CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN presentadas el 29 de marzo de 2011 [1]

1. Los presentes asuntos acumulados, planteados a instancias del Bundesgerichtshof y del tribunal de grande instance de Paris, suscitan, ante todo, varias cuestiones sobre la interpretación del artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [2]

2. En particular, las referidas jurisdicciones nos interrogan sobre el alcance de la competencia de los tribunales nacionales para conocer de litigios sobre vulneración de derechos de la personalidad cometidos a través de un sitio Internet. Como es sabido, el Tribunal de Justicia ya se pronunció sobre la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 (precepto entonces recogido en el Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968) a los supuestos de difamación [3] en prensa en la sentencia Shevill y otros, dictada en 1995. [4] Las dos cuestiones ahora planteadas permiten a nuestra jurisdicción definir la capacidad de adaptación de dicha resolución a una realidad sujeta a grandes cambios, donde la prensa en soporte impreso ha cedido terreno, a un ritmo creciente y de forma irreversible, a los medios de comunicación electrónicos divulgados a través de Internet.

3. Con ello está anunciado ya algo que sin duda siempre ha estado implícito en toda la problemática de los daños a los derechos de la personalidad cometidos con ocasión de una actividad de comunicación social, de cualquier modo que ésta se produzca. La tutela judicial de estos derechos no puede, en efecto, ignorar la circunstancia de que los mismos deben afirmarse en un contexto *tensionado* por las libertades de comunicación, [5] con las que deben entrar en un escenario de ponderación. Es necesario tomar conciencia de la complejidad de esta situación a fin de poder desarrollar una reflexión adecuada acerca del tema central de los presentes asuntos acumulados, que no es otro que el de la determinación de la competencia judicial internacional

1 — Lengua original: español.

2 — Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO 2001, L 12, p. 1).

3 — Advierto desde este instante que el término «difamación», utilizado por el Tribunal de Justicia en el asunto Shevill, se ha empleado en este procedimiento de forma genérica y como sinónimo de la expresión «lesión de los derechos de la personalidad». A lo largo de estas conclusiones me inclinaré por el uso de este último término, sin perjuicio de que en aquellos casos en los que se haga referencia a la sentencia Shevill recurra al vocablo «difamación», originalmente utilizado por el Tribunal de Justicia en la referida resolución.

4 — Sentencia de 7 de marzo de 1995 (C-68/93, Rec. p. I-415).

5 — Artículos 7 y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

en el caso de litigios originados en daños a los derechos de la personalidad producidos en el espacio de «la red».

4. Finalmente, el Bundesgerichtshof pregunta también si el Derecho de la Unión, concretamente el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, relativa al comercio electrónico en Internet, [6] tiene el carácter de una norma de conflicto que determine la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contra derechos de la personalidad ocasionados a través de una página web.

I. Marco jurídico de la Unión

5. El Reglamento nº 44/2001 prevé un conjunto de reglas de competencia judicial, así como de reconocimiento de resoluciones, a fin de unificar los criterios de determinación de foros en asuntos civiles y mercantiles. Los objetivos del Reglamento quedan recogidos en sus considerandos, donde cabe destacar, a los efectos del presente litigio, los siguientes:

«(11) Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción.

(12) El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia.»

6. En sus disposiciones sobre competencia judicial, el Reglamento prevé, en su artículo 2 y como regla general, el foro del domicilio del demandado:

«*Artículo 2*

1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

[…]»

6 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico») (DO L 178, p. 1).

7. El artículo 3 del Reglamento prevé la posibilidad de excepcionar el foro general cuando se cumplan las condiciones para aplicar los foros especiales de las secciones 2 a 7 del capítulo II. Entre los foros especiales contemplados, cabe aquí destacar el recogido en el artículo 5, número 3):

«*Artículo 5*

Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

[…]

3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso.»

8. La Directiva 2000/31, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, destaca en su artículo 1, apartado 4, que «la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia».

9. El artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/31, contempla una regla de reconocimiento mutuo del siguiente tenor:

«*Artículo 3*

Mercado interior

1. Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.

2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.»

II. Los hechos

A. *En el asunto eDate Advertising (C-509/09)*

10. En el año 1993, el Sr. X, de nacionalidad alemana y residente en la República Federal de Alemania, fue condenado por un tribunal

alemán a una pena de prisión a perpetuidad por el asesinato de un conocido actor alemán. Desde enero de 2008 el Sr. X se encuentra en régimen de libertad condicional.

11. eDate Advertising GmbH (en adelante, «eDate») es una sociedad austriaca gestora de un portal de Internet, cuya web se define como «medio liberal y políticamente independiente» dirigido a los colectivos «homosexual, bisexual y transexual». Desde el 23 de agosto de 1999, eDate ha difundido a sus lectores información sobre el Sr. X, identificándole por su nombre y apellido y destacando que tanto él como su hermano (también condenado por el mismo crimen) habían interpuesto recurso ante el Tribunal Constitucional alemán contra su resolución de condena.

12. El 5 de junio de 2007 el Sr. X requirió a la demandada para que cesara toda difusión de información sobre su persona, petición que quedó sin respuesta escrita, aunque varios días más tarde, el 18 de junio, la referida información fue retirada del referido sitio Internet.

13. El Sr. X acudió a los tribunales alemanes, solicitando la adopción de una prohibición dirigida a eDate, aplicable en todo el territorio de la República Federal de Alemania, que ordenara a la demandada de abstenerse de publicar cualquier información con referencia a su persona. El Landgericht Hamburg, conociendo del asunto en primera instancia, se pronunció en favor del Sr. X, así como el Hanseatisches Oberlandesgericht, juzgando en apelación.

14. En ambas instancias, eDate se opuso a la demanda cuestionando la competencia judicial internacional de la jurisdicción civil alemana. Contra la resolución de apelación, eDate interpuso recurso de revisión ante el Bundesgerichtshof invocando nuevamente la ausencia de competencia de los tribunales alemanes, cuestión sobre la que se centran las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el referido tribunal.

B. *En el asunto Martinez y Martinez (C-161/10)*

15. Con fecha de 3 de febrero de 2008, el diario británico Sunday Mirror publicaba en su edición de Internet una serie de fotografías, acompañadas de un texto, bajo el título «Kylie Minogue vuelve con Olivier Martinez». El artículo relataba el encuentro de la pareja en París, aludiendo al hecho de que «se habían separado el año pasado» y a que el «paseo romántico de 23 horas» confirmaba la reanudación de una relación sentimental. Asimismo, el artículo atribuía unas declaraciones al padre del Sr. Olivier Martinez, el Sr. Robert Martinez.

16. Olivier Martinez y Robert Martinez, ambos de nacionalidad francesa, demandaron a la sociedad de Derecho inglés MGN Limited, propietaria del diario Sunday Mirror, ante el tribunal de grande instance de Paris. Ambos consideraron que la información publicada por el citado medio constituye una lesión al

derecho al respeto de su vida privada y del derecho de Olivier Martinez a su propia imagen. La demandada fue emplazada ante el tribunal el 28 de agosto de 2008, oponiéndose a la competencia judicial internacional de la jurisdicción francesa, al entender que eran los tribunales británicos los internacionalmente competentes, y más específicamente la High Court of Justice.

17. Tras oír a las partes, y previo planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (inadmitida por manifiesta incompetencia [7]), el tribunal de grande instance interrogó nuevamente a la jurisdicción de la Unión a fin de confirmar el alcance de la competencia de los tribunales franceses.

III. Las cuestiones prejudiciales y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. El 9 de diciembre de 2009 hizo entrada en el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial del Bundesgerichtshof en el asunto C-509/09, planteando las siguientes preguntas:

«1) En caso de (riesgo de) vulneración de los derechos de la personalidad a través del contenido de un sitio de Internet, ¿debe interpretarse la expresión "lugar donde pudiere producirse el hecho dañoso" contenida en el artículo 5, número 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el sentido de que

el afectado puede entablar una acción de cesación contra el gestor del sitio de Internet también ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro desde el que puede accederse al sitio de Internet, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del gestor,

o

la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que el gestor del sitio de Internet no tenga su establecimiento está supeditada a la existencia de una vinculación especial del contenido controvertido o del sitio de Internet con el Estado del foro que vaya más allá de la mera posibilidad técnica de acceso al sitio de Internet?

2) En caso de que se exija dicha vinculación con el Estado del foro

¿Qué criterios determinan dicha vinculación?

7 — Auto de 20 de noviembre de 2009, Martinez y Martinez (C-278/09, Rec. p. I-11099).

¿Depende ésta de que el sitio de Internet al que se refiere la acción inhibitoria esté dirigido, por haberlo decidido así el gestor del mismo, (también) a los usuarios de Internet en el Estado del foro, o es suficiente que la información accesible en el sitio de Internet presente una vinculación objetiva con el Estado del foro, en el sentido de que, a la luz de las circunstancias del caso concreto, en especial del contenido del sitio de Internet controvertido, se haya producido o pueda producirse en el Estado del foro una colisión de los intereses concurrentes, a saber, el interés del demandante en el respeto de sus derechos de la personalidad y el interés del gestor en el diseño de su sitio de Internet y en la cobertura informativa?

¿Es decisivo para determinar la vinculación con el Estado del foro el número de consultas realizadas desde dicho Estado al sitio de Internet controvertido?

3) Si la atribución de la competencia no requiere un vínculo especial con el Estado del foro o si dicho vínculo se presume cuando la información controvertida presenta una vinculación objetiva con el Estado del foro, en el sentido de que, a la luz de las circunstancias del caso concreto, en especial del contenido del sitio de Internet controvertido, se ha producido o puede producirse en dicho Estado una colisión de los intereses concurrentes, y la presunción de dicha vinculación no exija la constancia de un número mínimo de consultas realizadas desde el Estado del foro al sitio de Internet controvertido:

¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior en el sentido de que:

debe atribuirse a las disposiciones mencionadas el carácter de normas de conflicto que prevalecen sobre las normas nacionales de conflicto también en el ámbito del Derecho civil que determinan la aplicación exclusiva del Derecho del país de origen,

o,

dichas disposiciones constituyen un correctivo del derecho material aplicable a través del cual se modifica el contenido del Derecho aplicable designado por las normas nacionales de conflicto y se reduce a las exigencias del Derecho del Estado de origen?

Si el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva sobre el comercio electrónico tienen el carácter de normas de conflicto:

¿Determinan dichas disposiciones únicamente la aplicación exclusiva de la ley material del Derecho del país de origen o

también la aplicación de sus normas nacionales de conflicto por lo que no se excluye un posible reenvío del Derecho del Estado de origen al Derecho del Estado del foro?»

19. El 6 de abril de 2010 hizo entrada en el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Paris, formulada en los siguientes términos:

«¿Deben interpretarse los artículos 2 y 5, número 3, del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el sentido de que otorgan a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competencia para conocer de una acción ejercitada invocando una lesión de los derechos de la personalidad que puede haber sido cometida al poner en línea informaciones y/o fotografías en un sitio de Internet editado en otro Estado miembro por una sociedad domiciliada en ese segundo Estado o en otro Estado miembro, en cualquier caso distinto del primero:

— sin otro requisito que el de que dicho sitio de Internet pueda consultarse desde el primer Estado, o bien

— únicamente cuando exista una vinculación suficiente, sustancial o significativa entre el hecho dañoso y el territorio del primer Estado? En este segundo caso, ¿puede deducirse dicha vinculación:

— de la importancia de las conexiones a la página controvertida desde el primer Estado miembro, medida en valor absoluto o en proporción al total de conexiones a dicha página,

— de la residencia, o incluso de la nacionalidad, de la persona que denuncia la lesión de sus derechos de la personalidad o, en términos más generales, de las personas afectadas,

— de la lengua en que se difunde la información controvertida o de cualquier otra circunstancia que pueda demostrar la voluntad del editor del sitio de Internet de dirigirse específicamente al público del primer Estado,

— del lugar en el que se desarrollaron los hechos mencionados y/o en el que se tomaron las fotos eventualmente puestas en línea,

— de otros criterios?»

20. En el asunto eDate Advertising (C-509/09) han presentado observaciones escritas los representantes de eDate Advertising

y el Sr. X, los Gobiernos de Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Austria y Reino Unido, así como la Comisión.

21. En el asunto Martinez y Martinez (C-161/10) han presentado observaciones escritas la sociedad MGN Limited, los Gobiernos de Dinamarca, Francia y Austria, así como la Comisión.

22. Mediante auto de 29 de octubre de 2010, el Presidente del Tribunal de Justicia dictó auto ordenando la acumulación de los asuntos C-509/09 y C-161/10, en aplicación del artículo 43 del Reglamento de Procedimiento.

23. El 22 de noviembre de 2010 el Sr. X solicitó asistencia jurídica al Tribunal de Justicia, petición que fue desestimada mediante auto de 10 de diciembre de 2010.

24. La vista se celebró el 14 de diciembre de 2010, habiendo comparecido los representantes de MGN Limited y de eDate Advertising, los agentes de los Gobiernos de Dinamarca y Grecia, así como de la Comisión.

IV. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial del asunto eDate Advertising (C-509/09)

25. La República italiana considera que las preguntas suscitadas en el asunto eDate Advertising deben ser declaradas inadmisibles, en la medida en que la información litigiosa fue retirada por eDate Advertising tras la petición de la demandante. Así, la acción de cesación ejercida por el Sr. X estaría, en opinión del Gobierno italiano, desligada de las cuestiones de interpretación suscitadas ante el Tribunal de Justicia.

26. Es jurisprudencia reiterada que, en circunstancias excepcionales, corresponde a nuestra jurisdicción examinar el contexto en que el órgano remitente se dirige a nosotros. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible si resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema es de naturaleza hipotética. [8]

27. Visto el contexto fáctico y procesal del asunto eDate Advertising, considero que la cuestión es admisible. En efecto, el hecho de que la información haya sido retirada no

8 — Véanse, en este sentido y entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045), apartado 21; de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 39, y de 23 de abril de 2009, Rüffler (C-544/07, Rec. p. I-3389), apartado 37.

priva a la demandante de su derecho a ejercer una acción de cesación con carácter prospectivo, o una acción indemnizatoria, ya sea en el presente procedimiento o en un proceso ulterior. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 determina un foro tanto si el litigio tiene por objeto la reparación de un perjuicio que ya se ha producido, como si el objeto de la acción se dirige a impedir que se produzca el daño tanto de indemnización como de cesación. [9] En el procedimiento principal se plantea esta segunda variante, cuya finalidad es evitar futuros perjuicios y, más concretamente en el caso del Sr. X, evitar la divulgación de una información que ya fue objeto de una prolongada difusión. Por tanto, la respuesta que ofrezca nuestra jurisdicción puede resultar de utilidad al órgano jurisdiccional remitente, siendo, en consecuencia, admisible en atención a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

V. Sobre las razones de la acumulación: el grado de coincidencia de las preguntas y el modo de abordar su respuesta

28. Como ha quedado expuesto en el punto 22 de estas conclusiones, el Presidente del Tribunal de Justicia acordó la acumulación de los dos asuntos aquí tratados por razón de su conexión objetiva. Ambos asuntos plantean, en último término, la posibilidad de aplicar o no la ya citada sentencia Shevill respecto del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, a un contexto donde la información que supuestamente viola un derecho de la personalidad se ha difundido a través de Internet.

29. Ahora bien, no puede negarse que a ambos asuntos los separan varias diferencias no del todo irrelevantes. Por un lado, en el asunto eDate Advertising el demandante ha ejercido una acción de cesación, mientras el asunto Martinez y Martinez se basa en el ejercicio de una acción indemnizatoria. Por otro lado, el asunto eDate Advertising se centra en una información supuestamente calumniosa, mientras el asunto Martinez y Martinez parte de una información supuestamente atentatoria al derecho a la intimidad. En el asunto eDate Advertising el demandado es la empresa propietaria de un portal informativo en Internet, mientras que en el asunto Martinez y Martinez es un editor de un medio de comunicación en el sentido más estricto del término, el Sunday Mirror, disponible en soporte tanto impreso como electrónico.

30. A pesar de estas diferencias, ambos asuntos están ligados por una preocupación común, expresa o subyacente: el alcance de la jurisprudencia Shevill. Como he expuesto en el punto 27 de las presentes conclusiones, el artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, y con él la jurisprudencia interpretativa del mismo, son relevantes en

9 — Sentencia de 1 de octubre de 2002, Henkel (C-167/00, Rec. p. I-8111), apartados 46 y 48, y de 5 de febrero de 2004, DFDS Torline (C-18/02, Rec. p. I-1417), apartados. 26 y 27.

supuestos como los planteados en autos. Y en la medida en que la regla de la sentencia Shevill condiciona directamente la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes y franceses, la respuesta que otorgue el Tribunal de Justicia puede articularse de forma común. En consecuencia, abordaré la cuestión competencial de manera unitaria, analizando sólo después la tercera cuestión prejudicial planteada exclusivamente por el Bundesgerichtshof en el asunto eDate Advertising, centrada en la problemática de la ley aplicable.

VI. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y segunda del asunto eDate Advertising (-509/09) y la cuestión prejudicial única del asunto Martinez y Martinez (C-161/10)

31. La aparición y desarrollo de Internet y singularmente de la World Wide Web a lo largo de la última década del pasado siglo ha causado una profunda transformación en los modos y técnicas de distribución y recepción de la información. Como consecuencia de este fenómeno, son actualmente numerosas las categorías jurídicas que reclaman un replanteamiento de su concepción y de su alcance cuando se proyectan sobre las relaciones sociales y comerciales acaecidas en la red. El presente asunto suscita estas mismas dudas en el terreno de la competencia judicial internacional, pues las respuestas hasta ahora ofrecidas por nuestra jurisprudencia no se adaptan sin alguna matización, o posiblemente algo más, al carácter universal y libre de la información distribuida en Internet.

32. En lo que sigue inmediatamente, recordaré sucintamente el contenido de la jurisprudencia Shevill, así como la valoración que ha recibido la misma, para, sucesivamente, analizar la especial naturaleza de los daños contra los derechos de la personalidad producidos en Internet, atendiendo especialmente a las diferencias entre la publicación de información distribuida en soportes físicos y la divulgada a través de medios en Internet. Finalmente me pronunciaré sobre el modo de adaptar la solución otorgada en la sentencia Shevill a las circunstancias presentes, proponiendo un criterio adicional de conexión basado en la localización del «centro de gravedad del conflicto» entre los bienes y valores en liza.

A. *La jurisprudencia Shevill: análisis y valoración*

33. En la sentencia Minas de Potasa de Alsacia, [10] dictada en 1976, el Tribunal de Justicia declaró que, en el caso de que el lugar donde se sitúa el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual y el lugar en que este hecho haya ocasionado

10 — Sentencia de 30 de noviembre de 1976, Bier, denominada «Mines de potasse d'Alsace» (21/76, Rec. p. 1735).

un daño no coincidan, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» del ahora artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, debe entenderse en el sentido de que se refiere tanto al lugar donde se ha producido el daño como al lugar del hecho causal.

34. La importancia de la sentencia Minas de Potasa de Alsacia no puede ser obviada. A fin de evitar que el foro especial de responsabilidad delictual o cuasidelictual en dichos casos terminara coincidiendo con el foro general del domicilio del demandado, el Tribunal de Justicia interpretó el referido artículo 5, número 3, en el sentido de que el mismo admite dos foros alternativos, a elección del demandante: uno en el lugar de producción del hecho causal, y otro en el de producción efectiva del daño.

35. El planteamiento de la citada sentencia, centrado en la producción de daños materiales, se extendió con ocasión de la sentencia Shevill a los supuestos de daños inmateriales. En dicho asunto, como es conocido, el Tribunal de Justicia admitió la aplicabilidad del planteamiento recién expuesto a supuestos de vulneración de derechos de la personalidad. [11] El Tribunal de Justicia precisó en esta ocasión que en el caso de una «difamación internacional» a través de la prensa (precisamente el caso suscitado en el asunto Shevill) «el ataque de una publicación difamatoria al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, *cuando la víctima es allí conocida*». [12] En este supuesto, sin embargo, el titular del derecho de la personalidad afectado tan sólo podría reclamar en dicho foro los daños sufridos en ese Estado.

36. Al admitir como vínculo de conexión el lugar donde la víctima es conocida, el Tribunal de Justicia, siguiendo la propuesta de los Abogados Generales Darmon y Léger, [13] consideró que los órganos jurisdiccionales de los Estados en los que se haya difundido la publicación difamatoria y en que el titular del derecho de la personalidad alegue haber sufrido un ataque a su fama son competentes para conocer de los daños causados en dicho Estado a la reputación de la víctima. [14] Con el propósito de evitar los inconvenientes que pudiera plantear este foro, el Tribunal de Justicia añadió que el demandante siempre puede plantear todas sus pretensiones bien ante el órgano jurisdiccional del domicilio del demandado, o bien ante el del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria. [15]

11 — Sentencia Shevill, antes citada, apartado 23.

12 — Sentencia Shevill, antes citada, apartado 29, cursiva añadida.

13 — Conclusiones del Abogado General Darmon, presentadas el 14 de julio de 1994, y del Abogado General Léger, presentadas el 10 de enero de 1995. El hecho un tanto excepcional de que dos Abogados Generales se pronuncien sobre un mismo asunto se debe a que el Tribunal de Justicia decidió reabrir la fase oral tras la presentación de las conclusiones del Abogado General Darmon, cuyo mandato como miembro del Tribunal de Justicia había vencido pocos días antes de la decisión de reapertura.

14 — Sentencia Shevill, antes citada, apartado 31.

15 — Sentencia Shevill, antes citada, apartado 32.

37. De este modo, la sentencia Shevill admitió, a partir del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001 y para los casos de lesiones a los derechos de la personalidad a través de medios de comunicación, dos foros alternativos cuya elección corresponde al demandante: uno, en el Estado del domicilio del demandado o del establecimiento del editor, donde el titular del derecho podrá reclamar la integridad del daño sufrido; y otro, en el Estado en el que el referido particular sea conocido, donde cabrá demandar por los daños causados únicamente en dicho Estado, una limitación calificada en alguna doctrina como «principio mosaico». [16]

38. La sentencia Shevill alcanza un equilibrio razonable, generalmente bien recibido por la doctrina. [17] La solución concilia por un lado la necesidad de centralizar en un solo Estado, el del editor o el del demandado, las acciones sobre la totalidad de los daños reivindicados, y por otro lado permite al titular del derecho de la personalidad litigar, si bien de forma limitada, allá donde se materializa un daño a un bien inmaterial, como es la propia imagen. Vista así, la solución de Shevill evita convertir el foro especial del artículo 5, número 3 del Reglamento nº 44/2001 en un foro equivalente al general, que prima la jurisdicción del domicilio del demandado, pero igualmente elude el *forum actoris,* un criterio que el Reglamento ha descartado abiertamente al basarse, al igual que su antecesor, el Convenio de Bruselas, en la regla de competencia general *actor sequitur forum rei*. [18]

39. Como se comprueba, la jurisprudencia Shevill abarca aquellas vulneraciones de derechos de la personalidad donde se produce una tensión entre la libertad informativa y el derecho a la intimidad o a la propia imagen. Su alcance es amplio y no se ciñe exclusivamente a los medios periodísticos impresos, pues su ámbito de aplicación abarcaría igualmente otros soportes de comunicación, como la información televisiva o radiofónica. Asimismo, cubre un variado abanico de vulneraciones a los derechos de la personalidad, ya sean calumnias o injurias en el sentido que generalmente se atribuye a estas lesiones en los ordenamientos continentales, o la «difamación», característica de los ordenamientos de *common law.* [19]

16 — Véase Magnus, U., y Mankowski, P., *Brussels I Regulation,* Sélller, European Law Publishers, 2007, Múnich, pp. 192 y 193.

17 — Véanse, entre otros, los comentarios de Crespo, A., «Precisión del forum locus delicti commissi en los supuestos de daños contra la persona causados a través de prensa», *La Ley – Comunidades Europeas,* 1995, nº 96, pp. 1 y ss; Gardella, A., «Diffamazione a mezzo stampa e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968», *Revista di diritto internazionale privato e processuale,* 1997, pp. 657 y ss; Hogan, G., «The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem», *European Law Review,* 1995, pp. 471 y ss, Huber, P., «Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien im Rahmen des Europäischen Zivilprozessrechts», *Zeitschrift für europäisches Recht,* 1996, pp 300 y ss.; Idot, L., «L'application de la Convention de Bruxelles en matière de diffamation. Des précisions importantes sur l'interpretation de l'article 5.3», *Europe,* 1995, junio, pp. 1 y 2.

18 — Véanse las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto Shevill, antes citadas, puntos 39 y 40.

19 — Véase Sánchez Santiago, J., e Izquierdo Peris, J.J., «Difamar en Europa: las implicaciones del asunto *Shevill*», *Revista de Instituciones Europeas,* 1996, nº 1, p. 168.

40. El elemento que singulariza los dos casos aquí acumulados respecto del resuelto en la reiterada sentencia no es otro que el del soporte de la información. Los daños producidos por la vulneración de derechos de la personalidad a causa de publicaciones impresas, televisión o radio, se han planteado tradicionalmente en un contexto marcadamente nacional. Las repercusiones internacionales de estos litigios constituían casos puntuales para los ordenamientos nacionales, en gran medida a causa del ámbito territorial que ha caracterizado a los medios de comunicación. Al ceñir la actividad a un solo territorio, la tendencia natural del medio es a ofrecer información de interés para los destinatarios potenciales de ese espacio geográfico. En consecuencia, los atentados a los derechos de la personalidad se producirían a través de un medio y contra una persona que su ubicarían, en la mayoría de los casos, en un mismo espacio territorial.

41. Por tanto, y a fin de poder pronunciarnos sobre la adaptabilidad de la referida sentencia Shevill, procede ahora detenerse, si bien someramente, en los cambios introducidos por Internet en las técnicas y modos de comunicación.

B. *Internet, la prensa y la difusión de información*

42. Sin necesidad de remontarnos a los tiempos en los que la palabra hablada y en menor medida escrita constituyó el vehículo por excelencia de la comunicación social, las libertades de opinión y de comunicación, tal como las conocemos, encuentran muy singularmente su origen en el momento en que empieza a ser posible su difusión por medio de la imprenta. Simultáneamente, la comunicación escrita y, en general, gráfica [20] ha venido siendo desde entonces comunicación sobre un soporte en papel. Son estas innovaciones técnicas las que permitirán reivindicar y proclamar sucesivamente las referidas libertades, cuyo modelo se aplicaría sin dificultad a los medios de difusión por ondas del sonido y de la imagen.

43. La invención e implantación de Internet, así como de la World Wide Web, [21] quebró de raíz esta tendencia a la fragmentación territorial de los medios informativos. Más bien, la ha invertido hasta convertir la difusión informativa en un fenómeno global y no nacional. [22] Utilizando un soporte técnico e inmaterial que permite el almacenamiento masivo de información y su distribución inmediata en cualquier punto del planeta, Internet proporciona una plataforma sin precedentes en las técnicas de comunicación social. De este modo, Internet introduce, por un lado, una transformación de nuestra concepción espacial/territorial de la comunicación, globalizando las relaciones sociales y minimizando

20 — Véase Ivins Jr., W.M., *Prints and Visual Communication,* The M.I.T. Press, Cambridge-Londres, 1969.

21 — Sobre el concepto y definición jurídica de «Internet» y la «World Wide Web» véase, por todos, Lloyd, I.J., *Information Technology Law,* 4ª ed., 2004.

22 — Véase, por todos, Castells, M., *La Era de la Informacion. Economia, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red,* Siglo XXI, 2002.

la relevancia de la dimensión regional o estatal, hasta el punto de crear un espacio inmaterial e inasible, el «ciberespacio», carente de fronteras ni límites. Por otro lado, Internet transforma la concepción temporal de dichas relaciones, tanto por su inmediatez en el acceso de sus contenidos como en su potencial de permanencia en la red. Una vez que un contenido circula en la red, su presencia a través de la misma es, en principio, indefinida.

44. Como consecuencia de lo anterior, un medio informativo que decide difundir sus contenidos en Internet adopta un método de «distribución» radicalmente distinto al que exigen los soportes convencionales. A diferencia de la prensa, una página *web* no requiere una decisión empresarial previa sobre el número de ejemplares a distribuir, ni mucho menos a imprimir, pues la distribución es global e instantánea: su accesibilidad, como es bien sabido, se materializa en cualquier lugar del mundo en el que exista acceso a la red. El acceso al medio es también distinto, así como las técnicas de publicidad que rodean al producto. La red, como acaba de exponerse, permite un acceso permanente, universal y de inmediata distribución entre particulares. Incluso en el caso de los medios de comunicación de pago existentes en Internet, éstos se diferencian de los restantes soportes por el hecho de que generalmente su compra es territorialmente universal.

45. Asimismo, Internet se caracteriza, a diferencia de los medios tradicionales, por una significativa ausencia de poder político. Su propia naturaleza global dificulta la intervención del poder público en las actividades producidas en la red, desembocando en una desregulación que no pocas voces critican. [23] A la desregulación material se suma además la fragmentación conflictual, una dispersa amalgama de ordenamientos nacionales, con sus respectivas disposiciones de Derecho internacional privado, que pueden superponerse y dificultar cualquier aproximación a las normas que rigen un litigio concreto.

46. Las características recién expuestas tienen un indiscutible impacto en el ámbito del Derecho. La distribución global e inmediata de contenidos informativos en Internet somete a un editor, como ha quedado dicho, a una multiplicidad de regímenes jurídicos locales, regionales, estatales e internacionales. Además, la ausencia de un marco regulador global de las actividades informativas en Internet, unida a la diversidad de normas de Derecho internacional privado previstas por los Estados, exponen a los medios a un marco jurídico fragmentado, pero también potencialmente contradictorio, pues aquello que se encuentra prohibido en un Estado podría, a

23 — Véanse, entre otros, Gigante, A., «Blackhole in Cyberspace: the Legal Void in the Internet», *Journal of Computer & Information Technology*, vol. XV, 1997; Gould, M., «Rules in the Virtual Society», *International Review of Computers & Technology,* vol. 10, 1996; Reidenberg, J.R., «Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace», *Emory Law Review,* vol. 45, 1996, y Strömer, T.H., *Online-Recht: Juristische Probleme der Internet-Praxis erkennen und vermeiden,* 4ª ed., Dpunkt, Heidelberg, 2006.

su vez, estar permitido en otro. [24] Por tanto, la necesidad de proporcionar seguridad jurídica a los medios de comunicación, previniendo situaciones desalentadoras del legítimo ejercicio de la libertad informativa (el llamado *chilling-effect),* adquiere el carácter de un objetivo que el Tribunal de Justicia debe tomar también en consideración. [25]

47. Asimismo, el control que realiza el medio sobre la distribución y acceso de su medio se vuelve difuso y, en ocasiones, irrealizable. Desde el momento en que un contenido informativo se vuelca en la red, los particulares se convierten directamente, ya sea voluntaria o involuntariamente, en distribuidores de la información, ya sea a través de redes sociales, de comunicaciones electrónicas, de enlaces, de blogs, o de cualesquiera otros medios que proporciona Internet. [26] Incluso la restricción de contenidos a través de accesos de pago, en ocasiones limitados territorialmente, encuentran serias dificultades para impedir la distribución masiva de la información. En consecuencia, el control y la medición del impacto informativo, o su contabilización, que en los medios tradicionales encontraba técnicas considerablemente fiables, se vuelve una tarea de imposible cumplimiento cuando la información circula en la red. [27]

48. Por otra parte, las posibles víctimas de publicaciones lesivas de los derechos de la personalidad se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad cuando el soporte es proporcionado por Internet. El alcance universal de la información contribuye a que la lesión sea potencialmente más incisiva que la sufrida, por ejemplo, a través un medio convencional. [28] La gravedad de la lesión contrasta con la multiplicidad de regímenes aplicables, pues la dispersión territorial justifica que coexistan diferentes sistemas nacionales y, con ellos, otros tantos sistemas jurisdiccionales nacionales competentes para conocer del litigio. El titular del derecho de la personalidad afectado puede ser víctima, por tanto, de vulneraciones potencialmente más intensas, al tiempo que su tutela jurídica, dada la atomización e inseguridad jurídica que sufre, se ve disminuida.

24 — Véanse, entre otros, Hoeren, T., «Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts», *Neue Juristische Wochenschrift,* vol. 51, 1998, pp. 2852 a 2854; Katsch, M.E., *Law in a Digital World,* Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 1995, pp. 240 y ss; Levine, N., «Establishing Legal Accountability for Anonymous Communications in Cyberspace», *Columbia Law Review,* vol. 96, 1996, pp. 1540 a 1564; Susskind, R., *Transforming the Law: Essays on Technology, Justice and the Legal Marketplace,* Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 2000, pp. 143 y ss.

25 — En particular, véase Determann, L., *Kommunikationsfreiheit im Internet. Freiheitsrechte und gesetzliche Beschränkungen,* Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 304 y ss.

26 — Tal como destaca el Bundesgerichtshof en su auto de planteamiento en el asunto C-509/09, Internet no *distribuye* la información, simplemente la hace *accesible*. Son los usuarios de Internet quienes se convierten, voluntaria o involuntariamente, en distribuidores.

27 — Pichler, R., en Hoeren, T., y Sieber, U. (eds.), *Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs,* Beck, Múnich, 2009, capítulo 25, apartado 224.

28 — Véanse las distintas variantes en las que se plantea esta tensión en Fernández Esteban, M.L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales,* McGraw Hill, Madrid, 1999; Banisar, D., y Davies, S., «Global Trenes in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Law and Developments», *Journal of Computer and Information Law,* vol. XVIII, 1999; Fleischmann, A., «Personal Data Security: Divergent Standards in the European Union and the United States», *Fordham International Law Journal,* vol. 19, 1995; Geis, I., «Internet und Datenschutzrecht», *Neue Juristische Wochenschrift,* vol. 50, 1997, y Morón Lerma, E., *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la Red,* Aranzadi, Navarra, 1999.

C. *Sobre la oportunidad de adaptar o confirmar la jurisprudencia Shevill*

49. Permítaseme recordar cómo en la sentencia Shevill el Tribunal de Justicia ofreció una respuesta que conciliaba el interés de los medios con la salvaguarda de la situación jurídica del titular de un derecho de la personalidad. La doctrina contenida en la misma permite localizar de manera clara y precisa el «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso» a efectos de la determinación de uno o varios foros. Esta jurisprudencia tiene un evidente interés para aquellos casos de daños a los derechos de la personalidad en los que el medio demandado tiene un sistema de distribución en mayor o menor grado territorializado. En la medida en que el método de diseminación de la información responde a una estrategia empresarial que mide la conveniencia económica e informativa de implantarse en unos u otros Estados, una solución como la prevista en la jurisprudencia Shevill, que territorializa igualmente la extensión del daño, constituye, en efecto, una respuesta razonable.

50. Ahora bien, la sentencia en cuestión recayó en los años inmediatamente anteriores a la expansión de Internet. Las circunstancias en las que se plantean los presentes asuntos son, a diferencia de lo sucedido en un supuesto como el de Fiona Shevill, claramente diferentes, dificultando la aplicación práctica de la solución a la que llegó el Tribunal de Justicia en 1995. Por ejemplo, el vínculo de conexión con el foro del lugar donde sea conocido el titular del derecho de la personalidad sólo podrá conocer de los daños efectivamente producidos en dicho Estado. Esta regla tenía una aplicación práctica viable en los años en que se dictó la sentencia Shevill, atendiendo, por ejemplo, al número de ejemplares distribuidos en cada Estado miembro, una información fácilmente comprobable, pues se integraba en la política comercial del medio y obedecía a decisiones empresariales voluntarias. Sin embargo, el grado de difusión de un medio de comunicación como tal (o de sus contenidos) en Internet carece de parámetros de medición fiables, habiéndolo así reconocido los intervinientes que participaron en la vista oral de los presentes asuntos. Y aunque es cierto que el número y origen de «visitas» de una página web puede ser indicativo de un impacto territorial determinado, se trata, en todo caso, de fuentes que no ofrecen garantías suficientes a los efectos de una determinación concluyente y definitiva de la comisión de un daño antijurídico. [29]

51. Asimismo, la jurisprudencia Shevill se fundamenta en la garantía de una buena

29 — Véanse Jerker, D., y Svantesson, B., *Private International Law and the Internet,* Kluwer Law International, 2007, pp. 324 y ss., y Roth, I., *Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet,* Peter Lang, 2006, p. 283.

administración de justicia, objetivo expresamente contemplado en la exposición de motivos del Reglamento 44/2001. [30] Ahora bien, la aplicación de dicha doctrina al contexto de los medios de comunicación en Internet puede resultar, en determinados casos, incompatible con tales objetivos. Piénsese por ejemplo en el caso de alguien como el Sr. Olivier Martinez, quien parece gozar de popularidad (es «conocido») en más de un Estado miembro. La atomización excesiva de foros, así como, eventualmente, de leyes aplicables, difícilmente se concilia con una buena administración de justicia. [31] De la misma manera, el simple hecho de que la información sobre esa persona pública se encuentre directamente accesible en todos los Estados miembros, expondrá al editor del medio a una situación difícil de gestionar, pues cualquier Estado miembro sería potencialmente un foro con vistas a un eventual proceso. Tampoco puede decirse que la previsibilidad en la definición de las reglas se vea fomentada con un resultado semejante, ni para el demandante ni para el demandado. [32]

52. En un plano más general, también resulta importante destacar cómo, desde 1995, año de publicación de la jurisprudencia en cuestión, se han producido cambios relevantes en el marco jurídico de la Unión. La entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha confirmado la relevancia tanto del derecho fundamental a la vida privada como de la libertad informativa. Los artículos 7 y 11 de la Carta expresan la especial protección que merece la información en una sociedad democrática, al igual que destacan la relevancia de la esfera privada, donde queda también englobada la propia imagen. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia había tenido ya ocasión de pronunciarse sobre ambos derechos con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, [33] al igual que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, había precisado el contenido de los mismos. [34] Sin embargo, la entrada en vigor de la Carta tiene un valor específico a nuestros efectos, pues refleja abiertamente la necesidad de que todos los ámbitos de intervención de la Unión, incluidos los relativos a la cooperación judicial en asuntos civiles, queden sujetos al contenido

30 — Sentencia Shevill, antes citada, apartado 31.

31 — El propio Abogado General Darmon alertaba sobre esta objeción en sus conclusiones presentadas en el asunto Shevill, en el punto 72.

32 — Roth, I., *Die internationale Zuständigkeit..., op. cit.*, pp. 310 y ss.

33 — Sobre el artículo 11 de la Carta y la aplicación del derecho a la libertad informativa con anterioridad a la Carta, véanse, entre otras las sentencias de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409); de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925); de 13 de diciembre de 1989, Oyowe y Traore/Comisión (C-100/88, Rec. p. 4285); de 5 de octubre de 2000, Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419); de 25 de julio de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007); de 3 de febrero de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Rec. p. I-487); de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión (C-274/99 P, Rec. p. I-1611). En relación con el artículo 7 de la Carta y la jurisprudencia anterior a la misma, véanse, entre otras, las sentencias de 8 de abril de 1992, Comisión/Alemania (C-62/90, Rec. p. I-2575), apartado 23, y de 5 de octubre de 1994, X/Comisión (C-404/92 P, Rec. p. I-4737), apartado 17

34 — Sobre la libertad de información o, en la terminología utilizada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la «libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas», véanse, entre otras, las sentencias Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976; Leander c. Suecia, de 26 de marzo de 1987; Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega, de 29 de mayo de 1999; Feldek c. Eslovaquia, de 27 de febrero de 2001, y McVicar c. Reino Unido, de 7 de mayo de 2002. Respecto del derecho fundamental a la intimidad, integrado en el artículo 8 del Convenio, relativo al respeto a la vida privada y familiar, véanse, entre otras, las sentencias X e Y c. Países Bajos, de 26 de marzo de 1985; Niemetz c. Alemania, de 16 de diciembre de 1992; Stjerna c. Finlandia, de 25 de noviembre de 1994; Vertiere c. Suiza, de 28 de junio de 2001, y Von Hannover c. Alemania, de 24 de junio de 2004.

definitorio de los derechos en ella previstos. [35] Planteado en estos términos, la sobreexposición a la que quedan sometidos los medios de comunicación ante un escenario desmedido de litigación, así como la gravedad de las posibles lesiones a los derechos de la personalidad y la inseguridad jurídica que ofrece su tutela, obligan a plantear la tensión subyacente a la jurisprudencia Shevill en unos términos que eviten este resultado.

53. De otra parte, cualquier planteamiento que suponga alterar la doctrina Shevill debe atender necesariamente a una exigencia de neutralidad tecnológica. Es decir, las respuestas que ofrezca el Tribunal de Justicia a los problemas de interpretación causados por la aparición de Internet no deben tampoco focalizarse en exceso sobre este soporte, so pena de quedar desautorizadas por los avances tecnológicos, o ante el riesgo de causar diferencias de trato en función de un criterio que puede resultar arbitrario, como es el uso de una determinada tecnología. [36] Si bien es cierto que Internet sitúa el conflicto entre la libertad informativa y el derecho a la propia imagen en términos muy particulares, la solución que ofrezca el Tribunal de Justicia debe ser, en la medida de lo posible, aplicable a todos los medios de comunicación y sea cual sea el soporte en el que se expresen. [37] Esta conclusión se refuerza aún más si observamos que, en el momento actual, apenas encontramos, en particular por lo que hace a la prensa diaria de cierta relevancia, medios que no cuenten con edición electrónica difundida en la red. Los contenidos informativos son fungibles e intercambian sus soportes. En consecuencia, la determinación del foro relevante debe buscarse en criterios que atiendan a las lesiones causadas simultáneamente, por

35 — Sobre el efecto informador de la Carta sobre todos los ámbitos de intervención legislativa de la Unión, véase Lenaerts, K., y Gutiérrez-Fons, J., «The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law», *Common Market Law Review,* vol. 47, 2010. En el plano del Derecho Internacional Privado, véase Requejo Isidro, M., *Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil,* Thomson-Aranzadi, 2009.

36 — Véanse Knutsen, E.S., «Techno-Neutrality of Freedom of Expression in New Media Beyond the Internet», *UCLA Entertainment Law Review,* nº 8, 2001, p. 95; Koops, B.-J., «Should ICT Regulation be Technology-Neutral?», en Koops, B.J., Lips, M., Prins, C., & Schellekens, M., *Starting Points for ICT Regulation: deconstructing prevalent policy one-liners,* TMC Asser Press, La Haya, 2006, pp. 77 a 79; Escudero-Pascual, A., y Hosein, I., «The Hazards of Technology-Neutral Policy: Questioning Lawful Access to Traffic Data», *Communications of the Association for Computing Machinery,* nº 47, 2004, p. 77.

37 — La Comisión Europea ha propugnado reiteradamente una noción del principio de «neutralidad tecnológica» como un mandato de no discriminación por razón de los soportes utilizados. Tal como exponía en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a los Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital [COM (1999) 0657 final, de 14 de diciembre, p. 11], «la convergencia tecnológica significa que los servicios proporcionados anteriormente a través de un número limitado de redes de comunicación podrán proporcionarse a través de varias redes competidoras. Para esto, es necesario que la legislación sea tecnológicamente neutra: los mismos servicios deben regirse por las mismas normas, independientemente de su método de transmisión». En el mismo sentido, véanse también la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [COM (2006) 334, de 29 de junio, p. 8]. En el mismo sentido, véase la Declaración Ministerial de la Conferencia Ministerial sobre Redes mundiales de información, celebrada en Bonn los días 6 a 8 de julio de 1997.

ejemplo, tanto por un medio impreso como por una página *web*. [38]

54. Llegados a este punto, considero que es posible dar una respuesta que adapte la sentencia Shevill y, al mismo tiempo, resulte tecnológicamente neutra. La respuesta no se encuentra, en mi opinión, en el replanteamiento radical de la referida jurisprudencia. Al contrario, considero que la respuesta dada en 1995 por el Tribunal de Justicia mantiene hoy día su vigencia para aquellos supuestos de «difamación internacional» en la que el soporte de la información sea el medio impreso. Sería suficiente añadir un criterio de conexión adicional a los entonces ya previstos, sin que sea necesario, además, restringir específicamente el supuesto a los daños ocasionados a través de Internet.

D. *El «centro de gravedad del conflicto» como criterio adicional de conexión con el foro*

55. Como vengo reiterando, la sentencia Shevill introduce un doble foro a elección del titular del derecho de la personalidad, permitiéndole escoger entre el foro del editor o demandado, o el foro del lugar o lugares donde aquélla sea conocida. Este enfoque es, como ya he adelantado, apropiado para un considerable número de supuestos ya expuestos con anterioridad. De ahí que los criterios de conexión que aporta esta doctrina no sean erróneos en sí mismos, pero sí permiten e incluso inviten a ser completados con un criterio suplementario. En concreto, entiendo que procede formalizar e incorporar un criterio adicional de conexión, con arreglo al cual el «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el daño», en el sentido del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, sea identificado también con aquel donde se localice el «centro de gravedad del conflicto» entre bienes e intereses en liza.

56. La vulneración de los derechos de la personalidad a través de medios de comunicación en la red suscita una tensión ya expuesta en los puntos 42 a 44 de estas conclusiones. La dificultad añadida reside en el carácter transnacional, o incluso simplemente global, de esta tensión, la cual fuerza a buscar foros que equilibren los derechos e intereses en liza, tanto del medio de comunicación como de los particulares afectados. Por tanto, y en principio, un posible criterio de conexión podría basarse en la *accesibilidad* a la información, lo que justificaría así una conexión

38 — Véase, en sentido, Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 194.

automática con todos los Estados miembros, pues, en la práctica, la información supuestamente lesiva se encuentra accesible en todos ellos. Sin embargo, y como han destacado todos los intervinientes en el presente proceso, esta opción daría inmediatamente lugar a un fenómeno de *forum shopping* insostenible para cualquier medio de información que opera en la red. [39] Del mismo modo, la gravedad de la lesión que puede llegar a sufrir el titular del derecho fundamental a la intimidad, el cual observa cómo la información que atenta contra su reputación se encuentra disponible en cualquier punto del planeta, contrasta con una solución que fragmenta su derecho en cada Estado miembro donde sea conocida. [40]

57. En mi criterio, una solución que complete adecuadamente los criterios de conexión de la sentencia Shevill sería aquella que, además de prever los supuestos originalmente previstos, permita también localizar el foro en el que una jurisdicción esté en mejor situación para analizar la tensión de los intereses en juego, pudiendo así, en consecuencia, conocer de la totalidad de los daños sufridos. Se trataría, pues, de una situación intermedia a las dos ya existentes, pues permitiría al titular del derecho de la personalidad litigar en un foro donde se encuentre su centro de intereses, ofrecería previsibilidad al medio, y admitiría un enjuiciamiento global del daño sufrido. [41] Considero que el criterio del lugar donde se manifiesta el «centro de gravedad del conflicto» atiende acertadamente a esta diversidad de objetivos.

58. Dicho de la forma más concisa posible, el lugar del «centro de gravedad del conflicto» sería aquel donde una jurisdicción puede efectuar, en las condiciones más favorables, el enjuiciamiento de un conflicto entre la libertad informativa y el derecho a la propia imagen. Esta circunstancia se produce en el Estado donde se «visualice» o manifieste con mayor intensidad la potencialidad de un atentado al derecho a la propia reputación o intimidad *y* el valor inherente a la comunicación

39 — En este mismo sentido, véanse la sentencia del Bundesgerichtshof en el asunto Vl ZR 23/09, de 2 de marzo de 2010, apartado 17, así como Roth, I., *Die internationale Zuständigkeit…, op. cit.,* p. 310 y ss, Dessemontet, F., «Internet, la propriété intellectuelle et le droit internacional privé», en Boele-Woelki, K., y Kessedjan, C. (eds.), *Internet: Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?,* Kluwer, La Haya, 1998, p. 63, y De Miguel Asensio, P., *Derecho Privado de Internet,* 2ª ed., 2001, pp. 295 y 296. En el contexto de los contratos internacionales de consumo y de transporte, el Tribunal de Justicia ha rechazado igualmente el criterio de la mera accesibilidad en su sentencia de 7 de diciembre de 2010, Pammer y Hotel Alpenhof, (C-585/08 y 144/09, Rec. p. I-12527), apartado 94.

40 — La desprotección de la víctima que genera el llamado principio de mosaico preocupaba ya a la doctrina con anterioridad a la sentencia Shevill (véanse, por ejemplo, los trabajos de Gaudemet-Tallon, H., *Revue critique de droit international privé,* 1983, p. 674; de Heinrichs, J., *Die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nach dem Begehungsort im nationalen und internationalen Zivilprozessrecht,* Diss., Friburgo, 1984, pp. 188 a 201, y de Schwiegel-Klein, E., *Persönlichkeitsrechtverletzungen durch Massenmedien im internationalen Privatrecht. Zur Anwendung der lex loci delicti commissi auf Pressedelikte unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Rechtsprechung,* Münster, 1983, pp. 68 a 82). Con posterioridad a la sentencia Shevill, la desprotección del titular del derecho de la personalidad sigue apareciendo como elemento de crítica. Véase, entre otros, Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho Internacional Privado,* 3ª ed., Civitas, Madrid, p. 501.

41 — Pichler, R., en Hoeren, T., y Sieber, U. (eds.), *Handbuch Multimedia-Recht, op. cit.,* capítulo 25, apartados 211 y ss, especialmente el apartado 268.; Lutcke, J., *Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht,* Herbert Utz, Múnich, 2000, p. 135.

de una determinada información u opinión, según el caso. Será en dicho Estado donde el titular del derecho de la personalidad sufrirá en su caso una lesión en su más amplia extensión e intensidad. Igualmente, y esto es sin duda importante desde el punto de vista de la seguridad jurídica, será el territorio donde el medio habría podido prever que dicha lesión pudiera eventualmente producirse, y en consecuencia, que exista el riesgo de ser allí demandado. En estos términos, el centro de gravedad será aquel donde la jurisdicción se encuentra en la situación más ventajosa en orden a permitir una aprehensión integral del conflicto entre los intereses en juego.

59. En la determinación del lugar donde se manifiesta el «centro de gravedad del conflicto» cabe identificar, pues, dos elementos. El primero afecta al titular del derecho de la personalidad supuestamente vulnerado y requiere que el lugar del «centro de gravedad del conflicto» se ubique donde aquél tenga su «centro de intereses». Este criterio es, hasta cierto punto, similar al previsto en la sentencia Shevill al exigir que «la víctima sea conocida». Sin embargo, en la determinación del lugar donde se encuentra el «centro de gravedad del conflicto» no es suficiente que la víctima sea meramente conocida. Por el contrario, se trata de identificar el lugar (y, por tanto, el Estado miembro) en el que el particular afectado en el goce de sus derechos de la personalidad desarrolla esencialmente su proyecto vital, siempre y cuando éste exista.

60. El segundo elemento afecta a la naturaleza de la información. A fin de determinar el lugar donde se ubica el «centro de gravedad del conflicto», la información litigiosa debe estar expresada de tal manera que permita razonablemente prever que dicha información es objetivamente relevante en un determinado espacio territorial. Es decir, la información que suscita el litigio debe expresarse en unos términos que, a la vista de las circunstancias que rodean la noticia, constituyan una información que suscite interés en un territorio y, en consecuencia, incite activamente a los lectores en dicho territorio a acceder a ella. [42]

61. La peculiaridad de la característica tensión en que pueden encontrarse ambos derechos –creo que esto puede ser sostenido sin excesivo riesgo– estriba en que el centro de gravedad de la potencial lesión de los derechos de la personalidad tiende a coincidir con el centro de gravedad o de interés de la noticia o de la opinión en cuestión. En suma, *porque* la noticia u opinión puede singularmente interesar en un lugar, también es en ese mismo

42 — En este sentido, véanse las sentencias del Bundesgerichtshof de 2 de marzo de 2010, antes citada, apartado 20; de la High Court de Inglaterra y Gales en el asunto Harrods vs. Dow Jones, de 22 de mayo de 2003, apartados 32 y ss.; de la Scottish Court of Session en el asunto Bonner Media Limited, de 1 de julio de 2002, apartado 19, así como de la High Court de Australia en el asunto Dow Jones & Company Inc, de 10 de diciembre de 2002, apartado 154.

lugar donde el posible atentado a los derechos de la personalidad podrá adquirir su más alto grado de daño.

62. Dicho lo anterior, es importante no confundir el segundo de los referidos elementos con un criterio de intencionalidad por parte del medio. La información no es objetivamente relevante por el hecho de que el editor la dirija voluntariamente hacia un Estado miembro. Un criterio basado en la intencionalidad sería contrario al tenor literal del artículo 5, número 3, del Reglamento nº 44/2001, lo cual se confirma al contrastarlo con el artículo 15, apartado 1, letra c), del mismo texto, que prevé un foro especial para los contratos de consumo en aquellos supuestos en los que el prestador del servicio «dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros». [43] Nada parecido encontramos en el referido artículo 5, número 3, y, por tanto, no cabe determinar la competencia internacional sobre la base de criterios de intencionalidad. [44] Además, un criterio basado en la voluntad subjetiva del informador genera problemas probatorios de envergadura, como se demuestra en la práctica allá donde se aplica. [45]

63. Al proponer que la información debe ser objetivamente relevante me refiero a aquellos supuestos en los que un medio de comunicación puede razonablemente prever que la información distribuida en su edición electrónica contiene un «interés noticiable» en un territorio concreto, incitando a los lectores de dicho territorio a acceder a ella. Este criterio de relevancia objetiva puede aplicarse mediante el empleo de varios indicios, cuya valoración, puede adelantarse ya, corresponde a la jurisdicción nacional.

64. Ante todo, y como se deduce de lo que vengo exponiendo, el primer elemento de obligada consideración viene representado por el contenido de la información litigiosa. Una determinada información puede tener un interés en un territorio y carecer por completo de él en otro. Las noticias sobre un ciudadano austriaco que reside en Austria, en las que se informa sobre actividades supuestamente delictivas cometidas en Austria, tiene un evidente «interés noticiable» en el territorio de

43 — El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la dimensión específica de este foro especial aplicado a contratos de transporte y de consumo celebrados a través de Internet en su sentencia de 7 de diciembre de 2010 en la sentencia Pammer y Hotel Alpenhof, antes citada. A este respecto, el Tribunal de Justicia afirmó en la citada sentencia que «entre los indicios que permiten determinar si una actividad está "dirigida" al Estado miembro del domicilio del consumidor figuran todas las *expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores* de dicho Estado miembro» (cursiva añadida). Al respecto, son especialmente ilustrativas las conclusiones de la Abogado General Trstenjak en los referidos asuntos, al considerar, al igual que hizo el Tribunal de Justicia, que la «dirección» de un contenido en Internet hacia un territorio no se reduce ni a la mera accesibilidad ni al interés objetivo en un territorio (véanse los puntos 78 y ss.).

44 — Véase la sentencia del Bundesgerichtshof de 2 de marzo de 2010, antes citada, apartado 18.

45 — Véase el caso de los Estados Unidos, donde la regla de la «single-publication», recogida en la Uniform Single Publication Act y en el Restatement (Second) of Torts § 577A (1977), suscita importantes problemas en su vertiente de Internet. Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Federal de Apelación del 4º circuito, Stanley Young v. New Haven Advocate, (nº 01-2340, de 13 de diciembre de 2002), exigiendo una intención clara del medio de dirigir la información hacia un Estado a fin de justificar la competencia de sus tribunales. Al respecto, véase Borchers, P.J., «Internet Libel: The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction», *Northwestern University Law Review,* 98, 2004, así como el número monográfico «Cyberspace Regulation and the Discourse of State Sovereignty», *Harvard Law Review,* 1999, pp. 1697 y ss.

este país, aunque la información se difunda a través de un diario digital cuyo editor tiene su residencia en Reino Unido. Desde el momento en que un medio de comunicación lanza a la red unos contenidos que por su propia naturaleza tendrán un indiscutible impacto informativo en otro Estado, el editor puede prever razonablemente que, en caso de haber difundido información lesiva de un derecho de la personalidad, sea eventualmente demandado en ese país. Así, cuanto mayor sea el interés informativo de una determinada noticia en un territorio nacional, las lesiones a los derechos ahí cometidas tendrán, en principio, una vocación de conexidad con los tribunales de dicho territorio.

65. Además, el órgano jurisdiccional puede tomar en consideración otros indicios que coadyuven a localizar el territorio donde la información sea objetivamente relevante. Nótese que puede tratarse de indicios que indiquen una voluntad subjetiva por parte del editor de dirigir la información hacia un determinado Estado. Sin embargo, a nuestros efectos tan sólo constituyen indicios que orientan la búsqueda de una conexión con un territorio, y no una intención a cargo del emisor de la información. Así, en esta relación de posibles elementos que hay que valorar debe tomarse en consideración el hecho de que la información puede estar distribuida en una página con un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el editor, mostrando así la existencia de un espacio territorial determinado en el que la información pueda ser objeto de especial seguimiento. [46] Igualmente, la lengua de la página *web* contribuye a delimitar un área de influencia de la información publicada. La publicidad contenida en la página, en caso de haberla, puede también indicar el ámbito territorial donde la información tiene vocación de ser consultada. [47] La sección de la página en la que sea difundida resulta asimismo pertinente a los efectos de lograr un impacto en un determinado territorio. Póngase, por ejemplo, el caso de un diario en línea con secciones de información divididas por Estados. La publicación de una información bajo el rótulo de «Alemania» será un indicio para considerar que las noticias ahí proporcionadas tengan un efecto de especial significación en dicho país. Las palabras clave suministradas a los motores de búsqueda para identificar la página del medio pueden, asimismo, ofrecer pautas sobre el lugar en el que la noticia sea objetivamente relevante. Finalmente, y sin ánimo de exhaustividad, los registros de acceso a una página, a pesar de su escasa fiabilidad, pueden constituir una fuente meramente ilustrativa a los efectos de confirmar si una determinada información ha tenido o no un impacto en un determinado territorio. [48]

46 — Véase la sentencia Pammer y Hotel Alpenhof, antes citada, donde, en relación con el foro especial del artículo 15, apartado 1, letra c), empleó el criterio del nivel de nombre de dominio (apartado 83).

47 — Véase nuevamente la sentencia Pammer y Hotel Alpenhof, antes citada, apartado 84.

48 — Pichler, R., en Hoeren, T., y Sieber, U. (eds.), *Handbuch Multimedia-Recht…, op. cit.,* capítulo 25, apartado 224, y Roth, I., *Die internationale Zuständigkeit…, op. cit.,* p. 283.

66. Los criterios recién expuestos permiten a una jurisdicción determinar si la información litigiosa resulta objetivamente relevante en un determinado espacio territorial. Si, en efecto, la información adquiere una dimensión objetivamente relevante en un Estado miembro y, a su vez, coincide con el Estado donde se ubica el «centro de intereses» del titular del derecho de la personalidad, considero que los tribunales de dicho Estado son competentes para conocer de la acción de reparación por la integridad del perjuicio causado por el acto ilícito. El Estado miembro donde confluyan ambas circunstancias es, evidentemente, el lugar donde una jurisdicción se halla mejor posicionada para enjuiciar los hechos y conocer de la totalidad del asunto. Dicha jurisdicción sería, en definitiva, el foro donde se localiza el «centro de gravedad del conflicto».

67. A modo de conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso» en el sentido del número 3 del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse, en caso de vulneración de derechos de la personalidad mediante información difundida en varios Estados miembros a través de Internet, en el sentido de que el titular del derecho de la personalidad puede entablar una acción de reparación,

— bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del editor de la publicación lesiva de los derechos de la personalidad, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la lesión de dichos derechos,

— bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en que la publicación haya sido difundida y en que el titular del derecho de la personalidad 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,

— o bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se localice el «centro de gravedad del conflicto» entre los bienes e intereses en juego, dotados así de competencia para reparar la integridad de los daños derivados de la vulneración de los derechos de la personalidad. Se entiende por Estado miembro donde se localiza el «centro de gravedad del conflicto» aquel en cuyo territorio la información litigiosa resulta objetiva y particularmente relevante y donde, al mismo tiempo, el titular del derecho de la personalidad tiene su «centro de intereses».

VII. Sobre la tercera cuestión prejudicial del asunto eDate Advertising (C-509/09)

68. Con su tercera pregunta, el Bundesgerichtshof nos interroga sobre el alcance del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2000/31,

relativa al comercio electrónico en Internet, aplicado a un supuesto como el de autos. En resumen, se pregunta si dicha disposición, al prever que los Estados miembros «no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado», contempla, en sus propios términos, una regla de ley aplicable o, de no ser así, un simple correctivo al contenido del Derecho nacional aplicable al litigio.

69. La respuesta a esta última cuestión exige algunas observaciones previas de carácter general.

70. El Bundesgerichtshof plantea esta tercera cuestión, y la plantea en estos términos, por cuanto alberga una duda acerca de cuál sea la ley aplicable en un litigio como el suscitado en autos. En esencia, la pregunta podría ser entendida así: ¿la Directiva 2000/31 ha realizado una armonización del Derecho internacional privado nacional, imponiendo una norma de conflicto que remite a la jurisdicción competente al Derecho sustantivo del Estado miembro de establecimiento del editor? Si la respuesta fuera negativa y el Tribunal de Justicia considerase que no existe tal armonización, el Bundesgerichtshof dirige sucesivamente su pregunta hacia el alcance y la incidencia (el «correctivo sobre el fondo») que la Directiva 2000/31 tendría sobre el Derecho internacional privado alemán, que sería entonces el aplicable a un caso como el suscitado en el asunto eDate Advertising.

71. Si esta apreciación por mi parte fuera correcta, considero que lo que ante todo procede es recordar la posición funcional y sistemática del precepto de la Directiva 2000/31 específicamente objeto de la cuestión. Bajo el título «mercado interior», el artículo 3 de la referida Directiva concreta un mandato que refleja el contenido convencional de la libre prestación de servicios. El precepto expresa en un instrumento de Derecho derivado una garantía ya contemplada por el Derecho originario en el artículo 56 TFUE, adaptándola a las peculiaridades que exige la armonización normativa del comercio electrónico. El primer apartado del precepto confirma la aplicabilidad de las normas del Estado miembro de prestación del servicio, mientras el segundo destaca la necesidad de tomar en consideración las condiciones jurídicas ya cumplidas por el prestador del servicio en el Estado miembro de su establecimiento. Dicho apartado introduce con toda claridad y una vez más un mandato de reconocimiento mutuo, en línea con la jurisprudencia de nuestra jurisdicción. [49] A continuación, la concreción de la libre prestación de servicios se completa en el apartado 4 del referido artículo, al detallar las justificaciones que los Estados pueden

49 — Véanse, entre otras, las sentencias de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, denominada «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649); de 10 de noviembre de 1982, Rau Lebensmittelwerke (261/81, Rec. p. 3961), y de 14 de julio de 1988, 3 Glocken y otros (407/85, Rec. p. 4233) y Zoni (90/86, Rec. p. 4285). Específicamente en el ámbito de la libertad de establecimiento y la prestación de servicios, véanse, entre otras, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb (279/80, Rec. p. 3305); de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania (205/84, Rec. p. 3755), y de 25 de julio de 1991, Säger (C-76/90, Rec. p. I-4221).

invocar a fin de excepcionar la libre prestación de servicios en el citado sector.

72. A la vista de lo anterior, parece posible apreciar en la formulación de la pregunta que nos ocupa una cierta distancia con lo que el artículo 3 de la Directiva 2000/31 en su conjunto dice, o cuando menos, parece decir. El citado precepto, en definitiva y como se ha visto, define los términos en que los Estados miembros han de regular un sector económico integrado en el mercado interior, plasmando en sus enunciados el contenido de la libre prestación de servicios, que incluye, como es bien conocido, un mandato de reconocimiento mutuo. Ahora bien, el referido artículo no introduce una regla de ley aplicable ordenando al Estado miembro en el que se presta el servicio aplicar el Derecho nacional del Estado donde se encuentra domiciliado el prestador. El artículo 3 de la Directiva 2000/31 simplemente concreta el contenido de la libre prestación de servicios, y con él las condiciones en que ha de aplicarse la técnica del reconocimiento mutuo.

73. Considero que la anterior apreciación resulta aún más reforzada por el artículo 1 de la Directiva 2000/31, cuyo apartado 4 dispone que «la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia». Es decir: el texto no prevé directamente, ni armoniza, normas de ley aplicable ni de competencia judicial internacional en la materia. [50] Se trata, en definitiva, de una regulación neutra en términos de Derecho internacional privado, que no altera ni innova los criterios de definición de la competencia, de la ley aplicable o del reconocimiento de resoluciones jurisdiccionales procedentes de otros Estados miembros. [51]

74. El mandato de neutralidad conflictual de la Directiva 2000/31 debe asimismo informar la interpretación del citado artículo 3, pues se ubica sistemáticamente ya en su mismo artículo 1. Nada indica, por el contrario, que el artículo 3 actúe como una excepción al artículo 1.

75. Otro indicio concluyente de que la Directiva 2000/31 no predetermina una respuesta de Derecho internacional privado se encuentra en los ordenamientos nacionales, concretamente en las normas internas de transposición del referido texto. Consta en autos que los Estados miembros han realizado una

50 — Al respecto, véase Martiny, D., en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* vol. 10, TMG § 3 Herkunftslandprinzip, 5ª ed., Beck, Múnich, 2010, apartado 36.

51 — El considerando 23 de la Directiva 2000/31 reitera la misma idea, al añadir que «no es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia. Las disposiciones de la legislación aplicable determinada por las normas del Derecho internacional privado no podrán restringir la libre prestación de servicios de la sociedad de la información tal como se enuncia en la presente Directiva».

transposición heterogénea del artículo 3 de la Directiva 2000/31. Mientras algunos han introducido reglas de ley aplicable, [52] otros Estados miembros han optado por una transposición en términos expresos de reconocimiento mutuo. [53] En este segundo caso, se observa incluso cómo algunos ordenamientos han transpuesto el citado artículo 3 reproduciendo literalmente su enunciado. [54]

76. Adicionalmente, una lectura de la Directiva 2000/31 de la que se desprenda una regla de ley aplicable resultaría desautorizada por el estado actual del Derecho derivado en materia de cooperación judicial en asuntos civiles. Como es sabido, el Reglamento (CE) nº 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), excluye de su ámbito de aplicación «las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación». [55] Los trabajos preparatorios del Reglamento demuestran las marcadas diferencias de criterio defendidas por los Estados miembros sobre este punto, desembocando así en una exclusión del Reglamento que, en estos momentos, busca una solución en una nueva iniciativa legislativa a cargo de la Comisión. [56] En mi criterio, resulta cuando menos dudoso que el Reglamento nº 864/2007 tuviera que operar una exclusión como la recién aludida, si la Directiva 2000/31 hubiera ya previsto una regla armonizadora de las normas nacionales de ley aplicable en la materia.

77. Por tanto, y a la vista de los argumentos recién expuestos, me inclino por proponer al Tribunal de Justicia que responda, en primer término, en el sentido de que el artículo 3 no realiza una armonización que imponga a los Estados miembros una norma de conflicto.

78. Para terminar, el referido órgano jurisdiccional cierra su tercera pregunta planteando la cuestión de si, alternativamente, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2000/31 constituye «un correctivo del derecho material aplicable a través del cual se modifica el contenido del Derecho aplicable designado por las normas nacionales de conflicto y se reduce a las exigencias del Derecho del Estado de origen».

79. Esta pregunta esconde, como ya he destacado anteriormente, una concepción del artículo 3 de la Directiva 2000/31 como regla de

52 — Tal es el caso de Austria, Francia, Luxemburgo, la República Checa, Polonia, Portugal y Eslovaquia.

53 — Como Alemania, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, España, Suecia, Rumanía y Reino Unido

54 — Tal es el caso, destacadamente, de Alemania.

55 — Artículo 1, apartado 2, letra g), del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (DO L 199, p. 40).

56 — Álvarez Rubio, J.J., (dir.), *Difamación y Protección de los Derechos de la Personalidad: Ley Aplicable en Europa*, Aranzadi, 2009.

Derecho internacional privado. Es cierto que, una vez descartada la naturaleza conflictual del citado precepto, se desprende que la norma no armoniza el régimen de determinación de la ley aplicable a un supuesto como el de autos. Sin embargo, ello no implica tampoco que el artículo 3 actúe *per se* como una regla de corrección de una disposición nacional de ley aplicable. Como ha quedado expuesto en los puntos 71 a 73 de estas conclusiones, el citado precepto se limita a desarrollar un régimen de armonización de la libre prestación de servicios en el ámbito del comercio electrónico. Un tribunal que aplica la técnica del reconocimiento mutuo en un conflicto con un vínculo internacional no aplica la legislación del Estado de origen del prestador del servicio, sino que ha de limitarse a dar por válido, siempre y cuando no concurran motivos justificativos, el cumplimiento de las normas reguladoras del servicio en dicho Estado. [57] Ello no impide, por la vía de una justificación, que el Estado del foro haya previsto medidas adicionales encaminadas a la protección de determinados bienes merecedores de especial tutela (véase el apartado 4 del referido artículo 3). Sin embargo, en ningún caso se realiza una aplicación de la ley del Estado miembro de origen, ni el Estado de la jurisdicción competente está obligado, por mandato de la Directiva, a prever específicamente un correctivo de Derecho internacional privado al contemplar medidas más protectoras.

80. Por tanto, tampoco cabe afirmar, en mi criterio, que el artículo 3 de la Directiva 2000/31 tenga por objeto armonizar un correctivo material al Derecho material aplicable. El artículo 3 no impide a los Estados miembros, dentro del margen de discrecionalidad que les confiere dicha Directiva, así como el artículo 56 TFUE, prever medidas de protección de intereses merecedores de especial garantía, como excepción a la libre prestación de servicios. En consecuencia, el legislador alemán tiene la potestad de articular dichas excepciones ya sea a través de medidas sustantivas o incluso, en su caso, mediante disposiciones de corrección de la ley aplicable. Pero ello no significa que la Directiva 2000/31 predetermine una solución conflictual al problema.

81. En definitiva, considero que el artículo 3 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que no impone una norma de conflicto ni un «correctivo sobre el fondo». El citado precepto expresa una concreción legislativa, en términos de armonización, de la libre prestación de servicios aplicada al comercio electrónico, habilitando al mismo tiempo a los Estados miembros, dentro del margen de discrecionalidad que les confiere dicha Directiva, así como el artículo 56 TFUE, para prever medidas de protección de intereses merecedores de especial garantía, como excepción a la libre prestación de servicios.

57 — Véase Sánchez Lorenzo, S., *Derecho Privado Europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 137 y 138, y Sonnenberger, H.J., «Europarecht und Internationales Privatrecht», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 1996, pp. 3 y ss.

VIII. Conclusión

82. A la vista de los argumentos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las preguntas planteadas por el Bundesgerichtshof y el tribunal de grande instance de Paris:

«1) La expresión "lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso", utilizada en el número 3 del artículo 5 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse, en caso de vulneración de derechos de la personalidad mediante información difundida en varios Estados miembros a través de Internet, en el sentido de que el titular del derecho de la personalidad puede entablar una acción de reparación,

— bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del editor de la publicación lesiva de los derechos de la personalidad, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la lesión de dichos derechos,

— bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en que la publicación haya sido difundida y en que el titular del derecho de la personalidad 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,

— o bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se localice el "centro de gravedad del conflicto" entre los bienes e intereses en juego, dotados así de competencia para reparar la integridad de los daños deriva-

dos de la vulneración de los derechos de la personalidad. Se entiende por Estado miembro donde se localiza el "centro de gravedad del conflicto" aquel en cuyo territorio la información litigiosa resulta objetiva y particularmente relevante y donde, al mismo tiempo, el titular del derecho de la personalidad tiene su "centro de intereses".

2) El artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, debe interpretarse en el sentido de que no impone una norma de conflicto ni un "correctivo sobre el fondo". El citado precepto expresa una concreción legislativa, en términos de armonización, de la libre prestación de servicios aplicada al comercio electrónico, habilitando al mismo tiempo a los Estados miembros, dentro del margen de discrecionalidad que les confiere dicha Directiva, así como el artículo 56 TFUE, para prever medidas de protección de intereses merecedores de especial garantía, como excepción a la libre prestación de servicios.»