos encontramos ante la segunda propuesta formulada, que persigue, entre sus objetivos el fomento de la seguridad jurídica y la superación de la incertidumbre que genera una pluralidad de regímenes existentes en la materia. La propuesta del Parlamento Europeo de noviembre de 2011 utilizaba como punto de conexión el lugar de materialización del daño, que puede estar localizado en más de un país al mismo tiempo en el caso de daños causados a través de Internet, lo que plantea problemas de concreción<sup>31</sup>.

La propuesta del Parlamento de mayo de 2012 establece en primer lugar como ley aplicable, la del país donde se produzcan o sea más probable que se produzca el elemento más significativo del daño, salvo en los supuestos en los que el demandado no pudo prever las consecuencias de su conducta, aplicándose la ley del lugar de su residencia habitual. Para determinar el país en el que es probable que se produzca el elemento más significativo del daño, en los supuestos de publicación de material

<sup>27</sup> CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Reglamento “Roma II”: Reglas generales sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», RCDI, 2009, núm. 712, p. 867. Vid. GARAU SOBRINO, F., «¿Hacia un Código de Derecho Internacional Privado Europeo?», *Conflictus Legum* (<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/06/hacia-un-codigo-de-derecho.html> [consulta: 9 julio 2014]).

<sup>28</sup> SÁNCHEZ SANTIAGO J., IZQUIERDO PERIS, J.J., op. cit., pp. 157-158.

<sup>29</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0152+0+DOC+XML+V0//ES>. (consulta: 9 julio 2014).

<sup>30</sup> Sobre la forma de aplicación del turismo de difamación, vid SUTHERLAND, K., «Book Reviews, the Common Law Tort of Defamation, and the Suppression of Scholarly Debate», 11 *German Law Journal* 656-670 (2010), pp. 667-669 (disponible en: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1261> [consulta: 9 julio 2014]).

<sup>31</sup> CORDERO ÁLVAREZ, C.I., «Ley aplicable a la difamación y a los atentados a los derechos de la personalidad en Europa: la reforma del Reglamento Roma II», *La Ley Unión Europea*, núm. 1, 2013.



impreso y emisiones, será aquel al que va principalmente dirigida la publicación y, en su defecto en el que se ejerza el control editorial, utilizándose criterios como el idioma, el número de ventas o la audiencia.

El derecho de réplica y la reclamación de perjuicios derivados de la publicación y del tratamiento de datos personales se regirán por la ley del país de la residencia habitual del emisor o editor<sup>32</sup>.

La regla general del Reglamento, contenida en su artículo 4.3 permite aplicar la Ley que presente los vínculos más estrechos con el hecho dañoso, siendo una cláusula de escape que permite la aplicación de la ley de un país más previsible para las partes y que presenta una mayor vinculación con el supuesto, su fundamento es el principio de proximidad, que evita la aplicación de la *lex loci delicti commissi* cuando el lugar es imprevisible para las partes<sup>33</sup>.

Dicha cláusula no será aplicable en los supuestos en los que las partes hayan elegido la ley aplicable, al perjudicarse entonces el principio de la autonomía de la voluntad recogido en el Reglamento<sup>34</sup>.

Dicho criterio de los vínculos más estrechos aparece recogido en el artículo 21.2 del Reglamento (CE) 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un

<sup>32</sup> Artículo 5 bis: Privacidad y derechos relacionados con la personalidad. 1. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de violaciones de la privacidad o de los derechos relacionados con la personalidad, incluida la difamación, será la del país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o los elementos más significativos de las pérdidas o daños.

2. No obstante, la ley aplicable será la del país de residencia habitual de la persona demandada si esta persona no puede razonablemente haber previsto consecuencias sustanciales de su actuación en el país designado en el apartado 1.

3. Cuando se haya producido la vulneración por la publicación de material impreso o por una emisión, el país en el que se produzcan o sea más probable que se produzcan el elemento o elementos más significativos de los daños y perjuicios será considerado el país al que va principalmente dirigida la publicación o emisión o, si esto no fuese evidente, el país en el que se ejerza el control editorial, siendo la legislación de ese país la ley aplicable. En particular, se determinará el país al que se dirija la publicación o emisión por el idioma de la publicación o emisión, o por las ventas o el tamaño de la audiencia de un determinado país como proporción del total de ventas o del tamaño de la audiencia, o por una combinación de esos factores.

4. *La ley aplicable al derecho de réplica o medidas equivalentes y a toda medida preventiva o demanda por perjuicios contra un editor u organismo de radiodifusión respecto al contenido de una publicación o emisión y respecto a las violaciones de la privacidad o de los derechos relacionados con la personalidad derivadas del tratamiento de datos personales será la del país en que el emisor o editor tenga su residencia habitual.*

<sup>33</sup> CALVO CARAVACA A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit., pp. 892 y ss.

<sup>34</sup> DIAGO DIAGO, M.P., op. cit., pp. 140-142.

certificado sucesorio europeo, para determinar la ley aplicable a la totalidad de la sucesión<sup>35</sup>.

Previamente la Comisión había elaborado un documento de trabajo,<sup>36</sup> en el que la ponente hace un repaso a las modificaciones legislativas previstas en Islandia y el Reino Unido, formulando una primera propuesta sobre la inclusión de una norma de conflicto de leyes.

Hasta la modificación del Reglamento, será de aplicación para los daños causados en nuestro país lo establecido en el artículo 10.9 CC. Señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>37</sup>, que el Reglamento «Roma II» ha reducido a supuestos marginales la aplicación del artículo 10.9 CC, aplicándose a los supuestos en los que la responsabilidad no viene regulada por una norma específica y amparándose en la cláusula general del artículo 1902 CC<sup>38</sup>, en los casos en los que sean distintos el lugar de comisión del hecho y el de producción del daño, como es el que nos ocupa, se apuesta por la aplicación de la ley que sea más favorable para la víctima, estableciéndose en otros casos, como los productos comerciales un examen caso por caso<sup>39</sup>.

Al ser competente la Audiencia para conocer de la reparación del daño causado en territorio español, deberá aplicarse, conforme al artículo 10.9 CC, la ley española para determinar la reparación del daño, dado que el mismo se entiende producido en nuestro país. En concreto, lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Nos encontramos ante una protección de carácter civil frente a todo tipo de intromisiones civiles, siendo recurrible la violación en amparo ante el Tribunal Constitucional, debido a su carácter de derecho fundamental, reconocido en el artículo 18 de la Constitución, otorgando dicha protección el artículo 53.2<sup>40</sup>.

Dado que el Código Civil de Cataluña presenta particularidades en materia de prescripción, debemos plantearnos su aplicación en los supuestos del artículo 10.9 CC cuando el daño se localice en territorio catalán, siendo competencia exclusiva del

<sup>35</sup> Sobre el Reglamento vid. BLANCO MORALES LIMONES, P., «Las sucesiones internacionales y su régimen Jurídico», RDUE, núm. 2, 2012.

<sup>36</sup> Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/juri/dv/836/836983/836983\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/836/836983/836983_en.pdf) (consulta: 9 julio 2014).

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit.

<sup>38</sup> AMORES CONRADI, M., «Artículo 10.9», en *Comentarios al Código Civil*, ALBALADEJO GARCÍA (dir.), Madrid, Edersa, 1995, tomo I, vol. 2º.

<sup>39</sup> REQUEJO ISIDRO, M., «Artículo 10.9», *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 91-92.

<sup>40</sup> ROVIRA SUEIRO, M.E., «Daños a los derechos de la personalidad», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Lecciones de responsabilidad Civil*, Cizur Menor, 2002, p. 411.

Estado la regulación de los conflictos de leyes internos, que se resolverán conforme a los criterios del artículo 16 CC<sup>41</sup>.

La aplicación del mismo derivará de la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña, siendo de aplicación la legislación estatal cuando regule materias de competencia exclusiva del Estado y la catalana cuando hayan sido asumidas por la Comunidad Autónoma<sup>42</sup>, al ser el desarrollo de los derechos fundamentales una competencia atribuida a las Cortes Generales, por el artículo 81 de la Constitución, será de aplicación la normativa estatal contenida en la Ley Orgánica 1/1982.

En cuanto al conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información<sup>43</sup>, se alega por parte del diario demandado la elaboración de una noticia que forma parte de una actividad de periodismo de investigación amparado en la libertad de información, y señala la Audiencia Provincial que dicha libertad viene reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>44</sup>, prevaleciendo la libertad de información sobre el derecho al honor cuando la información sea veraz y tenga relevancia pública, imponiendo el deber de diligencia del informante el de contrastar los hechos objeto de su información<sup>45</sup>.

En su reciente sentencia del caso *Gasior* contra Polonia, reitera el TEDH su doctrina sobre el artículo 10 del Convenio con arreglo a la cual la libertad de expresión es un pilar fundamental de toda sociedad democrática, siendo más amplio el límite de la crítica en el caso de un político que en el de un particular, debiendo basarse las limitaciones a la misma en una necesidad social imperiosa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en caso de producirse una colisión entre derechos fundamentales, entiende que debe realizarse una ponderación por parte del

<sup>41</sup> ZABALO ESCUDERO, E., «Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español», en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, núm. 14, Vitoria, 1994, pp. 253-302.

<sup>42</sup> ABRIL CAMPOY, J.M., «La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?», *Indret*, 2, 2011 ([http://www.indret.com/pdf/817\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/817_es.pdf) [consulta: 14 nov. 2014]).

<sup>43</sup> Sobre el análisis de la vulneración del derecho al honor en la sentencia de primera Instancia, vid, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R., y ÁLVAREZ CUESTA, H., «El honor de un club de fútbol ante acusaciones de prácticas dopantes», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 17, 2008 ([http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id\\_noticia=406600](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406600) [consulta: 14 nov. 2014]).

<sup>44</sup> Artículo 10.1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

<sup>45</sup> DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Relevancia jurídico-penal del conflicto entre honor y libertades de expresión e información: Aproximación a la doctrina constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 19, 2005, pp. 13-35

órgano jurisdiccional ante el que se alega la vulneración, estableciéndose como parámetros para realizar la ponderación, la distinción entre la libertad de expresión e información, así como la formación de una opinión pública libre, la protección de la libertad de información, así como la veracidad de la información difundida<sup>46</sup>.

El Tribunal Supremo determina la prevalencia de la libertad de información, sin que la misma se realice de un modo absoluto, debiéndose realizar el test de ponderación, pudiéndose revisar lo establecido por el juzgador de Instancia en sede de casación o en el procedimiento de protección de los derechos fundamentales<sup>47</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

En materia de competencia judicial internacional por daños sufridos a través de Internet, la STJUE *eDate Advertising vs Olivier Martínez* supone una evolución en la exégesis del foro especial del artículo 5 R 44/2001 así como del artículo 7 del R 1215/2012, interpretándose el mismo de forma extensiva, pudiéndose ejercitar la acción ante los tribunales del centro de intereses o los del domicilio del demandado, por la totalidad del daño, así como ante los tribunales del lugar donde la información haya sido accesible, por su parte respectiva. Debe buscarse una posición intermedia entre la tesis de la accesibilidad y la de la focalización para determinar la competencia judicial internacional en el caso de los daños a los derechos de la personalidad causados a través de Internet. Ello favorecería la seguridad jurídica a la vez que se evita la creación de un *forum actoris* en la materia.

Las acciones por difamación están excluidas del Reglamento «Roma II», debiéndose aplicar, en el caso de que nuestros tribunales resulten competentes lo contenido en el artículo 10.9 CC, que determina la Ley del lugar de producción del daño, viniendo regulada la protección civil del derecho al honor en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. La reforma del Reglamento «Roma II» en materia de difamación pretende establecer una regulación uniforme en la materia para evitar el fenómeno del «turismo de difamación» y lograr una mayor coordinación respecto a terceros países. Ello permitirá adoptar una respuesta unitaria en la materia por parte del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea tanto en el ámbito de la Competencia Judicial Internacional como en el de la ley aplicable y así evitar la distorsión que puede generar el «turismo de difamación» y la existencia de situaciones de *forum shopping*.

Fecha de recepción: 07.09.2014

Fecha de aceptación: 17.09.2014

<sup>46</sup> STC 105/1990, FJ 4º y 5º.

<sup>47</sup> ALMAGRO NOSETE, J., «Prevalencia de las libertades de información y expresión (criterios jurisprudenciales)», *Diario La Ley*, núm. 7694, Sección Columna, año 2011.