



**El locus delicti commissi en los ilícitos contra
la vida privada cometidos a través de Internet**

MANUELA ESLAVA RODRÍGUEZ

EL LOCUS DELICTI COMMISSI EN LOS ILICITOS CONTRA LA VIDA PRIVADA COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET.

SUMARIO: 1. ¿Quién responde de una invasión ilícita en la vida privada de una persona a través de internet?. 2. ¿Cómo se determina el locus delicti?. ¿Puede concretarse el *forum delicti commissi* mediante las categorías hecho/daño?. 3. Derecho aplicable a una reclamación por daños al derecho a la vida privada. A) Derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos b) Derecho aplicable a los derechos subjetivos del afectado por un tratamiento de datos. C) ¿Cómo se concreta la *lex loci delicti commissi* en la reparación de los daños al derecho a la vida privada? (a) *Soluciones en supuestos de dispersión geográfica del hecho y del daño: Optio legis.* (b) *Dificultades de la optio legis en intromisiones ilícitas en la vida privada a través de internet.* (c) *Dimensión interindividual y pública de estos ilícitos: La norma de conflicto multilateral.* (d) *Soluciones orientadas a resolver las dificultades de concreción de la lex loci delicti commissi.*

La protección de la vida privada es una preocupación mayor en el universo de internet. Sin embargo, la reclamación por los daños sufridos por una persona física como consecuencia de una invasión ilícita en su vida privada a través de los medios de comunicación a distancia es un problema abierto por las dificultades que entraña la aplicación de las soluciones de Derecho internacional privado en materia de responsabilidad civil a un tráfico internacionalizado, que requiere para su desarrollo una liberalización casi absoluta, pero que constituye un nuevo e importante riesgo para los derechos de la persona. Como ha reiterado el legislador comunitario europeo, los daños y perjuicios que se pueden producir en el marco de los servicios de la información se caracterizan por su rapidez y por su extensión geográfica. A pesar de este riesgo en las correspondientes normas liberalizadoras en materia de tratamiento de datos de carácter personal y de comercio electrónico no se contemplan disposiciones específicas de Derecho internacional privado para la reclamación de daños y perjuicios adaptadas a la realidad del cyberspacio¹.

1 No parece que por el momento sea viable otra vía de aproximación a las incertidumbres jurídicas planteadas por internet, como la propuesta de estructuras e instituciones autonormadoras del cyberspacio, que exigirían ser reconocidas los Estados como reconocen leyes y decisiones judiciales extranjeras. Quienes defienden esta vía de aproximación alegan que en la era de las redes informáticas planetarias los gobiernos locales no pueden pretender ni controlar el comporta-

El lugar donde ocurre el hecho dañoso, tanto en la determinación de la competencia judicial internacional (art. 5.3 del R 44/2001 y 22.3 de la LOPJ) como en la ley aplicable (art. 10.9 CC) es un criterio de vinculación rígido y neutro en los ilícitos civiles cometidos a través de estos nuevos vehículos de la información. El lugar de comisión del hecho dañoso se justifica en la consideración de que todos los elementos del ilícito se localizan en un mismo ordenamiento. Cuando no es así, como ocurre en los casos de disociación geográfica del ilícito (daño y hecho generador se localizan en distintos ordenamientos jurídicos, o la conducta o el daño se producen en diferentes Estados) las expectativas de los interesados (la persona que reside en un lugar determinado cuenta con la protección del Derecho local, la que actúa en ese lugar sabe que debe conformarse a las reglas en comportamiento en vigor y el Estado asegura la organización social en su territorio) se orientan hacia varios ordenamientos destruyéndose la certidumbre y previsibilidad que justificaron este criterio territorial como fuero y punto de conexión de las normas de competencia judicial internacional y de derecho aplicable, respectivamente. Las expectativas del responsable de un tratamiento de datos o de un prestador de servicios de la sociedad de la información en el marco de la legislación comunitaria, orientada como está básicamente al objetivo de la liberalización de la información, pueden estimarse satisfechas por el sistema preventivo establecido ya que cumplidas las obligaciones impuestas por el Estado de origen su actividad de tratamiento de datos o de prestación del servicio circulará libremente. Son por tanto las expectativas de las víctimas las que se dispersan. Sabe ciertamente que la protección administrativa (y judicial, en su caso) por la lesión de los derechos subjetivos que constituyen el contrapunto de las obligaciones del responsable podrán ser ejercidos en el “Estado de origen”, pero no sabe, conforme al Derecho internacional privado vigente, ante qué jurisdicción estatal y conforme a qué Derecho podrá reclamar daños y perjuicios².

miento “en línea” ni aplicar legítimamente reglas locales a un fenómeno global. El emplazamiento físico de las máquinas entre las cuales se cambian mensajes y datos no tiene incidencia en el sistema y por tanto no podría afirmarse que existe vínculo entre una dirección de Internet y un determinado ordenamiento. Esta propuesta tiene la ventaja de que se trataría de normas perfectamente adaptadas a la naturaleza del Cyberspacio y a las expectativas de los operadores que participan en Internet a través de diversas actividades. Pero tiene un defecto importante: requiere el reconocimiento por los Estados para que puedan resultar efectivas.

Aplicar las soluciones existentes al comercio de bienes y servicios mediante las técnicas de comunicación a distancia tiene como ventaja que operadores jurídicos y actores de Internet disponen de un conjunto de reglas y principios establecidos que serían suficientes una vez fueran adaptados a la realidad del Cyberspacio. Pero tiene un defecto importante y es que cualquier conflicto que surja en el cyberspacio podría ser resuelto de manera diferente en función de la jurisdicción donde se sitúe el conflicto y además con el inconveniente añadido de que el Derecho internacional privado no ofrece soluciones adaptadas a la internacionalización de la información. Vid. CH. HOEDL, “Le commerce de services sur internet: publicité, protection des consommateurs et informations à caractère personnel”, RDAI, 1998, 3, pp. 285 y ss.

- 2 Puede encontrarse un estudio más detallado y una bibliografía más exhaustiva en nuestros trabajos *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional*, Cáceres, 1996 y en “Responsabilidad extracontractual. Gestión de negocios ajenos y enriquecimiento sin causa”, en A.L. CALVO CARAVACA Y OTROS, *Derecho internacional privado II*, Granada 2000, pp. 417 y ss.

La elaboración dentro de los dos años de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de un instrumento sobre la legislación aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II), según el Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación de las disposiciones del Tratado de Amsterdam sobre un espacio de libertad, dignidad y justicia (DO C 19, 23.1.1999) y el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L12, de 16 de enero de 2001) (que sustituye al Convenio de Bruselas excepto para las relaciones con Dinamarca) han reabierto el debate sobre el criterio de localización que inspiran las soluciones del DIPr en competencia judicial internacional y en ordenamiento aplicable (lugar del hecho dañoso). El Reglamento establece como competencia especial en materia delictual o cuasidelictual “el tribunal del lugar donde se hubiere producido o hubiere producirse el hecho dañoso”. Se resuelve de esta manera uno de los aspectos ambiguos del art. 5.3 del CB poniendo a disposición de las partes un foro competente en el marco de las acciones preventivas, pero sigue dejando abiertos otros en las obligaciones no contractuales nacidas con motivo de actividades a distancia por vía electrónica: ¿Se impone el criterio de la residencia del proveedor de bienes o servicios mediante medios electrónicos sin importar su posición de demandante o demandado? ¿Se ha cerrado la posibilidad del criterio del lugar donde se produce el daño?. ¿Se entiende inviable un criterio favorable a la víctima?

1. ¿QUIÉN RESPONDE DE UNA INVASION ILCITA EN LA VIDA PRIVADA DE UNA PERSONA A TRAVES DE INTERNET?

La concreción del lugar del hecho se convierte en una cuestión fundamental en la responsabilidad por daños al derecho a la vida privada cometidos a través de internet ya que se trata de un tráfico deslocalizado en el que además participan distintos actores (simplificando: el suministrador de bienes o servicios (fabricante, distribuidor o prestador de servicios), el cliente (sea o no consumidor) y los prestadores de servicios intermediarios (PSI)), todos ellos generalmente residentes habitualmente en países diferentes. La cadena comienza con el prestador del contenido y continúa con el intermediario que alberga el contenido, el operador de la red, el suministrador del acceso y el usuario.

Para poder demandar debe ser identificado previamente al responsable, lo que no es nada fácil. Como se pone de relieve el asunto que da lugar a la sentencia de la Cour d'Appel de París de 10 de febrero de 1999 la responsabilidad por una intromisión ilícita en la intimidad, el honor o la imagen de una persona requiere saber previamente cuáles son las funciones y las obligaciones de los suministradores³.

³ Rec. Dalloz, 1999, pp 389 y ss. Nota de N. Mallet-Poujol; M. VARGAS GOMEZ URRUTIA, “Comercio electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el cyberspacio”, Derecho de los negocios, 200 (115), p. 11.

Una modelo francesa demanda ante el Tribunal de Gran Instancia de París al administrador de un Sitio WEB (denominado <http://www.altern.org/silversurfer>) que albergó y difundió por la RED fotografías estrictamente privadas que la representaban desnuda. Para la demandante tal hecho constituía una violación de su derecho a la imagen y una intromisión en la intimidad protegidos por el art. 8 del Convenio europeo de Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y por el art. 9 del CC francés. Solicitaba la clausura del acceso en la página al vínculo que en la misma existía y daba entrada a las fotografías y una indemnización de 500000 FF en concepto de reparación por los daños causados. Mediante un proceso verbal, y a través de expertos del CELOG, se determinó que el administrador de dicho Sitio era el sr. Valentín.

El TG París resolvió el 9 de junio de 1998 ordenando como medida cautelar al administrador del Sitio WEB citado que llevara a cabo todos los medios materiales para impedir y hacer imposible el acceso a los clichés fotográficos y la difusión de las fotografías albergadas en la citada dirección, estableciendo una multa de 100000FF diarios en caso de contravenir la citada orden judicial.

El demandado se opone alegando que la prohibición impuesta por el tribunal no podía ser llevada a cabo ya que las fotos ya no estaban en el sitio WEB y además porque de aceptar esta orden se estaría suponiendo que el suministrador de un SITIO WEB sería el responsable legal del mismo, y por tanto, de sus contenidos. Alega el demandado que si se equipara al suministrador de un Sitio WEB (albergue) de Internet con el director de un periódico, a los efectos de serle de aplicación del Derecho material francés, era necesario demandar también al suministrador de contenidos, que en este caso era anónimo. Añadió que dadas las características de la WEB el suministrador de un SITIO no puede controlar los documentos que se almacenan en el mismo por ser técnicamente imposible en razón de la cantidad de documentos que se albergan y publican al día.

La demandante insiste en sus alegaciones en que el suministrador del sitio WEB es responsable de los documentos que se alojan en el mismo, "en tanto que **difusor multimedia** profesional responsable y digno de dicho nombre y que no ha tomado las precauciones más elementales para verificar si las fotografías habían sido o no autorizadas con anterioridad por la interesada".

La Corte de apelación, en sentencia de 10 de febrero de 1999, confirma la decisión del juez de instancia en orden a la clausura del vínculo albergado en el sitio y sin entrar a conocer del fondo de la cuestión (responsabilidad del suministrador del acceso y responsabilidad del suministrador del Sitio), estima que en el caso en cuestión las funciones del suministrador del sitio exceden manifiestamente de un rol técnico de simple transmisor de informaciones. Ordena al demandado a pagar una indemnización de 300000 FF a y publicar en tres diarios o revistas un comunicado con la decisión judicial.

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 del comercio electrónico en el mercado común (DOCE L 178 de 17/07/2000) reconoce que la divergencia de las normativas y

jurisprudencias nacionales en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar el desarrollo de los servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia. Siempre con este fin liberalizador, la Directiva establece que los prestadores de servicios tienen limitada su responsabilidad o están exentos de la misma cuando sus servicios consistan en mera transmisión y condición de acceso (art.12) “mere conduit”, almacenamiento automático provisional y temporal de datos (“caching”, memoria tampón), almacenamiento de información (alojamiento de datos “hosting”). No están obligados a supervisar la información que tramitan o almacenan aunque deben informar a las autoridades competentes ante presuntos datos o actividades ilícitas.

Ahora bien, las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios no afectan a la posibilidad de entablar acciones de cesación. Estas pueden consistir en órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por las que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.

Los Estados miembros pueden exigir a los prestadores de servicios que proporcionen alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio que apliquen el deber de diligencia que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales.

2. ¿CÓMO SE DETERMINA EL LOCUS DELICTI?. ¿PUEDE CONCRETARSE EL FORUM DELICTI COMMISSI MEDIANTE LAS CATEGORÍAS HECHO/DAÑO?

En el Reglamento 44/2001(y en el CBr.) la competencia judicial internacional en materia de delictual o cuasi delictual se determina con arreglo a los siguientes fueros:

- 1^a) Son competentes los tribunales de los Estados partes en el Convenio a los que las partes se hayan sometido expresa o tácitamente (arts. 23 y 24)
- 2^a) También pueden ser competentes los tribunales del Estado parte donde tenga su domicilio el demandado (art.2).
- 3^a) Según el art.5.3 son competentes los tribunales del Estado parte en que se hubiere producido o pudiere producirse el “hecho dañoso”, siempre que el demandado estuviere domiciliado en un Estado parte.
- 4^a) Cuando se trate de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, es competente el tribunal que conociere de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su Ley, dicho tribunal pudiere conocer de la acción civil.

La sumisión es un foro infrecuente en responsabilidad civil extracontractual. La víctima puede demandar la indemnización de los daños al responsable de los contenidos ilícitos, conforme al fuero del domicilio del demandado, en el lugar

donde se encuentre el establecimiento del prestador del servicio. A tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del TJCE, el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado. Cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica. En el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, en caso de especial dificultad para determinar a partir de cual de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular.

Puede demandar daños o ejercitar una acción de cesación igualmente en el país donde se hubiera producido o pudiere producirse el hecho dañoso, lo que exigirá *determinar cuál es el "lugar del hecho dañoso"*. No es éste un problema fácil. Los términos empleados en el art. 5.3. no sólo han generado dificultades interpretativas en la determinación de su ámbito objetivo de aplicación sino también en la individualización del alcance del foro de competencia previsto, especialmente en supuestos de disociación en el espacio del lugar del hecho generador y del lugar del daño (ilícitos a distancia) y de plurilocalización de daños, que son precisamente los supuestos que nos ocupan: El contenido ilícito puede haber sido introducido en internet en un país determinado pero produce efectos en todos los países desde los que sea posible acceder a esos contenidos.

En los supuestos de ilícitos a distancia el "lugar donde se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso" alude a la vez al lugar donde el daño ha sobrevenido y al lugar del hecho causal. El demandante puede *elegir cualquiera de los dos foros*. Esta libertad de opción se fundamenta, para el TJCE, en la existencia, en ciertas hipótesis, de un vínculo de conexión particularmente estrecho entre un litigio y la jurisdicción que puede ser llamada a resolverla, con vistas a la organización útil del proceso.⁴

Los problemas no quedan, sin embargo, resueltos cuando el daño no se localiza en un único lugar, sino en el territorio de distintos Estados. En la práctica pueden plantearse tres hipótesis (m. callori): a) el hecho ilícito causa un daño inicial a la víctima directa y daños ulteriores a otros sujetos (víctimas indirectas); b) el

⁴ Sentencia de 30 noviembre 1976, *Handelskvekerij G.J. Bier B.V. c. Fondazione "Reinwater" e Mines de Potasse d'Alsace SA* (as. 21/76), a propósito de una acción de responsabilidad instada ante los tribunales holandeses por una empresa agrícola holandesa contra Mines de Potasse d'Alsace, con sede en Francia, por los daños sufridos en los Países Bajos por la contaminación de las aguas del Rin por vertido de desechos salinos. El Tribunal de Rotterdam se declara incompetente, considerando la competencia de los jueces franceses en razón a que el hecho se hubiera producido en el territorio de su jurisdicción. Esta decisión es apelada por Bier y Reinwater ante el Gerechtshof de La Haya, que plantea el recurso prejudicial.

hecho ilícito causa un daño inicial a la víctima directa en un lugar determinado, pudiendo tener repercusiones físicas o patrimoniales siempre sobre esa misma víctima en otros lugares; c) el mismo hecho ilícito causa daños a la misma víctima en lugares diversos.

En la hipótesis *sub a)* el art. 5.3 no permite a la víctima indirecta plantear la demanda ante el tribunal en que se ha manifestado el daño sufrido por ella. Esta interpretación restrictiva se justifica en el carácter excepcional de los fueros especiales. El objetivo del art. 5.3 **no es la protección de la víctima**, sino una buena administración de justicia, fundamentada en la existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y otro tribunal que no sea el del domicilio del demandado⁵

La hipótesis de hecho ilícito que causa daños a la misma víctima (*sub b)* no es viable porque el TJCE tiene cerrada la posibilidad de que la opción en favor del lugar de daño pueda ser utilizada por aquellas víctimas, poco deseosas de litigar en el país extranjero donde se produce el hecho del que deriva la responsabilidad, a descubrir un “daño” localizado en un lugar próximo a ellas⁶.

5 STJCE de 11 enero 1990, *Dumez France SA et Tracoba srl vs. Hessische Landesbank (Helaba), Salvatorplatz-Grundstücksgesellschaft mbH Co. KG Saarland, Lübecker Hypothekbank*, (as. 220/88).

6 STJCE de 19 septiembre 1995, *A. Marinari vs. Lloyd's Bank et Zubaidi Trading Company*, (as.364/93).

Marinari, domiciliado en Italia, había depositado en una filial de Manchester de la *Lloyd's Bank* una serie de títulos de crédito por una elevada cantidad de millones de dólares. Los empleados, dudando del origen de los mismos, se niegan a restituírselos, comunicando el caso a la policía. Tras los avatares judiciales, Marinari retorna a Italia, donde demanda ante un Tribunal de Pisa a *Lloyd's* para que repare los daños causados por sus empleados. El banco alega la incompetencia de la jurisdicción italiana por haberse producido el daño en Inglaterra. En contra, Marinari sostiene que el daño por el que reclama no consiste simplemente en la intromisión en su persona y en sus bienes sufrida en Inglaterra, sino más generalmente la disminución de su patrimonio tras su aventura inglesa. La Corte Suprema de Casación italiana interpone el recurso prejudicial, preguntando al TJCE si por lugar del hecho dañoso únicamente se alude al lugar donde se ha producido un daño físico a las personas o a los bienes, o si, por el contrario, se designa también el lugar donde se han producido los daños patrimoniales.

Siguiendo las conclusiones del Abogado General, el TJCE deja claro que el fuero del art. 5.3 no puede interpretarse de una manera extensiva hasta el punto de englobar cualquier lugar donde pueda experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que ya haya causado un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar. En el punto 13 el Tribunal precisa que la opción entre el lugar del hecho y el lugar del daño no puede extenderse más allá de las circunstancias particulares que la justifican, so pena de vaciar de contenido al principio general del art. 2 del Convenio y de llegar a reconocer, fuera de los casos expresamente previstos, la competencia de los tribunales del domicilio del demandante, descartado por el CBr. al declarar en su art. 3.2 la no aplicación de las disposiciones nacionales que prevén tales foros de competencia respecto de demandados domiciliados en el territorio de un Estado contratante.

El rechazo del fuero del demandante está también presente en la individualización del lugar del daño efectuada por el TJCE en la sentencia *Réunion européenne*. Admite, conforme al principio de equivalencia, que el destinatario de unas mercancías, que después de efectuarse el transporte marítimo y luego de realizarse el transporte final por carretera, comprueba defectos en las mercancías entregadas, puede demandar ante la persona a la que considera ser el verdadero transportista marítimo ante el tribunal del lugar del daño o ante el tribunal del lugar del hecho causal. Dado que este último lugar puede ser difícil, o imposible, de determinar en un transporte internacional, la competencia correspondería a los tribunales del lugar del daño, siendo este lugar, no el de la entrega final, que puede verse modificado durante el trayecto, ni el lugar donde se com-

La hipótesis *sub c)* es abordada por la STJCE de 7 marzo 1995, *Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd. c. Presse Alliance SA*, (as. 68/93), relativa a una reclamación de daños causados a la reputación y a la consideración de una persona física y de una persona jurídica por la difusión de una publicación difamatoria en varios países.

En el caso la cuestión a resolver era la extensión de la competencia de los tribunales de cada uno de los Estados donde se manifiesta el daño. Las soluciones posibles podían ser dos:

- (a) Según la primera, los tribunales del lugar de los daños son competentes exclusivamente respecto de los daños producidos en su propia jurisdicción ya que, conforme a la exigencia del CBr. de una estrecha conexión entre la jurisdicción y la demanda, los daños sufridos en el extranjero no están vinculados a su jurisdicción ni por el lugar de realización del daño ni del hecho. Para evitar la atomización del litigio, la víctima puede concentrar todas sus demandas ante la jurisdicción del domicilio del demandado (art. 2) o ante la del Estado del lugar del hecho dañoso (art. 5.3). Ahora bien, el lesionado pierde la opción facilitada por el art. 5.3 así como la más general entre el fuero del demandado y el lugar del hecho dañoso, puesto que en la práctica éstos van a coincidir.
- (b) Para evitar estos inconvenientes al lesionado y asegurarle una opción real de competencia en favor del *favor damni*, la segunda solución consiste en admitir que los tribunales de uno de los lugares donde se ha manifestado el daño sean competentes también respecto de los acaecidos en otros Estados, en razón a que todos ellos están conectados a un mismo hecho generador. La relación de causalidad entre hecho y daño, que no es de orden geográfico sino jurídico, justificaría tanto la competencia global del lugar del hecho como la de cualquiera de los lugares del daño. De este modo se asegura una protección eficaz de la víctima al evitarle dividir su acción entre varios tribunales (p. bourel, kropholler).

Esta segunda vía de solución tiene un importante inconveniente. Aunque la Sentencia *Bier et Reinwater* admitiera el principio de equivalencia, únicamente el lugar del hecho dañoso atribuye competencia para conocer de las acciones sobre un mismo hecho generador a fin de conservar, en los delitos complejos, un punto de anclaje que asegure un mínimo de coherencia de las resoluciones judiciales. No cabría el mismo razonamiento para el juez de uno de los lugares donde se producen los daños, puesto que su competencia se fundamenta, según la sen-

probó el daño, sino aquel en el que el verdadero transportista marítimo debía entregar las mercancías. La justificación de esta interpretación se explica en el punto 34 donde se pone de relieve que admitir como lugar del daño el lugar de comprobación del daño o el de la entrega final llevaría a reconocer el fuero del demandante. Se añade además que la interpretación del lugar del daño propuesta responde a las exigencias de previsibilidad y de certidumbre establecida en el CBr. y presenta un vínculo de conexión particularmente estrecho con el litigio.

tencia *Bier et Reinwater*, exclusivamente en las necesidades de una buena administración de justicia. Podría llegarse al extremo de permitir a la víctima reclamar la totalidad del daño ante los tribunales de un país alejado donde ha llegado por azar un ejemplar del medio incriminado. El fuero del lugar del hecho dañoso no es un fuero de protección de la víctima, sino que se fundamenta en la estrecha vinculación entre la jurisdicción y la demanda.

En el asunto *Fiona Shevill y otros c. Presse Alliance*, el TJCE adopta la primera de las soluciones expuestas. Llamado en recurso prejudicial a pronunciarse sobre qué órganos jurisdiccionales son competentes para decidir sobre una acción por daños y perjuicios causados a las víctimas a raíz de la difusión de un artículo de prensa difamatorio en varios Estados, sostiene que el lugar del hecho causal sólo puede ser el del lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida, en la medida que constituye el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido y que este tribunal es, además, el competente para conocer de la acción de reparación de la integridad del perjuicio causado por el acto ilícito. Como dicho fuero coincide por regla general con el del domicilio del demandado, a fin de no vaciar de contenido al art. 5.3, el TJCE reconoce competencia a los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados donde se haya difundido la publicación difamatoria pero exclusivamente respecto de los daños causados en el territorio de su jurisdicción.

El TJCE reconoce que la apreciación de un mismo litigio por distintos órganos jurisdiccionales tiene serios inconvenientes, pero sin replantearse la posibilidad del *forum actoris* para estos ilícitos, concluye que el demandado siempre puede plantear todas sus pretensiones bien ante el órgano del domicilio del demandado, o bien ante el del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria.

La sentencia *Shevill*, que ha sido objeto de numerosos comentarios de signo diverso, ha merecido algunas críticas negativas, cuyo punto de partida, -lo que es importante-, es, no el problema general de la plurilocalización de los daños, sino la especificidad de los atentados al derecho a la vida privada cometidos mediante medios de comunicación en razón a la naturaleza del bien protegido. Lo reprochable del proceder del TJCE es la imposibilidad de clasificar los elementos de estos ilícitos en las categorías hecho y daño.

La identificación entre el lugar del establecimiento del editor y el lugar del hecho y entre el lugar del daño y el lugar donde la publicación ha sido difundida cuando la víctima es allí conocida es artificiosa.

El lugar del hecho puede ser también el lugar de publicación; lugar que puede ser diferente al del establecimiento del editor. La jurisprudencia española, por ejemplo, en la determinación del *forum delicti commissi* en el marco de la Ley Orgánica 62/1978, tiende a distinguir entre lugar del editor y lugar del distribuidor para concretar en este último el hecho productor determinante del nacimiento de la acción protectora civil. El Auto de la AP Madrid de 7.7.1992, (RGD, 1993 (580-581), p. 590) decidía que la intromisión en el derecho de la personalidad se concreta no por el mero hecho de escribirse el artículo e incluso imprimirse, sino por el de estar a disposición de ser leído por el público, es decir, cuando puede ser

de conocimiento general el periódico o revista y con ello se conoce el contenido del escrito y trasciende el mismo al ámbito en que los derechos al honor, la buena opinión y el prestigio de las personas existen, que es la opinión pública. La revista se redacta e imprime en el lugar donde está el domicilio de la empresa o en el taller donde se confecciona, pero se publica o distribuye en el lugar en que efectivamente se realizan esas operaciones, consistente en que lo que hasta ese momento es conocido sólo internamente pasa a ser de general conocimiento.

El lugar de la “publicación” puede ser el lugar del hecho pero también el lugar donde comienza a concretarse el daño. Lo mismo ocurre con el lugar de la difusión. Puede ser considerado el lugar donde se afirma y concreta el daño.

El caso *Shevill*, en fin, revela que el fuero del art. 5.3 del Reglamento de Bruselas es inadecuado para este tipo de ilícitos como también lo es en los supuestos de pluralidad de hechos generadores localizados en distintos Estados (por ejemplo en casos de polución) y no es posible delimitar la cuota de responsabilidad de cada uno de los autores ellos. El foro de la pluralidad de demandados permitiría demandar a todos los autores ante un único tribunal, pero este foro es el del domicilio de uno de los autores y no es el del hecho o el del daño.

Por esta razón se ha propuesto, con acierto, la residencia de la víctima (cuando sea allí conocida) en tanto que lugar de realización del ilícito en su conjunto, es decir, en sus diferentes elementos constitutivos, independientemente de la distinción entre hecho y daño (p. bourel) o en tanto que lugar del daño. h. gaudent-tallon, tras insistir en la permeabilidad de las categorías en los ilícitos contra el derecho a la vida privada y criticar la ambigüedad de la noción de difusión (lugar del daño para la jurisprudencia francesa)⁷, ya que puede ser también un hecho causal propio que entraña la competencia judicial como lugar del hecho, propone considerar a la edición como un suceso causal de alcance general y a la difusión como suceso causal de alcance limitado. El tribunal del suceso causal sólo tendría competencia general cuando haya entrañado la totalidad del daño (hipótesis de la edición). Su competencia sería limitada cuando el suceso causal entrañó una parte del daño (hipótesis de la difusión). El lugar del daño se localizaría en el lugar donde la persona sufre el daño, en el lugar de su domicilio. Por tratarse de un daño inmaterial y vinculado a la persona, únicamente puede ser localizado donde está localizada la persona.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el domicilio de la víctima implica la instauración del *forum actoris* y no siempre conduce a soluciones ajustadas a la realidad, lo que puede ocurrir en el caso, como pusiera de manifiesto el Gobierno británico en el asunto Fiona Shevill, de que la persona no sea conocida en el Estado de su domicilio o de que el periódico no haya sido publicado en él.

7 Como la de distribución (lugar del daño para alguna jurisprudencia española), aun cuando deba matizarse que la difusión es un término más amplio al incluir la edición impresa (reproducción) y la distribución en los supuestos de ilícito a través de prensa, la producción y emisión en el de los cometidos a través de radiodifusión y televisión, y la producción, distribución y exhibición en los producidos a través del cine

3. DERECHO APLICABLE A UNA RECLAMACIÓN POR DAÑOS AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

A. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Nuestro Derecho distingue entre la protección civil de honor, la intimidad y la imagen frente a todo género de intromisiones ilegítimas (regulada por la LO 1/1982) y el derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/98, FJ 5, 94/1998, FJ 4).

Como señala el TC en su sentencia de 30 de noviembre de 2000⁸, este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos, bien regulando su ejercicio. La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran..

La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información.

De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos. Su objeto es más amplio que el derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad (18.1 CE) sino a lo

8 En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1463-2000, interpuesto por el Defensor del Pueblo, contra los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Ponente J. D. GONZALEZ CAMPOS

que en ocasiones ha definido el TC en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto a la dignidad personal, como el derecho al honor, citado expresamente en el 18.4 CE, e igualmente, en expresión bien amplia de propio art. 18.4, al pleno ejercicio de los derechos de la persona.

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera intimidad de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho de protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer.

El derecho a la protección de datos está regulado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, (BOE 298, 14.12.1999). Esta Ley es expresión de la obligación constitucional del art. 18.4 de la CE y del compromiso internacional derivado del Convenio del Consejo de Europa para la protección de la persona respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28.1.1981 -BOE 15.11.1985-, y de la Directiva 95/461/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo -DOCE C 23.11.95-. cuyo principal objetivo es la realización de la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros garantizando la seguridad de los mismos en vistas del desarrollo de las redes de telecomunicaciones.

Mientras en la LO 1/1982 la protección se articula mediante un conjunto de medidas de tutela judicial civil que gira en torno a la idea de lesión, en la LO 15/1999, siguiendo el modelo del Convenio del Consejo de Europa generalizado en Derecho comparado, se establece un sistema de protección en el que se distinguen, por un lado, un conjunto de mecanismos cautelares destinados a prevenir las violaciones de la privacidad que pudieran resultar del tratamiento, que son los derechos subjetivos del afectado y las obligaciones que pesan sobre el responsable, cuya garantía incumbe a una autoridad administrativa, y por otro, la tutela judicial, centrada en el recurso contencioso administrativo y en la responsabilidad civil indemnizatoria. Los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de esta ley, sufran daños tendrán derecho a ser indemnizados, cuando se trate de ficheros de titularidad pública de acuerdo con el régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas y cuando se trate de ficheros privados ante los órganos de la jurisdicción civil.

B. DERECHO APLICABLE A LOS DERECHOS SUBJETIVOS DEL AFECTADO POR UN TRATAMIENTO DE DATOS

Para el ejercicio de los derechos a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de datos personales, a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y a acceder, rectificar y cancelar dichos datos (en definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales) el art. 4 de La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281 de 23/11/1995), de acuerdo con el sistema de protección establecido⁹, determina la aplicación del Derecho nacional aplicable según el criterio del responsable del tratamiento.

El art. 4 de la Directiva no establece una conexión de eficacia general sino que se limita a repartir la competencia legislativa en el interior del espacio comunitario, sujetando los tratamientos de datos a la ley del Estado miembro donde esté establecido el responsable de los tratamientos o, en su defecto, la ley del Estado miembro en que se encuentren los medios utilizados para el tratamiento. Teniendo en cuenta que la Directiva instaura un sistema preventivo tendente a evitar la ilicitud de los tratamientos se comprende que el art. 4 determine el Derecho nacional aplicable conforme al criterio del responsable del tratamiento que es, en definitiva, en quien recae la obligación de cumplimiento del sistema de licitud. Este criterio, además, conduce a la aplicación de una ley estrechamente vinculada y favorece la libre circulación de servicios en la Comunidad, por cuanto el responsable podrá prestar libremente los servicios en toda la Comunidad, conformándose a las prescripciones de una única ley.

El art. 2 de la LO 15/1999, siguiendo la Directiva, determina su ámbito de aplicación a todo tratamiento de datos de carácter personal: a) cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento. b) Cuando al responsable del tratamiento, no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de DIPco. c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito.

La generalización del criterio unilateral en materia de tratamiento de datos así como otras consideraciones como la importancia de los intereses tutelados pueden hacer pensar que se trata de una norma imperativa. Tal interpretación, sin

9 Los principios de protección tienen su expresión, por una parte, en las distintas obligaciones que incumben a las personas, autoridades públicas, empresas, agencias u otros organismos que efectúan tratamientos-obligaciones relativas, en particular, a la calidad de los datos, la seguridad técnica, la notificación a las autoridades de control y las circunstancias en las que se puede efectuar el tratamiento- y, por otra parte, en los derechos otorgados a las personas cuyos datos sean objeto de tratamiento de ser informadas acerca de dicho tratamiento, de poder acceder a los datos, de poder rectificar o incluso de oponerse a su tratamiento en determinadas circunstancias (Cdo 25)

embargo, desconoce, primero, que la Directiva establece un standard mínimo comunitario de tutela que debe ser recogida en las respectivas leyes de los Estados miembros. Segundo, que el art. 33 de la LO 15/1999 prohíbe que puedan transferirse datos de carácter personal con destino a países (extracomunitarios) que no proporcionan un nivel de protección equiparable al que presenta la propia LO¹⁰. Tercero, que el hecho de que una Ley defina su ámbito de aplicación *ratione territorii* no implica su consideración automática como norma imperativa de Dipr y la eliminación de la norma de conflicto aplicable, sobre todo si se tiene en cuenta que, exceptuada la responsabilidad en supuestos de ficheros de titularidad pública que será exigida por la LRJPAC, la responsabilidad en el caso de los ficheros de titularidad privada se ejercita ante los órganos de la jurisdicción ordinaria. La LO no regula un sector de preeminente finalidad pública, sino simplemente tutela posiciones jurídicas subjetivas e intereses de naturaleza privada. Se trata ciertamente de un sector delicado, pero no parece ésta una razón suficiente para excluir el normal funcionamiento de la norma de conflicto.

C. ¿COMO SE CONCRETA LA LEX LOCI DELICTI COMMISSI EN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA?

En DIPr. español la *lex loci delicti commissi* actúa como regla subsidiaria aplicable a los supuestos de responsabilidad por ilícito no comprendidos en el ámbito de aplicación de una ley española o de un convenio que forme parte de nuestro sistema. Por otra parte, el art. 10.9.1 deviene en norma general para todos los

10 El régimen del movimiento internacional de datos de carácter personal se rige por los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, así como por las Decisiones que, en cumplimiento de los citados preceptos se adopten por la Comisión de las Comunidades Europeas. Así las recientes Decisiones de la Comisión, números 2000/518/CE, 2000/519/CE y 2000/520/CE, de 26 de julio (DOCE de 25 de agosto de 2000), que consideran adecuado el nivel de protección de datos personales en Suiza, Hungría, así como el conferido por los principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicados por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos.

De conformidad con la Directiva 95/46/CE, los Estados miembros deben prever que la transferencia a un tercer país de datos personales únicamente pueda efectuarse cuando el tercer país de que se trate garantice un nivel de protección adecuado y cuando con anterioridad a la transferencia se respeten las condiciones legales de los Estados miembros adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de dicha Directiva.

El nivel de datos debe evaluarse atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos, y con respecto a unas condiciones determinadas. El Grupo de trabajo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, previsto en dicha Directiva ha publicado orientaciones sobre la elaboración de dichas evaluaciones. Tanto la evaluación del nivel adecuado como la ejecución de cualquier decisión basada en el art. 25.6 deben hacerse de forma que no resulte una discriminación arbitraria o injustificada frente a o entre terceros países, si prevalecen en ellos condiciones similares, y no constituya una restricción comercial disimulada habida cuenta de los compromisos internacionales asumidos por la Comunidad.

ilícitos no comprendidos en esos estatutos particulares y en general para aquellos en los que no ha sido necesario exceptuar el régimen de la responsabilidad por culpa. Su ámbito material alcanza, en definitiva, a ilícitos que cuantitativamente ocupan un lugar central en el Derecho de la responsabilidad civil (daños derivados de operaciones mercantiles y financieras, responsabilidad de los profesionales, responsabilidad por accidentes de trabajo y asuntos familiares, responsabilidad por abuso de derechos...) y es en consecuencia la norma aplicable a las reclamaciones por daños a los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen a través de internet.

Ningún sistema de DIPr. puede abstraerse de consideraciones teleológicas en la elaboración de sus normas de conflicto. La propia *lex loci delicti commissi* tiene una clara justificación funcional (b. audit). Responde a las expectativas de los sujetos implicados. La persona que se encuentra en un lugar determinado cuenta con la protección ofrecida por el Derecho local. A su vez, la persona que actúa en ese lugar sabe que debe conformarse a las reglas de comportamiento en vigor. Satisface al mismo tiempo el interés del Estado en el mantenimiento de un cierto orden sobre su territorio. Las normas cuya violación es sancionada con la responsabilidad delictual tiende a imponer el comportamiento de los hombres en la vida social. Afectan a la organización social de cada Estado imponiendo por ello un ámbito de aplicación territorial. La *lex loci delicti commissi* ha sido tradicionalmente destinada a concretar esa idea. Satisface también otros intereses de DIPr. por la certidumbre y previsibilidad que aporta en la mayoría de los casos. (g. beitzke).

Tales consideraciones, sin embargo, rozan la neutralidad cuando, como ocurre en el caso del art. 10.9.1, inspiran reglas muy generales que deben ser aplicadas a casos particulares muy diversos, imponiéndose su ruptura cuando las reglamentaciones materiales incorporen intereses más concretos o sea difícil su concreción al supuesto.

La principal dificultad de la aplicación de la *lex loci delicti* se manifiesta en los "ilícitos a distancia". El punto de partida de la justificación funcional de la *lex loci delicti commissi* es la consideración de que todos los elementos del ilícito se localizan en un mismo ordenamiento. Cuando no es así, como ocurre en los casos de disociación geográfica del ilícito (daño y hecho generador se localizan en distintos ordenamientos, o la conducta o el daño se producen en diferentes Estados), las expectativas de los interesados se orientan hacia varios ordenamientos, haciendo de la conexión tradicional un criterio de regulación inadecuado para la determinación de una única ley aplicable y destruyendo la certidumbre y previsibilidad que la caracteriza.

En Derecho comparado, estos ilícitos caracterizados por la dispersión y por incorporar concretos índices materiales han ido adquiriendo autonomía y son objeto de una especialización normativa. Es esta una de las notas del actual Derecho de la responsabilidad civil en DIPr., como muestra la propuesta del GEDIP que prevé presunciones especiales para las intromisiones en la vida privada y la difamación, la responsabilidad derivada de la concurrencia desleal y de prácticas comerciales restrictivas y por los daños al medio ambiente.

(a) Soluciones en caso de dispersión geográfica del hecho y del daño: *Optio legis*.

En la localización de los delitos a distancia las soluciones se inspiran, como la propia regla *lex loci delicti commissi*, en el ámbito penal, donde se han utilizado tres teorías para determinar el lugar del delito: a) teoría de la actividad (de la acción o de la residencia) según la cual el delito se comete en el lugar donde el sujeto realiza externamente la conducta delictiva; b) teoría del resultado, que identifica el lugar del delito con el de la producción del resultado externo; y c) teoría de la ubicuidad, para la que el delito se tiene por cometido en todos los lugares donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado.

En los tres supuestos, para determinar el lugar del delito se hace necesario previamente una disociación de sus elementos para posteriormente clasificarlos en las categorías actividad y daño. Según la función llamada a cumplir por la responsabilidad civil, la *lex loci* es concretada bien en donde ocurre el hecho generador del daño, o bien en el de los daños.

La ley del acto generador del daño atiende a las obligaciones que incumben al responsable y, en consecuencia, a la función preventivo-punitiva de la responsabilidad civil extracontractual. La ley del lugar del daño cuenta a su favor el interés en la protección del lesionado en el lugar donde se encuentra y la función reparadora y sancionadora de la responsabilidad civil extracontractual. Expresa al mismo tiempo las funciones tradicionales de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal en los ilícitos: represión de la actividad ilícita en el Derecho penal y reparación del daño en el Derecho civil de la responsabilidad. Para el Derecho penal, que castiga incluso la tentativa, la acción del responsable es decisiva; en Derecho civil, el daño, interviniendo o no culpa, es lo importante.

Este proceder requiere una reflexiva toma de posición por el legislador sobre cual de las dos funciones de la responsabilidad ha de primar en cada caso. En DIPr. pueden seguirse dos soluciones: a) considerar como *lex loci delicti commissi* a la vez el lugar del hecho u omisión y el lugar del daño, dejándose a la víctima la elección de la ley aplicable sin límite alguno (art. 62.1 de la Ley italiana y art. 32 de la Ley venezolana), o si no se quiere hacer prevalecer exclusivamente los intereses del demandado, limitando la elección a la exigencia del que el responsable hubiera podido prever que el resultado se produciría en este Estado (art. 133.2 de la Ley Federal Suiza de DIPr.; art. 3126 de la Ley de Quebec); b) considerar como *lex loci* la ley del hecho generador permitiendo a la víctima elegir la ley del daño restrictivamente (art. 40 EGBGB)

La regla de la ubicuidad no es una solución neutra, sino que responde a una concepción del reparto de riesgos que penaliza al autor del acto y privilegia la posición de la víctima, que aplicará la ley más favorable. Con esta regla, cuyo origen es la dificultad que plantea la localización del ilícito, se introduce un elemen-

to material, que hace depender la ley aplicable del contenido concreto de las leyes en presencia.¹¹

Por otra parte, la *optio legis* aproxima la norma del Derecho Internacional privado al Derecho de la responsabilidad civil, donde la aspiración a una moralización de las conductas por la vía de una rigurosa y exigente responsabilidad está siendo sustituida por el deber de reparar todos los daños posibles, e igualmente con la competencia judicial internacional (art. 5.3 CBr.) coincidiendo, en consecuencia, a menudo *forum* y *ius*. No debe olvidarse, sin embargo, que la justificación de la ubicuidad en el art. 5.3 está en la organización útil del proceso y en la estrecha vinculación entre una demanda y una jurisdicción. En Derecho aplicable, se trata de determinar el ordenamiento competente para dilucidar los derechos del demandante, las condiciones de la responsabilidad del demandado... Conceder a la víctima la facultad de elegir la ley aplicable puede ser un favor demasiado grande y difícil de justificar. Por ello podría considerarse más adecuado el método de localización según el principio de los vínculos más estrechos.

Ahora bien, el reconocimiento a la víctima de la opción entre la aplicación de la Ley de los países en los que se ha desarrollado el ilícito, exige concretar el momento en que debe ser ejercida y los límites y condiciones en que pudiera ser objeto de un pacto entre las partes afectadas, ¿podría el lesionado obligarse respecto del responsable o el asegurador a renunciar a la opción o, inversamente, a ejercerla?. Como ha sugerido f. pocar un acuerdo semejante sólo debería ser admitido con posterioridad a que haya ocurrido el hecho dañoso, siguiendo la solución del art. 132 LDIPr. Suiza 1987.

(b) Dificultades de la optio legis en intromisiones ilícitas en la vida privada cometidas a través de internet.

La regla de la ubicuidad cumple su función cuando los elementos del ilícito pueden ser clasificados en las categorías hecho generador y daño y es posible concretar el lugar del hecho dañoso. Sin embargo, no resuelve demasiado cuando se trata de supuestos de plurilocalización del hecho dañoso o del daño. La propuesta de Convenio europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, a pesar de establecer el principio de la ley del país con la que la obligación

11 En materia de daños al medio ambiente, por ejemplo, (donde existen iniciativas uniformadoras del Derecho material -Convenio de Lugano sobre la responsabilidad civil de los daños resultantes de las actividades peligrosas para el medio ambiente, de 21 junio 1993, aun no entrado en vigor, y otros proyectos comunitarios- y conflictual (a. borras rodriguez, "La XVIII sesión de la Conferencia de La Haya de DIPr (30 septiembre a 19 octubre 1996), *REDI*, 1996,2, pp. 357 y ss) el favor del lesionado puede ser articulado permitiendo a la víctima elegir entre la ley del lugar de la actividad peligrosa (lugar del hecho) o la ley del daño (generalmente el lugar de residencia del lesionado y el lugar donde se encuentran sus bienes) (art. 138 LDIPr suiza). No obstante el favor del lesionado queda plenamente garantizado ampliando la opción a las leyes de residencia del responsable y del lesionado (sea para asegurar su protección o porque se estime el derecho al medio ambiente como un auténtico derecho de la personalidad). Esta amplia opción de la víctima permitiría asegurar la indemnización más favorable y disuadiría a las empresas contaminantes preferir la rentabilidad al buen mantenimiento de sus instalaciones (p. bourel)

presente los vínculos más estrechos, establece presunciones especiales en ilícitos caracterizados por la dispersión del daño o del hecho (art. 3, a) y c)).

Tanto en la concreción del *forum delicti* como en la determinación de la ley del delito, el lugar del ilícito es impracticable en las intromisiones ilícitas en el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen (*vida privada*), caracterizadas por la dispersión geográfica del daño y por la naturaleza inmaterial de los bienes protegidos.

En estos casos de plurilocalización de daños, la regla de la ubicuidad no resuelve la rigidez de la *lex loci* por la imposibilidad de clasificar los elementos de estos ilícitos en las categorías hecho/daño por la permeabilidad existente entre ellos. Por otra parte la naturaleza de los bienes protegidos y de los daños y la vinculación de estos ilícitos civiles con un conflicto entre derechos fundamentales, (libertad de expresión e información, por un lado, y derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, por otro), y, por tanto, con los elementos estructurales del Estado Social y Democrático de Derecho, añade a la dimensión interindividual o privatista de estos ilícitos, una dimensión pública que ha de ser tenida en cuenta.

Al primero de estos inconvenientes, se han propuesto por la doctrina diversas soluciones orientadas a evitar la dificultad de concretar el lugar del ilícito, a las que nos referiremos más adelante. El segundo, que es previo, entraña un problema metodológico, ante el que pueden sostenerse distintas posturas.

(c) Dimensión interindividual y pública de estos ilícitos: La norma de conflicto multilateral

Se puede resaltar la dimensión pública e institucional de estos ilícitos, su conexión con la opinión pública libre y con los elementos estructurales del modelo de Estado, y, siguiendo el modelo del Derecho de ordenación del mercado, integrar la ausencia de una norma de *Dipr* específica mediante una normas unilateral implícita, en cuya virtud comportamientos o resultados que afecten al espacio público español se regirían por nuestro Derecho (*m. amores conradi*). Al tratarse de una norma unilateral motivada por razones de orden sustancial no resultaría bilateralizable ni aplicable a daños no producidos en España.

Otros, en cambio, entendemos que la consideración de derechos fundamentales no hace derivar una única respuesta al problema metodológico. Especialmente cuando se trata de actuar la vigencia social de tales derechos en unas relaciones interindividuales, en las que el estatuto internacional de la persona asegura un mínimo de comunidad jurídica y en las que el legislador ha optado para las relaciones internas por mecanismos de protección jurídico-privados (como sucede con la Ley Orgánica 1/1982 de protección del honor, la intimidad y la imagen). La norma de conflicto bilateral puede cumplir adecuadamente la ponderación constitucional entre los derechos en conflicto mediante una formulación que incorpore el equilibrio constitucional entre los mismos. Por otra parte, el interés protegido por la Ley Orgánica 1/1982 es exclusivamente privado y no compete a la colectividad. Las personas deciden sobre su intimidad, su honor y su imagen. El legislador, en nombre de la colectividad que representa, ofrece y garantiza un ámbito de reserva posible que luego el particular conforma con libertad. Por eso dice en el art. 2 que la protección civil de esos tres bienes se deli-

mita por las leyes y los usos sociales “atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí y para su familia” y que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento”.

Las leyes de DIPr. suiza y rumana (y la propuesta de Convenio del GEDIPr) han consagrado la solución conflictual. La norma bilateral resuelve además dos de los problemas tradicionales de la protección de los derechos personalísimos en DIPr.: (a) la incompatibilidad entre la territorialización o fragmentación del derecho que implica la técnica unilateral y las facetas de la personalidad protegidas. La intimidad o el honor de una persona son facetas de la personalidad que no dependen de su reconocimiento por cada ordenamiento. (b) la concreción del criterio de aplicación de Derecho del foro, es decir, cuándo se entienden producidos los daños en España.

Una vez admitida la calificación delictual por tratarse de unos derechos, en los que, en cuanto derechos personalísimos, destaca más la protección que tiene el sujeto frente a un ataque que los poderes o facultades de que dispone, (la combinación en el Dipr italiano entre estatuto personal para la existencia, contenido y límites de los derechos subjetivos y estatuto delictual para la determinación de la responsabilidad resarcitoria sólo se justifica cuando la protección civil cumple exclusivamente una función indemnizatoria y no preventiva y de garantía de derechos), el método de reglamentación se determinaría en función del concreto régimen de protección (civil) previsto en cada ordenamiento jurídico para la persona frente al tratamiento de datos y frente al ejercicio de una información veraz y la libertad de expresión por medios de comunicación de masa y no la consideración de derechos fundamentales. Esta consideración surte sus efectos en la concreta ponderación de los intereses en causa y en la obligación que incumbe a legislador de desarrollar la protección constitucional también para las relaciones de tráfico privado internacional, pero no ha impedido que siga siendo, conforme a la tradición jurisprudencial española, la responsabilidad civil la que asegure la protección de la persona frente a todo género de intromisiones ilícitas, aunque ampliada a cuantos instrumentos jurídicos se han considerado necesarios para prevenir y reparar la lesión, y no otros mecanismos de Derecho público, como en el caso del tratamiento de datos, cuya consagración responde a razones otra índole.

(d) Soluciones orientadas a resolver las dificultades de concreción de la lex loci delicti commissi

Admitida la idoneidad de la norma de conflicto para regular los ilícitos contra la esfera reservada a la persona, queda por resolver el problema de la determinación de la ley del delito, ya que en DIPr. español no se dispone de solución específica para estos delitos complejos y se hace necesario concretar la norma general del art. 10.9 CC. Las soluciones pueden ser múltiples como muestran otros

sistemas de DIPr, en los que se combinan criterios localizadores con otros de orden sustancial.

- a) Aplicación del Derecho más estrechamente vinculado. Es la fórmula adoptada por la Propuesta de Convenio europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales del GEDIPr. El problema de la inseguridad jurídica es corregido mediante una presunción especial a favor del lugar del daño, concretado en la residencia habitual de la víctima (art. 3.a)
- b) Lex loci delicti commissi seguida de cláusula de excepción: Los parágrafos 152 y 149 del Restatement norteamericano determinan la aplicación de la ley del lugar donde se produce la invasión de la vida privada (*Right of privacy*) o la publicación difamatoria (*Defamation*), permitiéndose al juez descartar esa ley cuando la situación presente vínculos más estrechos con otro país. Sus principales inconvenientes son que no determina cuál es el lugar de la invasión de la vida privada o el lugar de la publicación difamatoria y que la seguridad jurídica pretendida por la regla de base se frustra con la cláusula de proximidad, aunque su función sea correctora.
- c) Sistema de localización subjetiva (el favor de la víctima). Para reducir una desmesurada protección de la víctima, la regla de la ubicuidad tendría que ser limitada a la aplicación alternativa de la localización principal del hecho generador o del daño (b. v. hoffmann) a fin de evitar la aplicación distributiva de las leyes de cada uno de los lugares del daño (o teoría del "mosaico").

Las leyes suiza (art. 139) y rumana de 1992 (arts. 112 y 113) ofrecen a las víctimas de una lesión al *derecho general de la personalidad* a través de los medios de comunicación una protección particular mediante la posibilidad de elegir la ley más favorable entre el Derecho de su residencia habitual o el del lugar del resultado, cuando el autor del daño debiera haber previsto que el resultado se produciría en esos países, o la ley del establecimiento o de la residencia habitual del autor del ilícito. El *favor laesi* no es absoluto. Está limitado por la cláusula de previsibilidad cuyo objetivo es no sacrificar injustificadamente los intereses de los responsables. El seguro por riesgos y el montante de las primas dependen en gran parte de que un medio de comunicación pueda prever las consecuencias de la publicación de una obra o periódico o la difusión de un programa que pueda lesionar a una persona. Además exponer a los medios de comunicación a condenas elevadas o a límites al ejercicio de los derechos de información no previstos reduce en proporciones importantes la libertad de información y de prensa. La cláusula de previsibilidad equilibra el conflicto entre ambos derechos. Ahora bien, ni la LFS DIPr ni la Ley rumana aclaran si la referencia a la ley del resultado alude a la ley del lugar de publicación o difusión atentatoria sin que haya daño, o si es necesario que se produzca en ese lugar la publicación y el daño. Plantea la duda de si la víctima puede elegir la ley del Estado en el que la lesión produce un efecto de menor alcance o si es necesario que ese efecto sea sustancial. El *favor laesi*, fundamento de la regla de la aternatividad, podría permitir una interpretación amplia de la ley del resultado, pero ello implicaría una descon-

sideración de los intereses del autor del daño que es precisamente lo que protege la regla de la previsibilidad. En ambos sistemas, el derecho de respuesta está justificadamente excluido del favor laesi (art 139.2 de la Ley Suiza y el 113 de la Ley rumana) aplicándosele exclusivamente del Derecho del Estado donde ha aparecido la publicación o ha sido difundida la emisión. Al ser los derechos de rectificación y de respuesta son restricciones legales de la libertad de información, no cabe otra solución que atender al lugar donde se ejerce principalmente la actividad informativa por el responsable. Por otra parte, la aplicación de un Derecho extranjero plantearía evidentes problemas prácticos dada la celeridad que caracteriza y hace efectivo el derecho de rectificación o de respuesta.

- d) La ley del lugar de residencia o domicilio de la víctima. Mediante una conexión fija, cierta y previsible se evitarían los problemas de la localización de la comisión de los hechos materiales constitutivos de la responsabilidad y la incertidumbre de los sistemas de localización subjetiva o del *proper law* (p. bourel). En lugar de una localización material, fundamentada en el lugar de comisión de los hechos, el lugar donde se lesionan los derechos invocados (la residencia de la víctima) responde a criterios jurídicos y sociológicos. Localización jurídica porque toma en consideración la naturaleza específica del ilícito. La sede de la persona (el domicilio) es el factor de localización. Y sociológica porque atiende a la dimensión social de los derechos protegidos. Estos derechos, en tanto que atributos de la persona, indudablemente tienen una significación individual, pero poseen también una dimensión social o relacional. La residencia habitual expresa la sede de esa dimensión relacional. Es ese lugar donde más se resiente la intimidad o el honor lesionados, donde sufre el daño inmaterial ocasionado, y donde el responsable pudo prever que se produciría el daño. Es la ley con la que la situación presenta los vínculos más estrechos, favorece a la víctima, asegura la centralización en un único lugar de los diferentes atentados cometidos en varios países y garantiza la máxima previsibilidad.

BIBLIOGRAFÍA:

Competencia judicial internacional:

- p. blanco morales limones, "Art. 5.3" y "Art. 5.4", en a.l. calvo caravaca (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 120-138; "Mass media y Convenio de Bruselas: ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?", *GJCE y Competencia*, 1995 (107), pp. 5-15;
- a. borras rodriguez (dir.), *La revisión de los convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid y Barcelona 1998;
- m. callori, "Giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale: l'art 5 n.3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la questione della localizzazione del forum damni", *RDIPP*, 1997 (3), pp. 601-656;

- m. desantes real, *La competencia judicial internacional en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986;
- v. fuentes camacho, "Principio de proximidad y precisión del *forum delicti commissi* en las hipótesis de pluralidad de daños sobrevenidos en distintos Estados", *Rev. Jca. La Ley, Sup. CE*, 1992, (77), pp. 1-8;
- a. gardella, "Diffamazione e mezzo stampa e Convezione di Bruxelles del 27 settembre 1968", *RDIPP*, 1997 (3), pp. 657-680;
- m. gardeñes santiago, "La compétence spéciale en matière délictuelle et quasi délictuelle dans la Convention de Bruxelles: à propós de l'arrêt Presse Alliance, du 7 mars 1995", *RTDE*, pp. 611 y ss;
- h. gaudement-tallon, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2 edic., París, 1996;
- k. hertz, *Jurisdiction in Tort and Contract under the Brusels Convention*, Copenhagen, 1998;
- l. idiot, "L'application de la convention de Bruxelles en matière de diffamation. Des précisions importantes sur l'interprétation de l'article 5.3", *Europe*, 1995/6;
- k. kerameus, "La compétence internationale en matière délictuelle dans la convention de Bruxelles", *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1992-1993, París 1994, pp. 255-270;
- h. l. korn, "Rethinking Personal Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Mass Torts", *Col. L. Rev.*, 1007, pp. 2183-2209; j. kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5ª edic., Heidelberg, 1996;
- f. pocar, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione et sull'escecuzione delle sentenze*, 3 ed. Milán 1995;
- a. saravalle, "Forum damni" o "Fora damni?", *Il Foro Italiano*, 1995.4, pp. 331-340;
- j. sanchez santiago/ j.j. izquierdo peris, "Difamar en Europa: las implicaciones del asunto Shevill", *RIE*, 1996(1), pp. 141-167;
- a. storme, (ed.), *Rapprochement du Droit Judicaire de l'Union européenne*, Dordrecht, Boston, London, 1994.
- derecho aplicable.*
- Cuestiones generales:*
- Doctrina española:
- p. abarca junco, en e. Perez vera y otros, *Derecho internacional privado II*, Uned, Madrid, 2000;
- m. amores conradi, "Obligaciones extracontractuales", j. D. Gonzalez campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, pp. 209-240; "Art. 10.9", *Comentario al Código Civil*, T I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, T.I, pp. 127-130; "Comentario al art. 10.9", en m. albadalejo/s. diaz alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. 2, Madrid, 1995, pp. 729-769;
- a.l. calvo caravaca/j., carrascosa gonzález, *Conflicto de leyes y de jurisdicción en internet*, Madrid. 2001.
- m. eslava rodríguez, "Responsabilidad extracontractual, Gestión de negocios ajenos y enriquecimiento sin causa", a.l. calvo caravaca y otros, *Derecho internacional privado II*, Granada, 2000, pp. 417-458;

- l. garau juaneda, en j.d. gonzalez campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, T. I., Vol. II, 3 edic., Oviedo 1990, pp. 467-496; "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil", en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado*, Alicante, 1990, pp. 403-450;
- j.d. gonzalez campos, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, 1996, pp. 5239-5270;
- p. de miguel asensio, *Derecho privado de Internet*, Madrid, 2000
- j. a. perez bevia, "Las obligaciones extracontractuales", en m. aguilar benitez de lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, 1996, pp. 293-310;
- m. vargas urrutia, "Comercio electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el cyberespacio", *Derecho de los negocios*, 2000, 115, pp. 1-26;
- Doctrina extranjera:*
- g. beitzke, "Les obligations délictuelles en Droit international privé", *rcadi*, 1965. II, t. 115, pp. 67-141;
- h. binder, "Zur Anflocherung des Deliktsstatus", *Rebels Z*, 1995, pp. 401-499;
- a. bucher, "Les acts illicites dans le nouveau Droit international privé suisse, en *Le nouveau Droit international privé suisse*, Lausana 1988, pp. 107-141;
- p. bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, 1961; "Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé", *rcadi*, 1989. II, t.214, pp. 251-398;
- b. von hoffmann, "Internationales Haftungsrecht im Referentenentwurf des bundesjustizministeriums vom 1.12.1993", *Praxis d. internat. Privat- u. Verfahrensrechts*, 1996, I, pp.1-8;
- p. kaye, *Private international Law of Tort and Product Liability (Jurisdiction, applicable law and extraterritorial protective measures)*, Dartmouth, 1990;
- a.e. von overbeck, "Les regles de la loi federale suisse sur le droit international privé en matière d' actes illicites", en *La responsabilidad internacional*, Alicante 1990, pp. 487-497; g. parra aranguren, "La loi vénézuélienne de 1998 sur le droit international privé", *Rev. Crit.* 1999, 2, pp. 209-226;
- f. pocar, "Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions", *Trav. Com. Franc. Dr. Int. Privé*, 1985-1986, París, 1988, pp. 71-80, "Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien", *Rev. Crit.* 1996, pp. 41-65;
- a. saravalle, "Recenti sviluppi in materia di responsabilità civile in diritto internazionale privato comparato", *RDIPP*, 1995, pp. 657-683;
- h. j. sonnenberger, "La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé", *Rev. crit.* 1999, 4, pp. 647-668.

Sobre la protección de la intimidad:

- p. abarca junco, "El derecho a la intimidad en el DIpr. español", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, 2, pp. 9-27.
- s. bariatti, "Internet: aspects relatifs aux conflits des lois", *RDIPR*, 1997, pp.545-556.

- p. bourel, "Du rattachement de quelques délits spéciaux en Droit international privé", *RCADI*, 1989(II), (214), pp. 251-398;
- f. caprioli/r.sorieul, "Le commerce international électronique vers l'émergence des règles juridiques transnationales", *Clunet*, 1997, 2, pp. 323-402.
- j.l. chenaux, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Ginebra, 1990; j.e. cockborne, "L'approche globale de l'Union Européenne sur les problèmes de la société de l'information", *Rev. Marché Commun et de l'Union Eur.*, 1998, 422.
- ehmann/thorn, "Erfolgsort bei grenzüberschreitenden Persönlichkeitsverletzungen", *AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, 1996;
- m. eslava rodriguez, *La protección civil del derecho aplicable a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1996;
- b. von hoffmann, "Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch,, art. 38nF (unerlaubte Handlungen)", en j. von staudinger, *Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch mit Einföührungsgesetz und Nebengesetzen*, 12 edic, 1992;
- p. kaiser, *La protetion de la vie privée*, París 1990, 2ª edic;
- t. van overstraeten, "Droit applicable et jurisdiction compétente sur internet", *RDAl*, 1998, 3, pp. 373-397;
- f. rigaux, *La protection de la vie privée et d'autres biens de la personnalité*, Bruselas, París, 1990.
- En relación con el tratamiento de datos:*
- j. carrascosa gonzález, "Protección de la intimidad y trataminto automatizado de datos de carácter personal en DIPr", *REDI*, 1992, 2, pp. 417-442; "Régimen jurídico del flujo internacional de datos informáticos de carácter personal", *RGD*, 1992, (577-578), pp.9527-9548.
- vvaa, *La protección de datos personales (en la LORTAD y Derecho comparado)*, en v. carrascosa lopez(Dir.) *Derecho e informática*, 1994, (6-7).
- ch. hoedl, "Le commerce de services sur internet: publicité, protection des consommateurs et informations à caraterère personnel", *RDAl*, 1998, 3, pp. 285 y ss
- f. rigaux, "La loi applicable a la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des donnée à caractère personnel", *RCDIP*, 1980, pp. 445-478