

REGLAMENTO <<ROMA II>> Y DERECHOS
DE LA PERSONALIDAD: REFLEXIONES
PARA FORMULAR UNA NORMA DE CONFLICTO
QUE PRESERVE ADECUADAMENTE
EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN
Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

LAURA GARCÍA GUTIÉRREZ *

- I. INTRODUCCIÓN: LA EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO ROMA II SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES.
- II. LAS DISTINTAS FORMULACIONES QUE FUE ADOPTANDO LA NORMA DE CONFLICTO ESPECIAL HASTA SER FINALMENTE ELIMINADA DEL REGLAMENTO.
- III. LA PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 3 DE MAYO DE 2012.
- IV. LA POSICIÓN MAYORITARIA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA.
- V. UNA SOLUCIÓN POSIBILISTA: LA APLICACIÓN DE LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL PRESUNTO RESPONSABLE DEL DAÑO, CON CORRECTIVOS.
- VI. REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY APLICABLE AL DERECHO DE RECTIFICACIÓN.
- VII. CONCLUSIONES.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Privado, Social y Económico, Universidad Autónoma de Madrid, España.

Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación DER 2009-11702 (Subprograma JURI) sobre “Daños internacionales especiales”.

I. INTRODUCCIÓN: LA EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO ROMA II SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

El Reglamento Roma II¹ ha sustituido, con carácter general, a las normas de conflicto de los Estados miembros, en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, para los hechos generadores de daños acaecidos a partir del 11 de enero de 2009². De su ámbito de aplicación material, sin embargo, ha quedado excluido un sector de supuestos que son de una gran relevancia por su incidencia en la práctica y por cómo afectan a los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y a la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen: los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad³.

En realidad, los derechos de la personalidad son todos aquellos que designan el ámbito de protección de la persona y de sus atributos o cualidades y que están vinculados con la idea de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Por eso, se incluyen entre ellos, no sólo los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, sino también el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, el derecho al nombre, etc. No obstante, se ha generalizado también utilizar el término para referirse únicamente a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, que tendrían en común ser derechos de protección de la esfera privada del individuo⁴. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos prefiere reconocer, en su artículo 8, de forma genérica, el derecho a la vida privada y familiar, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 7, también⁵.

¹ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *DOUE L* 199, 31.7.2007, pp. 40-ss.

² V. en este sentido, sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, *Homawoo*, C-412/10, *Rec.* p. I-0000, que aclara que la fecha relevante no es la del inicio del procedimiento, ni la fecha en que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto determine la ley aplicable, sino la del hecho generador del daño.

³ V. art.1.2.g.

⁴ V. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 287.

⁵ Por otro lado, me voy a referir a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen conjuntamente, pero hay que tener en cuenta que se trata de tres derechos funda

La razón principal de esta exclusión fue la dificultad para alcanzar un acuerdo sobre el punto de conexión de la norma de conflicto, lo que convirtió este tema en uno de los más polémicos del proceso negociador del Reglamento Roma II⁶. Parece ser que la presión de los *lobbies* del sector de los medios de comunicación fue muy intensa y que, aunque finalmente no lograron imponer sus preferencias, sí resultó imposible acordar una norma de conflicto común para este tipo de casos, pues las posturas del Consejo y el Parlamento Europeo resultaron irreconciliables. Se optó, por ello, por excluir las obligaciones extracontractuales que se deriven de la vulneración de los derechos de la personalidad del ámbito de aplicación material del Reglamento. Quedaron así descartadas otras opciones, como la no formulación de una regla especial en este sector, sometiendo estas obligaciones a la norma general del artículo 4 y al artículo 14 en cuanto a la libertad de elección.

A mi juicio, esta exclusión ha dado lugar a una situación poco deseable. Por un lado, me parece que fue un acierto no paralizar la aprobación del resto del Reglamento por este tema. Pero, por otro, creo que, de la lectura del Informe Mainstrat encargado por la Comisión sobre la base del artículo 30.2 del Reglamento Roma II⁷, se desprende con claridad que la situación actual, en la que existe una pluralidad de soluciones nacionales a la cuestión de la ley aplicable a la vulneración de los derechos de la personalidad, favorece excesivamente el *forum shopping*, que en este sector, en el caso de la difamación, tiene una denominación específica: el *libel tourism*⁸ o turismo de

mentales autónomos (V. por todas, STC de 25 de febrero de 2002) y que cada uno de ellos tiene un contenido esencial diferenciado de los demás. Lo que ocurre es que para los tres se podría proponer una norma de conflicto única, del mismo modo que, en el plano interno, en el caso español, una misma Ley es la que regula su protección en el orden civil, la LO 1/1982, y también se reconocen conjuntamente en el art. 18.1 de la Constitución.

⁶ GIL NIEVAS, R., “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, p. 126.

⁷ Comparative Study on the Situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, JLS/2007/C4/028. Anexo II.

⁸ Sobre el denominado “turismo de difamación” v. GARNETT, R./ RICHARDSON M., “Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross-Border Libel Cases”, *JPIL*, 5/2009, pp. 471-490; HARTLEY, T. C., “«Libel Tourism» and Conflict of Laws”, *ICLQ*, 2010, pp. 25-38; LEVI, L., “The Problem of Trans-National Libel”, 25.3.2011, *University of Miami Legal Studies*, Research Paper No. 2011-11; MACFARLAND, R. L., “Please do not publish this article in England: A Jurisdictional response to Libel Tourism”, *Miss. L. J.*, 2010, pp. 617-663.

difamación. Se ve, entonces, directamente afectada una de las principales funciones del Derecho, en general, y del Derecho Internacional Privado, en particular: proveer de certeza⁹.

Hay que tener en cuenta que a la diversidad en las soluciones de Derecho Internacional Privado en este ámbito, hay que añadir las grandes divergencias existentes aún en el Derecho material. En este contexto, hay que tener presente que en las intromisiones ilegítimas al derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen se produce una colisión entre dos importantes derechos fundamentales, previstos tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como en la Convención Europea de Derechos Humanos: la libertad de expresión y de información (artículos 11/10, respectivamente) y el respeto a la vida privada y familiar, así como a la reputación, (artículos 7/8, 10.2 respectivamente). Los ordenamientos nacionales varían en el peso que otorgan a cada uno de estos derechos cuando entran en conflicto, por lo que los demandantes suelen decantarse por iniciar el procedimiento en aquellos Estados que protegen la reputación en mayor medida, a pesar de que los vínculos de los supuestos con dichos Estados sean mucho más débiles que en relación con otros territorios o incluso de que sólo se pueda litigar en ellos por el daño parcial.

La interpretación que mantiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sede de competencia judicial internacional, favorece este tipo de estrategias¹⁰. Al menos para los supuestos de daños causados a través de contenidos publicados en sitios de internet, para los que se mantendría la competencia de todos los tribunales del daño parcial, aparte de la de los tribunales del Estado del establecimiento del emisor y los del centro de intereses de la víctima, que serían competentes respecto de la totalidad del daño.

En efecto, en la sentencia de los asuntos acumulados *eDate Advertising* y *Martínez*, antes citada¹¹, el TJUE mantiene, para dos supuestos de difamación a través de internet, que la interpretación más adecuada del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I¹² consistiría en ampliar a los tribunales del centro

⁹ V. en este mismo sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P, *Derecho Privado de Internet*, 4ª ed, Madrid, Civitas, 2011, pp. 164 y ss.

¹⁰ V. por todas, la sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados *eDate* y *otros* y *Martínez* y *Martínez*, C-509/09 y C-161/10, aún no publicado en la Recopilación.

¹¹ V. referencia en nota anterior.

¹² Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* L 012, de 16.1.2001.

de intereses de la víctima la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado del establecimiento del editor y de todos aquellos Estados de difusión en los que la víctima pueda sufrir una daño, por ser allí conocida, conforme a la sentencia en el asunto *Shevill*¹³. Este es el modo en el que el TJUE adaptó la regla de la ubicación formulada por primera vez en el asunto *Minas de Potasa*¹⁴ al ámbito de la vulneración del derecho al honor por parte de los medios de comunicación, en aquel supuesto en el ámbito de la prensa escrita y, en *eDate Advertising*, en el caso de unos contenidos publicados en un sitio de internet. Esta extensión de los criterios de atribución de la competencia judicial internacional parece criticable por incrementar el *forum shopping* dado que, como ya hemos explicado, las normas de conflicto no se encuentran unificadas para este tipo de litigios, ni siquiera en el ámbito de la Unión Europea, al haber quedado este tipo de supuestos fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II. También la cuantía de las eventuales indemnizaciones puede variar mucho en los diferentes Estados miembros.

En España, tanto los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como a la libertad de expresión e información están reconocidos en la Constitución¹⁵ (artículos 18 y 20, respectivamente). El Tribunal Constitucional español (TC), sin entender que exista entre estos derechos una relación jerárquica, ha dado mayor peso al derecho a la información en algunos supuestos de conflicto, sobre la base de su repercusión en la formación de una opinión pública libre¹⁶. Algunos autores se han mostrado

¹³ Sentencia de 7 de marzo de 1995, *Shevill y otros/ Presse Alliance*, C-68/93, Rec. p. I-415.

¹⁴ Sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Bier BV/ Mines de Potasse*, 21/76, Rec. p. 1735.

¹⁵ Antes de la Constitución de 1978, ningún texto constitucional español consagró la protección de estos derechos como fundamentales (V. BONILLA SÁNCHEZ, J. J., *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Barcelona, 2010, p. 31).

¹⁶ V. STC de 17.7.1986, de 21.12.1992, de 18.1.1993, de 22.5.1995 y de 8.4.2002. Explicado, por ejemplo, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, 3ª ed, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 134-135; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª., *Sistema de Derechos...*, op. cit, Civitas, Madrid, 2005, p. 330; GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, p. 85; HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2009, p. 274; HERRERO-TEJEDOR, F., *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998, p. 35; PÉREZ GONZÁLEZ, D. E., "Problemática de la colisión entre los derechos de la personalidad y la libertad de expresión e información. Solución doctrinal y jurisprudencial", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 19-20, 2001-02, p. 513.

críticos con esta postura¹⁷, pero, en mi opinión, se trata de un modo bastante adecuado de resolver las colisiones entre estos derechos, a la vista de que, en el caso del derecho a la información, existen intereses colectivos afectados que merecen una especial protección¹⁸.

Dado que, como ya he señalado más arriba, en la Unión Europea, se optó por excluir las obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II, esta cuestión quedaría regulada por el Derecho Internacional Privado autónomo de cada uno de los Estados miembros.

En el caso español, en el momento actual, la norma de conflicto aplicable para determinar la ley aplicable en este tipo de supuestos es el artículo 10.9 del Código Civil. Se trata de la norma de conflicto genérica para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. No se trata, por lo tanto, de una norma especial para este tipo de daños, como sí ocurre en otros Estados de nuestro entorno, tales como Bélgica¹⁹ o Suiza²⁰. De acuerdo

¹⁷ V. las reflexiones de F. PANTALEÓN PRIETO en sus obras “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, núm. 4033, 1996, pp. 3 y ss. y “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 10/1996, pp. 209 y ss; también se muestra crítico con la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa frente al poder de los medios*, La Ley, Madrid, 2008, p. 52.

¹⁸ V. en este mismo sentido, STS de 17.11.1992, FJ 3.

¹⁹ Art. 99, § 2, 1º del Código belga de Derecho Internacional Privado. De acuerdo con esta norma, la ley aplicable a los daños a los derechos de la personalidad se rige, a elección del demandante, por la ley del Estado en cuyo territorio se produzca o amenace con producirse el hecho generador del daño o el resultado dañoso. No obstante, se prevé, como excepción, el supuesto en que la persona responsable no hubiera podido prever que el daño se produciría en ese Estado. No se resuelve expresamente cómo se determina entonces la ley aplicable, pero parece deducirse que, en esos casos, habría que atender a la ley del Estado en cuyo territorio se produzca el hecho generador. Esto es, lo que desaparece es la opción entre la ley del hecho generador y la ley del resultado, al no ser este último previsible para el presunto responsable.

²⁰ Art. 139 de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza. Este artículo aparece referido únicamente a los supuestos de daños causados por los medios de comunicación y, al igual que en el caso del Derecho Internacional Privado belga, también establece la posibilidad de que el perjudicado elija, pero, en este caso, entre tres ordenamientos jurídicos: el Derecho del Estado en el que la víctima tenga su residencia habitual, siempre que el autor del daño hubiera podido prever que el resultado se produjera allí; el Derecho del Estado en el que el autor del daño tenga su establecimiento o su residencia habitual y el Derecho del Estado en el que produzca el resultado dañoso, también siempre que el autor del daño hubiera podido prever que el resultado se produjese en ese Estado.

con el artículo 10.9 del Código Civil, las obligaciones no contractuales se rigen por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. En principio, esta norma es confusa en cuanto a si lo relevante es la ley del resultado dañoso o la ley del hecho generador del daño. No obstante, en el momento actual, es defendible optar por la primera solución, en la medida en que así lo ha hecho el propio Reglamento Roma II, en su norma general²¹. Y ello a pesar de que optar por esta solución no resulte totalmente evidente. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, en el Derecho Internacional Privado alemán, la ley de 1999 sobre obligaciones extracontractuales y derecho de cosas²², en su artículo 40, se decantaba, precisamente, por aplicar la ley del Estado del origen del daño²³, aunque es posible que la víctima escoja la ley del Estado del resultado dañoso. A mi juicio, decantarse por la ley del resultado dañoso tiene a su favor la simplicidad de esta solución y la proximidad para la víctima del ordenamiento jurídico aplicable, al menos por comparación a la aplicación de la ley del hecho causal.

Aun simplificando la interpretación de la norma y considerando aplicable la ley del lugar del resultado dañoso, el artículo 10.9 del Código Civil conduce a una solución poco satisfactoria. Principalmente, porque el poder de difusión de los medios de comunicación en una sociedad globalizada como la actual es enorme. No sólo en el ámbito de internet, sino también de la televisión, la radiodifusión y la prensa escrita. Hay que tener en cuenta, además, que estos distintos medios se interrelacionan y potencian los unos a los otros. Lugares del resultado dañoso serían, a mi juicio, todos aquellos en los que la información o las expresiones susceptibles de afectar al honor o a la intimidad se hayan difundido, siempre que la persona en cuestión sea allí conocida. Cuando se ejercita una acción por el daño global, esto implica la necesidad de aplicar un mosaico de leyes nacionales.

Dado el gran poder de difusión que, en la actualidad, tienen los medios de comunicación y la existencia de múltiples personas que son conocidas en

²¹ V. art. 4.1 RRII.

²² *Gesetz zum Internationalen Privatrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse und für sachen* (Bundesgesetzblatt 1999, t. I, núm. 26, de 21.5.1999). Esta ley, que entró en vigor el 1 de junio de 1999, modificó la redacción de los arts. 38 a 46 de la ley de introducción al Código Civil (EGBGB), en su versión de 21.9.1994.

²³ V. FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, *AC*, 2003, núm. 34, p. 3; KERPEN, U., *Das Internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, Lang, Frankfurt, 2003, p. 217.

más de un Estado, esta solución parece excesivamente complicada. Por ello, parece necesario formular una norma de conflicto que, respondiendo al esquema general del Reglamento Roma II, conduzca a un resultado más simple y a la vez adecuado para este tipo de supuestos. Vamos a dedicar las siguientes páginas al estudio de esta cuestión.

II. LAS DISTINTAS FORMULACIONES QUE FUE ADOPTANDO LA NORMA DE CONFLICTO ESPECIAL HASTA SER FINALMENTE ELIMINADA DEL REGLAMENTO

La norma que propuso la Comisión en el Anteproyecto de Propuesta de Reglamento Roma II de 3 de mayo de 2002²⁴, preparado por los servicios de la Dirección General de Justicia e Interior, fue la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima. Esta solución fue objeto de importantes críticas en las consultas efectuadas al respecto. De ahí que la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales²⁵ de 22 de julio de 2003, en su artículo 6, sometiera este tipo de obligaciones extracontractuales a la norma general del artículo 3²⁶. Eso sí, con una referencia expresa al supuesto de vulneración de los “principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión e información” que conduciría a la aplicación de la ley del foro y que resultaba superfluo, por tratarse de un supuesto específico de vulneración del orden público.

El Parlamento Europeo, en su posición en primera lectura de 6 de julio de 2005²⁷, cambió radicalmente la formulación de la norma de conflicto, probablemente influido por la presión de los medios de comunicación. Así, en el artículo 5 de este documento, propuso partir de la aplicación de la ley del país donde se produzca el elemento más significativo del daño, presumiendo que este país es, en primer lugar, aquél al que va dirigida la publicación y, si ello no estuviese claro, se aplicaría la ley del país en el que se ejerce el control editorial.

²⁴ V. Nota de prensa IP/02/650 publicada en <http://europa.eu/rapid>.

²⁵ Documento COM (2003) 427 final.

²⁶ Es decir, que se aplicaría la ley de la residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada (art. 3.2) y, en su defecto, la ley del lugar del daño (art. 3.1), con la posibilidad de acudir a los vínculos más estrechos como cláusula de escape (art. 3.3).

²⁷ *DOUE C 157E*, de 6.7.2006, p. 371.

El Comité Económico y Social, en su dictamen de junio de 2004²⁸, se mostró favorable, en este punto, a la propuesta de la Comisión, aunque argumentando en el sentido de que una referencia específica a la aplicación de la ley del foro, como consecuencia de la vulneración de los derechos a la información y a la libertad de expresión, podría resultar superflua, a la luz de lo previsto respecto del orden público del foro, en general, en el artículo 22 de la Propuesta.

En la Posición Común, aprobada por el Consejo el 25 de septiembre de 2006²⁹, se excluyen los daños a los derechos de la personalidad del ámbito de aplicación material del Reglamento³⁰ y se prevé la elaboración de un informe sobre esta cuestión, en el artículo 30.

La Propuesta modificada de la Comisión de 21.2.2006³¹ excluía del ámbito de aplicación del Reglamento únicamente los atentados a la vida privada o a los derechos de la personalidad cometidos por los medios de comunicación³² y dejaba el resto de los daños a los derechos de la personalidad sometidos a la regla general en cuanto a la determinación de la ley aplicable del artículo 5 de la propuesta modificada.

Finalmente, la posición del Parlamento Europeo en segunda lectura de 18 de enero de 2007³³ —en particular, en su Considerando 29 y su artículo 7— insiste en la norma propuesta en la posición en primera lectura, que ya la Comisión había rechazado por favorecer en exceso la posición del editor³⁴.

El resultado, por lo tanto, ha sido el fracaso en la elaboración de una norma de conflicto uniforme para la Unión Europea en el sector de las obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad. Con el fin de paliar esta situación en el futuro, en el artículo 30.2 del Reglamento, se instó a la Comisión a presentar un estudio, con fecha límite el 31 de diciembre de 2008. El informe se publicó en febrero de 2009³⁵ y pone de manifiesto que existen notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en cuanto a la regulación de esta cuestión. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 30.1 se prevé, con fecha

²⁸ *DOUE* C 241, de 28.9.2004, p. 1.

²⁹ *DOUE* C 289E, de 28.11.2006, p. 68.

³⁰ V. Art. 1.2.g.

³¹ Documento COM (2006) 83 final.

³² V. art. 1.2.h de la Propuesta.

³³ *DOUE* C 244E, de 18.10.2007, p. 194.

³⁴ V. Propuesta modificada de la Comisión de 21.2.2006, *Supra* nota 25, p. 7.

³⁵ V. *Supra* nota 7.

límite el 20.8.2011, la elaboración de un informe sobre la aplicación del Reglamento Roma II, que también debería ocuparse de este tema. Pero a fecha de hoy, de momento, no ha sido objeto de publicación.

III. LA PROPUESTA DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 3 DE MAYO DE 2012

El 2 de mayo de 2012 se publicó el documento A7-0152/2012 del Parlamento Europeo, que contiene un Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento Roma II, referido únicamente al sector de los daños a los derechos de la personalidad. En él, la Comisión de Asuntos Jurídicos propone la inclusión de un nuevo Considerando 32 bis y de un nuevo artículo 5 bis en el Reglamento, que tienen un contenido muy similar al ya formulado en su posición en primera lectura de 6 de julio de 2005³⁶.

El Considerando 32 bis se refiere al juego del orden público en este ámbito. Como ya he señalado anteriormente, esta precisión resultaría innecesaria, pues parece suficiente con la referencia genérica al orden público y a los daños punitivos del Considerando 32. Por otra parte, resulta llamativo que el Considerando propuesto sólo se refiera a la posibilidad de aplicar las normas constitucionales de los Estados miembros en materia de libertad de prensa y libertad de expresión y no a las protectoras de los derechos de la personalidad, que también pueden resultar afectadas en este tipo de supuestos.

Por lo que se refiere al artículo 5 bis, el Parlamento Europeo vuelve a proponer un texto muy similar al que formuló en su posición en primera lectura de 6 de julio de 2005. El punto de partida es la aplicación de la “ley donde se produzca el elemento más significativo de las pérdidas o daños”. Esto podría hacernos pensar, en muchos casos, en la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima. Pero, el apartado 3 ya se ocupa de aclarar que dicho lugar será aquel al que va principalmente dirigida la publicación o emisión y, si este no fuera evidente, el país en que se ejerza el control editorial. Además, el apartado 2 establece la aplicación de la ley del país de la residencia habitual de la persona demandada, si esta no hubiera podido razonablemente prever las consecuencias sustanciales de su actuación en el país designado en el apartado 1. Con lo anterior, me parece que se estarían dando demasiados giros y que lo más sencillo sería admitir la aplicación de

³⁶ V. referencia *Supra* nota 27.

la ley del Estado de la residencia habitual del editor o del presunto responsable del daño (si no se trata de un profesional de la información), completada con la regla de los vínculos más estrechos, como explicaré más adelante.

IV. LA POSICIÓN MAYORITARIA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA

Las normas de conflicto uniformes sugeridas *de lege ferenda* por la doctrina para completar el vacío dejado en el Reglamento Roma II han sido variadas³⁷. Pero quizá la que más eco ha encontrado en la doctrina española sea la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima³⁸ que, como ya hemos señalado más arriba, era la regla que recogía el Anteproyecto de Propuesta de Reglamento Roma II de 3 de mayo de 2002.

Este punto de conexión, según sus defensores, tendría tres ventajas principales. En primer lugar, evitaría la aplicación de una multiplicidad de leyes. En segundo lugar, sería previsible para ambas partes. Y, por último, no sería del todo ajeno a la idea de la aplicación de la ley del lugar del daño, que es el principio de base que inspira la norma general del artículo 4 del Reglamen-

³⁷ V. por ejemplo, las propuestas vertidas en el blog *conflictoflaws*, en el symposium online “Rome II and Defamation” dirigido por MARTIN GEORGE (fecha de apertura 19.7.2010) o las de ÁLVAREZ RUBIO, J. J. y otros en *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 21-22 y 228 y ss; KUIPERS, J., “Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights”, *German Law Journal*, 12/2011, pp. 1702 y ss; THIEDE, T./MCGRATH, C. P., “Mass Media, Personality Rights and European Conflict of Laws”, *SSRN*, 27.3.2011, esp. pp. 21 y 22.

³⁸ En defensa de este punto de conexión, v. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2012, p. 389; ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección de la vida privada en el tráfico privado internacional: derecho aplicable*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1996, pp. 151-152; TORRALBA MENDIOLA, E., “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *InDret*, enero 2012, pp. 25 y ss; AMORES CONRADI, M. A./TORRALBA MENDIOLA, E., “IX tesis sobre el estatuto delictual”, *REEL*, 8/2004, p. 22; AMORES CONRADI, M. A./TORRALBA MENDIOLA, E., “Difamación y Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, 7/2007, pp. 255 y ss; BEITZKE, G., “Les obligations délictuelles en droit international privé”, *R. des C.*, 165, p. 88; BOUREL, P., “Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé”, *R. des C.*, t. 124, 1989-II, p. 339; Grupo de Hamburgo de Derecho Internacional Privado, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non contractual obligations”, *RabelsZ*, 2003, p. 1.

to Roma II³⁹, así como la mayoría de sus reglas especiales, como las del artículo 6 (competencia desleal y restricciones a la libre competencia), el artículo 7 (daños medioambientales) o el artículo 8 (infracciones de los derechos de propiedad intelectual).

En relación con estos argumentos, considero que el dato de que esta solución evita la aplicación de una multiplicidad de leyes es algo incuestionable. También estoy de acuerdo en que la residencia habitual de la víctima, siempre que la información tenga difusión allí, será probablemente el lugar del daño más significativo, al tratarse, generalmente, del lugar donde se halla el centro de intereses principales del presunto lesionado. Pero, ello no me parece suficiente para decantarse por este criterio de conexión, si tenemos en cuenta los inconvenientes que presenta y que expondré a continuación.

A mi juicio, uno de los principales problemas del criterio de conexión basado en la residencia habitual de la víctima, tiene que ver, precisamente, con la previsibilidad, que —como se destaca en el Considerando 6 del propio Reglamento Roma II— es uno de los elementos que se encuentran en la base del Reglamento. En efecto, no siempre va a resultar sencillo para una de las partes determinar el lugar de la residencia habitual de aquellas personas que desarrollan una vida internacional y esto no sólo afecta a muchos personajes públicos, sino también a simples particulares que, principalmente por motivos laborales o personales, van variando el lugar de su residencia habitual con cierta frecuencia. Hay personajes públicos y particulares que no habrán hecho en su vida una mudanza, pero también hay otros que o bien viven a caballo entre diferentes Estados o han modificado sucesivamente el lugar de su residencia habitual o incluso ambas cosas a la vez.

Además, el efecto disuasorio sobre la libertad de expresión (= autocensura o *chilling effect*) que produce en los medios el punto de conexión residencia habitual de la víctima es evidente. La reflexión sería la siguiente: ¿quién va a atreverse a criticar a un dictador en estas condiciones? Pienso, sobre todo, en algunos líderes totalitarios amparados por una regulación, la de su propia residencia habitual, que, sin duda es imaginable, que tendiera a sobreprotegerles⁴⁰. Los supuestos más flagrantes podrían quedar cubiertos por la cláusula de orden público, pero es imaginable que no todas esas legislaciones vulneren los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al derecho a la información del foro. Y, en todo caso, la potencial aplicación del

³⁹ V. Considerando 18 del Reglamento.

⁴⁰ V. en este mismo sentido, THIEDE, T./ MCGRATH, C. P., “Mass Media...”, *op.cit.*, p. 13.

orden público, no evitaría, en mi opinión, que los medios no operaran con la debida libertad en supuestos de este tipo.

Otra categoría de supuestos para los que la regla de la residencia habitual de la víctima resulta inadecuada es el de las manifestaciones despectivas o degradantes que no hacen referencia a una persona concreta sino a un colectivo, etnia o grupo social⁴¹. Se trata de supuestos en los que puede resultar lesionado el derecho al honor de determinadas personas que, sin haber sido aludidas directamente, pertenecen al colectivo afectado. Piénsese, por ejemplo, en supuestos de declaraciones antisemitas, como las que motivaron el recurso de amparo presentado a principios de los años noventa por la señora Violeta Friedman ante el TC⁴². En este asunto, se reconoció que se había producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor, sin haber sido directamente aludida la demandante. Hace unos años, en plena elaboración del Reglamento Roma II, se produjo también el conocido caso de las caricaturas de Mahoma, publicadas en el periódico danés *Jyllands-Posten* el 30 de septiembre de 2005. Estas caricaturas ofendieron profundamente a diversos sectores practicantes de la religión musulmana, personas que tenían su residencia habitual en diferentes Estados y que podrían haber planteado una demanda compensatoria. ¿Cuáles son los estándares de protección del derecho al honor que deben primar en supuestos de este tipo frente al ejercicio de la libertad de expresión? No parece adecuado defender que sean los estándares de protección de los ordenamientos jurídicos de los Estados de la residencia habitual de cada uno de los innumerables lesionados potenciales, si lo que queremos es dotarnos de normas de conflicto que fomenten la certidumbre y que no tengan un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión. Un supuesto muy similar se ha producido en septiembre de 2012, como consecuencia de la difusión de la película “Inocencia de los musulmanes”⁴³.

Sin duda, podría argumentarse que, al menos en algunos de los casos que acabo de señalar, el problema podría solventarse acudiendo a la regla de los vínculos más estrechos, que operaría como correctivo del punto de conexión principal. Pero creo que debería concederse un papel esencial, a la hora de formular la norma de conflicto, a la necesidad de dotar de previsibilidad y certeza, tanto a los medios de comunicación social, como a cualquier particular, que quiera reflejar un hecho o manifestar una opinión en el ejercicio

⁴¹ Este tipo de comportamientos quedan, en muchas ocasiones, fuera de la cobertura de la libertad de expresión. En este sentido, v. STC de 11.11.1991, FJ 8.

⁴² V. la precitada STC de 11.11.1991.

⁴³ V. *El País Digital* de 12.9.2012.

de sus derechos fundamentales a la información y/o a la libertad de expresión, en un mundo tan intensamente globalizado como el actual. Antes de acudir a la cláusula de escape, creo que debería intentarse potenciar un punto de conexión que favoreciese en mayor medida la certeza, sin que ello signifique, en ningún caso, una desprotección de las potenciales víctimas. En aquellos supuestos en los que pudieran resultar aplicables ordenamientos jurídicos que no respeten unos estándares mínimos en relación con los derechos fundamentales afectados en este tipo de supuestos siempre podría operar la cláusula de orden público.

Pero, sobre todo, comprendo la firme oposición de los medios de comunicación social al punto de conexión residencia habitual de la víctima, porque parece que no sería compatible, en una gran cantidad de supuestos, con un ejercicio razonable de la labor de los medios de comunicación. Considero desproporcionado exigir a los medios que tengan que adecuarse a una multiplicidad de estándares nacionales de protección del derecho al honor, la intimidad y la imagen, con lo sencillo que sería amoldar su actividad al ordenamiento jurídico en el que se encuentra su propia residencia habitual. Y lo mismo me parece extrapolable al ejercicio de la libertad de expresión por parte de los simples particulares.

Sería preferible, por lo tanto, hallar una solución que tuviera en cuenta todos los intereses en presencia y no favoreciese en exceso la posición de la víctima, sin que ello signifique, en ningún caso, dejarla desprotegida.

V. UNA SOLUCIÓN POSIBILISTA: LA APLICACIÓN DE LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL PRESUNTO RESPONSABLE DEL DAÑO, CON CORRECTIVOS

Considero que la propuesta de una norma de conflicto adecuada para los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad debe tener en cuenta todos los intereses en presencia. Sobre todo, porque las personas involucradas en este tipo de supuestos son titulares, todas ellas, de derechos fundamentales de la máxima importancia: el derecho a la información y a la libertad de expresión, por un lado, y el derecho al honor y al respeto de la vida privada, por el otro. Ya hemos argumentado en el epígrafe anterior como el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información puede verse perturbado por el punto de conexión residencia habitual del presunto lesionado. Este criterio favorece la autocensura y disminuye el sentido crítico en los medios y en las personas que informan u opinan sobre otras. A

ello se une lo complicado que puede resultar, en ocasiones, determinar dónde se encuentra la residencia habitual del sujeto de una noticia o de un comentario. Se trata, por consiguiente, de un criterio poco operativo en la práctica. Principalmente, por la dificultad que supone para la labor de los medios de comunicación el tener que amoldarse a una multiplicidad de estándares de ponderación entre el derecho a la información y la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Pero, además, el punto de conexión residencia habitual del presunto lesionado no es necesariamente más justo desde la perspectiva de la víctima, pues la ley del Estado del presunto responsable puede resultar igual o más protectora de los derechos de la personalidad.

Por otra parte, considero que la norma de conflicto que se proponga debería servir para cualquier tipo de supuesto, sea parte en él un medio de comunicación o no y cualquiera que sea el mecanismo de difusión utilizado: internet, prensa escrita, televisión, radio, etc. (= principio de neutralidad tecnológica). Además, pienso que la norma de conflicto no debería elaborarse pensando únicamente en los personajes públicos o en las denominadas *celebrities*. Es cierto que, en el supuesto típico, el demandado es un medio de comunicación social o un profesional de la información y el demandante una persona con repercusión pública. Pero la norma de conflicto no debe olvidar la posición de los meros particulares, porque parece innegable que las personas con relevancia pública son, precisamente, las que se encuentran en una mejor posición para evitar acudir a un proceso. Son ellas, a mi juicio, las que cuentan con mayores medios para defenderse frente a una intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad, dado que ellas suelen tener más fácil acceso a los medios de comunicación social⁴⁴, lo que facilita la réplica, la rectificación e incluso la retractación. Por otro lado, internet ha dejado abierto un espacio con amplias posibilidades para el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los simples particulares, lo que puede afectar, en el futuro, al esquema del supuesto típico de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad propuesto.

En todo caso, encontrar una solución totalmente neutra en este sector, me parece ciertamente complicado. Por eso, opino que, sin desproteger a las víctimas, es preferible proponer una norma de conflicto que no perjudique el ejer-

⁴⁴ Idea, a mi juicio, muy acertadamente apuntada en la obra de SALVADOR CODERCH, P. y otros, *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 57. En ella, se afirma que “Como regla general, se convendrá en que los personajes públicos tienen acceso a los medios de información con mayor facilidad y a menor precio que los simples particulares”.

cicio del derecho a la información y de la libertad de expresión y que sea realista desde la perspectiva del trabajo de los medios y de la información con que suele contar cualquier persona que emite un juicio, revela un hecho o publica una imagen de otra. Todos estos elementos se encuentran presentes en el punto de conexión residencia habitual del presunto responsable del daño. Este criterio de conexión se nos presenta como una solución posibilista que simplifica y resuelve los problemas de las otras alternativas que se han propuesto. En este sentido, es importante tener en cuenta que este criterio presenta la ventaja, desde el punto de vista de la labor de los medios de comunicación, que resulta esencial en cualquier sociedad democrática, de que racionaliza y facilita notablemente el ejercicio de su actividad. Desde la perspectiva de los simples particulares que ejercen su libertad de expresión, es evidente que desaparece la desproporcionada carga de indagar dónde se encuentra la residencia habitual de todo aquél objeto de sus comentarios. Por otra parte, la norma así formulada no tiene por qué desproteger a las víctimas, que pueden encontrar incluso más cobertura para sus derechos de la personalidad que la prevista en la ley del Estado de su propia residencia habitual.

Se trata de un punto de conexión, además, que enlaza con la lógica del Estado de origen⁴⁵, presente tanto en la Directiva de servicios⁴⁶ como, por lo que se refiere al ámbito digital, en la Directiva de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico⁴⁷. Ambas Directivas parten de la idea de que no afectan a las normas de Derecho Internacional Privado⁴⁸ y así lo ha subrayado también el TJUE en el asunto *eDate*⁴⁹. Pero también es patente, sobre todo en el caso de la Directiva del comercio electrónico (que afectaría a la oferta de información en línea⁵⁰), que los servicios de la sociedad de la información deben estar sujetos, en principio, al régimen jurídico del Estado miembro en que está establecido el prestador del servicio⁵¹. El

⁴⁵ Sobre la lógica del Estado de origen v. DICKINSON, A., *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations*, Oxford University Press, 2008, pp. 645 y ss.

⁴⁶ Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, *DOUE* L 376, de 27.12.2006.

⁴⁷ Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, *DOUE* L 178, de 17.7.2000.

⁴⁸ Art. 3.2 Directiva 2006/123/CE y Art.1.4 y Considerando 23 Directiva 2000/31/CE.

⁴⁹ Sentencia precitada en nota 10.

⁵⁰ Considerando 18.

⁵¹ Art. 3 y Considerando 22.

TJUE ha venido a completar esta idea afirmando, precisamente en el citado asunto *eDate*, que la Directiva se opone “a que el prestador de un servicio de comercio electrónico esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro del establecimiento de dicho prestador”. Por eso, resulta extraño imaginar que, siendo el punto de partida que el prestador del servicio queda sometido al régimen jurídico de su Estado de origen, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información pudiera verse limitado por la ley del Estado de la residencia habitual de los potenciales aludidos, salvo que coincidiese con aquél. No obstante, esta idea afectaría, en principio, a los prestadores de servicios establecidos en la Unión Europea (UE), ya que la Directiva no es aplicable a servicios de prestadores establecidos en un tercer país⁵².

Ya durante la negociación del Reglamento Roma II, algunos Estados miembros defendieron que debía primarse la aplicación de la ley del Estado de origen del presunto responsable⁵³. Se trata, en una gran cantidad de casos, del Estado del hecho generador del daño, como ha destacado el propio TJUE en el marco de la competencia judicial internacional⁵⁴, por lo que no es un criterio de conexión totalmente desconectado de la lógica del lugar del daño predominante en el propio Reglamento Roma II. Aunque, evidentemente, no seguiría la idea de primar el lugar del resultado dañoso, que es la que prima en el Reglamento⁵⁵, salvo en el sector de los daños medioambientales⁵⁶. Y no porque esta lógica no parezca razonable, sino porque, como se ha expuesto más arriba⁵⁷, ese punto de conexión, que conduce a la teoría del mosaico, complica en exceso la solución de los supuestos típicos de vulneración de los derechos de la personalidad.

Por otro lado, el Estado de la residencia habitual del presunto responsable será normalmente, además, el Estado del domicilio del demandado, competente en virtud del foro general para conocer del litigio. Esta coincidencia entre la dimensión de la competencia judicial internacional y la de la ley aplicable, aunque no me parece indispensable, ni debe ser —a mi juicio— el

⁵² Considerando 58.

⁵³ GIL-NIEVAS, R., “El proceso negociador...”, *loc. cit.*, p. 128.

⁵⁴ Sentencia de 7 de marzo de 1995, *Shevill y otros/ Presse Alliance*, C-68/93, *Rec.* p. I-415 y sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados *eDate y otros y Martínez y Martínez*, C-509/09 y C-161/10, *Rec.* p. I-0000, anteriormente citadas.

⁵⁵ Art. 4.1 RRII.

⁵⁶ Art. 7 RRII.

⁵⁷ V. *Supra* epígrafe I.

objetivo que debería primar a la hora de formular una norma de conflicto, sí es cierto que, al favorecer la correlación *forum-ius*, disminuiría los costes asociados a la aplicación de un Derecho extranjero.

A la operatividad y sencillez del punto de conexión residencia habitual del presunto responsable del daño se une, además, su carácter previsible para ambas partes, lo cual, siendo positivo en cualquier sector del Derecho, lo es, además, especialmente, en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales⁵⁸. En la jurisprudencia del TJUE, se ha puesto de manifiesto, no obstante, que, en ciertos casos, puede resultar complicado determinar el domicilio del presunto responsable del daño. En particular, en el asunto *G. y Cornelius de Visser*⁵⁹. La Directiva del comercio electrónico citada más arriba también refleja esta problemática y prevé un artículo en el que, entre la información general exigida a los prestadores de servicios, se encuentra su dirección geográfica⁶⁰. Pero, resulta obvio que cautelas de este tipo no son suficientes para solucionar estos supuestos problemáticos.

En mi opinión, una forma de contemplar las situaciones en que resulte difícil determinar la residencia habitual del presunto responsable, es completar la regla, previendo la aplicación de la ley del Estado que presente los vínculos más estrechos con el supuesto. Del mismo modo, también debería poder recurrirse a los vínculos más estrechos como cláusula de escape, en el mismo sentido que se permite en el artículo 4.3 del Reglamento Roma II. Esto es, cuando la conexión principal resultara inadecuada por desprenderse del conjunto de circunstancias del caso que el supuesto presenta vínculos más estrechos con otro país. Esta cláusula debería operar, en todo caso, con carácter excepcional.

No obstante, para seguir el esquema general del Reglamento Roma II, antes de recurrir a este punto de conexión, debe dejarse un cierto margen a la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, en concordancia con el artículo 14, deberían admitirse los pactos de elección de ley posteriores al hecho generador del daño y los anteriores, al menos cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial. De este modo, se trata de favorecer la libertad de los afectados para pactar aquella ley que resulte más favorable a sus intereses, sin dar mayor preponderancia a una de ellas sobre la otra.

⁵⁸ Considerando 6 RRII.

⁵⁹ Sentencia TJUE de 15 de marzo de 2012, *G. y Cornelius de Visser*, C-292/10, aún no publicada en la Recopilación.

⁶⁰ Art. 5.1.b.

VI. REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY APLICABLE AL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

Mención aparte merece la ley aplicable al ejercicio del derecho de rectificación, de respuesta o de réplica, al menos porque en muchas ocasiones se ha propuesto una conexión separada para este derecho, frente al criterio de conexión preferido para la norma de conflicto general para los daños a los derechos de la personalidad. Pero, sobre todo, porque no se trata de una acción para el resarcimiento del daño propiamente dicha, sino que su naturaleza parece diferente.

El derecho de rectificación es la facultad que ampara a cualquier persona que ha sido citada en un medio de comunicación social a publicar o difundir un escrito en ese mismo medio, de forma gratuita y en unos determinados plazos y condiciones, con el fin de defenderse del daño que dicha alusión pudiera causar en sus bienes o intereses legítimos⁶¹. Se trata de un remedio independiente de otras acciones civiles de resarcimiento del daño y de las acciones penales que los ordenamientos jurídicos prevén para proteger los derechos de la personalidad.

A pesar de que existen diferencias formales y de contenido en las regulaciones de este Derecho en los distintos Estados, todas ellas tienen en común su configuración como un medio urgente de tutela de la persona frente al poder de los medios, con trámites sencillos y plazos breves. En el caso de España, la Ley Orgánica 2/1984⁶² lo limita a la posibilidad de que el rectificante publique un escrito con su versión de unos hechos previamente publicados en un medio, sin necesidad de acreditar la veracidad de lo afirmado, ni de que efectivamente exista un daño. De acuerdo con los artículos 2-4 de la LO 2/1984, este derecho se ejercita mediante la remisión de un escrito al director del medio de comunicación, en los siete días naturales siguientes a la difusión de la información⁶³; el director del medio de comunicación debe publicarla en los tres días siguientes a su recepción o, si ello no es posible, en el número sucesivo y darle realce similar al de la noticia originaria. La ley

⁶¹ Un exhaustivo análisis comparado del derecho de rectificación puede leerse en FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho...*, *op. cit.* También sobre el derecho de rectificación en Derecho español: CABALLERO GEA, J., *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derecho de rectificación. Calumnia e injuria*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁶² LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, *BOE* núm. 74, de 27.3.1984.

⁶³ Este plazo de siete días es especialmente breve, si se compara con la regulación de los Estados de nuestro entorno.

establece un proceso sumario ante el juez civil, cuya sentencia no es apelable, para resolver las diferencias a que dé lugar el ejercicio del derecho de rectificación⁶⁴.

Al igual que en España, en la mayoría de los Estados de nuestro entorno, el ejercicio de este derecho comprende dos fases: una primera, en la que el perjudicado debe dirigirse ante el propio medio de comunicación que difundió la información controvertida, solicitando que publique el escrito rectificador y una segunda, ante la negativa del medio a divulgar dicho escrito o cuando la rectificación se hubiese difundido sin atender a las exigencias previstas en la ley. En esa segunda fase, el afectado inicia un procedimiento judicial especialmente rápido y ágil destinado a ordenar, si se considera que procede, la publicación forzosa de la rectificación. En otros Estados de nuestro entorno, esta segunda fase no es judicial, sino que es un órgano independiente, de control de los medios, quien decide⁶⁵.

Desde hace bastantes años, un buen número de autores ha defendido que este derecho debe quedar sometido a la ley de la residencia habitual del editor⁶⁶, en atención, sobre todo, a la urgencia que precisa su ejercicio. El propio Parlamento Europeo, en su propuesta de 3 de mayo de 2012⁶⁷, prevé este punto de conexión para lo que denomina el “derecho de réplica”, tratando de englobar en esta noción autónoma todos los remedios que, con las características antes mencionadas, prevén los ordenamientos de los Estados miembros para proteger la posición de los particulares frente al poder de los medios de comunicación y con el fin de promover la veracidad informativa. También la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales de 22 de julio de 2003⁶⁸, en su artículo 6.2, preveía este punto de conexión para el “derecho de respuesta o las medidas equivalentes”. Y lo mismo recogía el artículo 5.2 de la posición en primera lectura del Parlamento Europeo de 6 de julio de 2005⁶⁹ y el artículo 7. 2 de la posición en segunda lectura del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2007⁷⁰. Por lo tanto, parece que en este punto al menos todas las posiciones convergerían.

⁶⁴ Arts. 4-8 de la Ley.

⁶⁵ Es así, por ejemplo, en Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Irlanda o Finlandia, v. FARRÉ LÓPEZ, P., *El derecho...*, *op cit*, pp. 234, 243 y 442.

⁶⁶ V. en el caso de España, ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección...*, *op. cit*, p. 151.

⁶⁷ V. referencia *Supra* epígrafe III.

⁶⁸ V. referencia *Supra* nota 25.

⁶⁹ V. referencia *Supra* nota 27.

⁷⁰ V. referencia *Supra* nota 33.

Pienso que este criterio de conexión, que no difiere en lo esencial del propuesto en general, en el presente trabajo, para resolver el problema de la ley aplicable en el caso de otras acciones civiles con motivo de la vulneración de los derechos de la personalidad, ya sean de resarcimiento del daño —indemnizatorias o compensatorias—, de cesación o de abstención de la conducta intromisiva, también sería el más adecuado para determinar la ley aplicable al derecho de rectificación. Principalmente, porque simplifica el ejercicio de estas acciones y favorece la celeridad que precisa su ejercicio satisfactorio. Incluso podría ser conveniente limitar también la competencia judicial internacional a los tribunales del domicilio del editor (= el foro general) para solicitar la rectificación, teniendo en cuenta las peculiaridades de este derecho. En especial, deben tomarse en consideración los requisitos que prevén los distintos Derechos nacionales para su ejercicio —a los que me he referido más arriba— y la celeridad que se precisa para proteger satisfactoriamente los derechos de la personalidad, en este tipo de situaciones en las que se trata de publicar otra versión de unos hechos, sin necesidad de probar normalmente la existencia de un daño. En definitiva, este punto de conexión sería el que, a mi juicio, mejor facilitaría que el derecho de rectificación se hiciera valer y se satisficiera con la rapidez que requiere.

VII. CONCLUSIONES

La exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II de las obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de los derechos de la personalidad debería ser corregida en favor de la inclusión de una norma de conflicto especial para este tipo de supuestos.

Considero que una solución adecuada sería que dicha norma partiera del mismo esquema establecido para la regla general en los artículos 14 y 4 del Reglamento. Por lo tanto, debería admitirse un cierto margen a la autonomía de la voluntad, en primer lugar. Al menos con la misma amplitud que la contemplada en el artículo 14 (pactos posteriores al hecho generador del daño y también anteriores, cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial).

En defecto de elección, debería aplicarse un ordenamiento jurídico que resultase previsible para ambas partes. Además, es vital para el funcionamiento de una sociedad democrática y para la adecuada transmisión de información a la opinión pública, que el criterio de conexión que se escoja no tenga un indeseable efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión.

Estos dos elementos se encuentran presentes en el punto de conexión residencia habitual del presunto responsable del daño o del editor, en el caso de que se trate de un medio de comunicación social.

Este punto de conexión no es menos protector para las víctimas que otros propuestos por la doctrina. Pues, es de suponer, que el ordenamiento jurídico de la residencia habitual del presunto responsable del daño también propondrá una determinada ponderación, de conformidad con los valores dominantes en su sociedad, entre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen y la libertad de expresión y el derecho a la información. Y siempre cabrá el recurso a la cláusula de orden público cuando cualquiera de estos derechos pudiera ser objeto de una desprotección intolerable para el Derecho del foro.

Por otra parte, este punto de conexión también tiene a su favor la sencillez y es bastante realista desde el punto de vista de la posición de quienes hacen uso del derecho a la información y de la libertad de expresión en un contexto democrático. En particular, facilita la labor de los medios de comunicación social y de los profesionales de la información, que no tienen que acogerse a diferentes estándares de cobertura de la libertad de expresión y de ejercicio del derecho a la información, sino a un estándar único: el del Estado de su residencia habitual. Lo cual es también previsible para los potenciales lesionados.

Además, la aplicación de la ley de la residencia habitual del presunto responsable del daño responde a la lógica del Estado de origen, lo que favorece un adecuado ejercicio de la libre prestación de servicios. Este lugar coincide también, en un gran número de casos, con el lugar del hecho generador del daño, por lo que no se trata entonces de un criterio de conexión totalmente desconectado de la lógica del lugar del daño.

No obstante, este punto de conexión debería poder corregirse mediante el recurso a la aplicación de la ley del Estado con la que el supuesto presente los vínculos más estrechos. Concretamente, al menos, en dos tipos de situaciones. Primero, cuando el criterio de conexión no resulte operativo, por ejemplo, porque no sea posible determinar la residencia habitual del presunto responsable de lesión del derecho de la personalidad. Segundo, cuando del conjunto de circunstancias del supuesto se desprenda que resulta más adecuado aplicar la ley de otro Estado, con el que el caso presenta vínculos más estrechos. Es decir, como cláusula de escape, en el mismo sentido previsto en el artículo 4.3 del Reglamento para la regla general.

Finalmente, merece una mención aparte el ejercicio del derecho de rectificación por las personas aludidas por parte de los medios de comunicación so-

cial. Este derecho se prevé con características similares en los ordenamientos jurídicos de los Estados de nuestro entorno, con el fin de permitir que sea objeto de rápida difusión la versión de los hechos que afectan al rectificante. Su ejercicio suele constar de dos fases: una primera en la que el aludido se dirige directamente al medio de comunicación y una segunda en la que se solicita la publicación forzosa de la rectificación cuando la primera fase ha resultado infructuosa. Esta segunda fase es judicial en muchos Estados, pero, en otros, suele tener que ejercitarse ante un órgano independiente de control y supervisión de los medios. Las peculiaridades de este derecho aconsejan someterlo a la ley del Estado de la residencia habitual del editor, sea cual sea el punto de conexión por el que nos decantemos para los daños a los derechos de la personalidad. No obstante, de acuerdo con lo defendido en el presente trabajo, vendría a someterse a la misma ley aplicable al resto de las acciones civiles previstas para la protección de los derechos de la personalidad. Lo cual no parece sino un argumento más a favor de la norma de conflicto propuesta.

REGLAMENTO <<ROMA II>> Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD:
REFLEXIONES PARA FORMULAR UNA NORMA DE CONFLICTO
QUE PRESERVE ADECUADAMENTE EL EJERCICIO DEL DERECHO
A LA INFORMACIÓN Y DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

RESUMEN: Las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad y, en particular, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, fueron excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo que nos ha situado en una posición poco deseable, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, que favorece claramente el *forum shopping*. En este trabajo, se defiende la formulación de una norma de conflicto especial única para todos los Estados miembros, basada en el criterio de conexión residencia habitual del presunto responsable del daño. Esta solución favorece la previsibilidad y la certeza tanto para los medios de comunicación, como para cualquier particular que quiera revelar un hecho o manifestar una opinión. Además, es la más compatible con un ejercicio razonable de la labor de los medios de comunicación, que no tendrían que someter el ejercicio su actividad a una multiplicidad de estándares de protección de los derechos de la personalidad en función de la residencia habitual de la víctima. Se trata además de un punto de conexión que enlaza con la lógica del Estado de origen. En los casos en que esta conexión no resultase operativa se podría acudir a la regla de los vínculos más estrechos. Del mismo modo, esta regla podría operar como cláusula de escape.

PALABRAS CLAVE: Derecho Internacional Privado; Daños a los derechos de la personalidad; Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; Derecho de rectificación; Derecho a la información; Libertad de expresión.

**<<ROME II>> REGULATION AND RIGHTS RELATING TO PERSONALITY:
REFLECTIONS TO MAKE A CONFLICT OF LAWS RULE THAT
PRESERVES PROPERLY THE EXERCISE OF THE RIGHT TO INFORMATION
AND OF THE FREEDOM OF SPEECH**

ABSTRACT: Infringement of the rights relating to personality and, in particular, of the rights to privacy, honor and reputation, were excluded from the material scope of application of the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations. From the point of view of Private International Law, this exclusion leads to an undesirable situation, which clearly favors forum shopping. This article supports the development of a special conflict of laws rule for all the Member States based on the connecting factor of habitual residence of the suspected of the damage. This solution promotes predictability and certainty for both the media and for any individual who wishes to reveal a fact or express an opinion. Furthermore, it is the most compatible with a reasonable exercise of the work of the media. This is also a connection factor that is linked with the logic of the state of origin. In cases where this connecting factor doesn't operate in a satisfactory way we could attend the rule of the closer links. Similarly, this rule could work as an escape clause.

KEY WORDS: Private International Law; Damage to personality rights; Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations; Right to reply; Right to information; Freedom of speech.

**RÉGLEMENT <<ROME II>> ET DROITS DE LA PERSONNALITÉ:
REFLEXIONS POUR FAIRE UNE RÈGLE DE CONFLIT QUI PRÉSERVE
CORRECTEMENT L'EXERCISE DU DROIT À L'INFORMATION
ET DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION**

RÉSUMÉ: Dommage résultant de la violation des droits de la personnalité et, en particulier, le droit à la vie privée, l'honneur et la réputation, a été exclu du champ d'application matériel du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Cela nous amène à une situation indésirable du point de vue du droit international privé, qui favorise clairement *forum shopping*. Dans ce travail, nous soutenons le développement d'une règle de conflit spéciale dans tous les États membres sur la base de la connexion résidence habituelle du suspect. Cette solution favorise la prévisibilité et la certitude pour les médias et pour toute personne qui souhaite révéler un fait ou d'exprimer une opinion. En outre, il est le plus compatible avec un exercice raisonnable du travail des médias, que ne doit pas soumettre l'exercice de leur activité à une multiplicité de standards de protection. C'est aussi un point de connexion qui se connecte avec la logique de l'État d'origine. Dans les cas où cette règle ne résulte pas opérative, la règle des liens plus étroits pourrait être applicable. De même, cette règle pourrait fonctionner comme une clause échappatoire.

MOTS CLÉS: Droit international privé; Dommages aux droits de la personnalité; Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles; Droit de rectification; Droit à l'information; Liberté d'expression.