
ARTÍCULOS

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

PALOMA ABARCA JUNCO*

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la UNED.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

III. EL DERECHO APLICABLE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

PALOMA ABARCA JUNCO*

I. INTRODUCCIÓN

1. Toda la literatura escrita sobre «el respeto a la vida privada» incluido dentro de los derechos fundamentales del hombre coincide en afirmar que es una noción de difícil definición. El contenido de este derecho es indeterminado, relativo tanto en el tiempo como en el espacio, y su naturaleza jurídica discutida¹. Nuestra finalidad en estas líneas se limita a exponer la protección que el sistema de Derecho internacional privado español otorga a aquellos que han sufrido una violación de su derecho a la intimidad a través de publicaciones escritas.

La protección de la vida privada, el contenido de ésta y sus formas han variado según los países y las épocas históricas dependiendo de los valores y principios de cada sociedad. Con el reconocimiento de los derechos del hombre aparece el derecho a la vida privada que es reconocido en las declaraciones de derechos del hombre y en particular por el Convenio europeo de salvaguardia

¹ Véanse, entre otros, RIGAUX, F., «La liberté de la vie privée», en *Revue internationale de droit compare*, n.º 3, 1991, p. 539; y MEULDERS-KLEIN, «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme», en *Revue internationale de Droit compare*, n.º 4, 1992 pp. 767 y ss., y GARCÍA SAN MIGUEL (editor), «Estudios sobre el derecho a la intimidad», Ed. Tecnos, Madrid, 1992. Una vez finalizado este artículo fue publicado en la R.E.D.I. el artículo «Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho Internacional Privado» por J. Carrascosa González. R.E.D.I. 1992, n.º 2, pp. 417 ss.

de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales en su art. 8. El Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas² se ha pronunciado en el sentido de que los derechos fundamentales están incluidos dentro de los principios generales del derecho comunitario y ha asegurado su respeto a través de varias de sus sentencias. En el ámbito estatal la protección a la intimidad de la vida privada comienza a través del Derecho público, constitucional, administrativo y penal. En el ámbito del Derecho civil la única forma de protección de estos derechos fue la responsabilidad civil; ahora bien el desarrollo de los medios de comunicación ha promovido nuevas formas de intrusión en la vida de los particulares que han hecho necesarias nuevas y más eficaces regulaciones protectoras². Esta protección ha culminado en algunos países con el reconocimiento de la existencia de un derecho general de la personalidad, cuya naturaleza jurídica ha sido enormemente discutida, cuya tipificación legal y por tanto su amparo por el ordenamiento jurídico les ha otorgado la naturaleza de auténticos derechos subjetivos contra los que cualquier atentado presupone un daño que no es, por tanto, necesario probar y que son protegidos no sólo a través de una tutela judicial reparadora de la infracción que contra ellos se comete, sino también a través de medidas preventivas y cautelares que protegen al derecho aun antes de ser lesionado.

Dentro de la tendencia general en los países del área occidental de protección a la intimidad de la vida privada, las diferencias ente los ordenamientos jurídicos nacionales³ se refieren tanto a la determinación del mejor modo de evitar la violación de este derecho como al establecimiento de los modos de protección; así, cada uno de ellos ha elegido uno o varios de los expuestos anteriormente. En Estados Unidos, por ejemplo, el Derecho constitucional «right of privacy» se protege a través del derecho de daños «torts»; en Alemania se reconocen como derechos de la personalidad y su protección corre a cargo bien del Derecho civil o penal; en los Países escandinavos no se admite la existencia de un derecho de la personalidad ni estos derechos tienen el rango de derechos subjetivos. Su protección se ubica en el Código penal. En Francia la consideración de estos derechos como derechos fundamentales y su consagración como derechos subjetivos ha permitido protegerlos a través tanto de su consideración como tales como de la responsabilidad civil.

² Nos referimos únicamente al derecho a la intimidad de la vida privada; el derecho patrimonial a la imagen (derecho a la explotación exclusiva de la imagen) queda fuera de este trabajo. La distinción entre derecho patrimonial y extrapatrimonial a la imagen ha sido acuñada en Estados Unidos, sin que en España haya sido objeto de interés por el momento. Sobre este tema, véase E. GALLARD, «Les conflits des lois relatifs aux droit patrimonial a l'image aux Etats Unis», en R.C. n.º 1, 1984, pp. 1 y ss.

³ Sobre el derecho comparado véase P. D. ALLIER y J. P. LE GALL, en *The torts. Various damages*, I.E.C.L. vol. XI, cap. 10, pp. 63 y ss.; P. KAISER, *La protection de la vie privée*, en *Preses universitaires D'Aix-Marseille*, segunda edición, París 1990; L.M. FARIÑAS, *El derecho a la intimidad*. Ed. Trivium, Madrid, 1983.

A grandes rasgos se puede afirmar que hay dos modos fundamentales de protección de los que derivan distintas medidas concretas. Por una lado, la protección a través de la responsabilidad civil (característica de los países anglosajones) o penal, y por otro, la que deriva directamente de la naturaleza del derecho o interés protegido (derecho fundamental, derecho subjetivo) propia de los países del área continental. Ambos modos de protección han sido enormemente discutidos. Las medidas que derivan del primero de ellos no son enteramente adecuadas ante el carácter extrapatrimonial de estos derechos y las que se derivan del segundo pueden ser insuficientes para prevenir una nueva violación de los mismos. De ahí que en algunos países se haya optado por la acumulación de ambas formulas.

Pero incluso dentro de estos dos modos de protección los distintos países difieren. Así, en lo que refiere a la responsabilidad civil las diferencias aparecen en cuestiones tales como la cuantía de la indemnización (por la práctica imposibilidad de contabilizar el daño), en la manera de contabilizar éste (necesidad o no de prueba del daño, necesidad o no de culpa del ofensor, la importancia dada a la conducta del ofendido, etc.). Y en cuanto a las medidas que derivan del segundo de los modos de protección, las medidas a adoptar difieren de un país a otro: declaración judicial, pago de costas, publicación de la sentencia, secuestro de la publicación, etc.

2. En España la intimidad de la vida privada está considerada como un derecho fundamental recogido en la Constitución española en su artículo 18-1, y como un derecho de la personalidad y su protección se consigue a través de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁴, cuya Disposición transitoria segunda establece específicamente los cauces procesales adecuados, que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53-2 de la Constitución» serán los previstos en las secciones II y III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; y agotado este procedimiento queda expedito el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La protección que otorga la Ley 1/82 supera pues con mucho el amparo que anteriormente se otorgaba a estos derechos a través del art. 1.902 del C. Civil, previendo además medidas cautelares y preventivas que permiten una actuación del derecho antes de ser lesionado. Estas últimas derivan directamente de la naturaleza del derecho protegido y no tienen contenido económico alguno. El resto de las medidas son las tradicionales de la responsabilidad civil y con la única excepción de que la responsabilidad se basa en la «intromisión ilegítima» en lugar de en la existencia de daño o perjuicio (éste se presupone siempre y que se acredite aquélla) serán aplicables las prescripciones y jurisprudencia del art. 1902 del C. Civil⁵. Por último, en cuanto a lo que a nosotros

⁴ Sobre el Derecho español, véase F. HERRERO TEJEDOR, *Honor, Intimidad y propia Imagen*. Ed. Colex, Madrid, 1990.

⁵ Sobre este tema, véase F. HERRERO TEJEDOR, *op. cit.*

interesa, esta Ley se remite al Código Penal «cuando la intromisión sea constitutiva de delito» (art. 1°-2), si bien será aplicable esta Ley «para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito». Esta doble forma de protección en nuestro derecho vamos a estudiarla en relación a la regulación del derecho a la intimidad en el Derecho internacional privado y frente a los dos problemas básicos de nuestra disciplina: la competencia de nuestros Tribunales y la ley aplicable en aquellos supuestos en que entre en juego un elemento extranjero.

II. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Los dos modos fundamentales de protección del derecho a la intimidad tienen relevancia en el ámbito de la competencia judicial internacional.

En efecto, si la protección de estos derechos ha de ser superior en base a la naturaleza del derecho protegido, es decir, a su carácter de derecho fundamental y a que son medidas sancionadoras extrapatrimoniales que sólo derivan de la naturaleza de ese derecho, sería conveniente la existencia de un foro de competencia especial que asegurara una protección jurisdiccional mayor de la que se otorga a través de los cauces clásicos de la responsabilidad civil y que permitiera la adopción de tales medidas, que en principio no derivan de este tipo de responsabilidad. Un foro de competencia especial, que podríamos calificar de «inmediato» en el sentido de que asegurara la competencia de los Tribunales siempre ante una violación del derecho a la intimidad. Ahora bien, este foro de competencia inmediato necesitaría también para ponerse en marcha de una vinculación suficiente entre los hechos en que se basa la petición de protección jurisdiccional y el ámbito territorial del Tribunal ante quien se acude, de manera que la actuación de este último sea eficaz. Esta conexión habrá de ser «el lugar de la violación del derecho».

Sin embargo, a favor de la protección a través del cauce de la responsabilidad extracontractual se esgrime que la acción derivada de una violación de estos derechos es siempre una acción de responsabilidad, entendiendo por tal la obligación del sujeto que cometió el ilícito de sufrir las consecuencias jurídicas de tal acto. La violación del derecho al respeto de la vida privada no se diferencia sustancialmente de la violación de cualquier otro derecho subjetivo; simplemente esta violación da lugar a una acción de responsabilidad y su especificidad radica en que el derecho violado o el bien jurídico protegido es uno de los derechos fundamentales. Tanto las medidas preventivas como las reparadoras, y tanto las patrimoniales como las extrapatrimoniales tienen su fundamento en la responsabilidad, y el concepto de responsabilidad civil se extiende ya tanto a la reparación, ámbito tradicional de ésta, como a la prevención del

daño y al cese de la intromisión ilegítima, y, por tanto, no es necesario acudir para la protección de estos derechos al concepto de derecho subjetivo. Además, el foro inmediato, como luego veremos, no facilita la determinación de la conexión. Siempre habrá que localizar el lugar donde se ha producido la violación del derecho para determinar la competencia del Tribunal a través de este foro inmediato. La necesidad de localización del delito, que surge siempre en relación a los hechos ilícitos que dan lugar a responsabilidad (lugar del hecho - lugar del daño), se acentúa cuando, como sucede en estos casos, pueden ser delitos complejos en el sentido de que son necesarios varios actos para producirlo (edición, distribución, etc.) y este problema no lo elimina la creación de un foro inmediato.

Vamos a estudiar, en primer lugar, qué respuesta han dado a esta disyuntiva (foro inmediato versus foros responsabilidad extracontractual) la doctrina y la jurisprudencia extranjera, para analizar a continuación, si los foros establecidos actualmente en la LOPJ son o no suficientes para tutelar este tipo específico de responsabilidad y, si no lo son, la posibilidad de proponer un foro especial de competencia tal y como se configuran en la misma ley respecto de ciertos tipos de contratos.

1. La violación del derecho a la vida privada ha sido considerada, tanto por los Tribunales como por la legislación⁶, como perteneciente al ámbito de la responsabilidad civil y son por tanto los foros relativos a ésta los utilizados ante un supuesto de tráfico externo. Esta ubicación no ha dado lugar a discusión alguna. El debate que más ha ocupado a la doctrina, en los supuestos de violación del derecho a la intimidad a través de una publicación, que es el que vamos a tratar, es el clásico de la responsabilidad extracontractual de la localización del ilícito. Es decir la elección entre el lugar donde se produce el hecho generador o el del lugar donde se sufre el daño, y sobre todo, cuál es concretamente este último. Y es que es en la resolución de estos problemas en donde radica la utilidad o no de los foros de competencia de la responsabilidad extracontractual clásica respecto de la violación de los derechos de la personalidad con su propia especificidad. Así, el Tribunal de Grande Instance de París, en sentencias de 29 de septiembre de 1982 y de 27 de abril de 1983, en aplicación del artículo 5-3 del Convenio de Bruselas de 1968⁷, que señala como foro com-

⁶ Véase el art. 101 de la Ley suiza de D.I.Pr. de 1987 y la modificación prevista por el Proyecto de Ley federal sobre la protección de los datos personales.

⁷ En el mismo sentido, la Cour d'Appel de París en sentencia de 30 de junio de 1984, aplicando sus normas de Derecho internacional privado autónomo, en el asunto *Sánchez Gómez c/ Princesa de Windsor*. Sin embargo, el Tribunal de Grande Instance de París, en sentencia de 23 de junio de 1976 (*Dile Aga Khan c/ Soc. Axel Springer* en aplicación de su derecho internacional privado autónomo, ignorando sorprendentemente el Convenio de Bruselas, de clara aplicación al caso debatido) falló la competencia del tribunal francés como foro al que se someten las partes, para conocer de los perjuicios ocasionados por la difusión de la Revista alemana *Bild* tanto en Francia como en Alemania (R.C. 1978, 1, pp.132 y ss. Nota de Gaudemet Tallon).

petente en materia de responsabilidad extracontractual el del «lugar donde el hecho dañoso se ha producido», ha establecido que tanto la edición como la distribución son actos generadores de responsabilidad civil, aunque «es la difusión el acto esencial de realización del daño»; ahora bien, es el Tribunal del país de la edición el competente para conocer de todos los perjuicios⁸ sobrevenidos en cualquier país, mientras que el Tribunal del lugar de difusión sólo puede conocer de los perjuicios causados en ese mismo país con exclusión del resto⁹; consecuencia inmediata es que la víctima ha de acudir a tantos tribunales como países en los que ha sufrido el perjuicio. En su solución, el Tribunal de «Grand Instance» de París ha seguido la tendencia doctrinal de Droz y Lagarde¹⁰, abandonando la representada por Bourel, que aunque en otro contexto¹¹ apoyaba la tesis de que el tribunal del lugar del perjuicio (distribución) podía conocer de todos los daños causados en otros Estados ya que surgían todos del mismo evento causal (edición).

Estas sentencias han sido criticadas por Gaudemet Tallon¹², que considera que tanto la edición como la distribución son eventos causales autónomos (el primero de ámbito general, el segundo limitado), mientras que el lugar del perjuicio ha de ser localizado en el lugar donde está la persona, es decir, en su domicilio, que es donde sufre la violación de su derecho a la intimidad. El tribunal del domicilio del perjudicado sería, pues, competente para conocer de los perjuicios causados en todos los países.

La entrada, a través del lugar del perjuicio, del «forum actoris» se justifica en razón a la especificidad que en el derecho interno tiene la acción de protección de los derechos de la personalidad en relación a la responsabilidad civil clásica. Sin embargo, este foro, salvo limitadas excepciones, ha sido eliminado del Convenio de Bruselas y su reintroducción a través de la interpretación «hecho dañoso» del art. 5-3 no parece acertada.

2. En España, la consideración del derecho a la intimidad como derecho fundamental y la protección que se le otorga como tal plantea la duda de si estamos en presencia de un foro de competencia «inmediato» o si la competen-

⁸ La Cour de Paris (Sent. de 12 de mayo de 1986) en aplicación de su Derecho internacional privado autónomo, considero en el asunto Farah Diba contra la revista «Jours de France» que el tribunal francés era competente para conocer de todos los perjuicios causados por tal publicación, «al ser editada en el territorio francés a pesar de la nacionalidad y domicilio en el extranjero de la víctima» (Journal de Droit international, 1988, n.º 3, pp. 765 y ss.).

⁹ Esta misma interpretación se deduce de la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 19 de junio de 1974 aplicando el Convenio de Bruselas de 1968 (R.C. 1974, n.º 4, pp. 696 y ss. Nota Lagarde.

¹⁰ Nota a la Sentencia de 19 de junio de 1974 del Tribunal de Grand Instance de Paris (R.C., 1974, 4, pp. 700 y ss.)

¹¹ BOUREL, PIERRE, en «Nota a la sentencia de Minas de Potasio de Alsacia», en *Revue des Communautes Europeennes*, 1977 pp. 568 y ss.

¹² R.C. 1983, p. 670, y R.C. 1985, p. 141.

cia internacional de nuestros tribunales se determinará a través de los artículos de la LOPJ o del Convenio de Bruselas relativos a la responsabilidad extracontractual.

No es necesario acudir a un foro inmediato en relación a la protección del derecho a la intimidad, que no ampliaría en modo alguno tal protección, ya que cuando la violación de tal derecho se produzca en España siempre nuestros tribunales serán competentes en base a foros ya existentes en nuestro sistema. En efecto, tanto la Constitución española como el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España «BOE» del 10 de octubre de 1979), reconocen a toda persona el derecho al respeto a la vida privada. Conforme al Convenio, cualquier persona, bien sea nacional o extranjero, puede acudir a los Tribunales españoles cuando tal derecho haya sido objeto de una violación en nuestro territorio. La Constitución española reconoce el derecho al respeto a la vida privada tanto en el Título I, artículo 10, como en el Capítulo segundo de este mismo Título en el artículo 18-1. Ahora bien, el Capítulo cuarto, «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», limita la tutela de las libertades y derechos «reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo» a los ciudadanos (art. 53-2). La interpretación de este artículo habrá de hacerse conforme a «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10-2).

De nuestro texto fundamental se deduce pues que todos, bien sean españoles o extranjeros, tienen derecho a gozar del derecho a la vida privada en nuestro territorio y que, también todos, pueden acudir a nuestros tribunales cuando han sido víctimas de una violación de estos derechos en España.

Este «foro inmediato» plantearía el clásico problema de su determinación. El «lugar de violación del derecho», cuando tal violación se comete en España, determinará la competencia de los Tribunales españoles; y es el mismo que el que surge respecto de la determinación del foro «cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español» (art. 22-3 LOPJ), ¿dónde se considera violado el derecho u ocurrido el hecho?; o del «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» (art. 5º-3 del Convenio de Bruselas).

El foro de competencia internacional de nuestros Tribunales por el cauce de la responsabilidad extracontractual vendría determinado en nuestra legislación en los artículos correspondientes del Convenio de Bruselas (artículos 2º y 5º-3) y de la LOPJ. Foros generales (arts. 2º y 22-2, respectivamente) y foros especiales relativos a la responsabilidad extracontractual (arts. 5º-3 y 22-3, respectivamente). También sería utilizable el artículo 22-5 de la LOPJ, relativo a las medidas provisionales, ya que las medidas de protección, cuya razón de ser estriba en la celeridad, entre ellas aquellas encaminadas al cese de la intromisión ilegítima o las dirigidas a prevenir o impedir intromisiones ulteriores en

ella, sólo alcanzan toda su eficacia a través de este artículo, en cuya virtud, la competencia internacional de nuestros tribunales se extiende también a la adopción de «medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España». Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 22-3º, determina dos foros especiales para la responsabilidad extracontractual, además de los generales del art. 22-2. Ni los foros generales ni el segundo de los especiales (cuando el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España) plantean problemás especiales de interpretación. El problema estriba en determinar el primero de los dos foros especiales contemplados en la LOPJ, en concreto interpretar que significado ha de darse a éste. «Cuando el hecho de que deriven (las obligaciones) haya ocurrido en territorio español» puede interpretarse de diferentes maneras, interpretaciones que, como hemos visto, han dado lugar a enormes discusiones en relación al mismo foro del Convenio de Bruselas. En el caso concreto de un atentado a la vida privada a través de una publicación el problema estibaría en determinar qué debe entenderse en la LOPJ cuando se refiere a «el hecho de que deriven» (hecho generador o perjuicio) y después determinar en cuál de los lugares en juego (lugar de la edición, de la distribución o del domicilio de la víctima) se ha producido bien el hecho generador del daño bien el daño mismo.

Respecto al primero de los problemas planteados, no vamos a entrar aquí en las discusiones que la doctrina ha mantenido. En el caso concreto de la interpretación de la LOPJ, aunque todavía no ha habido jurisprudencia en que poder basarse, parece razonable pensar que ha de ir forzosamente por el mismo camino que la doctrina y jurisprudencia comparada más reciente, en especial la producida en interpretación del Convenio de Bruselas antes expuesta. En consecuencia, lugar del hecho dañoso ha de ser considerado tanto el lugar donde ocurre el hecho que da lugar a la responsabilidad como el lugar donde se produce el daño derivado de éste.

En cuanto al segundo de los problemas, en el caso de la violación del derecho a la intimidad a través de una publicación, la duda planteada sería la misma que suscitaban las sentencias francesas antes citadas. El hecho causal ¿es la edición y también la distribución o es únicamente el primero siendo el segundo el lugar del perjuicio? ¿Es el lugar del perjuicio el del domicilio de la víctima? ¿Puede conocer el Tribunal del lugar de la edición de todos los perjuicios ocasionados por la distribución de la publicación en los demás países? ¿Y el Tribunal del lugar de la distribución tiene también competencia sobre todos o sólo sobre los perjuicios ocasionados en su territorio?

Algunas de las respuestas antes citadas parecen las más correctas. La víctima puede elegir el Tribunal español en base a ser España el país donde tuvo lugar la edición (hecho causal de todos los perjuicios) y por tanto obtener reparación de todos los perjuicios ocasionados por la distribución en todos los países. Ahora bien, esto podía dar lugar a la edición de revistas dedicadas a este

tipo de actividad escandalosa en países donde la protección del derecho a la vida privada no sea excesiva (aunque el problema estaría en relación directa con el relativo a la ley aplicable, del que luego hablaremos). Si la víctima elige el Tribunal español en tanto que Tribunal del país donde se realizó la distribución, pudiera ser que sólo obtuviera reparación por los daños ocasionados en el, porque la distribución puede ser considerada por el Tribunal español hecho causal limitado, en el sentido de que sólo es causa de los perjuicios ocasionados por él, es decir por la distribución en un determinado país; en este caso el demandante habría de acudir a tantos Tribunales como países en que la distribución se hubiera realizado. También podría considerarse la distribución como el perjuicio derivado del hecho causal de la edición y el Tribunal competente para conocer de los perjuicios ocasionados en diferentes estados derivados del mismo hecho causal (la edición), o, por el contrario, declararse competente únicamente del perjuicio, es decir, del hecho dañoso producido en su territorio (la distribución en España) considerándose incompetente para conocer del daño (distribución) sufrido en los demás países¹³.

Finalmente, el Tribunal español podría considerar que son hechos causales tanto la edición como la distribución y que el lugar donde se produce el daño es el del domicilio de la víctima. La competencia del Tribunal en este caso se haría extensiva a todos los sufridos por ésta en cualquier país, ya que todos ellos se localizan en España a través de la identificación lugar del daño-domicilio de la víctima. Esta identificación daría entrada en nuestro sistema al «forum actoris», al que a continuación nos referimos.

En efecto, podría pensarse que la responsabilidad civil derivada de un derecho fundamental exigiría un foro que protegiera a la «víctima» al igual que sucede con los foros especiales de protección de los «débiles»; por ejemplo, en los contratos de consumidores o de trabajo. El foro especial en este caso, al igual que en los citados, sería el del domicilio del demandante, es decir, de la

¹³ Analicemos el resto de los foros de competencia que existen tanto en el Convenio de Bruselas como en la LOPJ. Respecto del primero, el Foro general del domicilio del demandado hace competente al Tribunal para conocer también en los supuestos de responsabilidad civil, por lo que su competencia no deriva del lugar del hecho ni del lugar del daño. Podrá conocer pues, sean cuales fueran estos lugares. En la LOPJ, nuestro Tribunal es también competente con indiferencia respecto a cuál sea el lugar del hecho o del daño, no sólo por el domicilio del demandado en España, sino también por la residencia en España del demandante y del demandado. Por tanto nuestro Tribunal podría conocer de todos los daños causados en todos los países siempre y que el Foro de competencia al que se haya acogido el demandante no sea el del lugar del daño. Así pues, nuestro Tribunal sería competente para conocer de todos los daños causados en todos los países, es decir de la distribución, en aplicación del Convenio de Bruselas cuando el demandante se haya acogido al foro del domicilio del demandado o, como vimos, al de la edición de la publicación. Y en aplicación de la LOPJ, podría conocer de todos los daños producidos por la distribución en todos los países si el demandante se acoge no sólo al foro del domicilio del demandado en España, sino al de residencia de demandante y demandado en España o de ser España el lugar de edición.

víctima. La entrada del «forum actoris» en este caso no se haría a través de la identificación lugar del perjuicio-domicilio de la víctima¹⁴, sino a través de la introducción en la LOPJ de un foro especial.

Las ventajas del foro del domicilio del demandante o víctima es obviamente la cercanía y por tanto la facilidad de iniciar un proceso. Además, una razón de facilidad procesal, si el juez es el del domicilio de la víctima es evidente que conocerá mejor que cualquier otro el grado del perjuicio, bien sea por la conducta anterior del ofendido, bien por los efectos que en éste ha producido, etc. Y, finalmente, podría pensarse que si algunas de las normas que protegen el derecho a la intimidad pudiera considerarse de orden publico o de aplicación inmediata, la ventaja de la unidad «forum-ius» es evidente, sobre todo en materias como ésta, reguladas por normas que persiguen un determinado interés público con un claro objetivo de política legislativa, que un juez de distinto ordenamiento podría desvirtuar.

Sin embargo, los inconvenientes de la introducción de este foro, bien sea como lugar del daño bien como foro especial, superan a sus ventajas. Por ejemplo, la unidad «forum-ius» respecto de las medidas cuyo carácter imperativo sería más acusado, como secuestro de la publicación, rectificación, etc., no tendría efectos prácticos, pues sólo serían posibles si la edición o la distribución se realizara en España. Pero el argumento más importante en contra de este foro sería el de su ineficacia, ya que el reconocimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales españoles en base a este foro de competencia no sería fácil. Por otra parte, y en cuanto al Convenio de Bruselas, como antes hemos señalado, si en éste se excluyó el «forum actoris» no parece adecuado reintroducirlo a través de su identificación con el lugar del daño.

De todo lo dicho hasta ahora en torno a la competencia judicial internacional podemos concluir que la protección del derecho a la intimidad está debidamente asegurada en nuestro Derecho internacional privado autónomo por la vía de los foros generales previstos en nuestra Ley procesal, más los especiales del artículo 22-3º, y el correspondiente a las medidas provisionales. Respecto al primero de los foros especiales, lugar del hecho dañoso, ha de ser considerado tanto el lugar donde ocurre el hecho que da lugar a responsabilidad como el lugar en que se produce el perjuicio derivado de éste. El hecho causal es la edición por lo que si ésta se ha llevado acabo en España, nuestros Tribunales serían competentes para conocer de todos los daños causados en cualquier país. La distribución es tanto hecho causal de carácter limitado como daño y si ésta se produce en España nuestros Tribunales serían competentes para conocer únicamente de los daños producidos por la distribución en España. Si el tribunal español es competente en virtud de

¹⁴ Esta solución ha sido explícitamente rebatida en la sentencia del Tribunal de Grand Instance de Paris de 30 de junio de 1984 (Duquesa de Windsor, c/ Sánchez Gómez).

cualquier otro foro de competencia previstos en nuestra legislación sería competente para conocer de todos los daños producidos por la distribución en cualquier país.

Una vez declarada la competencia de los tribunales españoles la vía procesal sería la señalada en la Ley de 5 de mayo de 1982, que en su artículo 9-1 dispone que: «La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a los que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53-2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». La disposición transitoria 2 de esta ley añade que: «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53-2 de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta ley sobre legitimación de las partes, por cualquiera de los procedimientos establecidos en las secciones II y III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona».

III. EL DERECHO APLICABLE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

1. Como hemos visto en la introducción, en el derecho comparado son dos las formas de protección de los derechos a la vida privada. Bien la técnica del derecho subjetivo a la vida privada a través de la teoría de los derechos de la personalidad, bien la clásica de la responsabilidad civil. Respecto al Derecho internacional privado, estas dos formas de protección se corresponden con dos regulaciones distintas de cara al tráfico externo. La disyuntiva que se plantea sería semejante a la ya vista en torno a la competencia judicial internacional. Para unos, la protección del derecho a la vida privada, al ser éste considerado un derecho fundamental excluiría la regulación a través de una norma de conflicto y sería la «lex fori» como norma imperativa la aplicable. Para otros, el derecho a la intimidad, al estar incluido bajo el ámbito de los derechos de la personalidad, formaría parte del estatuto personal y sujeto por tanto al imperio de la ley personal. Finalmente, otro sector de la doctrina opina, sin embargo, que esta protección debe llevarse a cabo a través del cauce de la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito y, por tanto, las normas aplicables serán las que regulen este sector de problemas en nuestro Derecho internacional privado.

A) La protección a la vida privada como derecho de la personalidad¹⁵ y como derecho fundamental. La inclusión del derecho a la intimidad dentro de los derechos de la personalidad y su reconocimiento como uno de los derechos del hombre ha hecho pensar a parte de la doctrina, y así se ha plasmado en algunas legislaciones, que éste estaba insuficientemente protegido por las normas relativas a la responsabilidad civil. Las soluciones más frecuentes en el Derecho internacional privado para remediar esta insuficiencia a través de la competencia legislativa han sido las siguientes:

a) Aplicación de la ley personal. Al considerarse incluidos los derechos de la personalidad en el ámbito del estatuto personal es la ley personal (nacional o domiciliar) la elegida por muchos ordenamientos para regir esta área. En este sentido, parte de la doctrina¹⁶ como la jurisprudencia, han apoyado la pertenencia de estos derechos al imperio de la ley personal. Respecto a la legislación, podemos poner dos ejemplos: República Popular de Hungría y Portugal. En la Ley húngara sobre Derecho internacional privado de 1979, sus artículos 10-1 y 10-2 disponen que es la ley personal la que rige los derechos de la personalidad; sin embargo, a las pretensiones derivadas de la violación de estos derechos se aplicará la ley del lugar donde la misma se produjo¹⁷. En Portugal, el art. 27 de su Código Civil dispone que será la ley personal la que rijan, tanto la existencia de esos derechos como su protección y las restricciones impuestas a su ejercicio. Ahora bien, según reza su segundo párrafo, «el extranjero o el apátrida, sin embargo, no gozan de ninguna forma de protección jurídica que no sea contemplada por el Derecho portugués».

Respecto a la jurisprudencia francesa, esta solución, si bien únicamente respecto de la existencia del derecho, fue la seguida por la Cour de Cassation en el asunto «Le chant du Monde c/ Fox Europa», en el que se discutía un problema relativo a propiedad artística. Para la protección de los derechos de autor en Francia era necesario probar la existencia del derecho privativo del autor sobre su obra en el país de origen. Es ésta, por otra parte, la única sentencia¹⁸, por lo demás en relación a un problema parecido, pero en modo alguno idéntico al que nos ocupa, en que la jurisprudencia francesa ha seguido este modelo. Como más adelante veremos, los tribunales del país vecino no han

¹⁵ Este modo de protección es admitido por parte de la doctrina francesa. Véase MESTRE, J., «Les conflits de lois relatifs a la protection de la vie privée», en *Etudes offertes a Pierre Kaiser*, Tomo II, Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix Marseille. Faculte de Droit et de Science Politique, 1979. Esta posibilidad es también admitida por BATIFFOL y LAGARDE en *Droit international privee*, 7.^a ed., Tomo II, L.G.D.J. 1983.

¹⁶ Véase EDELMAN, en «Nota a la sentencia de la Cour de Cassation de 13 de abril de 1988», en *Journal de D.I.P.*, 1988, 3, pp. 754 y ss.

¹⁷ Existe, además, una cláusula por la que se aplicará el Derecho húngaro si resulta más favorable a los fines del resarcimiento del daño y de la reparación.

¹⁸ Citada por MESTRE, en *op. cit.*, pp. 244.

dudado en cuanto a la ubicación del derecho a la intimidad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Como correctivo a la aplicación de la ley nacional podría aparecer el orden público, como un límite a la aplicación de la ley nacional cuando ésta no protege suficientemente este derecho conforme a los estándares del foro; ahora bien, aplicando el derecho extranjero cuando su protección es mayor. En realidad, y como vimos en el C. Civil portugués, difícilmente un tribunal otorgará mayor protección a los extranjeros de la que gozan sus nacionales, por lo que más que de la noción de orden público se trataría de la aplicación de las disposiciones imperativas del foro, de lo que hablamos a continuación.

b) Aplicación a la protección del derecho a la intimidad de la «lex fori». La aplicación de la «lex fori» a la protección de los derechos de la personalidad se puede preconizar bien como ley procesal bien por su carácter imperativo. En el primer caso su aplicación se realizaría sobre la base de que la protección del derecho subjetivo es indisoluble de las medidas judiciales que la sancionan. Medidas judiciales tales como el secuestro de la publicación, hacen necesaria la aplicación de las leyes del foro en tanto que medidas provisionales; por otra parte, otras medidas como la publicación de la sentencia favorable a la víctima o el derecho de réplica que a ésta asiste exigen la aplicación de las mismas leyes del foro en tanto que leyes procesales. En el segundo caso, aplicación de la ley del foro como norma imperativa, el argumento está fundado en la consideración del derecho a la intimidad como un derecho fundamental, cuya protección tiene para el foro una importancia primordial.

B) Protección del derecho a la vida privada a través del cauce de la responsabilidad extracontractual. Parte de la doctrina considera que la calificación del derecho a la vida privada como derecho subjetivo no tiene razón de ser. Estos derechos no tienen contenido positivo y sólo conceden a su titular el derecho a actuar por la vía penal o civil para sancionar los ataques de los que pueden ser víctimas. La disociación entre derecho subjetivo (cuya condición y extensión se rige por la ley nacional) y la responsabilidad de su violación (regida por la ley del lugar) se considera inadecuada y poco funcional. Los principios generales de la responsabilidad civil sirven perfectamente para proteger esos derechos¹⁹. Las medidas preventivas tienen su fundamento también en la responsabilidad civil y esta regulación es suficiente tanto para reparar un perjuicio como para evitar el daño. Y además tienen la ventaja de aplicar una única ley a todos los problemas relativos a la protección del derecho a la vida privada, superando la distinción clásica entre «existencia, extensión y condiciones» de ese derecho, regido por la ley personal y la responsabilidad a que da

¹⁹ Véase BOUREL, en «Nota a la Sentencia de la Cour de Cassation de 13 de abril de 1988», en R.C., 1988-3.

lugar la violación del mismo, regido por la norma relativa a la responsabilidad, la «lex loci».

La jurisprudencia, sobre todo la francesa, no ha dudado en considerar este sector de problemas bajo el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y así, la Sentencia de la Cour de Cassation de 13 de abril de 1988 (Farah Diba c/ Jours de France)²⁰, rechaza expresamente la aplicación de la ley personal, afirmando que «l'atteinte a la vie privée d'une personne ou de la violation du droit qu'elle possède sur son image relevent de la loi du lieu ou les faits on été commis et non de la loi personnelle de l'intéressé». La doctrina francesa ha interpretado que el Tribunal ha querido evitar la aplicación de la ley personal a cualquiera de las consecuencias de la violación del derecho a la vida privada²¹ y encuadra los derechos de la personalidad en el ámbito de la responsabilidad civil²².

La protección del derecho a la vida privada a través del cauce de la responsabilidad civil plantea todos los problemas clásicos de la ley aplicable a ésta; pero quizás estos se vean agravados en estos supuestos por dos motivos: en primer lugar, porque es ésta un área en que es más frecuente la disociación entre el lugar donde sucede el hecho y el de las consecuencias del mismo, sobre todo en los atentados a la vida privada a través de publicaciones, radio o televisión; en segundo lugar, porque si ya las soluciones clásicas dadas al problema de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales han sido criticadas por su rigidez, esta crítica se agudiza en estos supuestos donde tanto el daño como el perjuicio son intangibles. Las soluciones clásicas en materia de responsabilidad civil han sido bien la aplicación de la ley del lugar del hecho generador, bien la del lugar del daño, aunque esta última va ganando relevancia al irse abandonando la idea de culpa y ganando importancia la responsabilidad objetiva. También en el sector que nos ocupa la doctrina se inclina por la aplicación de la ley del lugar donde se produce el daño, lugar que para algunos es el de la difusión de la publicación. La ley del lugar de difusión para algunos se aplica no sólo como lugar del daño, sino también en cuanto que la difusión es considerada hecho generador del mismo. La coincidencia entre hecho generador-daño y su consideración como último elemento constitutivo del hecho generador hacen de esta ley, para algunos, la más apropiada para regir estos supuestos²³. Gaudemet Tallon²⁴ resalta dos inconvenientes de la aplicación de la ley del lugar de difusión como aplicable a estos supuestos. En primer lugar, la necesidad de acudir a varias leyes diferentes para regir los perjuicios que se hayan producido en los diferentes países. En segundo lugar, la dificultad de calibrar la cantidad de ejemplares que son necesarios para que su difusión en

²⁰ R.C. 1988, n.º 3, pp. 546 y ss., y *Journal de Droit International*, 1988, n.º 3, pp. 752 y ss.

²¹ Véase BOUREL, en nota a la sentencia citada en R.C., 1988-3.

²² Véase EDELMAN, en nota a la misma sentencia, en *Journal de Droit International*, 1988-3.

²³ Véase MESTRE, *op. cit.*

²⁴ Véase GAUDEMET TALLON, en R.C., 1985, p. 149.

un determinado país lleve aparejada la competencia de la ley de éste. Sin embargo, es esta última solución la recogida en la Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Paris, de 23 de junio de 1976²⁵, única que en la jurisprudencia francesa ha determinado el punto de conexión de la norma relativa a la responsabilidad civil aplicando el Derecho alemán a los hechos litigiosos derivados de la difusión de la publicación en Alemania y el Derecho francés a los derivados de la difusión de esa misma publicación en Francia.

Otra parte de la doctrina considera que el lugar del daño equivale al lugar del domicilio de la víctima: es en su domicilio donde hay que localizar un perjuicio tan inmaterial y tan ligado a la persona como es el ataque a la vida privada²⁶. La ventaja de esta segunda interpretación es que una única ley regiría todos los perjuicios ocasionados por la publicación o difusión en cualquier país. A esta misma solución de aplicación de la ley del lugar del domicilio de la víctima llegan también aquellos que consideran que la especificidad de los derechos a la vida privada necesitan de una conexión especial. Parte de la doctrina francesa, apoyándose en el carácter de delitos complejos en los que son necesarios varios hechos para que éste se lleve a cabo, opta por una localización jurídica del delito: el lugar donde tales derechos han sido atacados. Tratándose de violaciones a los derechos de la persona, es en su domicilio donde debe considerarse localizado el delito. Es, en definitiva, el lugar del medio social en que se encuentra integrada la relación litigiosa y es la ley del país con la que la situación tiene mayores vínculos²⁷.

Bajo el ámbito también de la responsabilidad extracontractual, otras legislaciones han dado soluciones distintas a la aplicación de la «lex loci» o bien han mitigado su aplicación. Así, ejemplo de esta última situación es el Derecho húngaro, que dispone, a los únicos efectos del resarcimiento del daño y de la reparación, la aplicación del Derecho húngaro si éste es más favorable²⁸. Esta idea del «favor laesi» aparecía también en el Proyecto de la actual Ley suiza de Derecho internacional privado que permitía la elección por la víctima del derecho aplicable: bien el de la residencia habitual de la víctima, bien el de la residencia habitual o establecimiento del ofensor, bien el del lugar del resultado. Esta opción conllevaba, por supuesto, la idea de que es la víctima de la violación del derecho a la intimidad la más necesitada de protección. Esta idea ha sido mitigada por el legislador suizo en la redacción final de la Ley de 18 de diciembre de 1987, que en su artículo 139-1 dispone que:

²⁵ R.C., 1978, p. 132.

²⁶ Véase GAUDEMET TALLON, en *op. cit.*

²⁷ Véase BOUREL, en «Nota a la Sentencia de la Cour de Cassation de 13 de abril de 1988», en R.C., 1988, p. 555.

²⁸ Ley húngara sobre el Derecho internacional privado de 1979, arts. 10-1 y 10-2.

«Les prétensions fondée es sur une atteinte a la personnalite par les medias, notamment par la voie de la presse, de la radio, de la télévision ou de tout autre moyen public d'information son regies, aux choix du lese:

- a) Par le droit de l'Etat dans lequel le lesé a sa residence habituelle, pour autant que l'auteur du dommage ait du s'attendre a ce que le résultat se produise dans cet Etat.
- b) Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa residence habituelle, ou
- c) Par le droit de l'Etat dans lequel le resultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait du s'atteindre a ce que le résultat se produise dans cet Etat.»

La cláusula de previsibilidad, ya introducida en el Convenio de La Haya de 1970 de responsabilidad del fabricante por sus productos, reduce en proporción considerable la elección por la víctima de la ley aplicable. Sólo el derecho del Estado donde el autor del daño tiene su residencia o establecimiento puede ser aplicada en todo caso.

2. En cuanto a la ley aplicable al derecho a la intimidad en el Derecho español pueden considerarse varias alternativas:

A) En el Derecho español el derecho a la intimidad es un derecho fundamental y su protección está asegurada en nuestro Texto Fundamental en el artículo 18-1. Todos, nacionales o extranjeros tienen derecho a esta protección, constituyendo un límite a la libertad de expresión como se dispone en el art. 20-4 del mismo Texto Fundamental. El principio general de garantía de tal derecho tiene su desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. ¿Es esta ley de inmediata aplicación ante supuestos de tráfico externo? ¿Sería aplicable siempre que nuestros Tribunales fueran competentes? La aplicación de la ley del foro como norma imperativa se justificaría en función del carácter de derecho fundamental del bien jurídico protegido. El objetivo de esta ley, de importancia primordial en nuestro sistema jurídico no puede verse afectado por la falta de respuesta concreta del legislador en el ámbito del Derecho internacional privado. El retraso que frente al derecho material interno se observa a menudo en la regulación del tráfico externo no puede tener como consecuencia que este importante objetivo se frustre y que la aplicación de un Derecho extranjero lo ponga en peligro.

Ahora bien, la consideración del derecho a la intimidad como derecho fundamental no implica, como hemos visto en paginas anteriores, la necesidad de acudir a un foro de competencia judicial inmediato para su protección. Su protección jurisdiccional en España viene determinada por la calificación que la violación de estos derechos tiene para el Derecho español. Al ser protegidos estos derechos a través del cauce de la responsabilidad extracontractual son

los foros de competencia que nuestro ordenamiento prevé en esta materia los que determinan su protección por nuestros tribunales. Y no todos los criterios a los que responden esos foros de competencia tienen la misma relevancia de cara a la aplicación o no de la ley española, ni en cuanto a la definición de lo que significa violación del derecho, ni en cuanto a las medidas a adoptar cuando éste se produce. De la Ley Orgánica del 82 no se desprende que su finalidad sea la protección de los derechos que en ella se contemplan en todos los supuestos en que la competencia judicial haga competentes a nuestros tribunales. Por un lado, al derecho a la intimidad no puede desligarse del derecho a la libertad de expresión al que limita y este último derecho tiene un ámbito territorial: se protege en territorio español. Además, el ámbito de protección que la ley otorga al derecho a la intimidad puede quedar limitado por imperativos de interés público y, finalmente, la determinación del ámbito de protección de estos derechos permite la ley que la haga el juzgador en función de «datos variables según los tiempos y las personas». Finalmente, hay una serie de medidas contempladas en la ley que sólo pueden ser de aplicación (son en realidad medidas procesales) cuando el ilícito se comete en España (secuestro de la publicación, etc.) De todo ello se puede deducir que la voluntad de la ley no ha sido la protección del derecho a la intimidad ante cualquier violación que éste pueda sufrir, sino frente a aquella que se produce en España.

B) El derecho a la intimidad es también un derecho de la personalidad y por tanto incluido en principio en el supuesto del artículo 9-1 de nuestro Código Civil. De aquí podría deducirse que sería de aplicación la ley personal del ofendido. Sin embargo, como antes hemos visto, la existencia del derecho a la intimidad está asegurada a todos por la Constitución española, y, por otro lado, las condiciones y extensión de ese derecho no puede desvincularse de la responsabilidad que su violación conlleva y no deben regirse por leyes diferentes. El derecho a la intimidad varía con el tiempo y con las culturas; la ley nacional de la víctima puede estar muy alejada del lugar en que la violación del derecho se cometió. Podría darse el caso de que el ofensor fuera castigado por una intromisión en el derecho a la intimidad que no fuera considerada tal por el lugar donde la infracción se cometió y, al contrario, que no pudiera ser castigado por una infracción que, aun siéndolo de acuerdo al lugar del hecho, no lo fuera de acuerdo a la ley nacional de la víctima. La aplicación de la ley nacional no cumple ninguno de los objetivos que este sector de problemas requiere, pues no responde a las exigencias que debe tener la conexión en todas aquellas situaciones o hechos que dan lugar a responsabilidad. Estos serían, certeza y previsibilidad de que ley va a ser aplicada, intereses del Estado en aplicar la misma ley a todos los hechos ocurridos en su territorio e intereses de los particulares de actuar conforme a las exigencias de la ley del lugar donde se encuentran y obtener la protección ofrecida por ella. Evidentemente, la ley que mejor cumple esos objetivos es la «lex loci», la del lugar donde se realiza el daño.

C) Si bien el derecho a la intimidad es un derecho fundamental y un derecho de la personalidad, la ausencia en él de contenido positivo nos lleva a la conclusión de que el dato importante a considerar sea el de su violación. La Ley Orgánica de 1982 ha tipificado como ilícito las conductas de intromisión en el derecho a la intimidad. De hecho ha generado un régimen especial de responsabilidad específico. Para nuestro derecho positivo pues, las intromisiones en el derecho a la intimidad caen bajo el ámbito de la responsabilidad civil. El problema estriba en nuestro derecho en saber cuándo es aplicable esta ley. Es decir, si su ámbito de aplicación viene determinado por el art. 10-9 del Código Civil relativo a las obligaciones extracontractuales, o si esta ley es aplicable, en razón a los intereses que el legislador ha perseguido, en base a una norma de conflicto unilateral tácita e implícita en la misma ley que obliga a su aplicación en determinados supuestos, pero no en otros donde es admisible y conveniente la aplicación de la norma de conflicto bilateral clásica del artículo 10-9, y por tanto, posible la aplicación de un derecho extranjero. Es decir, la ley no sería de aplicación inmediata, pero sí tendría fijado su ámbito de aplicación determinado no por el art. 10-9, sino por una norma de conflicto unilateral implícita²⁹.

Tanto del hecho de que la libertad de expresión, que esta ley respeta a través de las condiciones que ella misma prevé para que se produzca una violación de la intimidad, sea un derecho de ámbito territorial, como de las medidas cautelares que la ley prevé, que sólo se pueden llevar a cabo si la intromisión se produce en España, como de la determinación por el propio juez del ámbito de protección en función de datos variables como pueden ser el momento en que suceden y los cambios sociales, abocan a la idea de que la Ley Orgánica ha de aplicarse siempre que la edición o la distribución hayan tenido lugar en España. En realidad pues, el ámbito de aplicación de esta ley coincide con el del artículo 10-9 del Código Civil habiéndose considerado siempre que la conexión «lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven» podía incluir tanto el lugar donde se produce el hecho (en este caso edición) como el lugar del daño (distribución). Ahora bien, la norma unilateral implícita en la Ley Orgánica añade un factor espacial a este artículo. Si la edición o la publicación se han realizado en España siempre se aplicará la ley española. Por tanto, la aplicación de una ley extranjera sólo sería posible cuando, competentes nuestros tribunales, bien por el domicilio del demandado en nuestro país, bien por la residencia en España tanto del demandado como del demandante, ni la edición ni la distribución hayan tenido lugar en España.

Si la ley española se aplica como ley del lugar de la edición, ésta podrá aplicarse a todos los daños sufridos en todos los países por la distribución de la

²⁹ Véase de LUIS GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil» en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1989, pp. 403 y siguientes.

publicación. Si se aplica en virtud de ser España el país de la distribución, ésta ley se aplicaría únicamente a los daños sufridos por la distribución en España, debiendo aplicar el tribunal distintas leyes a la distribución ocurrida en distintos países. Si el Tribunal español conoce en virtud de cualquiera de los otros foros de competencia, y no es España ni el lugar de la edición ni de la distribución, el Juez podrá elegir la ley de la edición o de la distribución en virtud del mandato del art. 10-9; si elige la primera, la ley del lugar donde se produce el hecho causal, esta ley puede ser aplicada a todos los perjuicios ocurridos en diferentes países, mientras que si elige la segunda, lugar del daño, habrá de aplicar tantas leyes como daños haya habido en distintos países. La ley aplicable regulará tanto la definición o existencia de injerencia ilegítima como la responsabilidad que de ella deriva. Por supuesto que, una vez determinado que la ley extranjera es aplicable surge el problema común a otros supuestos de obligaciones extracontractuales, es decir, la de sus límites de aplicación: si esta ley se aplicara o no a todos los aspectos configuradores de la responsabilidad. Y si bien, en principio, esta ley será aplicable a todas las cuestiones que puedan suscitarse; por ejemplo, un Tribunal español habrá de condenar al autor de un reportaje cuya ilicitud está clara conforme a la ley del lugar de edición, aun cuando en España sea perfectamente lícito y, al contrario, no podrá hacerlo si el hecho no es considerado ilícito a la luz de la ley del lugar de la edición como «lex causae» aun cuando lo fuera a los ojos del ordenamiento español, pueden surgir problemas que planteen situaciones complejas de difícil solución.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tiene un ámbito extraterritorial de aplicación, al disponer que cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal, pero que, sin embargo, para determinar la responsabilidad civil derivada del delito será aplicable esta ley. Este artículo otorga a la ley orgánica un ámbito extraterritorial de aplicación, ya que cuando el Tribunal español sea competente para conocer de un delito cometido fuera de España, por ejemplo calumnia o injuria publicada en el extranjero por un español, aplicará esta ley a la responsabilidad civil derivada del mismo³⁰.

³⁰ *Idem*, p. 415.