

# CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES INFORMATIZADOS Y LA DIRECTIVA 95/46/CE

por

*Javier Carrascosa González*

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Granada

## SUMARIO

- I. Introducción: el fenómeno de la transferencia internacional de datos personales.
- II. Convenio del Consejo de Europa de 28 enero 1981.
- III. Ley orgánica 5/1992 (LORTAD).
  1. Obligaciones administrativas de los "responsables de ficheros".
  2. Supuestos de Derecho internacional privado.
    - A) Ley aplicable a los derechos de la personalidad.
    - B) Soluciones específicas incorporadas por la LORTAD: Ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales.
    - C) Distintos supuestos.
      - a) Tratamiento de datos en España;
      - b) Tratamiento de datos en país con nivel de protección "equiparable".
      - c) Tratamiento de datos en país con nivel de protección "no equiparable".
      - d) Tratamiento de datos en distintos países.
    - D) Contratos internacionales y transferencia internacional de datos personales.
- IV. Directiva 95/46/CE.
  1. Caracteres generales.
  2. Ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales.
    - A) Ficheros sitos en la UE: el criterio de la "ubicación del fichero".
    - B) Ficheros sitos fuera de la UE: control de los flujos internacionales de datos personales.
- V. Conclusiones.

\* \* \* \*

## I. Introducción: el fenómeno de la transferencia internacional de datos personales.

1. La publicación de la Directiva 95/46/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 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 (*DOCE* L 281/31 de 23 noviembre 1995; *BIMJ* núm.1765, 1995, pp.6250-6276), abre la posibilidad para reflexionar en torno a un tema de gran alcance y repercusión práctica como es el régimen jurídico en Derecho internacional privado (DIPr.) del tratamiento informático de datos de carácter personal<sup>1</sup>.

Los avances del progreso técnico actual permiten la rápida transferencia de datos personales automatizados de un país a otro. Es perfectamente posible que datos obtenidos en un país sean enviados a otro país, donde son objeto de tratamiento informático, para posteriormente ser devueltos al país de origen o "vendidos" a empresas que operan en otros países. Las combinaciones son múltiples. En definitiva, es posible que los datos personales circulen de un país a otro con el objetivo de "escapar" a la aplicación de las Leyes nacionales más estrictas en lo que afecta al tratamiento informático de datos personales. Se persigue, de este modo, que el tratamiento de los datos se lleve a cabo en países carentes de una legislación que protege la *privacy* de los individuos frente al uso de la informática o que disponen de una legislación poco

---

<sup>1</sup> El tratamiento automatizado de datos personales en DIPr. ha captado con fuerza la atención de la doctrina, de modo que hoy día la literatura sobre el fenómeno es inabarcable. Entre las aportaciones más relevantes ténganse presentes: AA.VV. en *RIDC*, 1987-III, número dedicado a la protección de datos personales (3<sup>es</sup> journées franco-suisses, Dijon, 13-15 octubre 1986); AA.VV. (D.CAMPBELL & FISHER Eds.): *Data Transmission and Privacy*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994 (que recoge las principales leyes nacionales sobre protección de datos); P.ANCEL: "La protection des données personnelles", *RIDC*, vol.3, 1987, pp.609 ss.; C.BELING: "TDF: International Privacy Protection and Free Flow of Information", *British Columbia International and Comparative Law Review*, vol.6, 1983, pp.621-622; K.BEYKHLIF: *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'information*, Themis, Centre de Recherche en droit public, Univ.Montreal, 1992; F.BLOCH: "Aspects of the Protection of Electronic Databases and Data Banks in Europe", *IBLJ*, 1994-4, pp.457-467; G.CONETTI: "Aspetti internazionali di una progettata normativa italiana sul trattamento automatizzato di dati personali", *RDIPP*, 1983, vol.XIX, pp.589-600; J.L.CHENAUX: *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Librairie Droz, Genève, 1990, pp.277-280; L.FAUGEROLAS: *L'accès international à des banques des données*, París, 1989; W.L.FISHMAN: "Introduction to Transborder Data Flows", *Stanford Journal of International Law*, 1980/81, pp.1-24; J.FAUVET: "La protection des données personnelles", *RIDC*, 1987, pp.551 ss.; D.H.FLAHERTY: *Privacy and Government Data Banks: an International Perspective*, Londres, Mansell, 1979; L.FOCSANEANU: "La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique", *JDI Clunet*, 1982, vol.109, pp.55-98; J.FREESE: *International Data Flow*, Lund, Londres, 1970, pp.70-73. B.HANOTIAU: "La nouvelle législation belge relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel", *IBLJ*, 1993-6, pp.782-804; P.KAYSER: *La protection de la vie privée*, París, Economica, 1984; A.MADEC: *Les flux transfrontières de données*, París, 1982; J.MESTRE: "Conflits de lois relatifs à la protection de la vie privée", *Études offertes à Pierre Kayser*, vol.II, 1979, pp.239-256;

H.L.PUTNAM: "Transnational Data Flow: public and private international law aspects", *Houston Journal of International Law*, vol.6, 1984, pp.159-174; F.RIGAUX: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruselas, LGDJ, 1990, esp. pp.581-603; Id.: "L'elaboration d'un right of privacy par la jurisprudence americaine", *RIDC*, 1980, vol.XXXIII, pp.701-730; Id.: "La loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel", *RCDIP*, 1980, vol.69, pp.443-478; Id.: "Le régime des données informatisées en droit international privé", *JDI Clunet*, 1986, pp.311-328; Id.: "La liberté de la vie privée", *RIDC*, 1991, núm.3, pp.539-563. En la doctrina española, J.CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho internacional privado", *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp.417-44; Id.: "Régimen jurídico del flujo internacional de datos automatizados de carácter personal", *RGD*, oct.-nov.-dic. 1992, pp.9527-9548; M.A.DAVARA ROGRÍGUEZ: *Derecho informático*, Aranzadi, Pamplona, 1993, esp. pp.45-406; O.ESTADELLA YUSTE: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Ed.Tecnos, Madrid, 1995; G.GARZÓN CLARIANA: "La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa", *RIE*, 1981, vol.8, pp.9-25; G.GARZÓN y E.VILARIÑO: *Las leyes de protección de datos de carácter personal y su incidencia en la circulación transnacional de datos*, I.B.I., Doc. TDF008, Roma, 1980, pp.5-11; M.HEREDERO HIGUERAS: "La ley orgánica 5/1992 de 29 octubre de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", *BIMJ*, núm.1669 de 25 abril 1993, pp.2090-2108, esp. p.103; I.HERNANDO COLLAZOS: *Contratos informáticos (Derecho informático, legislación y práctica)*, Ed.Librería Carmelo, San Sebastián, 1995, pp.258-379; P.LUCAS DE LA CUEVA: *Informática y protección de datos personales, Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; M.MARCHENA GÓMEZ: "Intimidad e informática: La protección jurisdiccional del *habeas data*", *BIMJ*, núm.1768, 1996, pp.5-33, esp. pp.30-31.

exigente al respecto -los llamados "paraísos informáticos"- . El creciente carácter internacional de las relaciones económicas se halla en la base de este "flujo internacional de datos personales automatizados". La transmisión de datos personales de un país a otro, invita, pues, a explorar las soluciones que el DIPr. dispensa a este fenómeno.

2. La reglamentación de la circulación internacional de datos personales informatizados y de la "Ley aplicable" al tratamiento automatizado de datos personales bascula entre dos intereses en presencia: a) La liberalización de la circulación de datos automatizados, que favorece las relaciones económicas y el comercio internacional; b) La protección del derecho a la intimidad de las personas -su *privacy*-. La determinación de la "Ley aplicable" a los "supuestos internacionales" de tratamiento automatizado de datos personales está llamada a conjugar, con equilibrio, ambos intereses.

3. La utilización de la informática como medio de almacenamiento y tratamiento de datos personales genera, desde el prisma jurídico, dos tipos de relaciones. En primer lugar relaciones de carácter administrativo: los "responsables" de los ficheros que contienen estos datos personales están sujetos a una serie de obligaciones legales -*ad ex.* comunicar a la Autoridad pública la creación de bancos de datos personales, recoger datos de manera lícita, etc.-. En caso de infracción de tales obligaciones, las autoridades públicas imponen las correspondientes sanciones administrativas. Las autoridades públicas vigilan, de este modo, que los responsables de los ficheros cumplan con una serie de garantías en el ejercicio de su actividades.

En segundo lugar, el tratamiento de datos personales a través de medios informáticos se inscribe en el marco de las relaciones jurídicas entre particulares. Las leyes de los distintos países establecen una serie de derechos de las personas y unas correlativas obligaciones por parte de los responsables de los ficheros de datos personales automatizados -*ad ex.* derecho del afectado a solicitar al responsable del fichero la cancelación de datos personales incorrectos-. Si tales responsables de ficheros infringen las citadas obligaciones, vulnerando así el derecho a la intimidad de las personas, surge una responsabilidad jurídica exigible ante los tribunales. El DIPr. debe tener en cuenta, a la hora de proporcionar una normativa reguladora del fenómeno, los caracteres de ambos tipos de relaciones jurídicas.

4. La reglamentación jurídica española de la protección de la *privacy* frente al tratamiento automatizado de datos personales en "casos internacionales", se encuentra recogida en distintos instrumentos legales que presentan, a su vez, un alcance muy dispar. Tales instrumentos son básicamente, los siguientes: a) Convenio del Consejo de Europa de 28 enero 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (BOE núm.274 de 15 noviembre 1985); b) La Ley orgánica para la regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal 5/1992, de 29 octubre (BOE núm.262 de 31 octubre 1992), citada como LORTAD, desarrollada por el Real Decreto 1332/1994, de 20 junio 1994 (BOE núm.147 de 21 junio 1994) y por el RD 428/1993 (BOE núm.106 de 4 mayo 1993) que contiene el "Estatuto de la Agencia de Protección de Datos". La LORTAD constituye el *eje central* de la regulación legal de la circulación internacional de datos de carácter personal en nuestro actual DIPr. -a la espera de la entrada en escena de las "soluciones comunitarias"-; c) La Directiva 95/46/CE de 24 octubre 1995, aun por desarrollar en nuestro ordenamiento jurídico, y que incorpora importantes novedades que debe asumir la legislación española.

Otras iniciativas de origen internacional en orden a la reglamentación del "flujo

internacional de datos personales" presentan escasa incidencia *-ad ex*. Resolución 45/95 de la Asamblea General de la ONU, y Recomendación de 23 septiembre 1980 del Consejo de la OCDE-, por lo que quedarán fuera de estas reflexiones<sup>2</sup>.

## II. Convenio del Consejo de Europa de 28 enero 1981.

5. El Convenio del Consejo de Europa núm.108 de 28 enero 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (BOE núm.274 de 15 noviembre 1985), fue ratificado por España el 27 enero 1984<sup>3</sup>. Una *radiografía* del Convenio revela, como sus caracteres más notables, los que siguen: a) El Convenio no contiene normas *self-executing*: los particulares no pueden apoyarse en las normas del mismo como base de sus pretensiones jurídicas. Los Estados firmantes deben, previamente, promulgar disposiciones que garanticen la protección de la intimidad frente al uso de la informática en el modo fijado por el Convenio (art.4.1 del Convenio). Esta falta de *vinculación inmediata* del Convenio ha sido criticada, pues mientras un Estado firmante del mismo no dicte las disposiciones de desarrollo del Convenio, éste no puede ser objeto de *aplicación directa* por los tribunales. En este sentido, la STC de 20 julio 1993 (BOE de 18 agosto 1993), aunque otorgó el amparo solicitado, lo hizo en virtud de la "eficacia directa" del derecho a la intimidad recogido en el art.18 CE, y no en base a una *aplicación inmediata* del Convenio de 1981. Previamente, la STS (Sala 3ª, Sec.8ª) de 30 abril 1990 (RAJ núm.3360) había puesto de relieve, igualmente, que el Convenio carece de "aplicabilidad directa". Por cierto, que el Estado español incumplió las

---

<sup>2</sup> Sobre estos instrumentos, *vid.* F.RIGAUX: "Pour un autre ordre international", *Droit économique* 2, Paris, Pedone, 1979, pp.365-370; L.FOCSANEANU: "La protection...", *cit.*, pp.69-74; M.A.DAVARA ROGRÍGUEZ: *Derecho...*, *op.cit.*, pp.67-69; O.ESTADELLA YUSTE: *La protección...*, *op.cit.*, pp.59-75; Id.: "Transborder data flows and the sources of public international law", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations*, vol.16-II, fall 1991, pp.379-433; F.W.HONDIUS: "A decade of international data protection", *NILR*, vol.30-2, 1983, pp.103 ss; J.BING: "The Council of Europe Convention and the OCDE Guidelines on data protection", *Michigan Yearbook of International Law*, vol.5, 1984, pp.274 ss; T.W.VOGELLAR: "The OCDE Guidelines: Their Philosophy, History negotiation, Form, Legal Nature, Follow up procedures and Overview", en N.HORN: (ed.): *Legal problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Ed.Kluwer, Studies in Transnational Economic Law, vol.I, North Holland, 1980, pp.132 ss.; W.J.KIRSCH: "The Protection of Privacy and TDF of Personal Data: the Work of the COE, OCDE and EEC", *Legal Issues of European Integration*, núm.2, 1982, p.44 ss.; OCDE: *Personal Data Protection 1968/78. Synthesis Report of Documents Prepared by the OECD, The Council of Europe and the EEC, DSTI/ICCP/78*, 1 diciembre 1978, pp.20-35; R.J.SCHWEIZER: "La Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles et la réglementation des flux transfrontières de données", *Droit de l'informatique*, 1986-IV, pp.191-195; V.FROSINI: "La Convenzione Europea sulla protezione dei dati", *Rivista di Diritto Europeo*, 1984, pp.3 ss.; S.RIPOLL: "El Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos carácter personal: Balance a los siete años de vigencia", *Congreso sobre Derecho informático*, Zaragoza, 22/24 junio 1989, Ed.Univ. Zaragoza, pp.395-413. *Vid.* igualmente las obras citadas en la nota 1.

<sup>3</sup> En torno a este Convenio, *vid.* F.HENKE: *Die Datenschutzkonvention des Europarats*, Frankfurt am Main, 1986; E.HOGREBE: *Legal persons in European Data Protection legislation: past experiences, present trends and future issues*, OCDE, Paris, 1981; F.W.HONDIUS: *Emerging Data Protection in Europe*, North Holland, Amsterdam, 1975, pp.63-79; Id.: "Data Law in Europe", *Stanford Journal of International Law*, 1980, pp.87 ss; P.HOWARD: "Privacy restrictions on TDF: a comparison of the Council of Europe draft Convention and the OCDE Guidelines", *Jurimetrics Journal*, vol.21, 1981, pp.405 ss.; J.P.JACQUE: "La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement informatisé des données à caractère personnel", *Ann.Française Droit International*, 1980, p.785 ss; J.FAUVET: "The European Data Convention after ten years", *Transnational Data Report*, nov.dic.1991, pp.23 ss.; L.FOCSANEANU: "La protection...", *cit.*, pp.75-95; F.RIGAUX: "La loi applicable...", *cit.*, pp.443-478; G.CONETTI: "Aspetti...", *cit.*, pp.589-600; W.J.KIRSCH: "The Protection...", *cit.*, pp.44 ss.; O.ESTADELLA YUSTE: *La protección...*, *op.cit.*, pp.64-68; G.GARZON CLARIANA: "La protección...", *cit.*, pp.9-25; J.J.ELIAS BATURONES: "Comentarios al Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de datos", *Tapia (publicación para el mundo del Derecho)*, diciembre 1993, pp.87-91, así como las obras citadas en la nota 1. Los países partes en este Convenio núm.108 del Consejo de Europa son: Austria, Dinamarca, Alemania, Francia, Luxemburgo, Noruega, España, Suecia, Reino Unido, Islandia, Finlandia e Irlanda, según indica I.HERNANDO COLLAZOS: *Contratos...*, *op.cit.*, p.268.

obligaciones asumidas en el art.4.1 del Convenio, en cuya virtud debería haber adoptado una normativa de desarrollo del Convenio en el momento en que éste entró en vigor, algo que no hizo, según ha denunciado S.RIPOLL CARULLA<sup>4</sup>; b) Las normas del Convenio operan como "mínimos de regulación": los Estados pueden establecer una reglamentación más beneficiosa para la protección de la *privacy* que la fijada en el Convenio (art.11 del mismo). Debido a este carácter, las normas del Convenio no constituyen un "Derecho uniforme" en la materia, ya que los Estados partes en el mismo pueden llegar a tener un "Derecho distinto" sobre la materia -según desarrollen con mayor o menor generosidad las normas del Convenio-; c) En lo relativo al flujo internacional de datos personales, el art.12 del Convenio establece una *regla general*, la "libre circulación de datos personales" entre los Estados parte (art.12.2). Se otorga así carta de naturaleza a un "espacio común" en el que, por existir un nivel equivalente y adecuado de protección de la intimidad de las personas frente al uso de la informática, los datos circulan sin restricciones. Se prevé, no obstante, que los Estados puedan fijar, en su normativa de desarrollo, ciertas limitaciones a la "libre circulación de datos personales" aun dentro de este "espacio común". *A sensu contrario*, la transmisión de datos personales automatizados a terceros países no partes en el Convenio -y cuyas legislaciones pueden no brindar protección a la intimidad de las personas frente al uso de la informática-, puede ser restringida o prohibida por los Estados partes en el Convenio.

A pesar de que las normas del Convenio no presentan carácter *self-executing*, su importancia no debe ser soslayada. Ésta estriba, fundamentalmente, en haber servido como "modelo legal" tanto para las regulaciones nacionales como para la normativa comunitaria que posteriormente se han ocupado de la materia. También es cierto que el Convenio de 28 enero 1981 opera a modo de "postulados generales", sin agotar la posible reglamentación del fenómeno, por lo que en determinados aspectos, su normativa ha sido ampliamente superada por las legislaciones nacionales, más precisas y completas (*vid.* Considerando 11 de la Directiva 46/95/CE y Exposición de Motivos de la LORTAD). En particular, como ponen de relieve D.HOLLEAUX, J.FOYER y G.de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE, el art.12 del Convenio no constituye una "norma de conflicto" que indique la "Ley aplicable" al tratamiento automatizado de datos personales, sino que, bajo la forma de una "norma material de DIPr.", se limita a prohibir ciertas transferencias internacionales de datos personales<sup>5</sup>.

### III. Ley orgánica 5/1992 (LORTAD).

#### 1. Obligaciones administrativas de los "responsables de ficheros".

6. Los supuestos "internacionales" de tratamiento automatizado de datos personales -*ad ex.* tratamiento de datos personales de españoles o residentes en España, llevado a cabo en otro país; importación, con destino a España, de datos personales tratados en el extranjero; exportación, desde España y con destino a otro país, de datos personales tratados automatizadamente o susceptibles de dicho tratamiento, etc.-, son objeto de regulación por las normas de DIPr. de la LORTAD teniendo presente la distinción de "relaciones jurídicas" antes

---

<sup>4</sup> S.RIPOLL CARULLA: "En torno a la calificación de la pasividad española en el cumplimiento del Convenio núm.108 del Consejo de Europa como de acto ilícito internacional", 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, 1990, pp.313-330.

<sup>5</sup> D.HOLLEAUX, J.FOYER, G.de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE: *Droit international privé*, París, Masson, 1987, p.504.

apuntada (*supra* núm.3).

Así, en primer término, debe recordarse que la LORTAD establece una importante batería de obligaciones que deben respetar los responsables de ficheros de datos personales automatizados -*ad ex.*, comunicar a la Autoridad pública la creación de un banco de datos, permitir el acceso de los individuos a sus datos, etc-. La inobservancia de las mismas da lugar a una infracción administrativa, acompañada de la correspondiente sanción (arts.42-48 LORTAD). Se trata de relaciones sujetas al Derecho Administrativo. La LORTAD nada dice en relación a la cuestión de saber si las normas que regulan estas relaciones se aplican "en España", a los sujetos que "operan en España", a los responsables de ficheros españoles, residentes o radicados en España, etc. Surge, pues, la duda de saber si estas obligaciones administrativas fijadas por la LORTAD afectan, *ad ex.*, a una empresa extranjera que trata informáticamente, en España, datos personales de españoles y extranjeros; a un responsable de fichero que trata, en el extranjero, datos personales de españoles; a un responsable de fichero que trata, en España, datos de extranjeros residentes o no en nuestro país, etc. Sin embargo, este silencio de la LORTAD está justificado. Tratándose de relaciones sujetas al Derecho administrativo -*relaciones verticales* Estado/particulares-, es aplicable, visto su "carácter internacional", el art.8.1 Cc. De este modo, las normas administrativas que regulan este tipo de relaciones "obligan a todos los que se hallen en territorio español"<sup>6</sup>. O lo que es lo mismo, estas normas administrativas son de aplicación a todos los responsables de ficheros que lleven a cabo, en *territorio español*, un tratamiento automatizado de datos personales. Cualquier otra consideración carece de interés a estos efectos -nacionalidad y/o residencia del responsable del fichero, nacionalidad y/o residencia del sujeto cuyos datos son tratados, país donde radica el fichero, etc.-. Lo único relevante es que el tratamiento de los datos en cualquiera de sus formas o fases se haya llevado a cabo *en España* -recogida de datos en España, inserción en ficheros llevada a término en nuestro país, cesión de datos que tiene lugar en España, creación de ficheros sitios en España, difusión en nuestro territorio de datos especialmente protegidos, etc-. En dichos supuestos, las normas "administrativas" de la LORTAD son aplicables, y no lo serán si el tratamiento informatizado de datos personales -o una "fase" del mismo-, se produce fuera de España, aun cuando afecte a españoles y/o residentes en España. En definitiva, el art.8.1 Cc. impone una aplicación *estrictamente territorial* de las normas administrativas de la LORTAD, entendiendo la *territorialidad* en un sentido "material" -la norma regula sólo los hechos verificados en el *territorio* del Estado-.

La *ratio* de esta solución es sencilla. Permite a las Autoridades del Estado un "dominio efectivo" sobre los hechos que ocurren en el territorio del mismo. Tal dominio efectivo -o "soberanía estatal *ad intra*"-, sólo puede verificarse en el territorio del Estado, objeto de la soberanía del mismo, y no fuera de dicho territorio. Por otro lado, esta solución coloca en "igualdad" a todos los sujetos que tratan datos personales "en España", pues todos ellos quedan sujetos a las mismas obligaciones frente a las Autoridades públicas.

El reverso de esta regla consiste en que las normas de la LORTAD que regulan las relaciones administrativas que surgen del tratamiento automatizado de datos personales, no son aplicables cuando el tratamiento de datos personales se realiza fuera de España. Así, el

---

<sup>6</sup> M.de ANGULO RODRÍGUEZ: "Art.8.1", *Comentarios al Código Civil y a las Comp.forales*, t.I, Edersa, Jaén, 1978, pp.127-132; Id.: "Art.8.1", *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1977, pp.415-422; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS: "Art.8.1", *Comentario del Código civil*, Min.Justicia, Madrid, 1991, pp.71-74; M.HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN: "Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil", *Rev.Esp.Dcho.Administrativo*, 1974, pp.359-391, esp.pp.377-378; F.GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "Art.8.1", *Comentarios al Código Civil y a las Comp.forales*, dir.M.ALBALADEJO y S.DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp.95-110. Sobre el origen histórico del art.8.1 Cc. español, que se inspira en el art.3 del Código civil francés, H.BATIFFOL y P.LAGARDE: *Droit international privé*, 8ª ed., París, LGDJ, 1993, pp.425-430.

responsable de un banco de datos personales sito en Marruecos, aun cuando trate datos de españoles, no está sujeto, en lo que se refiere al tratamiento de datos llevado a cabo en Marruecos, a las obligaciones "administrativas" que establece la LORTAD. Estará sujeto, en su caso, a las disposiciones de Derecho administrativo marroquí aplicables a estas relaciones -*ad ex.*, autorizaciones para crear bancos de datos, actualización de datos, etc.-. Igualmente, un responsable de fichero sito en España no resulta vinculado por las normas administrativas de la LORTAD si, *ad ex.* lleva a cabo una recogida de datos en otro país. Las leyes de dicho país serán, en su caso, las aplicables a dicha actividad. Al tratarse de relaciones jurídicas cuyas controversias corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativas, nuestros tribunales sólo podrán conocer de las mismas si se trata de actos de las Autoridades públicas españolas y no si se impugnan actos de Autoridades públicas de otros países, consecuencia de actividades llevadas a cabo fuera de España (art.24 LOPJ *a contrario*).

## 2. Supuestos de Derecho internacional privado.

### A) Ley aplicable a los derechos de la personalidad.

#### a) Tesis en presencia.

7. En lo que se refiere a las relaciones entre particulares que surgen, en DIPr., como consecuencia del tratamiento automatizado de datos personales, deben retenerse, previamente, dos datos: a) La LORTAD carece de normas que precisen su "ámbito de aplicación espacial". Así, *ad ex.*, nada dice la LORTAD sobre si deben aplicarse sus normas en el caso de tratamiento automatizado de datos personales de españoles, pero realizado en el extranjero, o en el supuesto de un tratamiento de datos personales de extranjeros realizado en España. Tampoco fija la LORTAD ninguna "norma de conflicto" que precise la "Ley aplicable" -española o extranjera-, al tratamiento de datos personales -de españoles y/o de extranjeros-, llevado a cabo en España o en otro país; b) Por contra, la LORTAD contiene ciertos preceptos (arts.32 y 33) que regulan la "transmisión internacional" de datos personales automatizados o susceptibles de tratamiento automatizado<sup>7</sup>.

8. Ante el silencio de la LORTAD sobre su "ámbito de aplicación espacial" y sobre la "Ley aplicable" al tratamiento automatizado de datos personales, debe acudirse a las soluciones que dispensa el DIPr. español a la cuestión de la "Ley aplicable" a los "derechos de la personalidad", pues el "derecho a la intimidad" -objeto de protección por parte de la LORTAD-, es sin duda uno de los llamados "derechos de la personalidad". Sin embargo, la cuestión de la determinación de la "Ley aplicable" a los supuestos internacionales de "derechos de la

<sup>7</sup> En torno a los precedentes y antecedentes de los arts.32 y 33 LORTAD, *vid.* el Proyecto de dicha ley en *Boletín oficial Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Serie A, 24 julio 1991, núm.59-1. Existió un proyecto relativo a estas materias de 1976, cuyos arts.23 a 27 regulaban el flujo internacional de datos personales (A.MACHERET: "Réglement des flux transfrontières de données de caractère personnel", en *Informatique et protection de la personnalité*, Ed.Univ. Friburgo, 1981, pp.229-244; A.DE MIGUEL CASTAÑO: "Libertad de información y derecho a la intimidad: medios para garantizarlos. Incidencia en el ámbito de la estadística", *Rev. Fac. Derecho Univ. Complutense Madrid*, núm.12, sept.1986, pp.181-182). Sobre el "proyecto de 1985", *vid.* G.GARZÓN CLARIANA: "El proyecto español de ley de protección de datos", *Consejo de Europa, Problemas legislativos de la protección de datos. Conferencia internacional, Madrid, 11/13 junio 1984, Actas y documentos núm.3*, pp.135-139; M.HEREDERO: "El anteproyecto español de ley orgánica de regulación del uso de la informática, cinco años después", *Congreso sobre Derecho informático*, Zaragoza, 22/24 junio 1989, Ed.Univ.Zaragoza, pp.296-306. Otras iniciativas legislativas sobre el particular se recogen en S.RIPOLL CARULLA: "En torno...", *cit.*, pp.313-330 y M.A.DAVARA ROGRÍGUEZ: *Derecho..., op.cit.*, pp.65-67.

personalidad", dista mucho de ser sencilla en nuestro ordenamiento. En efecto, a diferencia de otros ordenamientos<sup>8</sup>, nuestro sistema de DIPr. carece de una norma específica sobre el particular. La doctrina ha propuesto distintas soluciones<sup>9</sup>: a) Sistema del "estatuto personal"; b) Sistema de "responsabilidad civil no contractual"; c) Sistema "mixto" entre los dos anteriores; d) Consideración de las normas relativas a los derechos de la personalidad como "normas procesales"; e) Sistema del "derecho subjetivo"; f) Consideración de las normas relativas a los derechos de la personalidad como "normas materiales imperativas".

<sup>8</sup> *Vid.*, entre otros: a) Art.24 de la Ley italiana de DIPr., de 31 mayo 1995 (*Gazz.Uff.Repp.It.* de 3 junio 1995, núm.128); b) Arts.33.2 y 139 de la Ley federal suiza sobre el DIPr. de 18 diciembre 1987 (*RDIPP*, 1989, pp.196-237), teniendo presente el nuevo art.139.3 de dicha Ley -introducido por la Ley federal sobre protección de datos de 19 junio 1992-, que hace aplicable el citado art.139.1 a los "daños a la personalidad resultantes del tratamiento de datos personales así como a los obstáculos puestos al ejercicio del derecho de acceso a los datos personales" (*RCDIP*, 1995, p.630); c) Arts.112-113 de la Ley Rumana núm.105 de 22 septiembre 1992 sobre la reglamentación de las relaciones de DIPr. (*RCDIP*, 1994, pp.167-195); d) Art.10 del Decreto ley núm.13/1979 del Presidium de la Rep.Popular de Hungría sobre el DIPr. (*RCDIP*, 1980, pp.174-185); e) Art.27 del Código civil portugués de 25 noviembre 1966.

<sup>9</sup> La literatura sobre los derechos de la personalidad en general en DIPr. es muy extensa. Deben retenerse, entre otros muchos, los siguientes trabajos. En la doctrina española: P.ABARCA JUNCO: "El derecho a la intimidad en el Derecho internacional privado español", *Boletín Facultad Derecho UNED*, 1993, núm.2, pp.9-27, esp. pp.19-27; M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp.40-41; M.AGUILAR NAVARRO: *Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975, pp.97-102; M.AMORES CONRADI en J.D.GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*: *Derecho internacional privado*, parte especial, 6ª ed. rev., Ed.CESSJ R.Carande, Madrid, 1995, pp.229-230; Id.: "Art.9.1 Cc.", *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.78; Id.: "Art.10.9 Cc.", en la misma obra, p.129; Id.: "Art.10.9 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir.M.ALBALADEJO y S.DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp.757-759; J.C.FERNÁNDEZ ROZAS en J.D.GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*: *Derecho internacional privado*, parte especial, 6ª ed. rev., Ed.CESSJ R.Carande, Madrid, 1995, pp.69-73; A.MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional privado II*, parte especial, 8ª ed., Granada, 1994, pp.26-38; A.MIAJA DE LA MUELA (revisado por A.BORRÁS RODRÍGUEZ): *Derecho internacional privado*, vol.II, parte especial, 10ª ed., Madrid, Atlas, 1987, pp.256-259; E.PÉREZ VERA en E.PÉREZ VERA *et al.*: *Derecho internacional privado 2*, 5ª ed. revisada, Madrid, UNED, 1994, pp.23-24; L.GARAU JUANEDA: "Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil", *La responsabilidad internacional. XIII Jornadas Asociación española de profesores de Dcho.internacional y Rel.internacionales*, 1989, Alicante, 1990, pp.403-450, esp. p.449. En la doctrina extranjera *vid.*, entre otros muchos: P.MAYER: *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 5ª ed., 1994, p.338; H.BATIFFOL y P.LAGARDE: *Droit international privé*, vol.I, 8ª ed., Paris, LGDJ, 1993, pp.19-21; B.AUDIT: *Droit international privé*, Economica, Paris, 1991, pp.494-500; D.HOLLEAUX, J.FOYER, G. de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE: *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, pp.504-506; Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *Droit international privé*, 4ª ed., Dalloz, 1993, Paris, pp.296-299; P.MENGOZZI: *Diritto internazionale privato italiano*, Torino, UTET, 1990, pp.103-107; E.VITTA: *Diritto internazionale privato*, vol.II, 1979, Torino, UTET, pp.18-26; G.BALLADORE PALLIERI: *Diritto internazionale privato*, en "Trattato di Dir. civile e commerciale", Giuffrè, 1974, pp.137-139; T.BALLARINO: *Diritto internazionale privato*, Cedam, 1982, pp.654-655; R.LUZZATTO: "Persona física", *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1983, vol.XXXIII, pp.227-230; B.NASCIMBENE: "I diritti della personalità nel diritto internazionale ed europeo", *L'unificazione del Dir.int.privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Verona, 1989, pp.703-729; R.QUADRI: "Note sui diritti della personalità nel Diritto internazionale privato", *Scritti giuridici II*, Milano, Giuffrè, 1988, pp.777-788; G.C.VENTURINI: *Diritto internazionale privato (diritti reali ed obbligazioni)*, Padova, 1956, pp.300-303; G.MORELLI: *Elementi di Diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1968, pp.88-89; B.CONFORTI: "In tema di affiliazione nel Dir.internazionale privato", *RDI*, 1961, pp.112 ss; L.FERRARI BRAVO: "Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale privato", *Annali Fac.Giur. Bari*, 1962, pp.20-42; Id.: *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, 1979; M.WOLFF: *Private International Law*, Oxford, 1962, pp.289-295; J.L.CHENAUX: *Le droit...*, Libr.Droz, Genève, 1990, pp.277-280; W.VON STEIGER: "Betrachtungen zum Schutz der Persönlichkeit im internationalen Privatrecht", *ASDI*, 1968, pp.197 ss.; V.TRUTMANN: *Das Internationale Privatrecht der Deliktsobligationen*, Basel/Stuttgart, 1973, pp.185 ss; G.BEITZKE: "Les obligations delictuelles en droit international privé", *RCADI*, 1965, vol.115, pp.67-146; A.HELDRIICH: "Persönlichkeitsverletzungen im internationalen Privatrecht", en *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Bd. 31 der Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrechts, Tübingen, 1983, pp.361 ss.; R.WAGNER: *Das deutsche internationale Privatrecht bei Persönlichkeitsverletzungen*, Frankfurt am Main, 1986; P.BOUREL: *Les conflits de lois en matière d'obligations extrcontractuelles*, Paris, LGDJ, 1961; Id.: "Responsabilité civile", *Enciclopedia Dalloz Droit international*, vol.II, Paris, 1969, pp.770-780; Id.: "Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé", *RCADI*, 1989, vol.214, pp.251-398; A.BUCHER: "La protection de la personnalité en droit international privé suisse. Développements récents", *Recueil de travaux offerts à P.Engel*, Lausanne, 1989, pp.15-35; Id.: "Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse", *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausana, 1988, pp.107-141; Id.: *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, 1985; Inst.Droit International: "Les obligations délictuelles en droit international privé", *An.IDI*, Annuaire, Session d'Edimbourg, Basilea, 1969; A.SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrecht*, 4ª ed., vol.I, Basel, 1957, pp.290 ss.; L.RAAPE: *Internationales Privatrecht*, 5ª ed., Berlín-Frankfurt, 1961, p.647 ss.

9. a) *Sistema del "estatuto personal"*. Ciertos autores han considerado que los distintos "derechos de la personalidad" -derecho a la intimidad, propia imagen, honor, etc.-, deben ser calificados como *derechos personalísimos*. Como tales, deben ser incluidos en la esfera del tradicionalmente conocido, en DIPr., como "estatuto personal" -materias que afectan a la persona en cuanto tal-. Así calificada (art.12.1 Cc.), una infracción de los derechos de la personalidad debe subsumirse en el *Tatbestand* del art.9.1 Cc. El resultado es claro: la Ley aplicable a los derechos de la personalidad es la "ley nacional" del sujeto afectado, que le seguiría allí donde se encuentre. Ello garantizaría tanto la "permanencia necesaria" de las normas que rigen el *status* jurídico de la persona, como la "conexión psicológica" de la persona con su "ambiente cultural". Un sector de la doctrina española se han manifestado en esta línea (M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, A.MARÍN LÓPEZ, M.AGUILAR NAVARRO, A.MIAJA DE LA MUELA<sup>10</sup>), que ha encontrado acogida en el art.27 del Código civil portugués;

10. b) *Sistema de "responsabilidad civil no contractual"*. Esta tesis parte del dato de que los derechos de la personalidad son derechos "sin contenido positivo". No otorgan facultades al sujeto más que en el caso de que sean infringidos. La vulneración de los derechos de la personalidad será, pues, calificada (art.12.1 Cc.) como un supuesto de "responsabilidad civil *ex delicto*", pues lo relevante es la "reacción jurídica" frente a un comportamiento ajeno lesivo del derecho, y no lo que el sujeto está facultado a hacer en "ejercicio positivo" de su derecho. Con arreglo a esta calificación, la ley aplicable a los derechos de la personalidad se fija mediante el art.10.9.I Cc., que conduce a la Ley del país donde se ha producido la vulneración del derecho de la personalidad -*Lex loci delicti commissi*-. Este sistema ha sido sostenido en nuestra doctrina por L.GARAU JUANEDA, y es el prevalente en la jurisprudencia y doctrina francesa y en amplios sectores de la doctrina de otros países<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> A.MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional...*, op.cit., p.27; M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *Lecciones...*, op.cit., pp.40-41; Id.: "Art.9.1 Cc.", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dir.M.ALBALADEJO y S.DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp.163-181; M.AGUILAR NAVARRO: *Derecho...*, op.cit., pp.97-102; A.MIAJA DE LA MUELA: *Derecho...*, op.cit., p.259. En la doctrina extranjera, los principales apoyos de esta tesis se encuentran en la italiana, *ad ex*. R.LUZZATTO: "Persona...", cit., p.229; P.MENGOZZI: *Diritto...*, op.cit., p.105, si bien es posible recabar partidarios de la misma en la doctrina de otros países: *ad ex*, J.MESTRE: "Conflits de lois...", cit., p.246, con matices; M.WOLFF: *Private International...*, op.cit., pp.289-295. igualmente, la Sent.Cour Paris de 20 diciembre 1976, *Tribu de Bunlap*, recurrió a la "Ley nacional" de la víctima, si bien se hizo intervenir a la *Lex fori* justificando tal proceder en la contrariedad de la Ley nacional con el orden público del foro y/o en el carácter de *lois de police* de las normas de la *Lex fori* que regulan los derechos de la personalidad (sobre el caso, P.BOUREL: *Nota a la Sent.Cour cassation de 13 abril 1988*, RCDIP, 1988 pp.546-554; B.EDELMAN: *Nota a la Sent.Trib.Grande Instance Paris de 13 abril 1983*, *JDI Clunet*, 1988, p.761; D.HOLLEAUX, J.FOYER, G. de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE: *Droit international...*, op.cit., pp.504-505).

<sup>11</sup> L.GARAU JUANEDA: "Las fuentes...", pp.403-450, esp. p.449. En la doctrina francesa, P.MAYER: *Droit international...*, op.cit., pp.338 y 448-449, aun admitiendo una posible intervención de la *Lex fori* a título de *Loi du police*; igualmente, aunque con discrepancias a la hora de fijar el *Locus delicti*, B.AUDIT: *Droit international...*, op.cit., pp.497-498, Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *Droit...*, op.cit., pp.297-298. Entre las decisiones más notorias de la jurisprudencia que sostienen esta tesis, destacan: Sent.Cour de cassation (1ª Ch.civ.) de 13 abril 1988, *Soc.Jours de France vs. Farah Diba*, RCDIP, 1988, pp.546-554 y *nota de P.BOUREL*; Sent.Trib.Grande Instance Paris (3ª Ch.), de 23 junio 1976, *Aga Khan vs. Soc.Axel Springer et al.*, RCDIP, 1978, pp.132-140 y *nota de H.GAUDEMET-TALLON*; Sent.Trib.Grande Instance Paris (1ª Ch., 1ª Sect.), de 29 septiembre 1982, *Romy Schneider vs. Les Editions Heinrich Bauer Verlag*, y Sent.Trib.Grande Instance Paris (1ª Ch., 1ª Sect.), de 13 abril 1983, *Caroline de Monaco vs.Soc.Burda GmbH*, RCDIP, 1983, pp.670-678 y *nota de H.GAUDEMET-TALLON*; *JDI Clunet*, 1988, pp.752-766 y *nota de B.EDELMAN*; Sent.Cour d'Appel de Paris (1ª Ch., sect.A) de 19 marzo 1984, *S.A.R. La Duchesse de Windsor vs.Sánchez Gómez*, RCDIP, 1985, pp.144-150 y *nota de H.GAUDEMET-TALLON*; Sent.Trib.Grande Instance Paris de 19 junio 1974, *Hauert vs. dle Goosten et al.*, RCDIP, 1974, pp.698-705 y *nota de P.LAGARDE*. La ha sido respaldada, en la doctrina italiana, por G.BALLADORE PALLIERI: *Diritto...*, op.cit., p.138; G.C.VENTURINI: *Diritto internazionale...*, op.cit., pp.300-303; L.FERRARI BRAVO: "Aspetti generali...", cit., pp.20-42; R.QUADRI: "Note sui diritti...", cit., pp.777-788, que conecta esta responsabilidad civil con el ilícito penal. La generalidad de la doctrina suiza apoya igualmente la tesis de la "responsabilidad civil": J.L.CHENAUX: *Le droit...*, op.cit.,

11. c) *Sistema "mixto"*. La doctrina italiana sugirió la posibilidad de abrir una "vía intermedia" entre las dos tesis anteriores, a tenor de la cual es posible distinguir, en los derechos de la personalidad, dos aspectos objeto de distintas "calificaciones"<sup>12</sup>. En primer término, un *aspecto estático* -la existencia y contenido de estos derechos-, que, calificado como perteneciente al "estatuto personal" debería quedar sujeto a Ley nacional del sujeto (art.9.1 Cc.). En segundo término, un *aspecto dinámico*, -la vulneración de estos derechos y las consecuencias de la misma, como la fijación de indemnización y otras medidas de reparación del derecho vulnerado-, que debe ser calificado como "responsabilidad civil *ex delicto*", y por tanto, quedaría sujeto al art.10.9.I Cc. Este *sistema mixto* -cuyo origen, como recuerda G.GAJA, radica en el régimen de DIPr. del "derecho al nombre"<sup>13</sup>-, es seguido por varios ordenamientos -art.24 de la Ley italiana de DIPr. de 31 mayo 1995; art.10 del Decreto ley núm.13/1979 húngaro sobre el DIPr.-.

12. d) *Consideración de las normas relativas a los derechos de la personalidad como "normas procesales"*. Ciertos autores han estimado que las normas que protegen los derechos de la personalidad son "normas procesales". Ello conduciría a la aplicación de la *Lex fori* (art.8.2 Cc.<sup>14</sup>) Esta tesis, sin embargo, carece de apoyo legal, pues resulta evidente que las normas que regulan estos derechos establecen, en favor de los particulares, facultades sustantivas y no meros cauces procedimentales.

13. e) *Sistema del "derecho subjetivo"*. Algunos sectores han calificado los "derechos de la personalidad como "derechos subjetivos", semejantes al derecho de propiedad. Ello permitiría explicar cuestiones como la "cesión del derecho de imagen". Así, una vulneración de los derechos de la personalidad no sería sino un atentado contra un "monopolio legalmente establecido". Para "localizar" en el espacio este monopolio podría recurrirse bien al país donde

pp.55-61; W.VON STEIGER: "Betrachtungen zum Schutz...", pp.197 ss.; V.TRUTMANN: *Das Internationale...*, pp.185 ss. La doctrina alemana sostiene sin fisuras esta tesis, aunque se parecían opiniones discordantes en torno a la fijación del *locus delicti*: G.KEGEL: *Internationales Privatrecht*, München, 1987, pp.456-457; R.WAGNER: *Das deutsche...*, *op.cit.*, pp.78-106; H.TRÜMME y R.A.SCHÜTZE: "Zum Gegendarstellungsanspruch bei ausländischen Presseveröffentlichungen", *Juristenzeitung*, 1977, pp.786 ss.; G.BEITZKE: "Les obligations...", *op.cit.*, pp.67-146; W.BRÖCKER: *Möglichkeiten der differenzierten Regelbildung im internationalen Deliktsrecht*, München, 1967, encontrándose los precedentes más remotos -si bien referidos al "derecho al nombre"- en E.ZITELMANN: *Internationales Privatrecht*, München-Leipzig, 1912, vol.I, pp.139 ss, vol.II, pp.674 ss.

<sup>12</sup> A.DI BLASE: "Art.24", en *Commentario alla Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, *RDIPP*, 1995, pp.1026-1036; E.VITTA: *Diritto...*, *op.cit.*, pp.18-26, que expone tres variantes de este "sistema mixto": a) Para ciertos autores, sólo el "modo de atribución de los derechos" se rige por la Ley nacional, mientras que la "tutela de los derechos", se regula por la *Lex loci delicti commissi* (T.BALLARINO: *Diritto...*, *op.cit.*, pp.654-655); b) Otro sector sostiene que sólo el "presupuesto" de tales derechos queda sujeto a la Ley nacional, mientras que los "derechos en sí" y su "vulneración" se rigen por la *Lex loci delicti commissi* (G.C.VENTURINI: *Diritto...*, *op.cit.*, pp.300-303); c) Otros autores, en fin, partiendo del tratamiento jurídico del "derecho al nombre", han defendido la aplicación de la Ley nacional tanto a los derechos en sí considerados como a su "tutela jurídica", mientras que la *Lex loci delicti commissi* rige solamente la obligación derivada del ilícito propiamente dicha (G.GAJA: "Il diritto al nome nel Diritto internazionale privato", *RDI*, 1963, pp.72-88; A.RUINI: "Il diritto al nome nel Diritto internazionale privato", *Temi*, 1953, pp.475-490). Sin embargo, el derecho al nombre presenta un "contenido positivo", por lo que su tratamiento jurídico en DIPr. no puede extrapolarse sin más a los demás "derechos de la personalidad" (intimidad, honor, propia imagen), que carecen de tal "contenido positivo". En fin, el "sistema mixto" también ha sido defendido en la doctrina suiza por A.SCHNITZER: *Handbuch...*, *op.cit.*, pp.290-295, y en la francesa por D.HOLLEAUX, J.FOYER, G.de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE: *Droit international...*, *op.cit.*, p.505.

<sup>13</sup> G.GAJA: "Il diritto...", *cit.*, pp.72-88.

<sup>14</sup> G.GARZON y E.VILARIÑO: *Las leyes...*, pp.5-11.

la víctima reside o tiene sus intereses principales, o bien acudir a los criterios que sirven para localizar supuestos semejantes como los "derechos de autor" *-Lex loci protectionis* en nuestro DIPr.-. Sin embargo, esta postura parece rechazable toda vez que los derechos de la personalidad no presentan sólo un "aspecto patrimonial", sino también una vertiente ajena a consideraciones económicas *-ad ex*. lo que en Estados Unidos se conoce como *right to be left alone*<sup>15</sup>.

**14. f) Consideración de las normas relativas a los derechos de la personalidad como "normas materiales imperativas".** Finalmente, otra tesis pasa por considerar que las normas de nuestro ordenamiento relativas a los derechos de la personalidad -básicamente, Ley orgánica 1/1982 de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la misma LORTAD-, son "normas materiales imperativas" -también llamadas "normas de policía" o de "aplicación inmediata"- . Así concebidas, tales normas serían aplicables no sólo a los casos "nacionales", sino también a los "supuestos internacionales" relativos a los derechos de la personalidad. Esta tesis se halla muy extendida en la doctrina española (P.ABARCA JUNCO, J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, E.PÉREZ VERA, M.AMORES CONRADI; en la doctrina extranjera, entre otros, G.MORELLI, B.CONFORTI, H.BATIFFOL, P.LAGARDE, F.RIGAUX, A.MACHERET, F.W.HONDIUS<sup>16</sup>). Sin embargo, para que las leyes españolas relativas a los derechos de la personalidad fueren aplicables tanto a los casos "nacionales" como a los "internacionales", tales leyes deberían contener una "cláusula expresa" que ordenase la aplicación de las mismas a determinados "supuestos internacionales". Dicha cláusula o "indicador espacial de aplicación", no existe en las referidas leyes. Tampoco existe, en tales leyes, una pretendida "cláusula tácita" que ordene la aplicación de las mismas a determinados "supuestos internacionales". Las leyes relativas a los derechos de la personalidad guardan un riguroso silencio sobre la "Ley aplicable" a dichos tales "casos internacionales". Y dicho silencio se explica fácilmente en virtud de otro factor: el perenne olvido al que condena,

---

<sup>15</sup> Esta tesis se basa en una transposición de la "doctrina Fox" (Sent.Cour Cassation (Ch.civ.1<sup>er</sup> Sect.) de 22 diciembre 1959, *Soc.Fox Europa vs.Soc. Le Chant du Monde*, RCDIP, pp.361-370 y nota de F.TERRÉ; *JDI Clunet*, 1961, pp.420-427 y nota de G.GOLDMAN), como exponen B.AUDIT: *Droit international...*, *op.cit.*, pp.495-496 y B.EDELMAN: Nota a la Sent.Trib.Grande Instance Paris de 13 abril 1983, *cit.*, p.759. Sobre la distinción de aspectos *-right of privacy / right of publicity-*, *vid.* F.RIGAUX: "L'elaboration...", *cit.*, pp.701-730 y E.GAILLARD: "Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux Etats-Unis (à propos de la jurisprudence Groucho Marx)", RCDIP, 1984, pp.1 ss.

<sup>16</sup> En la doctrina española, P.ABARCA JUNCO: "El derecho...", pp.24-27: "de todo ello se puede deducir que la voluntad de la ley (se refiere a la Orgánica 1/82) 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". "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 implícita". Partidarios de un recurso a la *Lex Fori* y de prescindir de soluciones conflictualistas, igualmente, J.C.FERNÁNDEZ ROZAS en J.D.GONZÁLEZ CAMPOS et al.: *Derecho...*, *op.cit.*, pp.69-73 y E.PÉREZ VERA en E.PÉREZ VERA et al.: *Derecho...*, *op.cit.*, pp.23-24, así como M.AMORES CONRADI en J.D.GONZÁLEZ CAMPOS et al.: *Derecho internacional...*, pp.229-230: "en este ámbito, existe una norma unilateral implícita conforme a la cual la protección de estos derechos en supuesto que afectan al espacio público español se rige en todo caso por el ordenamiento español"; Id.: "Art.10.9 Cc.", *cit.*, pp.757-759. Este mismo autor, sin embargo, había sostenido precedentemente la viabilidad del "sistema mixto" (A.AMORES CONRADI: "Art.9.1 Cc.", *cit.*, p.78: "queda por destacar la inclusión en el ámbito del art.9.1 Cc. de los derechos de la personalidad (...). No debe olvidarse, de otro lado, la posible incidencia de la ley rectora de la responsabilidad extracontractual"; *vid.* igualmente, A.AMORES CONRADI: "Art.10.9 Cc.", *cit.*, p.129. En la doctrina extranjera, entre otros, G.MORELLI: *Elementi...*, *op.cit.*, pp.88-89; B.CONFORTI: "In tema...", *cit.*, pp.112- ss; con matices, H.BATIFFOL y P.LAGARDE: *Droit international privé*, t.II, 7<sup>ed.</sup>, París, 1983, pp.19-20. Esta tesis ha sido defendida por distintos autores en relación con las leyes de otros países relativas a la protección de datos frente al uso de la informática: F.RIGAUX: "Le régime...", *cit.*, pp.316-317; A.MACHERET: "Règlement...", *cit.*, p.229; F.W.HONDIUS: "A decade...", *cit.*, pp.1203-125, si bien ha quedado claramente superada en ciertos supuestos, como en el caso del nuevo art.139.3 de la Ley suiza de DIPr., que opta en favor de una *solución conflictual* para los casos de tratamiento automatizado de datos personales (su estudio en J.L.CHENAUX: *Le droit...*, *op.cit.*, pp.268-270), así como por el art.4 de la Directiva 46/95.

el legislador español, a los supuestos objeto del DIPr. En otras palabras: el legislador español ni siquiera se ha representado los problemas "internacionales" que plantean los derechos de la personalidad. No ha fijado ninguna regulación de tales casos porque no se ha planteado la cuestión. Por tanto, de un olvido mal puede extraerse una voluntad "tácita" o "implícita" del legislador. No es misión del intérprete arreglar los desafueros del legislador, sino interpretar el sistema jurídico tal y como ha sido concebido por el legislador y, si procede, denunciar sus defectos, como es el caso. Presumir la existencia de estas "normas implícitas" de DIPr. significa abrir paso a un "DIPr. invisible" o un "DIPr. implícito", que resurge por la mera "voluntad del intérprete" y que actúa como una auténtica *carga de profundidad* contra la seguridad jurídica. Por consiguiente, esta tesis debe ser también rechazada.

### b) Aplicación del art.10.9.I Cc.

15. Centrada la cuestión en las tres opciones primeramente descritas, a la hora de tomar partido por alguna de ellas, deben tenerse presentes varios datos:

a) En favor del sistema del "estatuto personal" y/o del sistema "mixto", cabría sólomente traer a colación dos argumentos. En primer lugar, el elevado número de materias que el art.9.1 Cc. somete a la "Ley nacional" del sujeto<sup>17</sup>. En segundo lugar, la *interpretación extensiva* que la jurisprudencia española ha hecho de tales materias (entre otras, *vid.* STS de 27 noviembre 1868, *Martí vs. Martí*, STS 18 marzo 1925, *Urruticoechea vs. Urcullu*, STS 26 enero 1928, *Bengoechea vs. Iriarte*, STCT de 24 septiembre 1975<sup>18</sup>). Ambos elementos podrían inducir a pensar que el legislador ha incluido los "derechos de la personalidad" en el supuesto de hecho del art.9.1 Cc. Sin embargo, los dos argumentos citados son rebatibles sin dificultad. En cuanto al primero, debe tenerse presente que sólo muy forzosamente el art.9.1 Cc. puede comprender los "derechos de la personalidad", pues cuando fue redactado -recuérdese que el precepto es resultado de una nueva redacción, en 1974, de un texto de 1889-, tal categoría era, cuanto menos, imprecisa en Derecho español. Ello explicaría el silencio del art.9.1 en relación a los "derechos de la personalidad". Por otra parte, la desmesurada amplitud del *Tatbestand* del art.9.1 Cc. obedece a razones históricas -opción en favor del "modelo italiano" de corte "familiar" y rechazo del modelo francés de sesgo "individualista" en torno al alcance de la Ley nacional-, razones que poco tienen que ver con la fijación de la Ley aplicable a los "derechos de la personalidad"<sup>19</sup>. En lo que afecta al segundo, cabe afirmar que se trata de sentencias antiguas poco representativas, pues no versan expresamente sobre los "derechos de la personalidad". Además, no debe olvidarse que en nuestro DIPr., el "estatuto personal" hace ya años que entró, lenta pero inexorablemente, en fase de *cuarto menguante*, de modo que el número de materias que han ido desgajándose de la sujeción a la "Ley nacional" no ha hecho otra cosa que aumentar.

---

<sup>17</sup> Téngase presente la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, al que se debe la actual redacción del art.9.1 Cc.: "Es mantenido el criterio, a la vez tradicional y generalizado, del imperio de la ley nacional en todo lo concerniente a la persona y a las relaciones jurídicas donde tienen acogida los derechos inherentes a ella". Sobre la "extensión" del *estatuto personal* en nuestro DIPr., *vid.* A.MARÍN LÓPEZ: *Derecho internacional...*, *op.cit.*, pp.23-26; M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *Lecciones...*, *op.cit.*, pp.40-41; Id.: "Art.9.1", *cit.*, pp.163-181.

<sup>18</sup> Las sentencias citadas pueden consultarse en J.PUENTE EGIDO: *Derecho internacional privado español, doctrina legal del TS*, Ed.RDP, Madrid, 1981; la STCT de 24 septiembre 1975 está anotada por J.C.FERNÁNDEZ ROZAS en *REDI*, 1980, pp.213-218, y es un ejemplo de "interpretación forzada" del art.9.1 Cc. en "sentido expansivo".

<sup>19</sup> Sobre los motivos que explican la amplitud del *Tatbestand* del art.9.1 Cc., M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *Lecciones...*, *op.cit.*, pp.32-33; Id.: "Art.9.1 Cc.", *cit.*, pp.175-176.

b) En favor de la tesis de la "responsabilidad civil no contractual" operan tres argumentos de peso:

1º) Las normas que protegen los derechos de la personalidad desarrollan, como las que rigen la propiedad intelectual e industrial o la competencia desleal, una "función institucional". Establecen una "ordenación general" de un sector de la vida social determinado: fijan las reglas de actuación que vinculan a todos los sujetos -medios de comunicación, personajes públicos, particulares sin relevancia en la escena pública, etc.-, que operan en el sector de la "comunicación / protección de los derechos de la personalidad"<sup>20</sup>, sin olvidar que desarrollan, también, una "función de *reparación a la víctima*". De esta "función institucional" derivan, para el DIPr., dos exigencias: primero, la protección de estos derechos debe quedar sujeta a un "mismo *standard jurídico*", de modo que todos los que operan en dicho sector queden vinculados por las mismas reglas. Segundo: dichas normas deben ser de aplicación a todos los que operan, dentro de dicho sector, en un "ámbito espacial" determinado -*ad ex.*, "en España"- . De este modo, el DIPr. aseguraría un *régimen jurídico uniforme*, igual para todos los que intervienen en el sector, y respetado en un determinado "ámbito espacial". Pues bien: el art.9.1 Cc. no permite garantizar estas dos exigencias, pues daría entrada a normas extranjeras para la protección de los derechos de la personalidad frente a actos verificados en España. En efecto, los derechos de cada sujeto se protegerían con arreglo a su *Ley nacional* (art.9.1 Cc.). Sin embargo, el art.10.9.I Cc. satisface mejor estas exigencias: permite que toda vulneración de los derechos de la personalidad que tenga lugar en el territorio de un Estado, quede sujeta a un mismo ordenamiento jurídico, a la Ley de dicho Estado. Es cierto que el punto de conexión utilizado por el art.10.9.I Cc. presenta "fallas" importantes. No ofrece soluciones adecuadas cuando la vulneración del derecho se realiza en un país pero produce "efectos" en otro país distinto. Tampoco asegura la protección de los derechos de la personalidad de los particulares frente a vulneraciones verificadas en países carentes de una legislación adecuada al respecto, lo que es particularmente grave en la actualidad, vista la facilidad con la que es posible "deslocalizar" *artificialmente* una situación jurídica -*ad ex.* traslado de una empresa a "paraísos fiscales" y/o "informáticos", ubicación de las distintas fases de producción de la empresa en diferentes países con el objetivo de provocar la aplicación de la normativa más favorable para la empresa (*dumping social*), etc.-. El *contexto internacional* en el que se desarrolla la vida económica actual permite que tales fenómenos de "deslocalización artificial" sean frecuentes. Estas "imperfecciones" de la regla *Lex loci delicti commissi* se deben a la obsolescencia de dicha regla, cuyas raíces históricas son muy profundas. Pero, en todo caso, no cabe duda que la regla *Lex loci delicti commissi* se adapta mejor a la regulación de los derechos de la personalidad de lo que pueda hacerlo el criterio de la *Ley nacional* del afectado.

2º) Los derechos de la personalidad, aun admitiendo su carácter de "derechos subjetivos", son derechos "sin contenido positivo", derechos cuyo objeto es un "no hacer de los demás"<sup>21</sup>. El sujeto afectado dispone de acción sólo cuando otro individuo ha vulnerado el derecho de la personalidad de que se trate -cuando se publican ciertas fotografías, cuando se produce una difamación, cuando se "tratan" datos personales, etc.-. Así, los "derechos" que la

---

<sup>20</sup> Sobre esta función, Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *Droit...*, *op.cit.*, pp.297-298; A.HELDRIK: "Persönlichkeitsverletzungen im internationalen...", *op.cit.*, pp.361 ss.; F.TÜMPY-WARIDEL: *Le droit de la personnalité des personnes morales et en particulier des sociétés commerciales*, Lausanne, 1986, pp.189 ss.; J.L.CHENAUX: *Le droit...*, *op.cit.*, pp.77-79; J.MASSAGUER FUENTES: "Aproximación sistemática general al Derecho de la Competencia y de los bienes inmateriales", *RGD*, 1990, I, pp.245-263.

<sup>21</sup> Así, P.A.MUNAR BERNAT: "Derechos de la personalidad", *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, pp.2388-2390. En el DIPr., G.BALLADORE PALLIERI: *Diritto...*, *op.cit.*, p.138.

LORTAD (arts.14 y 15) dispone en favor de las personas -derecho de acceso, de cancelación, de rectificación de datos, derecho *de silencio*, derecho *de olvido*, etc.-, excelentemente sistematizados por G.OROZCO PARDO, constituyen facultades operativas, exclusivamente, frente a un *previo comportamiento ilícito* del sujeto que "trata" los datos<sup>22</sup>. Lo relevante es, pues, la "reacción jurídica" frente a la vulneración del derecho. Este dato constituye una clave importante para fijar la "Ley aplicable" a los supuestos internacionales de lesiones a los derechos de la personalidad. Por otra parte, -y como advirtió la doctrina italiana hace años-, resulta sumamente difícil "escindir" los "presupuestos del ilícito", de los "efectos" de la vulneración de un derecho, lo que juega en contra del "sistema mixto" y en favor de la tesis de la "responsabilidad civil"<sup>23</sup>. En suma, todo ello conduce a calificar las infracciones de los derechos de la personalidad como supuestos de "responsabilidad civil" *ex delicto*, cuyas normas resultan adaptadas para sancionar las agresiones que sufren estos derechos<sup>24</sup>. En principio, la "calificación única" en favor de la responsabilidad no contractual, conduce a una "Ley única" (*Lex loci delicti commissi*).

3º) Mientras que la Ley orgánica 1/1982 ignora por completo cualquier "supuesto internacional", la LORTAD contiene ciertas normas sobre "circulación internacional" de datos personales (arts.32 y 33 LORTAD). Pues bien, estos preceptos sólo tienen sentido si la ley que rige los derechos de la personalidad se fija con arreglo al art.10.9.I Cc. En efecto: los arts.32 y 33 LORTAD son "reglas especiales" que "corrigen" las consecuencias del art.10.9.I Cc. Si no existieran los citados arts.32 y 33 LORTAD, encontraría aplicación, *ex art.10.9.I*, la "Ley del país donde se ha verificado el ilícito". Si, en vez de ello, fuese aplicable, total o parcialmente, la Ley nacional del afectado, no haría falta "impedir" la aplicación de la "Ley del lugar donde se ha verificado el ilícito" y los arts.32 y 33 LORTAD no tendrían razón de ser, pues el art.9.1 Cc. aseguraría, *ad ex.*, el respeto a la LORTAD frente a una vulneración, en el extranjero, de la intimidad de un afectado español. Sin embargo, es claro que el legislador parte de la base de que, de no existir los arts.32 y 33 LORTAD, sería aplicable una Ley extranjera -Ley del país en cuyo territorio se vulneró el derecho a la intimidad-. Por ello, los arts.32 y 33 LORTAD tienen como misión "evitar" dicho resultado. De otro lado, los arts.32 y 33 LORTAD ayudan a concretar el *locus delicti*. En efecto: al estar destinados a impedir la aplicación de la Ley del país donde se produce el tratamiento de los datos personales, se acepta implícitamente que el *locus delicti* es, precisamente, el país donde se tratan los datos, con independencia de los "efectos" que dicho tratamiento pueda producir en otros países.

**16.** Los argumentos anteriores conducen a afirmar que, en nuestro DIPr., la "Ley aplicable" a los derechos de la personalidad debe determinarse con arreglo al art.10.9.I Cc., dando entrada, pues, a la tesis de la "responsabilidad civil *ex delicto*", y desechando las otras posibilidades, tales como acudir, total o parcialmente, al art.9.1 Cc. -Ley nacional del afectado-, apostar por "normas unilaterales implícitas" o "normas materiales imperativas", o por una "calificación procesal".

---

<sup>22</sup> G.OROZCO PARDO: "Los derechos de las personas en la LORTAD", *Informática y Derecho*, núms.6 y 7, 1995, pp.151-201.

<sup>23</sup> G.C.VENTURINI: *Diritto internazionale...*, *op.cit.*, pp.297-298; L.FERRARI BRAVO: "Il luogo di commissione dell'illecito in Diritto internazionale privato", *Riv.Dir.Civile*, 1961, pp.80-85; G.MORELLI: *Elementi...*, *op.cit.*, pp.88-89; P.ZICCARDI: "Questioni di diritto internazionale privato in tema di responsabilità da illecito", *Dir.Internazionale*, 1939, pp.53-63.

<sup>24</sup> P.BOUREL: *Nota a la Sent.Cour de cassation de 13 abril 1988*, *cit.*, pp.546-554; P.ABARCA JUNCO: "El derecho...", *cit.*, p.21.

17. La tesis de la "responsabilidad civil *ex delicto*" plantea, sin embargo, un problema añadido, clásico de este ámbito: la determinación del *locus delicti* o "lugar donde se verifica el ilícito". En efecto: la vulneración de los derechos de la personalidad suele constituir un "ilícito plurilocalizado" -generado en un país y que produce "efectos" en otros países-. Ello obliga a precisar qué se entiende por "lugar donde se ha vulnerado el derecho" (*Locus delicti*), lo que ha dividido a la doctrina. En línea de máxima, se han avanzado estas tesis<sup>25</sup>:

1º La teoría más clásica, cultivada en la doctrina alemana, consiste en retener como *locus delicti* tanto el lugar donde se verifica el "evento causal" como aquél donde se produce el "daño". La Ley del "país del acto causal" y la Ley del "país del daño" muestran igual título de aplicación al supuesto. Visto que resulta difícil proceder a una aplicación "distributiva" de ambas leyes, se ofrece, pues, a la víctima, la facultad de optar entre la "Ley del país del evento causal" y la "Ley del lugar donde se verifica el "resultado lesivo" -*Günstigkeitsprinzip*- (G.KEGEL, R.WAGNER, H.TRÜMME, R.A.SCHÜTZE)<sup>26</sup>. Sin embargo, esta tesis presenta ciertos inconvenientes: favorece en demasía a la víctima sin distinguir supuestos concretos; complica el proceso de determinación de la Ley aplicable; no tiene en cuenta que existen "actos causales" que operan, *pari passu*, como "resultados lesivos". No obstante, y convenientemente reformulada mediante una *cláusula de previsibilidad*, esta *optio juris* ha encontrado cobijo en el art.139 de la Ley federal suiza de DIPr. de 1987.

2º Ciertos autores han sugerido una identificación del *locus delicti* con el lugar que corresponde al "medio social" propio de la víctima, lo que conduce a la "Ley del domicilio o residencia habitual" de ésta (entre otros, H.GAUDEMET-TALLON, P.BOUREL, Y.LOUSSOUARN, H.STOLL, H.BINDER)<sup>27</sup>. Esta "localización cualitativa" del *locus delicti* se basa en una equiparación radical de tres nociones: "lugar donde se produce el perjuicio", "lugar donde se verifica el daño" y "lugar donde reside habitualmente la víctima". Esta interpretación presenta la ventaja de conducir a la aplicación de una sola Ley, pues el domicilio de la víctima opera como *conexión única*. Sin embargo, comporta el inconveniente de no resultar adaptada en relación con personas que llevan una acusada "vida internacional" -que precisamente suelen ser víctimas frecuentes de ataques, "a escala internacional", contra sus derechos de la personalidad-, como son los personajes de la escena pública -políticos, cantantes, actores, financieros, etc.-. En efecto, en estos casos, es difícil identificar un país como el "medio social" de la víctima, y en todo caso es evidente que estas personas "experimentan" el perjuicio "en varios países".

3º La defensa del "lugar del acto causal" como *locus delicti*, argumentada por buena parte de los clásicos franceses (P.ARMINJON, E.BARTIN, P.LEREBOURS-PIGEONNIÈRE)

<sup>25</sup> Su exposición en P.BOUREL: "Responsabilité...", *cit.*, p.774.

<sup>26</sup> G.KEGEL: *Internationales...*, *op.cit.*, pp.456-457; R.WAGNER: *Das deutsche...*, *op.cit.*, pp.78-106; H.TRÜMME y R.A.SCHÜTZE: "Zum Gegendarstellungsanspruch bei ausländischen Presseveröffentlichungen", *Juristenzeitung*, 1977, pp.786 ss.

<sup>27</sup> H.GAUDEMET-TALLON: *Nota* a la Sent.Trib.Grande Instance Paris de 23 junio 1976, *cit.*, pp.132-140; Id.: *Nota* a la Sent.Trib.Grande Instance Paris de 29 septiembre 1982 y Sent.Trib.Grande Instance Paris de 13 abril 1983, *cit.*, pp.670-678; Id.: *Nota* a la Sent.Cour d'Appel de Paris marzo 1984, *cit.*, pp.144-150; también P.BOUREL: "Du rattachement...", *op.cit.*, pp.338 y 397; Id.: *Nota* a la Sent.Cour de cassation de 13 abril 1988, *cit.*, pp.546-554; Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *Droit...*, *op.cit.*, pp.297-298, y un importante sector de la doctrina alemana, como H.STOLL: "Zweispurige Anknüpfung von Verschuldens und Gefährdungshaftung im internationales Delikrecht", *Festschrift M.Ferid zum 70.Geburtstag*, München, 1978, pp.414-415 y H.BINDER: "Zur Auflockerung des Deliktstatuts", *RabelsZ.*, 1955, pp.477-496. Una variante de esta postura la representa P.KAYSER: *La protection...*, *op.cit.*, p.339, que sostiene que el "derecho a la intimidad" debe sujetarse a la ley del lugar donde se produce la "vulneración" del mismo, mientras que la "responsabilidad civil" del autor de dicha vulneración debe regularse por la Ley del lugar donde se ha producido el perjuicio para la víctima, que se identifica con el "país de residencia" de ésta.

hunde sus pilares en la "previsibilidad" que ofrece: el autor de la lesión puede conocer fácilmente la Ley del país en el que ha realizado el acto ilícito. Igualmente, dicho sujeto está en posición de saber con mayor grado el "círculo de países" donde despliega efectos su acción. Esta línea ha sido defendida igualmente en la doctrina alemana por quienes se oponen la allí mayoritaria "tesis de la opción" (G.BEITZKE, W.BRÖCKER<sup>28</sup>).

4º Otro sector ha apuntado al "lugar donde se verifica el daño" como *locus delicti*, sobre la base de la *función* que desarrollan las normas de responsabilidad civil -función de *reparación* a la víctima- (H.BATIFFOL, A.WEILL, y la jurisprudencia francesa dominante). Se afirma que la aplicación de la Ley del lugar del daño -que coincide normalmente con el lugar de residencia de la víctima-, sintoniza correctamente con la función de reparación a ésta que cumple la "responsabilidad civil". Además, se dice, el perjuicio se exterioriza en mayor medida que el acto causal lo que facilita su localización.

5º No obstante las tesis anteriores, partiendo de un escrupuloso análisis de las vulneraciones de los derechos de la personalidad, algunos autores han afirmado que dichas vulneraciones se verifican mediante una auténtica "cadena de ilícitos", de modo que no es posible distinguir, *tout court*, entre el país donde se produce, *exclusivamente*, el "evento causal", y el/los país/es donde se produce el "resultado lesivo" (B.AUDIT<sup>29</sup>). Así, *ad ex.*, recoger unos datos personales sin consentimiento del afectado en un país es ya, en sí mismo considerado, un ilícito que produce un perjuicio para el sujeto *en dicho país*; tratarlos y difundirlos "en otro país" constituye otro ilícito diferente que se produce en dicho país, y así sucesivamente. Acto causal y resultado lesivo vuelven a unirse. Existen, pues, tantos ilícitos como "actos" se producen en cada país. Esta tesis parece ser la más solvente, pues se adapta a la *estructura profunda* de los atentados contra el derecho a la intimidad; encuentra apoyo, según se ha avanzado, en los arts.32 y 33 LORTAD, por lo que parece preferible.

## **B) Soluciones específicas incorporadas por la LORTAD: Ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales.**

17. Como se ha visto, los "derechos de la personalidad" quedan, en principio, sujetos a "regla general" contenida en el art.10.9 Cc. Es aplicable, pues, a la protección de estos derechos, la Ley del país en el que se produce el hecho del que deriva la responsabilidad. Para determinar el dicho país (*locus delicti commissi*), habrá de tenerse presente que las vulneraciones de los derechos de la personalidad se producen mediante una "cadena de ilícitos": cada "acto de agresión" contra el derecho de la personalidad debe considerarse verificado en el país donde realmente tiene lugar, que es donde despliega su "resultado lesivo" (B.AUDIT). Traducido al sector de la protección de la *privacy* frente a la informática, ello significa que el tratamiento automatizado de datos personales se rige por la *Ley del país en cuyo territorio tiene lugar dicho tratamiento*. Es en este país donde se produce el ilícito, el *locus delicti*. Si el tratamiento de datos se desarrolla, como es frecuente, en distintas fases, -recogida de datos, clasificación de los mismos, cesión a terceros de los datos, divulgación de los mismos, etc.-, cada una de tales "fases" se regirá por la Ley del país en cuyo territorio haya tenido lugar.

<sup>28</sup> G.BEITZKE: "Les obligations...", *cit.*, pp.85-906; W.BRÖCKER: *Möglichkeiten...*, *op.cit.*, pp.169-175.

<sup>29</sup> B.AUDIT: *Droit international...*, *op.cit.*, pp.497-498, con apoyo en la Sent.Trib.Grande Instance Paris de 23 junio 1976, *cit.*, en la que se aplicó distributivamente el Derecho francés para los daños sufridos "en Francia" y el alemán para los sufridos en "Alemania" como consecuencia de la distribución internacional de una publicación.

**18.** Las ventajas de esta solución son claras: a) La aplicación de la Ley española queda asegurada a todo tratamiento de datos que tenga lugar en *territorio español*, con independencia cualquier otra circunstancia -nacionalidad y/o residencia de los sujetos a los que se refieren los datos y de los que "tratan" los datos, vulneraciones previas o posteriores del derecho en otros países, etc.-. Las reglas de responsabilidad *ex delicto* previstas en la Ley española son aplicables a todos los responsables de ficheros que "operan" en España. Este resultado corre paralelo, además, a lo dispuesto en relación a las "obligaciones administrativas" de los responsables de ficheros que operan en España (art.8.1 Cc.). En el caso de vulneración de la intimidad mediante un tratamiento informático de datos verificado en el extranjero, es aplicable la Ley del país donde dicha vulneración se ha producido; b) El Estado asegura la aplicación de su Ley en *su territorio*, sin injerencia de normas extranjeras que puedan perturbar la "uniformidad de tratamiento jurídico" en dicho ámbito; c) Se trata de una "solución no discriminatoria", que ampara a todos los sujetos, independientemente de su residencia y/o nacionalidad, lo que sintoniza perfectamente con lo previsto en el art.10 CE y en otros compromisos internacionales suscritos por España (*ad ex.*, art.8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950, art.16 del Pacto de derechos civiles y políticos de 19 diciembre 1966, etc.).

**19.** Ahora bien: la solución general "*Lex loci delicti commissi*" no es la mejor de las posibles, pues comporta ciertas consecuencias negativas. La aplicación de la Ley del país donde se realiza el tratamiento automatizado de datos personales puede conducir a la aplicación de la Ley de un país en el que no existe una protección adecuada -o incluso, ninguna protección-, de la *privacy* frente al uso de la informática. Un español residente en nuestro país podría comprobar cómo sus datos personales han sido "tratados" en un país carente de legislación al respecto, y asistir impotente al fenómeno, pues la Ley aplicable al tratamiento de los datos, -la *Lex loci delicti commissi*-, no le otorga ninguna protección.

Para evitar esta consecuencia negativa -la aplicación de Leyes de "paraísos informáticos"-, la LORTAD incorpora una serie de correcciones a la *regla-base*, esto es, al art.10.9.I Cc. Tales "correcciones" se contienen en los arts.32 y 33 LORTAD, que establecen una reglamentación *ad hoc* de la "circulación internacional de datos personales automatizados". Dichos preceptos están inspirados en el art.12 del Convenio de Estrasburgo de 28 enero 1981 y en los trabajos preparatorios de la Directiva 95/46/CE. Las soluciones que recogen los arts.32 y 33 LORTAD pueden esquematizarse en estos puntos:

a) La transmisión de datos personales a país extranjero en el que existe un "nivel de protección" de la *privacy* "equiparable" al que presta la LORTAD, es libre (criterio de la *protección equiparable*). Por tanto, en este supuesto, la regla base no se altera: el tratamiento automatizado de datos personales se rige por la Ley del país donde tiene lugar dicho tratamiento.

b) La transmisión de datos personales a país extranjero cuya legislación no proporciona un "nivel de protección" de la *privacy* "equiparable" al que presta la LORTAD, constituye un hecho, en sí mismo, generador de responsabilidad. Se impide, en definitiva, que el tratamiento automatizado de datos realizado en un país cuya legislación no protege adecuadamente la *privacy* de los particulares frente a la informática, quede sujeto a la Ley de dicho país. Se altera, pues, la regla-base *Lex loci delicti commissi* contenida en el art.10.9.I Cc. En efecto: los arts.32 y 33 LORTAD permiten al sujeto cuyos datos han sido transmitidos a un país extranjero cuya legislación no ofrece un nivel de protección "equiparable" al que presta la LORTAD, accionar ante nuestros tribunales, contra cedente y cesionario de los datos (art.17.3 LORTAD y art.3.2

RD 1332/1994). La Ley aplicable a tal responsabilidad será, obviamente, la Ley española.

**20.** Los arts.32 y 33 LORTAD pertenecen a la categoría de las llamadas "normas materiales especiales" o "normas materiales de DIPr.". Su misión es "modificar" la aplicación radical de la norma de conflicto, *-in casu*, del art.10.9 Cc.-, en ciertos supuestos. Los arts.32 y 33 LORTAD evitan, de este modo, que el criterio "*Lex loci delicti commissi*" comporte la aplicación de Leyes que no protegen la *privacy* de los sujetos frente a una utilización abusiva de la informática.

**21.** La estrategia legislativa del legislador español a la hora de fijar la "Ley aplicable" al tratamiento automatizado de datos personales, aunque compleja, resulta acertada.

Es necesario "corregir" la regla general del art.10.9.I Cc. porque el progreso técnico y la dimensión internacional de las relaciones sociales y económicas actuales así lo imponen. Hoy día la posibilidad de provocar una "deslocalización artificial" de los ilícitos no contractuales es muy elevada: los operadores económicos dedicados al tratamiento informático de datos pueden establecerse en países carentes de legislaciones que protejan convenientemente el derecho a la intimidad de las personas frente a la informática, o pueden alcanzar acuerdos para que otras empresas "traten" los datos en dichos países y posteriormente los "devuelvan" al país de origen. Los arts.32 y 33 LORTAD evitan que el tratamiento automatizado de datos personales llevado a cabo en un país carente de leyes que protejan de modo satisfactorio la *privacy* de los particulares frente a la informática, quede sujeto a la Ley de dicho país. Se trata de una solución que muestra el alto nivel de sofisticación del que puede hacer gala el DIPr. si se aprovecha la batería de métodos y técnicas de reglamentación del que dispone el legislador para responder a las complejas situaciones privadas internacionales que se presentan en la actualidad. El mérito de esta solución no corresponde en exclusiva al legislador español, -tan dado a olvidar la existencia de los supuestos "internacionales"-, pues un estudio detenido del *Making of* de los arts.32 y 33 LORTAD revela que éstos, -como no podía ser de otra forma-, son fiel trasunto de lo establecido en el art.12 del Convenio de Estrasburgo de 28 enero 1981, cuyas líneas básicas han inspirado igualmente la Directiva 95/46/CEE. Se trata, por tanto, de una respuesta jurídica de "tecnología punta" *importada* por el legislador español.

### **C) Distintos supuestos.**

**22.** En sintonía con los criterios expuestos en torno a la determinación de la ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales, pueden distinguirse diferentes supuestos.

#### **a) Tratamiento de datos en España;**

**23.** Todo tratamiento de datos llevado a cabo en España se rige por la ley española. El silencio de la LORTAD en relación a los supuestos internacionales, conduce al intérprete al art.10.9.I Cc., esto es, a Ley española como Ley del país donde ha ocurrido el hecho del que deriva la responsabilidad -recogida de datos, clasificación, difusión, cesión de datos, etc-. Como se ha visto antes, carece de anclaje sólido la tesis que sostiene que las normas de la LORTAD presentan un ámbito de aplicación espacial "implícito" o que la LORTAD contiene una "norma unilateral implícita" (?) que ordena su aplicación a los supuestos internacionales. Por ello, en base al art.10.9.I Cc., el sujeto -cualquiera que sea su nacionalidad o residencia-, cuyos datos

han sido tratados *en España*, puede reclamar frente al responsable de dicho tratamiento la correspondiente indemnización y ejercitar las facultades previstas en la Ley española (*vid.* art.17.3 LORTAD y, entre otros, arts.14 y 15 LORTAD).

**24.** La determinación de la competencia judicial internacional ha planteado, en materia de derechos de la personalidad, ciertos problemas que afectan a la precisión del *locus delicti* - lugar del "hecho dañoso"-, en los supuestos en que el "evento causal" -*ad ex.* tratamiento de los datos- se verifica en un país, mientras que el "perjuicio" -*ad ex.* difusión de dichos datos-, se concreta en otro/s país/es<sup>30</sup>. Al interpretar el art.5.3 del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, el TJCE ha optado por una regla extraída de la jurisprudencia alemana: "hecho dañoso" es tanto el lugar donde se produce el *evento causal*, como el lugar donde se producen el *perjuicio*. Cabe, pues, acudir a los tribunales de ambos países, si bien los primeros son competentes para conocer de los daños producidos en cualquier país, mientras que los tribunales del país donde se ha producido un perjuicio, lo son sólo en lo que se refiere a los perjuicios sufridos en dicho país. Posteriormente, el TJCE ha perfilado esta interpretación en supuestos más específicos<sup>31</sup>. Esta lectura del art.5.3 citado debe servir de guía para interpretar, a su vez, el art.22.3 LOPJ en lo relativo a las obligaciones no contractuales, al estar éste inspirado en aquél.

En sintonía con lo afirmado, nuestros tribunales serán competentes para conocer de los supuestos en los que el tratamiento de datos se ha llevado a cabo en España, en virtud de distintos foros de competencia judicial internacional: a) En caso de aplicación del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, nuestros tribunales pueden ser competentes: 1º En base a su art.5.3, ya que el "hecho dañoso" se ha producido en España; 2º En base a su art.2, si el demandado tiene su domicilio en España; 3º En función de sus arts.17 y 18, si existe sumisión de las partes a nuestros tribunales; b) En el caso de aplicación de la LOPJ -*ad ex.* porque el demandado, responsable del tratamiento de los datos, está domiciliado en Estados Unidos (art.4 del Convenio de Bruselas citado)-, nuestros tribunales podrán ser competentes: 1º En base al art.22.3 LOPJ, ya que "el hecho del que deriva" la responsabilidad ha ocurrido "en territorio español"; 2º En base al mismo art.22.3 LOPJ, siempre que autor del daño y víctima tuvieran su "residencia habitual común en España".

## **b) Tratamiento de datos en país con nivel de protección "equiparable".**

---

<sup>30</sup> Sobre tales cuestiones, *vid.* P.ABARCA JUNCO: "Los derechos...", pp.12-19; B.AUDIT: *Droit international...*, *op.cit.*, pp.499-500; H.GAUDEMET-TALLON: *Nota a la Sent.Cour d'Appel Paris de 19 marzo 1984*, *cit.*, pp.144-150; Id.: *Nota a la Sent.Trib.Gr.Istance Paris de 23 junio 1976*, *cit.*, pp.132-140.

<sup>31</sup> Al respecto, deben considerarse: a) STJCE de 30 noviembre 1976, asunto 21/76 (*Bier vs. Mines de Potasse d'Alsace*), *Recueil*, 1976, pp.1735-1758; b) STJCE de 11 enero 1990, asunto 220/88 (*Dumez Bâtiment y Tracoba vs. Hessische Landesbank*), *Recopilación*, 1990, pp.49-82; c) STJCE de 7 marzo 1995, asunto C-68/93 (*Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. vs. Presse Alliance S.A.*), *Recopilación*, 1995, pp.415-466; d) STJCE de 19 septiembre 1995, asunto C-364/93 (*Antonio Marinari vs. Lloyd's Bank plc*), *Actividades TJCE/TPI*, núm.24/1995, pp.3-6. El TJCE rechazó así la tesis de P.BOUREL: *Nota a la Sent.Cour cassation de 13 abril 1988*, *cit.*, pp.546-554, que sostuvo que la competencia del tribunal del país donde se verifica el perjuicio debía alcanzar los daños sufridos en todos los países. Tampoco tiene cabida la derivación que sobre esta tesis ha defendido H.GAUDEMET-TALLON: *Nota a la Sent.Trib.Gr.Istance Paris de 13 abril 1983*, *cit.*, pp.670-678, según la cual, los tribunales del país donde se produce el perjuicio, identificados con los del país de "domicilio de la víctima", deberían ser competentes para conocer de los perjuicios sufridos por ésta en cualquier país, tesis que conduce a un *forum actoris* no justificado. La doctrina sobre el art.5.3 del Convenio de Bruselas es muy abundante. *Vid.* por todos, P.BLANCO MORALES-LIMONES: "Art.5.3", en A.L.CALVO CARAVACA y OTROS: *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed.Univ. Carlos III/BOE, Madrid, 1994, pp.119-130.

**25.** Si el país donde se tratan los datos dispone de una legislación que ofrece un nivel de protección de la *privacy* de los particulares frente a la informática, "equiparable" al que presta la LORTAD, los arts.32 y 33 LORTAD no son aplicables. El art.10.9.I Cc. vuelve a entrar en escena y con él, la regla *Lex loci delicti commissi*. El responsable del tratamiento de datos personales verificado en uno de estos países, puede ser demandado con arreglo a la Ley del país donde se trataron los datos. Cabe, pues, la aplicación de una Ley extranjera a esta responsabilidad.

**26.** Más agudos son los problemas de competencia judicial internacional que suscitan estos supuestos. Nuestros tribunales serán competentes para conocer de los mismos en virtud de distintos foros de competencia judicial internacional: a) En caso de aplicación del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, nuestros tribunales pueden ser competentes: 1º En base a su art.2, si el demandado tiene su domicilio en España, lo que no será frecuente, pero es posible - *ad ex.* si el demandado reside en España pero remite al extranjero los datos para que allí los traten personas que dependen de él-; 2º En base a sus arts.17 y 18, si existe sumisión de las partes a nuestros tribunales, lo que aun siendo posible, es poco probable; 3º En función del art.5.3 del Convenio, siempre que se demuestre la existencia de un "perjuicio" en España para el afectado -*ad ex.* los datos tratados en un país son difundidos desde dicho país por prensa, televisión u otro medio, y llegan a España-. En este caso, el afectado sólo podrá reclamar ante nuestros tribunales por los daños producidos como consecuencia de la difusión de tales datos "en España" -daños "sufridos en España"-; b) En el caso de aplicación de la LOPJ -*ad ex.* porque el demandado responsable del tratamiento de los datos está domiciliado en Canadá (art.4 del Convenio de Bruselas) citado-, nuestros tribunales podrán ser competentes: 1º En base al art.22.3 LOPJ, sólo si el "perjuicio" para el afectado se ha producido, de alguna manera, "en territorio español" -*ad ex.* datos tratados y difundidos en un país por prensa que se distribuye posteriormente en España-. Nuestros tribunales, sin embargo, sólo serán competentes en relación con los daños "sufridos en España"; 2º En base al mismo art.22.3 LOPJ, siempre que autor del daño y víctima tuvieran su "residencia habitual común en España", lo que permitirá al demandante reclamar por los daños sufridos en cualquier país.

**27.** Dictada la sentencia por el juez español -que puede haber aplicado, en su caso, la Ley extranjera correspondiente a título de *Lex loci delicti commissi*-, nada debe obstar a su reconocimiento y/o ejecución, -si es que interesan-, en el país donde el tratamiento de datos tuvo lugar. El hecho de que se imponga una "obligación de hacer" -*ad ex.* cancelación de ciertos datos personales-, o de "no-hacer" -*ad ex.* cesar en el tratamiento ilícito de los datos-, o que se fije una indemnización en favor del perjudicado, no debe, en principio, obstaculizar la eficacia de la sentencia en el extranjero, a salvo lo establecido en el Derecho del país en el que se solicita el reconocimiento y/o ejecución de la sentencia. El convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y otros convenios bilaterales firmados por España en el sector del reconocimiento de sentencias, deben facilitar la eficacia de la sentencia española fuera de nuestro país.

**28.** Para determinar qué legislaciones extranjeras ofrecen un nivel de protección "equiparable" a la fijada en la LORTAD, debe estarse a lo dispuesto en la Orden de 2 febrero 1995 (BOE núm.35 de 10 febrero 1995). Esta relación de países comprende los firmantes del Convenio de 28 enero 1981 y también otros. La Orden contiene una "primera relación" de estos países, pues el carácter cambiante de esta legislación debe llevar a futuras "relaciones de países" con un nivel de protección "equiparable" al que presta la LORTAD. Corresponde la elaboración

de estas futuras "relaciones de países" con nivel de protección "equiparable" al que presta la LORTAD, el "Ministro de Justicia e Interior" (?), previo informe la Agencia de Protección de Datos (Disp.Final 1ª del RD 1332/1994). Debe entenderse que las leyes de estos países no tienen por qué ser *idénticas* a la LORTAD: si las Leyes extranjeras aseguran el respeto a los "principios básicos de la protección de datos" (arts.4-11 LORTAD), debe estimarse que ofrecen un nivel de protección "equiparable" al que presta la LORTAD.

### c) Tratamiento de datos en país con nivel de protección "no equiparable".

**29.** La transmisión internacional de datos personales con destino a países cuya legislación no protege adecuadamente la *privacy* frente a la utilización de la informática genera, por sí misma, una responsabilidad, prevista en la LORTAD en favor del sujeto afectado, y exigible de modo solidario a cedente y cesionario de los datos (art.17.3 LORTAD y art.3.2 RD 1332/1994). Tal responsabilidad se rige por la Ley española.

Esta transmisión de datos tiene como objeto "escapar" a la Ley española y provocar la aplicación de una ley extranjera que no protege adecuadamente la *privacy* de los particulares frente a la informática. Sin embargo, los arts.32 y 33 LORTAD evitan ese resultado, pues al establecer una responsabilidad civil por el mero hecho de la "transmisión internacional de datos", impiden la aplicación de leyes extranjeras "indeseables" por ser poco protectoras de la *privacy* frente a la informática. Se consigue, de este modo, un resultado similar al que alcanza la "excepción de orden público internacional" (art.12.3 Cc), que impide la aplicación en España de leyes extranjeras contrarias a los principios fundamentales inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico.

La responsabilidad que fijan los arts.32 y 33 LORTAD se refiere a todo dato recogido o tratado "en España". Para nada inciden otras circunstancias, como la nacionalidad y/o residencia del sujeto afectado o del responsable del tratamiento. Basta con que los datos personales hayan sido objeto de tratamiento automatizado *en España* o hayan sido recogidos *en España* y sean transmitidos, para someterlos a dicho tratamiento, a un país que no proporcione un nivel de protección equiparable al que presta la LORTAD. No importa tampoco que la transferencia de datos sea temporal o definitiva.

Al tratarse de una responsabilidad que surge en virtud de un hecho "ocurrido en España" -la transmisión de datos "desde España" a ciertos países-, nuestros tribunales serán competentes para conocer de la misma en virtud del art.5.3 del Convenio de Bruselas en los términos antes analizados, y sin perjuicio de los foros establecidos en los arts.2 y 17-18. Igualmente, podrán conocer nuestros tribunales, si procede la aplicación del art.22 LOPJ, en función del foro previsto para las obligaciones no contractuales en el art.22.3 LOPJ, pues el "hecho del que deriva" la responsabilidad se ha producido en "territorio español" o, en su caso, si autor del daño y víctima tuvieran su "residencia habitual común en España".

**30.** La LORTAD establece una serie de excepciones a la regla general de "prohibición" de transmisión de los datos con destino a un país que no dispone de un nivel de protección "equiparable" al brindado por la LORTAD. Las excepciones son las siguientes (arts.32 y 33 LORTAD y arts.3-4 RD 1332/1994): a) Cuando se obtenga autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos al efecto, siempre que la fase del tratamiento de datos llevada a cabo en España *-ad ex. su recogida-*, haya respetado lo dispuesto en la LORTAD y que se obtengan "garantías adecuadas" -compromisos por parte del sujeto que trata los datos de que se respetarán los "principios de la protección de datos" contenidos en el Título II LORTAD-; b)

Cuando la transferencia internacional de datos personales resulte de la aplicación de *tratados o convenios en los que sea parte España*. En particular, los convenios internacionales de asistencia mutua en materia tributaria, el Convenio de Schengen relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de 14 junio 1985, posteriormente modificado (BOE de 30 julio 1991), -y que obliga a los Estados partes a adoptar disposiciones para garantizar un cierto nivel de protección de los datos personales automatizados-, los convenios internacionales en el ámbito de la INTERPOL u otros que establecen la transmisión de datos que constan en ficheros policiales, y el Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 febrero 1992 (BOE núm.11 de 13 enero 1994), en lo dispuesto en su Título VI (cooperación en los ámbitos de Justicia e interior); c) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar *auxilio judicial internacional*, aun cuando no esté prevista en un convenio internacional; d) Cuando la misma tenga por objeto el *intercambio de datos de carácter médico* entre facultativos o instituciones sanitarias y así lo exija el tratamiento del afectado, o la investigación epidemiológica de enfermedades o brotes epidémicos; e) Cuando se refiera a *transferencias dinerarias* conforme a su legislación específica.

**31.** Si en virtud de las excepciones admitidas por los arts.32 y 33 LORTAD, los datos se transmitan a un país que no ofrece un nivel de protección equiparable al que presta la LORTAD, y allí son objeto de tratamiento automatizado, surge la cuestión de saber qué Ley es aplicable en el supuesto de que, con ocasión de dicho tratamiento, se vulnere la *privacy* de los sujetos a los que se refieren los datos.

En estos supuestos, el legislador "acepta" una posible vulneración de la *privacy* del sujeto porque ello resulta necesario para salvaguardar un interés que estima "superior". Así se explican las "excepciones" al principio general de prohibición de circulación de los datos con destino a un país que no ofrece un nivel "equiparable" a la LORTAD en la protección de la intimidad de los particulares. El sujeto afectado no podrá, por tanto, reclamar con arreglo a la Ley española, pues ésta sacrifica sus intereses en favor de otros que estima dignos de mayor protección -salud pública, control fiscal, tutela judicial efectiva, persecución policial del crimen, etc.-. Por otra parte, en los casos de transferencia de datos realizada a otro país cuya legislación no ofrece un nivel de protección de la *privacy* "equiparable" al que brinda la LORTAD, pero mediante "autorización" del Director de la Agencia de Protección de Datos (art.32 LORTAD), el legislador parte de la premisa de que dicha autorización sólo se otorga si se obtienen "garantías adecuadas". Tales "garantías", -entiende el legislador-, aseguran que no se producirá perjuicio para los derechos de los afectados y que se respetarán los principios básicos de la protección de datos contenidos en el Título II LORTAD (*vid.* art.32 LORTAD y 3.1 *in fine* RD 1332/1994). Por tanto, se accede a la transmisión internacional de datos porque queda garantizado que de tal transmisión no pueden derivarse perjuicios para el afectado. No existirá, pues, responsabilidad que reclamar. Cuestión distinta es plantearse si las garantías que la Ley entiende como tales son, verdaderamente, suficientes.

#### **d) Tratamiento de datos en distintos países.**

**32.** Cuando el tratamiento de datos tiene lugar en varias "fases" y éstas se desarrollan en países distintos -recogida de datos en país A; almacenamiento de los datos en país B; clasificación de los datos en país C; difusión de los mismos en país D, etc.-, la precisión de la "Ley aplicable" a cada una de estas fases del tratamiento automatizado de los datos debe realizarse según las reglas antes expuestas, pues este "tratamiento internacional de datos por

fases" es, *rectius*, una "cadena de ilícitos".

De este modo, cuando los países donde los datos son objeto de tratamiento presentan un nivel de protección de los datos "equiparable" al que presta la LORTAD, es aplicable el art.10.9.I Cc.: cada una de tales "fases" se regirá por la Ley del país donde tiene lugar. De este modo, la recogida de datos se rige por la Ley del país A, -pues tuvo lugar en *su territorio*-; el almacenamiento de los datos se regula por la Ley del país B, y así sucesivamente. El sujeto afectado puede reclamar, frente a la vulneración de su *privacy*, con arreglo a la Ley del país donde se produjo el acto del que deriva tal presunta responsabilidad -Ley del país de "recogida" de los datos; Ley del país de "difusión" de los mismos; Ley del país de "almacenamiento" de los datos, etc.-.

Si alguno de los países donde los datos son objeto de tratamiento presenta un nivel de protección de los datos "no equiparable" al ofrecido por la LORTAD, el art.10.9.I Cc. no es aplicable. Sí los serán los arts.32 y 33 LORTAD. De tal modo, la transferencia de datos personales efectuadas "desde España" y con destino a estos países genera, por sí misma, la correspondiente responsabilidad, sujeta a la Ley española, y sin perjuicio de las excepciones que incorporan los mismos arts.32 y 33 LORTAD.

La LORTAD no contiene normas sobre la *transmisión pasiva* de datos personales automatizados -introducción en España de datos procedentes de otro país-. Debe quedar claro que la "fase del tratamiento" realizada en el país extranjero se rige por la Ley de dicho país -siempre que se trate de un país que ofrece un "nivel de protección equiparable" al que presta la LORTAD-, mientras que la "fase" que se desarrolla en España, se rige por la Ley española. A partir del momento de su introducción en nuestro país, el tratamiento del que sean objeto -su mera tenencia, difusión, clasificación, etc.-, se rige por la Ley española.

#### **D) Contratos internacionales y transferencia internacional de datos personales.**

**33.** Las transferencias internacionales de datos personales automatizados o destinados a un tratamiento informático, suelen traer causa de un "contrato internacional", como *ad ex.*, el llamado "contrato EDP" o contrato de "tratamiento de datos". En virtud de este contrato, una empresa de servicios informáticos se obliga a "tratar" los datos que le proporciona el cliente, a cambio de una prestación dineraria. Así, la empresa informática puede obligarse a poner a punto, periódica e informáticamente, la contabilidad de la empresa, las listas de clientes de la misma, sus *stocks* de existencias, etc. La empresa informática puede obligarse no sólo a tratar informáticamente los datos, sino a la "recogida" de los mismos con tal objetivo. Este contrato internacional *EDP* se rige por la ley elegida por las partes (art.3.1 del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 junio 1980; BOE núm.171 de 19 julio 1993 y núm.189 de 9 agosto 1993). En defecto de elección, el art.4.2 del mismo Convenio conduce a la ley del país donde tiene su sede la empresa que realiza el "tratamiento de los datos", que es el *prestador característico* de este contrato. La empresa que trata los datos puede estar establecida en un *paraíso informático* -un país que carece de leyes sobre protección de la intimidad frente al uso de la informática, o con una legislación poco exigente en la materia-, con el objetivo de "escapar" a las leyes de los países de origen de los datos. Este resultado negativo quedará corregido mediante los arts.32 y 33 LORTAD, en el sentido antes expuesto. Sin embargo, ello no vicia de nulidad el contrato internacional "EDP": la posible nulidad del mismo se rige por su *Lex contractus* -Ley que rige el contrato según el Convenio de Roma-, y no por la Ley española a título de "Ley de origen" de la transmisión de los datos. La inobservancia de las normas españolas sobre transferencia internacional de datos personales (arts.32 y 33 LORTAD)

no implica, pues, la nulidad del contrato. La interpretación restrictiva que merece el art.6.3 Cc. conduce a "conservar" la validez civil del contrato, todo ello sin menoscabo de las sanciones administrativas a imponer y de las indemnizaciones que procedan en favor del afectado como consecuencia de una transmisión internacional de datos personales realizada en contra de lo previsto en la LORTAD (art.17.3 LORTAD y art.3.2 RD 1332/1994).

#### IV. Directiva 95/46/CE.

##### 1. Caracteres generales.

34. La Directiva 95/46/CEE es fruto de una génesis larga y compleja<sup>32</sup>. El objetivo fundamental de la Directiva es lograr, en la UE, la "libre circulación de datos personales" susceptibles de tratamiento informático o que han sido tratados informáticamente. Este espacio de "libre circulación de datos" debe impulsar y favorecer el comercio intracomunitario. Las "fronteras" a la libre circulación de datos personales "pueden constituir un obstáculo para el ejercicio de una serie de actividades económicas a escala comunitaria, falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan los cometidos que les incumben en virtud del Derecho comunitario" (Considerando 7 Directiva). "Los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional" (Considerando 56 Directiva).

Ahora bien: para alcanzar la creación de este espacio "libre de circulación de datos personales", es preciso satisfacer una condición indispensable sin la cual no es posible el anterior objetivo: *armonizar* el nivel de protección que ofrecen las distintas legislaciones de los Estados miembros en lo relativo a la protección del derecho de la intimidad frente al uso de la informática. Esta armonización normativa se realiza "al alza", esto es, asegurando un "alto nivel de protección" dentro de la Unión Europea: "la aproximación de dichas legislaciones no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección de la Comunidad" (Considerando 10 Directiva), en sintonía con el art.8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm.243 de 10 octubre 1979). Buena parte de las normas de la Directiva, -cuyo análisis corresponde a los expertos de Derecho Civil-, está orientada a la "elevación y armonización" del nivel de protección jurídica de la intimidad frente al uso de la informática. Una vez conseguido en la UE un "nivel armonizado", -"nivel único"-, de protección de la *privacy* frente a la

---

<sup>32</sup> Como precedentes de la regulación actual, *vid.* Resoluciones del Parlamento europeo de 21 febrero 1975, de 8 abril 1976, JOCE C 100 de 3 mayo 1976, p.27, de 8 mayo 1979, JOCE C 140 de 5 junio 1979, pp.34-38, y de 9 marzo 1982, JOCE C 87, pp.39-41; Recomendación de la Comisión CE de 29 julio 1981, JOCE, *All., Discusiones Parlamento Europeo*, sesión de 14 abril 1983, pp.310-318 y JOCE L 246 de 29 agosto 1981, pp.31 ss.; Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión de 5 abril 1977, JOCE C 103 de 27 abril 1977; párrafo 3 del Preámbulo del Acta Unica Europea. Sobre estos instrumentos, L.FOCSANEANUNU: "La protection...", pp.62-69. Antecedentes inmediatos de la Directiva 46/95/CE son la "Propuesta de Directiva del Consejo de 27 julio 1990 relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales", la "Comunicación de la Comisión sobre la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales en la Comunidad y a la seguridad de los sistemas de información", y la "Recomendación de Decisión del Consejo relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al convenio del Consejo de Europa de 28 enero 1981", en COM (90) 314 final SYN 288, Bruselas 24 septiembre 1990 y DOCE C 277 de 5 noviembre 1990. La propuesta modificada de dicha Directiva se halla en COM (92) 422 final-SYN 287, DOCE C 311 de 27 noviembre 1992. La propuesta de Directiva ha sido analizada, *inter alia*, por O.ESTADELLA YUSTE: "The draft directive of the EC regarding the protection of personal data", ICLQ, vol.41, 1992, pp.170-179 y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Protección de la intimidad...", pp.417-44; Id.: "Régimen jurídico...", pp.9527-9548; I.HERNANDO COLLAZOS: *Contratos...*, *op.cit.*, pp.271-273.

utilización de la informática, "los Estados miembros ya no podrán obstaculizar la libre circulación entre ellos de datos personales por motivos de protección de los derechos y libertades de las personas físicas y en particular, del derecho a la intimidad" (Considerando 9 y art.1.2 Directiva).

**35.** Una vez desarrollada la Directiva por los Estados miembros, -algo que según el art.32 de la misma debe suceder antes de octubre de 1998-, la situación quedará como sigue: a) La UE se constituirá como un "espacio de libre circulación de datos". Entre los Estados miembros, los datos circularán libremente, sin restricciones ni prohibiciones de ningún tipo a su transmisión; b) Todos los Estados miembros gozarán de una legislación que protegerá *satisfactoriamente* -"nivel de protección *adecuado*"-, y de modo *similar* -"nivel de protección *equivalente*"-, la *privacy* de los particulares frente al uso de la informática. No existirá ningún Estado miembro con un mayor o menor "nivel de protección" en este sector; c) Visto que la Directiva sólo obliga a los Estados de la UE, la Directiva debe garantizar que los datos no salgan del territorio de la UE con destino a países cuyas legislaciones no protegen adecuadamente el derecho a la intimidad frente a la informática (arts.25 y 26 Directiva).

**36. Normas de DIPr. en la Directiva.** A la hora de fijar el régimen jurídico de los supuestos "internacionales" de tratamiento automatizado de datos personales, interesan dos grupos de disposiciones de la Directiva: a) *Arts.25-26*. De modo *semejante* -pero no *igual*- a los arts.32-33 LORTAD, la Directiva prohíbe los flujos de datos personales desde un país de la UE hacia un país tercero si éste no presenta un "nivel de protección *adecuado*" de la intimidad frente a la informática, salvo ciertas excepciones (art.25.1 *in fine* y *a contrario*). Los flujos de datos personales desde un país de la UE hacia un tercer país que ofrece un "nivel de protección *adecuado*", están permitidas; b) *Art.4*. Es una norma de DIPr. cuya misión es señalar, en relación con los "supuestos internacionales", la "Ley aplicable" al tratamiento de los datos personales. No obstante, el art.4 reviste una forma *aparentemente unilateral*, pues fija exclusivamente los criterios para fijar el ámbito de aplicación "en el espacio" de la normativa nacional dictada en ejecución de la Directiva. Pese a esta *cubierta formal*, y como se verá *infra*, el art.4 Directiva es una "norma de conflicto" que utiliza un nuevo punto de conexión: la "ubicación del fichero".

## **2. Ley aplicable al tratamiento automatizado de datos personales.**

### **A) Ficheros sitos en la UE: el criterio de la "ubicación del fichero".**

**37.** Una vez desarrollada la Directiva por las legislaciones de los Estados miembros, tales normativas se aplicarán a los "supuestos internacionales" según el art.4 Directiva. Dicho precepto determina la "Ley aplicable" al tratamiento automatizado de datos personales.

La Directiva contempla, -al igual que la LORTAD-, dos tipos de relaciones jurídicas: a) Relaciones "administrativas", entre los responsables y encargados de ficheros de datos personales y Autoridades públicas (art.24 Directiva) -*ad ex.*, autorización para la creación de bancos de datos, para la cesión de datos, etc.-; b) Relaciones "entre particulares" derivadas del tratamiento automatizado de datos personales (art.23 Directiva). La omisión de los controles que las autoridades públicas llevan a cabo sobre los responsables de ficheros dan lugar a las correspondientes sanciones administrativas (art.20 y 24 Directiva); los perjuicios que causen los responsables de ficheros a los sujetos afectados generan un derecho de éstos a la

correspondiente "reparación del perjuicio causado" (art.23 Directiva). A diferencia de la LORTAD, el criterio utilizado por la Directiva para fijar la "Ley aplicable" a los supuestos internacionales de tratamiento automatizado de datos, es el mismo tanto en relación a las "relaciones administrativas" como en lo que afecta a las "relaciones entre particulares". El art.4 Directiva cubre ambos supuestos.

**38.** Para precisar la "Ley aplicable" a los "supuestos internacionales" de tratamiento automatizado de datos personales *-ad ex.* recogida de datos en un país por parte de un responsable de fichero sito en otro país; almacenamiento, en un fichero sito un país, de datos pertenecientes a sujetos nacionales y/o residentes en varios países, etc.-, debe observarse lo previsto en el art.4 de la Directiva.

La particular estructura de las "Directivas comunitarias", -dirigidas a los Estados miembros para que éstos "desarrollen" las mismas en su ordenamiento-, ha llevado a que el art.4 Directiva se redacte en términos "unilaterales". En efecto, el precepto indica a los Estados que deben aplicar las normas nacionales que hayan dictado en desarrollo de la Directiva con arreglo al criterio -que se examina *infra*-, de la "ubicación del fichero". Por tanto, las normas españolas que desarrollen la Directiva se aplicarán al tratamiento de datos que efectúan los ficheros "sitios en España". Pero *¿quid* del tratamiento de datos desarrollado en España *-ad ex.* recogida de datos-, pero efectuado en el marco de las actividades de un responsable de fichero sito en Francia? Como es obvio, nuestros tribunales pueden conocer de reclamaciones surgidas por la recogida de datos en España pero realizadas en el marco de las actividades de un fichero sito en otro país (*vid.* arts.5.3, 2, 17 y 18 del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 antes citado y art.22.3 LOPJ). La específica estructura de las Directivas comunitarias explica -aunque no justifica- que la redacción del art.4 Directiva sea "unilateral", esto es, que se preocupe, sólomente, de precisar el "ámbito de aplicación espacial" de la normativa nacional del Estado de que se trate. Surge por tanto, una "laguna legal" relativa a la "Ley aplicable" al tratamiento de datos personales llevado a cabo por ficheros sitios en otros países comunitarios. No es difícil integrarla "bilateralizando" el criterio utilizado por el art.4 Directiva, esto es, el criterio de la "ubicación del fichero" -que se extendería, por analogía, a los "supuestos no regulados"-. De este modo, y convenientemente integrado el art.4 Directiva, puede afirmarse que, en relación a los países comunitarios, el tratamiento de los datos se rige por la "Ley del país donde se ubica el fichero". El art.4 operará así, como una auténtica "norma de conflicto bilateral" válida para el ámbito comunitario.

**39.** Con arreglo al criterio de la "ubicación del fichero", el art.4 Directiva determina la "Ley aplicable" a los "supuestos internacionales" de tratamiento automatizado de datos personales. En efecto: dicho tratamiento se rige por la Ley del país donde se halla sito el establecimiento del responsable de dicho tratamiento. Si el establecimiento del responsable del tratamiento se halla en España, la normativa española es aplicable; si dicho establecimiento se sitúa en Portugal, la normativa portuguesa es la aplicable, y así sucesivamente. No son relevantes otros criterios como la nacionalidad y/o residencia del sujeto afectado o la nacionalidad del responsable del fichero (considerando 18 y art.4 Directiva), o el lugar donde se lleve a cabo el tratamiento. Esta norma de conflicto sólo opera en relación con los países comunitarios. Tales países, en virtud de la Directiva, tienen un nivel *similar y elevado* de protección de la *privacy* frente a la informática. Por ello, la aplicación del Derecho extranjero de uno de estos países no debe presentar problemas de "nivel de protección de la *privacy*".

El art.4 Directiva concreta el criterio de la "ubicación del fichero" en dos casos especiales: a) Si el responsable del fichero posee distintos establecimientos en diferentes

Estados de la UE, el tratamiento de datos realizado "en el marco de las actividades" de cada establecimiento se rige por la Ley del país donde radica cada establecimiento (art.4.1.a); b) El art.4.1.b Directiva concreta el criterio de la "ubicación del fichero" en el supuesto de un responsable del tratamiento establecido en un lugar que no pertenece al territorio de un Estado miembro de la UE, pero en el que se aplica la Legislación nacional de un Estado miembro en virtud del Derecho internacional Público *-ad ex.* ciertos territorios "dependientes" del Reino Unido-. En este caso, la normativa de dicho Estado dictada en desarrollo de la Directiva es aplicable.

**40.** El criterio de la "ubicación del fichero" recogido en el art.4 Directiva supone un cambio radical en la orientación del nuestro DIPr. a la hora de fijar la ley aplicable al tratamiento de datos personales (art.10.9.I Cc. y LORTAD: *Lex loci delicti commissi*, lugar del "tratamiento de los datos"). Es cierto que, en muchos casos, el tratamiento de los datos se llevará a cabo en el mismo país donde el responsable del fichero tiene su establecimiento. En tal supuesto, la "Ley del país de ubicación del fichero" y la "Ley del país donde se tratan los datos", coinciden. Pero no es menos cierto que pueden producirse casos en los que un responsable de fichero lleve a cabo un tratamiento de datos en otro país comunitario *-ad ex.* responsable de fichero con establecimiento sito en Francia que recoge datos personales en España-. Pues bien, en casos como el descrito, el art.4 Directiva conduce, sin paliativos, a la "Ley del país donde se ubica el fichero", en el ejemplo, a la Ley francesa, y no a la española, aunque los datos se hallan tratado en España. La solución hoy vigente -art.10.9.I Cc.-, hubiera conducido, por el contrario, a la Ley española.

La opción en favor del criterio de la "ubicación del fichero" viene sustentada en un "argumento económico". Este nuevo criterio favorece a las empresas informáticas que operan en este sector. En efecto: alienta y promueve su "actividad internacional" de "tratamiento de datos" en la UE, ya que, sean cuales sean los países en los que la empresa desarrolle sus actividades, la "Ley aplicable" al tratamiento de datos será siempre la misma, la "Ley del fichero". Se trata de una Ley "familiar" a la empresa -es la Ley del país donde se halla establecida-; la empresa, pues, no debe informarse sobre el contenido de las Leyes de los países comunitarios donde opera, pues tales leyes no son aplicables nunca a sus actividades. Le basta con conocer "su propia Ley" y acomodarse a ella. Por otro lado, la empresa que trata los datos queda sometida a un mismo Derecho nacional tanto por lo que respecta a sus "relaciones administrativas" con las Autoridades públicas, como por lo que se refiere a las relaciones con los particulares afectados por el tratamiento de datos. La empresa no queda, en ningún caso, sujeta a una "multiplicidad de Leyes nacionales". Así, *ad ex.*, si una empresa informática sita en Francia realiza una "recogida de datos" en Francia, España, Portugal e Italia, deberá llevarla a término con arreglo, *esclusivamente*, a lo establecido en la Ley francesa. Además, sus obligaciones administrativas son las fijadas en dicha Ley. Las Leyes españolas, portuguesas e italianas, no son de aplicación, aunque la recogida de datos halla tenido lugar en el territorio de dichos países.

**41.** La Directiva *esconde* la verdadera *raison d'être* del criterio de la "ubicación del fichero" -favorecer a la empresa que trata los datos-, bajo afirmaciones vagas que apelan a la necesidad de encontrar, para los casos internacionales de tratamiento de datos en la UE, una regla de DIPr. que conduzca a la aplicación de la Ley de un Estado que haya desarrollado la Directiva. De esta afirmación, -que no pasa de ser obvia-, se pasa, sin solución de continuidad, y sin más explicaciones, a optar en favor del criterio de la "ubicación del fichero". En efecto, el Considerando 18 Directiva afirma: "para evitar que una persona sea excluida de la protección garantizada por la presente Directiva, es necesario que todo tratamiento de datos personales

efectuado en la Comunidad respete *la legislación de uno de sus Estados miembros*; que, a este respecto, resulta conveniente someter el tratamiento de datos efectuados por cualquier persona que actúe bajo la autoridad del *responsable del tratamiento establecido en un Estado miembro a la aplicación de la legislación de éste*" (cursivas añadidas).

En definitiva, el criterio de la ubicación del fichero privilegia a la empresa que trata datos personales "a gran escala", empresas con "dimensiones comunitarias". Tales empresas no deben asumir el "coste" de informarse sobre el contenido de las leyes extranjeras de los países comunitarios donde despliegan sus actividades. Son los particulares los que deben, eventualmente, asumir dicho coste. De este modo se impulsa la *actividad internacional* de estas empresas. A nivel de DIPr., han prevalecido, pues, consideraciones económicas en favor de las empresas que tratan datos personales, sobre la protección de la *privacy* de los particulares. En efecto: un sujeto cuyos datos han sido tratados en el país donde reside *-ad ex.* sus datos han sido recogidos en España-, por una empresa establecida en otro país comunitario *-ad ex.* Alemania-, podrá reclamar judicialmente contra la misma ante los tribunales españoles (art.5.3. Convenio de Bruselas citado), pero lo deberá hacer en base a un Derecho extranjero, *in casu*, el Derecho alemán. Debe, pues, asumir la "carga" de informarse sobre su contenido y alcance, y redactar su demanda en sintonía con tal ordenamiento extranjero. Piénsese, además, que el nuestro Tribunal Supremo interpreta el art.12.6 Cc. de forma que la alegación y prueba del Derecho extranjero corresponde, *exclusivamente*, a la parte interesada -sistema de alegación y prueba "a instancia de parte"-, cercenando la posibilidad de que el juez que conoce del asunto pueda, *motu proprio*, "introducir" el Derecho extranjero en el proceso y probar su contenido y alcance. Esta circunstancia puede disuadir al sujeto afectado de la presentación de la demanda ante los tribunales, lo que redundará, nuevamente, en favor de las empresas dedicadas al tratamiento y tráfico de datos personales automatizados.

Si a nivel de Derecho material puede afirmarse, -aunque no sin dudas-, que la Directiva logra un "punto de equilibrio" entre los intereses de las empresas que tratan y/o trafican con datos personales automatizados, y los intereses de los particulares afectados, no puede decirse otro tanto a nivel de DIPr. En el marco del DIPr. (art.4 Directiva), es decir, en lo que respecta a los "supuestos internacionales", la prevalencia de los intereses de quienes comercian con datos personales es manifiesta. Queda como consuelo recordar que las Leyes de los distintos Estados miembros presentarán, una vez desarrollada la Directiva, un contenido similar y un nivel elevado de protección de la *privacy* frente al uso de la informática. Por lo tanto, una vez precisada la "Ley aplicable" al tratamiento de datos -si ello es posible-, ésta debe brindar una protección razonable y suficiente de la intimidad del sujeto frente al tratamiento automatizado de sus datos. Sin embargo, el que se trate de Leyes de "contenido similar" no quiere decir, en absoluto, que su contenido sea idéntico, pues pueden subsistir diferencias significativas *-ad ex.* en las cuantías de las indemnizaciones, mecanismos de control del tratamiento de datos, etc.<sup>33</sup>, lo que hace de la "determinación de la Ley aplicable" una cuestión primordial.

## B) Ficheros sitios fuera de la UE.

**42.** En relación a países terceros cabe distinguir tres supuestos: a) Transferencia de datos, para su tratamiento automatizado por responsables de ficheros allí establecidos, a terceros países que garantizan un "nivel de protección adecuado" de la *privacy* frente a la utilización de

<sup>33</sup> En este sentido, J.M.GARCÍA MERINO: "La defensa de los datos personales", *Diario El País Negocios*, 28 julio 1996, p.12.

la informática; b) Transferencia de datos, para su tratamiento automatizado por responsables de ficheros allí establecidos, a terceros países que no garantizan tal "nivel de protección adecuado"; c) Tratamiento de datos en un país de la UE realizado en el marco de las actividades de un fichero sito fuera de la UE.

**43.** a) Cuando se produce una transferencia de datos a terceros países que garantizan un "nivel de protección adecuado" de la *privacy* frente a la informática, la transferencia está permitida. Para determinar la "Ley aplicable" al tratamiento de datos llevado a cabo en uno de estos países, no juega el criterio de la "ubicación del fichero" -sólo válido para los países de la UE-, como recuerda el art.4 y Considerando 18 Directiva, que circunscriben este criterio al "tratamiento de datos efectuado *en la Comunidad*". Rigen, pues, las "reglas de DIPr. de producción interna" propias de cada Estado miembro. En nuestro caso, es aplicable el art.10.9.I Cc. a cuyo tenor dicho tratamiento de datos se rige por la Ley del país donde se lleva a cabo dicho tratamiento, Ley cuya aplicación "se consiente", precisamente, por presentar el aludido "nivel *adecuado* de protección".

Para fijar qué países ofrecen un "nivel de protección *adecuado*", la Directiva establece los parámetros que deben utilizarse (art.25.2 y art.25.6 en relación con el art.31). Del art.25.3 parece deducirse que la competencia para declarar cuáles son estos países es "compartida" entre las Autoridades comunitarias (Comisión) y las Autoridades nacionales de los Estados miembros, con prevalencia, en caso de discrepancia, de lo acordado por la Comisión. Para "liberalizar" las transferencias de datos a un tercer país se pasa, pues, del criterio de la "protección equiparable" (art.32 LORTAD), al criterio de la "protección adecuada" (art.25 Directiva), más flexible y dúctil, lo que le ha valido justas críticas<sup>34</sup>. Este nuevo "cambio de orientación" del sistema mira a favorecer la transmisión internacional de datos hacia países con una "protección sectorial" satisfactoria, como es el caso de los Estados Unidos. La LORTAD deberá ser modificada en este sentido, asumiendo el criterio de la "protección adecuada" en perjuicio del criterio de la "protección equiparable".

**44.** b) Cuando la transferencia de datos a terceros países que no garantizan un "nivel de protección adecuado" de la *privacy* frente a la utilización de la informática, la transferencia está, en principio, prohibida. No son operativos ni el criterio de la "ubicación del fichero" (art.4.1 Directiva *a contrario* y Considerando 18), ni criterio *Lex loci delicti commissi*, lo que evita la aplicación de una Ley extranjera que no ofrece protección adecuada de la intimidad frente a la informática. Para descartar la aplicación de ambas normas de conflicto, y con el objetivo de impedir que los datos sean tratados en dichos países, se prohíben los flujos de datos personales desde un país de la UE hacia uno de estos terceros países. De este modo, si la transferencia se produce, se genera una responsabilidad por parte de cedente y cesionario. La Ley aplicable a dicha responsabilidad será la Ley del país donde radica el establecimiento responsable de la cesión internacional de datos (art.4 Directiva), pues el "envío" de datos personales a otro país constituye en sí mismo un "tratamiento de datos" (art.2.b Directiva).

La Directiva fija una serie de *excepciones* en cuya virtud es posible transferir datos a un tercer país de que ofrece un "nivel adecuado de protección": a) Cuando el responsable del tratamiento ofrezca *garantías suficientes* respecto de la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los respectivos derechos (art.26.2 Directiva); b) Cuando se verifiquen determinadas circunstancias

---

<sup>34</sup> O.ESTADELLA YUSTE: "The draft...", *cit.*, pp.174-179.

en los términos del art.26.1 Directiva, tales como el consentimiento del interesado, transferencia de datos en ejecución de un contrato concluido por el interesado o en interés del mismo, transferencia de datos necesaria para la salvaguardia de un interés público importante, para el ejercicio de un derecho en procedimiento judicial o para el interés vital del interesado, transferencias realizadas por Registros públicos, etc. La LORTAD deberá ser modificada para adaptar estas excepciones a las previstas en el art.26 Directiva, pues la lista de las mismas no coincide (*vid.* art.33 LORTAD).

Estas disposiciones aceptan una posible vulneración de la *privacy* del sujeto siempre que ello fuese preciso para la preservación de un "interés superior" -*ad ex.* vida del sujeto, interés público importante, tutela judicial efectiva, etc.-, de modo que si concurren tales circunstancias, no el sujeto afectado no podrá reclamar ninguna responsabilidad de cedente y cesionario de los datos con arreglo a la Ley del país de "ubicación del fichero" cedente de los datos. Si la transferencia de datos se realiza a un país que no ofrece un nivel adecuado de protección pero dicha transferencia ha sido "autorizada" por las Autoridades de un Estado miembro, y visto que previamente se han debido obtener "garantías suficientes" de protección de los derechos del interesado, no es posible, teóricamente, que se produzca perjuicio para los afectados.

**45. c)** Cuando se produce un tratamiento de datos en un país de la UE, pero realizado en el marco de las actividades de un fichero sito *fuera de la UE*, el criterio de la "ubicación del fichero" muestra su carencia más significativa. Así, *ad ex.* si un responsable de fichero sito en un país no perteneciente a la UE lleva a cabo la "recogida de datos" mediante encuestas, consulta de datos, registro de los mismos, etc., en España, la Ley española -que desarrollará la Directiva-, no puede ser aplicada. Tampoco podrá serlo la Ley de ningún país de la UE -el fichero está situado "fuera de la UE"-. Pues bien: en tales casos, el mismo art.4.1.c) Directiva recurre al conocido *Locus delicti commissi*. Será entonces aplicable la Ley del país comunitario donde se haya realizado el tratamiento de datos -Ley del país de recogida de los datos, de su clasificación, de su difusión, etc.-. En suma, vuelve la vieja regla de DIPr. *Lex loci delicti commissi*. Esta complejidad de criterios de DIPr. -algunos operativos sólo para ficheros sitos en la UE y otros, para ficheros sitos fuera de la UE-, es resultado de una "utilización discriminatoria del DIPr.". En efecto, en nombre de la protección del "derecho a la intimidad de los particulares", se beneficia a las empresas establecidas en la UE -art.4: una sola Ley aplicable, la Ley del país donde se halla el fichero-, mientras que se "perjudica" a las empresas radicadas fuera de la Comunidad, que en relación a las actividades que desarrollan en la UE (art.4.1.c), deben sujetarse a la Ley del país comunitario donde traten los datos -lo que obliga a estas empresas a tener en cuenta una *pluralidad* de Leyes nacionales-; además, estas empresas no pueden recibir libremente datos personales desde la UE, a menos que el país donde radiquen "tenga un nivel de protección adecuado".

## V. Conclusiones.

**46.** La incorporación de la Directiva 95/46/CEE a nuestro ordenamiento jurídico comporta un cambio radical en la regulación de los supuestos "internacionales" de tratamiento automatizado de datos de carácter personal. El sistema actual descansa en dos reglas. La primera, aplicable con carácter general a los "derechos de la personalidad" (art.10.9.I Cc.), comporta la aplicación de la Ley del país donde se tratan los datos -Ley del país donde se recogen los datos, Ley del país de difusión de los datos, etc.-. La segunda, de carácter especial, impide la aplicación de la Ley de un país que no brinda, en relación a la *privacy* de los

particulares frente a la informática, una "protección equivalente" a la que presta la LORTAD (arts.32 y 33).

Sin embargo, la Directiva 95/46/CEE supone un cambio de ambas reglas. En primer término, y en relación a los tratamientos de datos "internacionales" que se llevan a cabo "en la UE", la "Ley aplicable" a dichos tratamientos será ahora, *ex art.4* Directiva, la Ley del país donde se halla establecido el "responsable del fichero" -*Ley del fichero*", y no la Ley del país donde se "tratan" los datos. Este criterio coloca en posición de ventaja al responsable del fichero sobre el particular cuyos datos son tratados. El responsable del fichero que opera en la UE está sometido a una *Ley única*, la Ley del país comunitario donde se halla establecido, lo que facilita y potencia su "actividad internacional". El particular cuyos datos han sido tratados en su propio país por una empresa de otro Estado comunitario viene así obligado a "informarse" sobre el contenido de la "Ley (extranjera) aplicable" a dicho tratamiento de datos. La posición jurídica de la empresa informática, de la "gran empresa informática comunitaria", queda muy reforzada. Por el contrario, en lo que se refiere a un tratamiento de datos en la UE llevado a cabo por empresas radicadas fuera de la UE, se recurre a la vieja *Lex loci delicti commissi*, sujetando tal tratamiento a la Ley del país comunitario en el que se tratan los datos. Se genera, así, un "coste adicional" para la empresa no comunitaria, obligada a informarse sobre todos los ordenamientos jurídicos de los países comunitarios en los que trata, de una u otra manera, datos personales.

En segundo lugar, y para facilitar el *Transborder flow*, la Directiva opera en dos niveles. Por un lado, crea un espacio de "libre circulación de datos" que comprende la entera UE y, para ello, "armoniza" *al alza* las legislaciones de los países comunitarios sobre protección de la *privacy* frente a la informática. Por otra parte, la Directiva facilita la salida de datos personales a terceros países, abandonando el criterio de la "protección equiparable" -recogido en el art.32 LORTAD-, por el de la "protección adecuada". De este modo, los datos pueden ser "exportados" desde la UE con destino a países cuya protección de la intimidad frente al uso de la informática no es "equiparable" a la que ofrece la legislación de los países comunitarios, sino, simplemente "adecuada".

**47.** El giro imprimido por la Directiva en la regulación de los supuestos internacionales de tratamiento automatizado de datos personales beneficia, pues, la posición de la empresa comunitaria de "dimensión internacional" dedicada al tratamiento de datos personales automatizados y, secundariamente, a todos los operadores económicos "clientes" de dichos datos, que disponen así más fácilmente, de un material de incalculable valor para el diseño de la estrategia comercial actual. La protección de la intimidad de los particulares ha pasado, al menos en lo que concierne a estas nuevas normas de DIPr., a un segundo plano. Todo sea, en fin, por el progreso económico de las empresas comunitarias, del que, al menos en teoría, todos seremos beneficiarios. Aunque, como suele ocurrir, unos obtendrán más provecho que otros.

\* \* \* \*