

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

Capítulo de libro, “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)” ¹ en TRONCOSO REIJADA, Antonio (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomsom-Civitas, Cizur Menor, 2010, págs. 289-315, isbn 978-84-470-3423-9.

Lorenzo Cotino Hueso, Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia. Red Derechotics

Contenido, pulse sobre el epígrafe:

<i>1. Introducción: desatención de un problema real que sacrifica tanto a la protección de datos cuanto a las libertades informativas</i>	<i>290</i>
<i>2. La premisa: las libertades informativas protegen la difusión de expresiones e informaciones y datos personales por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio</i>	<i>291</i>
<i>3. Pautas generales y particulares de resolución de conflictos de las libertades informativas y el derecho a la protección de datos</i>	<i>292</i>
Pautas generales de resolución.....	292
Algunas pautas y garantías específicas a aplicar ante la difusión de datos en la red	297
Derecho al olvido en la red y hemerotecas digitales	298
<i>4. Para concluir. Posibles soluciones en manos del legislador.....</i>	<i>299</i>

¹ cotino@uv.es, www.cotino.es (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com. El presente escrito se realiza en el marco del Proyecto I+D+I del MICNIN, “Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites”, (DER2009-14519-C05-01/JURI) del que es investigador principal. El presente estudio, aunque con partes diferenciadas, sintetiza en parte, el más amplio trabajo “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)” en TRONCOSO REIJADA, Antonio (dir.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomsom-Civitas, Cizur Menor, 2010.

1. Introducción: desatención de un problema real que sacrifica tanto a la protección de datos cuanto a las libertades informativas

Pese al abundante análisis doctrinal y jurisprudencial del conflicto entre las libertades informativas y los derechos del artículo 18. 1º², la desatención doctrinal³ es palmaria cuando se trata del conflicto con el derecho a la protección de datos personales. Y en este ámbito el Derecho y la realidad se dan la espalda, algo nada infrecuente, en especial en el ámbito de Internet. Jurídicamente y a mi juicio, el derecho a la protección de datos personales está sobreprotegido, ninguneándose el tradicional peso y protección constitucional de las libertades informativas. Con estos *mimbres* jurídicos se resuelven los supuestos que hasta la fecha se dan, mayoritariamente en sede de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante APD). Eso sí, esta sobreprotección jurídica no tiene efecto alguno en la realidad. Y es que en la red queda absolutamente indefenso al afectado en sus datos personales. Pero, lo que es peor, esta sobredimensionada protección jurídica de los datos personales sí que deja en riesgo a los ejercientes de libertades informativas, so pena de pagar desproporcionadamente y ante la Administración por la difusión de información. Así pues, dobles víctimas. Lejos de aportar soluciones, en este estudio se analiza el marco jurídico de la colisión y se señalan las pautas jurídicas de tratamiento adecuado, tanto generales como particulares. Se concluye, no obstante, con algunas propuestas de regulación futura.

² La doctrina es muy copiosa, destaca SÁNCHEZ FERRIZ, R.; *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant, Valencia, 2004. Son de todo interesantes las aproximaciones de un experto en protección de datos, GRIMALT SERVERA, P. : *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, lustel, 2007.

³ Los trabajos más profundos provienen del ámbito periodístico, destacan los rigurosos estudios de Dader sobre las facultades del periodismo de investigación frente a los derechos de la personalidad en el entorno informático DADER, J. L. : *Periodismo de precisión: la vía socioinformática de descubrir noticias*, Síntesis, [s.l.], 1997; "La libertad de investigación periodística sobre bases de datos frente a la falsa coartada de la defensa de la intimidad", en *Revista internacional de comunicación*, nº. 1, 1998; "La libertad de investigación periodística sobre bases de datos frente a la falsa coartada de la defensa de la intimidad: problemas jurídicos y de mentalidad en el ejercicio del "periodismo de precisión" en España", en *Revista Latina de comunicación social*, nº. 14, 1999 (ambos a texto completo en *Dialnet*). Recientemente, dedica buena parte del estudio al tema que aquí se aborda en "El derecho de acceso a la información pública en España: Una víctima de la sensibilidad políticamente correcta" en SANCHEZ DE DIEGO, M: (coord.), *El derecho de acceso a la información pública. El papel del Derecho de la información en la Sociedad del Conocimiento, Actas del Seminario internacional complutense*, Universidad Complutense, 2008, págs. 97-121, a partir de pág. 104. Disponible en <http://eprints.ucm.es/8946/>

También, desde la disciplina de la comunicación crítico con la tiranía de la protección de datos en la función periodística RODRÍGUEZ, P. (2009): "La agenda profesional del periodista ante la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal", *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, vol. 15, pp. 409-429 y, de este autor "El periodismo bajo la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal" *Cuadernos de Periodistas* (16), pp. 67-88, abril 2009). Asociación de la Prensa de Madrid.

Pese al título y la calidad de la autora, lo cierto es que no se afronta la cuestión en ARENAS RAMIRO, M.: "El derecho a la protección de datos personales como garantía de las libertades de expresión e información", en COTINO HUESO L. (coord.), *Libertad en Internet. cit.* ya citados, de José Luis Dader y Pep Rodríguez. En cambio, sí que interesa a la doctrina jurídica el conflicto de la información administrativa y la protección de datos. Al respecto, destacan GUICHOT REINA, E. : "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales", en *Revista de administración pública*, nº 173, 2007, págs. 407-445; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. Y VALERO TORRIJOS, J.: "Protección de datos personales y Administración electrónica", en *Revista española de protección de datos*, nº. 1, 2006, págs. 115-141; TRONCOSO REIGADA, A. : "Reutilización de información pública y protección de datos personales", *Revista general de información y documentación*, Vol. 19, Nº 1, 2009, págs. 243-264.

2. La premisa: las libertades informativas protegen la difusión de expresiones e informaciones y datos personales por cualquier sujeto a través de cualquier canal, modo o medio

las libertades de expresión e información protegen y deben ser proyectadas a la red⁴. Como ya he sostenido en otros lugares⁵, pues se reconocen a toda persona (aunque no sea empresa de comunicación o periodista) que emita información veraz o exprese opiniones, así como a la colectividad que las recibe⁶. Tal fue el punto de partida del Tribunal Supremo de los EEUU (*ACLU vs Reno* de 1997). Y aunque sin valor jurídico normativo) “*Los Estados miembros no han de colocar restricciones a los contenidos en Internet que vayan más allá de las aplicadas a otros medios de difusión de contenidos.*” (principio nº 1 de la “Declaración sobre la libertad de comunicación en internet”, del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003⁷). La “función social” o “constitucional” que desarrollan los medios de comunicación en la sociedad democrática justifica su intensa protección, pero hoy día esta función la desarrollan todos los usuarios de internet en general, no sólo los medios institucionalizados. Hay que evitar inercias de privilegiar a los medios clásicos, que se detectan en los tribunales^{8,9}. Y se ha exteriorizado de forma muy preocupante alguna resolución de la APD. Así, se llega a fundamentar una sanción en que:

“Las páginas web del imputado no pueden ser consideradas medios de comunicación social sin que quepa invocar el ejercicio y prevalencia del derecho de

⁴ Sobre internet y libertades informativas, en España destacan Fernández Estéban, Villate, Fernández Rodríguez, Corredoira Y Alfonso, García Morales, Villaverde Menéndez, Alonso Espinosa, Boix Palop, López García. Entra doctrina norteamericana, Lessig, Sunstein, Ribstein, o Balkin. Sin autor, también recomendable “*Weblogs in Journalism: Blogging and the Law*”, mayo de 2004, en <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html> (4.3.2005).

Por razón de espacio cabe remitir a la cita completa de estos autores en distintos de mis trabajos accesibles en la red:

Entre otros, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, en AA.VV. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, pags. 51-76. También, “Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet...*, cit. así como el estudio introductorio a la obra. Asimismo, “Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión”, publicación de la Ponencia en las III Jornadas de Derecho constitucional “Constitución y libertad de expresión”, Fundación Gimenez Abad-Cortes de Aragón- UNED, Barbastro (Huesca) 7-8 de noviembre de 2008, disponible en el sitio de la Fundación Giménez Abad, www.fundacionmgimenezabad.es en “Estudios Políticos y Parlamentarios”..

⁵ Ver nota previa.

⁶ La libertad de expresión de opiniones se reconoce a toda persona (arts. 16 y 20. 1. a) CE). También, la libertad de información (art. 20. 1º d) CE) se reconoce “a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996)”.

⁷ Aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión.

⁸ Este criterio, que se vislumbra en SSTC la 136/2004, de 13 de septiembre, FJ 5º recordando la doctrina de del vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero; STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3).

⁹ El TS ratifica la sanción de la APD por la difusión de información sobre Guardias Civiles condenados por torturas en una web de la Asociación contra la tortura, considerando tales contenidos estaban excluidos de la libre expresión e información. STS de 26 de junio de dos mil ocho, recurso: 6818/2003.

*libertad de información que derivaría en una prevalencia general que aboliría de facto al protección de datos personales. Y que desvirtuaría el equilibrio entre derechos sostenido sobre el derecho de la sociedad a ser informada a través de los medios de comunicación y el de los ciudadanos a la autodeterminación informativa y privacidad sostenido sobre el derecho de protección de datos.*¹⁰.

Frente a corriente que amordaza la libertad de expresión e información en la red bajo la espada de Damocles de severísimas sanciones administrativas o penales, para dotar de mayor protección a la difusión de contenidos en la red el TJCE¹¹ afirma que la importancia de la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de “periodismo”.

3. Pautas generales y particulares de resolución de conflictos de las libertades informativas y el derecho a la protección de datos

Pautas generales de resolución

Sentada la premisa, no cabe duda de que las libertades informativas tienen un conflicto natural con el derecho a la protección de datos personales. Esta colisión de derechos fundamentales sí que es mencionada por la normativa europea¹², si bien según STJCE, 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*¹³ la resolución se ha de en sede judicial estatal y gracias a la ponderación bajo el principio de la proporcionalidad.

La LOPD no aborda prácticamente la cuestión de la divulgación de datos con finalidad informativa. Sólo habla de los medios de comunicación social como fuentes accesibles (art. 3 f) LOPD), artículo 7. 1º e) RLOPD). Ello supone que datos personales difundidos por medios de comunicación “clásicos”, pero no internet en general¹⁴, pueden constituir una “materia prima” reutilizable para generar ficheros o tratar datos con finalidades legítimas sin consentimiento del afectado. La cuestión tiene una importancia relativa y secundaria respecto de la colisión libertades-protección de datos. La laguna legal al

¹⁰ Resolución 211/2010, PS 439/2009, CITA denunciada por al U. Politécnica de Madrid por difusión de enlaces y vídeos externos en crítica por competencia desleal de algunos profesores.

¹¹ STJCE (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C 73/07.

¹² El Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos automatizados de datos de carácter personal establece en su artículo 9. 2 b) como excepción a las garantías de los arts. 5,6 y 8 “la protección de los derechos y libertades de otras personas”. De forma más expresa, la Directiva europea de protección de datos afirma las excepciones o restricciones al derecho a la protección de datos personales “necesarias para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones” (Considerando 37º). Ya en concreto, el artículo 9 sobre “Tratamiento de datos personales y libertad de expresión” habla de exenciones y excepciones con “fines exclusivamente periodísticos” “sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión”. Ya en el marco general de los límites a la protección de datos del artículo 13 de la Directiva, se trataría de una excepción a la protección de datos personales para la salvaguardia “de los derechos y libertades de otras personas” (art. 13. 1º g) Directiva).

¹³ Apartados 85 y ss. de la STJCE.

¹⁴ Así en Informe 0342/2008 del Gabinete Jurídico de la APD y expresamente en Resolución R/01033 en el Procedimiento Nº PS/00051/2008.

respecto se ha amortiguado interpretando el artículo 6. 1º LOPD¹⁵. Así, los tribunales¹⁶ y la APD¹⁷ señalan que:

“pese a la carencia de regulación específica, la mejor doctrina entiende que visto el contenido del Art. 6 de la LOPD, la expresión salvo que la Ley disponga otra cosa permite entender que no es necesario el consentimiento del afectado, cuando el Art. 20 de la CE permite el tratamiento. Lo que exigirá una ponderación del caso concreto y desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el Art. 4 de la LOPD.”

De este modo, se trata del clásico conflicto de las libertades informativas con otros derechos¹⁸. Al no haber reglas específicas, el problema debe resolverse con los parámetros generales proyectados al ámbito de protección de datos y el medio de internet. Así, primero, se determina si ciertamente están en juego las libertades informativas, de un lado, y la protección de datos, de otro¹⁹. Si es así, segundo: es clave determinar si lo informado o expresado es relevante, de “interés público”, pues gozará de especial protección constitucional y rebajará la protección de datos. Y no sólo es relevante lo que publican los medios de comunicación clásicos. Criterios objetivos²⁰ y subjetivos²¹ de relevancia pública deben ser explicitados en cualquier motivación. *Wikileaks* y su divulgación masiva de información de interés público no ha sido más que la expresión de este problema. Tercero: hay que tener en cuenta el “contexto” de la divulgación de datos personales t la naturaleza del medio y modo de comunicación en internet empleado, así como la finalidad, etc²². En cuarto lugar, cabe tener en cuenta que

¹⁵ El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.”

¹⁶ Así en SAN de 12 de enero de 2001, Secc. 1ª, reiterada en SSAN de 2 de febrero y de 16 de marzo de 2006.

¹⁷ Es muy frecuente apreciar estas referencias en resoluciones de Archivo de actuaciones de la APD, así archivo de Expediente Nº: E/00742/2007 (PP en Concello de O Pino; Expediente Nº: E/01022/2006 (caso Prensa D’Osona, S.A. (El 9 NOU); Expediente Nº: E/01504/2007 (caso Gaceta de Canarias); Expediente Nº: E/00500/2008 (caso Delegación de Gobierno de Canarias); Expediente Nº: E/00702/2007 (caso Don Balón S.A). También se incluye esta doctrina en la Resolución PS/00356/2008 en el recurso R/01606/2008 (Transportes Urbanos de Mérida) y en la Resolución R/01226/2007 Agrupación Independiente de Santovenia).

¹⁸ Se sigue a continuación un extracto de “Pasos’ específicos en los conflictos de libertades informativas” COTINO HUESO, L. : *Derecho constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Col·leció Laboratori de Materials, 2007, 525 páginas.

http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,1428/

Ahora en OCW http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/1-5/Course_listing

¹⁹ Aquí tendrá importancia la cuestión de si sólo el régimen de protección de datos se da cuando se trate de “ficheros” (como una web, un mail, etc. según considera la APD); o datos personales (por ejemplo, no de profesionales si no son personales, como sucede en caso de empresarios). Asimismo, si los datos están correctamente anonimizados, no habrá afección al derecho.

²⁰ Determinados elementos permiten considerar que sí existe objetivamente dicho interés público y en qué intensidad en razón de criterios como si se trate de: el ejercicio del poder público, actuaciones judiciales, hechos relativos a la posible comisión de delitos, faltas, sanciones administrativas, otros ilícito; cuestiones en relación con derechos fundamentales así como con principios rectores (sanidad, vivienda, infancia, medio ambiente, etc.). Asimismo, el paso del tiempo aminora el interés público de la información.

²¹ Y desde el punto de vista subjetivo, no del emisor de la información, la relevancia o interés público se da en razón de su carácter y naturaleza jurídica general y particular con relación a la información de que se trate, con elementos circunstanciales como si es un personaje público, en particular, cargo público, tipo de cargo. Esta relativa desprotección del cargo público lo es siempre con relación al ejercicio de su actividad pública, no a su vida privada que no afecta a aquélla. La consideración de público de un personaje, obviamente es gradual y contextualizada a ámbitos geográficos, sectoriales, etc.

²² 1) elementos de tipo histórico, político, sindical, laboral, económico, social, etc. que pueden condicionar el significado y voluntad del mensaje; 2) la forma y medio empleados por cuanto su

el interés público de la información sólo sobreprotege lo necesario: Como afirma el Tribunal Constitucional, no hay que desvelar innecesariamente aspectos de la vida privada o de la intimidad –o datos personales- que no resulten relevantes para la información, por mucho interés público que tenga tal información²³. Este criterio se proyecta, por ejemplo, en la necesaria anonimación general de las resoluciones judiciales²⁴, el uso de iniciales o nombres de pila, siempre que no permita, por el contexto, conocerse la identidad²⁵. Ahora bien, lo cierto es que en muchos casos la identidad de la persona es parte esencial de la información que se pretende transmitir²⁶. No se consideró así en la polémica sentencia 531/2009, de 18 de diciembre de 2009, Juzgado de lo Penal N° 16 de Madrid, caso Cadena SER 1, que admitió el acceso a los datos sensibles (afiliación política) para elaborar o contrastar la información, pero no así su difusión²⁷. La sentencia fue finalmente revocada por cuestiones formales que no vienen al caso. Cabe seguir el principio de proporcionalidad y pertinencia: “¿Los datos son idóneos y estrictamente necesarios para alcanzar la finalidad [informativa]? Hay que evitar difundir datos que no resultan idóneos o necesarios.”²⁸

inmediatez, difusión, posibilidad de respuesta, etc.; 3) la finalidad e intencionalidad del mensaje enjuiciado o factores como si se trataba de una respuesta a un mensaje anterior en sentido contrario, por ejemplo, en el marco de una polémica. 4), la actitud del medio de comunicación puede expresar una voluntad positiva: ejemplo, la rápida rectificación de noticias, el bloqueo del acceso a la información, la variación de lo expresado posteriormente, antes o después de la demanda o denuncia; 5) la posibilidad misma de haberse defendido respecto de lo informado y expresado puede ser tenida en cuenta. 6) También es importante la actitud que haya tenido el personaje público respecto de su vida privada, puesto que puede producirse un voluntario “corrimiento del velo” y, por tanto, rebaja en la protección de estos derechos. En este caso, cabe tener en cuenta la denominada “Extimidad” (frente a la in-timidad) que acometen la mayoría de usuarios de redes sociales, etc. exponiendo públicamente sus datos personales.

²³ Así suele afirmarse con relación a las víctimas de delitos (STC 185/2002, de 14 de octubre FJ 4º; 127/2003, de 30 de junio, FJ 9º.

²⁴ Así, destaca por ejemplo el Acuerdo de 18 de junio de 1997 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento número 5/1995, de 7 de junio, regulador de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, como apartado 3 del nuevo artículo 5 bis del Reglamento, que *“En el tratamiento y difusión de las resoluciones judiciales se procurará la supresión de los datos de identificación para asegurar en todo momento la protección del honor e intimidad personal y familiar”*.

La APD sancionó por primera vez por Resolución R/486/2004 de 13/09/2004, PS/126/2003 por publicación de sentencias por falta de consentimiento. Recientemente habiendo pasado a considerar recientemente la conducta más grave por posible afectación de datos sensibles (Resol. R/01135/2009).

²⁵ Así, cabe tener en cuenta el archivo R/00133/2005 en el procedimiento sancionador PS/00170/2004 sobre filtración a medio de comunicación por grupo municipal información de trabajadora del Ayuntamiento. O en la resolución R/00337/2009 (PS/00364/2008) en la que se sanciona a Asociación que difunde sentencia condenatoria de su interés sin anonimizar si bien un diario antes la había publicado con el nombre de pila y todos lo conocían. En la resolución R/01215/2009 se sanciona por no anonimizar una denuncia.

²⁶ Así, por ejemplo, la SAN de 4 de enero de 2008: “Carece de sentido, por tanto, informar sobre una querrela criminal relativa a unos hechos surgidos con motivo de la actividad sindical, en el seno del propio sindicato, si no puede señalarse la persona contra la que se dirige para que los miembros del sindicato en la empresa puedan estar informados, conozcan y valoren, con todos los elementos de juicio a su disposición, de las contiendas originadas en el ejercicio de la actuación sindical o con motivo de ella, y la proyección sobre los actos posteriores de los afectados, que precisan de ese dato para su pleno entendimiento.”

²⁷ En este sentido, cabe tener en cuenta la STS Sala 2ª de 18 de febrero de 1999 de condena a periodista por revelación de datos de SIDA de dos presos. Así se afirmó que el acceso a tales datos podría no ser punible “si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no lo son para la presentación de la noticia.”

²⁸ Recomendación 1/2008 de la Agencia Catalana de Protección de Datos sobre la difusión de la información que contenga datos de carácter personal a través de Internet, pág. 22. Sobre al proporcionalidad ver págs. 7 y 9.

Sobre estos ejes ha de descansar la resolución de los conflictos que se planteen en sede jurisdiccional. O administrativa. Y es que por cuanto a la APD, antes de observar cómo hace estas ponderaciones, lo más preocupante es que las haga. No está nada claro constitucionalmente²⁹ que una Administración –aun independiente- pueda hacerlo. Además la cuestión es importante puesto que la difusión de datos personales puede costar al informador una sanción grave por no consentimiento del afectado: 60 mil euros, con “rebaja” de 600 a 6.000 euros). Pues bien, en la mayoría de los casos, la APD resuelve todos estos supuestos de ponderación con una plantilla casi idéntica en la que se introducen algunos datos y valoraciones del caso concreto³⁰. Entre los “ganadores” de estas ponderaciones están cargos políticos que divulgan datos personales de forma justificada por el interés público³¹. Los supuestos en los que el denunciado es un medio

²⁹ Se dan algunas directrices en la STC 52/1995, de 23 febrero (FJ 4º, que sea una ley formal la que autorice al poder público y que la resolución sea motivada.). Por el contrario la STC 187/1999, de 25 octubre (caso “La máquina de la verdad”), hace dudar de cualquier control no judicial de contenidos (FJ 6º).

³⁰ He analizado hasta una veintena de resoluciones de la APD que siguen el esquema que a continuación se describe. Por ejemplo, ver Resolución: R/01033 en el Procedimiento Nº PS/00051/2008, en la que se denuncia la Asociación Sindical Alternativa Sindical de los Trabajadores de Banca y Empresas Auxiliares ha publicado en la página Web un documento con el título “*Tu derecho a ser informado*”.

Se afirma la alegación del artículo 20. 1º a) y d) CE, se subraya la “posición preferente” de la libertad de expresión siempre que lo comunicado cuente con “relevancia pública” y sea veraz con diversas sentencias tipo. Sobre tal base, la clave reside por lo general en la valoración de la relevancia pública de lo informado en el caso concreto. Para esta valoración, se apunta a veces que “debemos atender a la naturaleza de la información que se facilita, la finalidad perseguida, el medio utilizado, el número de destinatarios posibles, la existencia de intereses generales en la obtención de ese tipo de información y su afectación al derecho a la intimidad en su manifestación de autodeterminación informativa”. No obstante, por lo general se da una decisión sin excesiva argumentación. Así, se afirma que sí hay interés público o, por el contrario, que la información sólo tiene interés “sectorial”, “empresarial”, “laboral”, etc. pero no es de “interés general”. Cuando se estima que no concurre tal interés público de la información suele mencionarse la SAN de 16 de febrero de 2007 sobre la concurrencia del derecho a la protección de datos personales y la libre expresión, recordándose que no es un derecho absoluto. Las resoluciones de este tipo suelen también incluir referencias a la clásica STC 292/2000 así como a las previsiones de la Directiva europea sobre este conflicto.

En el caso nada extraño de concurrencia de la libertad sindical, suele mencionarse, asimismo, la SAN de 25/01/2008, recurso 346/2006. En la misma se indica que para ponderar la posible colisión entre libertad sindical y protección de datos personales, hay que valorar las diferentes circunstancias y se tiene en cuenta si la difusión se hubiera limitado o no al ámbito laboral de la empresa (intranet, correo electrónico) o si se han difundido a terceros en una web, lo cual vulnera el derecho a la protección de datos personales.

³¹ Así, la distribución de un “boletín informativo” por una agrupación municipal con cantidades percibidas por un cargo municipal y otros datos personales, sí que se ha considerado legitimada por la trascendencia pública local, además de ser fácilmente cognoscibles por figurar en un tablón público (Resolución: R/01226/2007, en el PS/00168/2007 Agrupación Independiente de Santovenia de Valdoncina).

En el Archivo del Expediente Nº: E/01022/2006 se considera también legítima por ser de interés público local la difusión por el periódico comarcal El 9 Nou de reportaje en el que aparecía fotografía del afectado en el balcón de vivienda, apareciendo el teléfono en un cartel de “Se vende”. El afectado había dado una rueda de prensa previamente detallando la polémica con su vivienda, justo encima del local en el cual se pretendía la instalación de la iglesia objeto de la controversia vecinal.

En la Resolución R/00880/2007 en el procedimiento sancionador PS/00134/2007 se admite el envío de información política sobre un asunto estimado de interés público local por un partido político y se afirma que no debe considerarse spam no deseado. La APD se apoya tanto en la veracidad e interés público local de la información cuanto del derecho de participación política (art. 23 CE) vinculado a partido político (art. 6 CE)

En el procedimiento de Declaración de Infracción de Administraciones Públicas AP/00007/2008, se considera que sí tiene interés público la opinión e información revelada de un expediente municipal por un

de comunicación clásico, no parece dudarse del interés público de la difusión de datos personales³². Por el contrario, hay supuestos en los que si la difusión la hubiera realizado el medio de comunicación se hubiera considerado justificada³³. Entre los perderos están los particulares, las asociaciones y los sindicatos, cuyas difusiones de datos no suelen legitimarse en razón del interés público. Así sucede respecto de la difusión de datos en foros³⁴ y en varios supuestos de información difundida por asociaciones no se considera que medie interés público³⁵. Tampoco es habitual que se considere que existe suficiente interés público en –habituales– supuestos de difusión de datos personales por sindicatos³⁶.

cargo del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre en un artículo de opinión . Y en este caso ello parece bautizar el escape de información del Ayuntamiento, aunque tampoco se considera probado y la información era de general conocimiento en la zona .

Con cierto paralelismo, en la Resolución R/00133/2005 en el procedimiento sancionador PS/00170/2004 afirma la APD que “puede aceptarse la existencia de un interés público en los hechos recogidos en conjunto en el informe (demandas de trabajadores frente al Ayuntamiento de (.....) pero no puede aceptarse que, en el presente caso, exista un intereses público que justifique la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos personales de un empleado de la Corporación que han sido conocidos en el ejercicio de atribuciones previstas en la legislación de Régimen Local”.

En el Archivo del Expediente Nº: E/00742/2007 se aborda que en la revista publicada por el PP de O Pino se publica un artículo con la fotografía de la vivienda del denunciante y titulada “o candidato de PSOE debe 10000 euros o Concello”, procediendo la información del Pleno municipal se afirma que los derechos del artículo 18 “ceden ante las libertades del artículo 20 de la Carta Magna”.

³² Ello sucede en el caso de Don Balón SA que publicó la demanda que el denunciante les había formulado, con todos sus datos. (archivo de Expediente Nº: E/00702/2007) .

En esta línea, en el Archivo E/01492/2008, la publicación en un Suplemento Dominical de las fichas de 13 estudiantes de la Universidad de Santiago en los años 60, de los que algunos han devenido algo famosos sí que se considera de interés público, simplemente porque “algunos de los cuales hoy tienen un papel destacado en la sociedad”

³³ Así en la R/00337/2005 en el procedimiento sancionador PS/00194/2004, no se considera de interés público la revelación por el Club Deportivo de la Coruña de un contrato de un jugador con el que mediaba conflicto.

³⁴ No se consideró de interés público de archivo de expediente Nº: E/00466/2006 (caso inserción de denuncia en foro de Asociación independiente de la Guardia Civil). Tampoco comentario sobre un abogado emitido por un particular en un foro en la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento Nº: TD/00266/2007.

³⁵ Así, no se considera de interés público la publicación de una denuncia –con los datos del denunciado– en foro de discusión de la web de la Asociación Independiente de la Guardia Civil, si bien, se considera que caben los mecanismos de reacción a posteriori a través del ejercicio de derechos (Archivo en el Expediente Nº: E/00466/2006)

En la Resolución R/00337/2009 del PS/00364/2008, una Asociación difunde sentencia condenatoria de un empresario sin anonimizar; antes un diario había difundido anonimizando datos aunque no de manera suficiente . La APD considera que sólo hay interés sectorial que no es interés general .

Sorprende en cierto modo la consideración de que no tiene interés público –al menos local– la difusión de datos económicos de contratos dudosos del Ayuntamiento por una Asociación cultural en una Revista, siendo, además que procedían del Pleno del Ayuntamiento. Procedimiento nº.: PS/00133/2004 recurso de Reposición expediente sancionador PS/00133/2004. Además, la vía por la que la APD estima que hay fichero ilícito es porque la asociación mandó la información por mail a la imprenta, a diferencia de la misma difusión por el Boletín Informativo del PSOE de Torredonjimeno .

³⁶ Aunque se legitimó la difusión de datos en el supuesto resuelto en la SAN de 4 de enero de 2008. respecto de la información de la querrela admitida –con datos del denunciado– por una Sección sindical en intranet por un sindicato. No obstante, en buena parte de los supuestos, la APD no considera de interés público la difusión de datos por sindicatos.

Así, no tiene interés público difundir un censo electoral sindical más allá del ámbito estrictamente laboral: en la Resolución R/00767/2008 en el PS/00505/2007 UGT-Comunidad Madrid, quien alegó libertades informativa así como derecho de participación del artículo 23 CE. En este caso, desafortunadamente la APD acude al mal argumento de que “UGT no es un medio de comunicación, sino un sindicato de los trabajadores y los datos personales de los trabajadores que publica en su página Web

Algunas pautas y garantías específicas a aplicar ante la difusión de datos en la red

Aunque no se regulen criterios específicos para el conflicto información- protección de datos, pueden afirmarse algunos. En este sentido, se ha dado una nueva lectura a la prohibición de censura y los derechos del afectado en la protección de datos. Así, desde 2006 la AEPD elabora interesante doctrina³⁷, pues supone que no cabe a priori obligar a establecer filtros a la información en internet en razón de la protección de datos: *“requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación inconsentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito)”*

De igual modo, es especialmente útil esta tesis respecto de ISPs y PSSIs que no son los autores directos de la información que contiene datos personales, puesto que la APD no les obliga a comprobar que se cuenta con el consentimiento de los afectados. Ahora bien, respecto de los autores directos de la difusión de información, la difusión de datos personales podrá ser ilegítima, según los parámetros de la ponderación vistos.

Asimismo, con esta doctrina la APD afirma que los personajes no públicos no tienen que resignarse a ver sus datos en la red y pueden ejercer a posteriori³⁸ los derechos

no son datos de interés general, no son opiniones, ni ideas ni pensamientos sino datos personales, que pertenecen al ámbito privado.” Sin perjuicio de ello, luego argumenta mejor que se trata de un interés laboral sindical, no general .

También, en la Resolución: R/00735/2007 recaída en procedimiento sancionador PS/00277/2006 se considera que no tiene interés público información revelada en la web sindical denunciando influencias para la contratación en una empresa telefónica, revelando datos personales de trabajadores y sus relaciones familiares, información lograda a partir de información a la que acceden los sindicatos . La APD considera que ni desde las libertades informativas ni la libertad sindical se puede legitimar tal tratamiento de datos.

En sentido semejante, en la Resolución R/00941/2007 en el procedimiento PS/00113/2007 no se admitió la difusión de datos de cuarenta y cinco profesores afectados por un determinado acuerdo sindical, obtenidos de una web pública bajo el título “Personal Interino que no mantiene la estabilidad. Curso 2004/2005”. Uno de ellos no había consentido inequívocamente tal difusión y se estimó innecesaria la difusión de tales datos para la información laboral

En la Resolución: R/01610/2009 en el procedimiento sancionador PS/00044/2009 no se considera de interés público que legitime la difusión de datos de un antiguo trabajador a través de un blog por su empresa .

También, en la Resolución R/00386/2008 en el procedimiento sancionador PS/00382/2007 tampoco se considera de interés general la inclusión de nombre y apellidos, así como el número de carné profesional como agente de la autoridad de un Ayuntamiento por el sindicato FSP-UGT.

³⁷ La resolución de archivo de expediente N°: E/00466/2006 (caso inserción de denuncia en foro de Asociación independiente de la Guardia Civil. No así antes, en el Archivo E/00469/2005, la APD no consideró un foro de internet como un fichero de datos al tiempo que por concurrir la libertad de expresión remitía cuestiones de esta índole a la jurisdicción. Luego se ha proyectado en dos supuestos relativos a un foro (expediente N°: E/00466/2006 y Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento N°: TD/00266/2007, caso abogado molesto) y uno sobre un blog (TD/01164/2008 Resolución N°.: R/01871/2008, caso críticas a un trabajador en un blog por la empresa Ecosmep) y se ha generalizado en los supuestos de casos de ejercicio de derechos ante buscadores como *Google* desde la Resolución en el procedimiento TD/00463/2007, R/01046/2007.

³⁸ “Sin embargo, aunque cabe proclamar que ningún ciudadano que no goce de la condición de personaje público ni sea objeto de hecho noticiable de relevancia pública tiene que resignarse a soportar que sus datos de carácter personal circulen por la Red sin poder reaccionar ni corregir la inclusión

ARCO, cancelación, oposición o rectificación, según se trate³⁹. Ahora bien, de facto, cuando los datos de carácter personal se difunden por Internet es prácticamente imposible conocer quién puede haber realizado un tratamiento con ellos y, en consecuencia, los derechos del titular y, en especial, los de acceso y oposición se convierten en una auténtica utopía⁴⁰. Es por ello que la APD apunte, sobretodo, hacia el buscador *Google* y sus efectos multiplicadores al dar visibilidad a los tratamientos de datos de terceros.

Entre otros criterios específicos, habría que añadir que aunque se considera que es un fichero de datos una web, un foro, blog o semejante modo de ejercicio de libertades informativas, no cabe exigir a priori el requisito de la notificación e inscripción registral del fichero (art. 26 LOPD; arts. 55 y ss. RLOPD). Tal obligación tendría “un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades”, proscrito por nuestro Tribunal Constitucional⁴¹. Por la misma vigencia directa de la libertad de expresión e información, no cabrá en tales casos informar al afectado del hecho de que ha sido incluido en un fichero (la *web*, el *blog*, el *muro*, etc.), pese a que lo exija el artículo 5. 4º y 5º LOPD. Ello sin perjuicio de las posibles acciones de tutela y otras acciones del afectado.

Derecho al olvido en la red y hemerotecas digitales

Si la situación del afectado por la difusión de datos personales en la red es compleja de facto, la cuestión se complica jurídicamente cuando se trata de informaciones en su día publicadas por medios de comunicación a las que se accede merced a hemerotecas digitales, que, además, indexadas por buscadores. La AEPD⁴² parece conceder inicialmente el interés público a todo lo que fuera publicado por un medio de comunicación clásico. Afirma que los medios debieran valorar si incluir la identidad de las personas afectadas, con el uso de abreviaturas, por ejemplo y que teniendo en cuenta los motores de búsqueda mediten si mantener permanentemente noticias que dejan de

ilegítima de los mismos en un sistema de comunicación universal como Internet, para lo que siempre podrá solicitar al responsable del sitio Web de que se trate la cancelación de la información,[...] cabe insistir [...] que el ciudadano que no esté obligado a someterse a la disciplina del ejercicio de las referidas libertades (por no resultar sus datos personales de interés público ni contribuir, en consecuencia, su conocimiento a forjar una opinión pública libre como pilar basilar del Estado democrático) debe gozar de mecanismos reactivos amparados en Derecho (como el derecho de cancelación de datos de carácter personal) que impidan el mantenimiento secular y universal en la Red de su información de carácter personal.”

³⁹ A mi juicio, se tratará del derecho de cancelación cuando se considere que la difusión es ilegítima o el de oposición cuando se considere que las libertades amparan la difusión de información pero existen causas para evitar dicho tratamiento. También procederá el derecho de oposición cuando el origen de los datos sea legítimo (por ejemplo, a partir de una fuente accesible, como un medio de comunicación, un boletín) pero el tratamiento generado a partir de tales datos suponga un particular problema para el afectado (por ejemplo, el tratamiento realizado por el buscador Google). También podrá ejercerse el derecho de rectificación. De pretender rectificarse información de interés público aunará la naturaleza de ser contenido del artículo 18. 4º y 20 CE.

⁴⁰ ARENAS RAMIRO, M.: “El derecho a la protección...”, cit. pág. 378.

⁴¹ SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5º y 190/1996 [RTC 1996\190], fundamento jurídico 3º y STC 187/1999, de 7 25 octubre, FJ 4º. STC 136/1999, ha destacado “la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con este derecho”.

⁴² Así, en la Resolución nº 1871/2008. Se reclama contra Google Spain, S.L. y Prisacom (web de *El País*) por no haber sido debidamente atendido su derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales, concluyendo, sin más argumentación sobre la información en sí, que “la publicación de la noticia por el Diario “*El País*” constituye un ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 20, apartados a) y d) de la Constitución Española.” También en la Resolución n 494/2009, respecto de Lycos y El País.

ser relevantes con el tiempo. Asimismo habla de la conveniencia de usar medidas que eviten la indexación y, por tanto, su divulgación indiscriminada. Sobre estas bases, se considera el paso del tiempo motivo legítimo para oponerse a que una noticia no relevante deje de aparecer del buscador, pero no que desaparezca de la hemeroteca digital.

A mi juicio, la hemeroteca no es un medio de comunicación en sí, sino un tratamiento a partir de tales datos que son fuentes accesibles. Por ello, la solución pasa por el ejercicio del derecho de oposición frente a quien realiza el tratamiento perjudicial al afectado, ya sea el buscador que indexa, ya sea la hemeroteca virtual. En este punto, el paso del tiempo y la situación particular del afectado podrá llevar a considerar que no se justifica el tratamiento que opera la hemeroteca, por lo que aún existiendo históricamente la noticia, ésta no tendrá porqué permanecer fácilmente accesible en su formato virtual o quedar indexada por Google, por ejemplo⁴³. Esta posición es compatible con soluciones que pasan por el principio de proporcionalidad preventivo tanto por los periodistas, cuanto por los gestores de las hemerotecas virtuales y los buscadores. Primero la valoración de la necesidad de incluir datos personales por el medio de comunicación. Segundo, la elección de sistemas que reduzcan la visibilidad de la información y su indexación más allá de lo necesario. Tercero. Mecanismos automáticos de anonimización, especialmente sobre la base del paso del tiempo.

4. Para concluir. Posibles soluciones en manos del legislador

Se ha analizado el marco jurídico del emergente conflicto derecho a la protección de datos personales y libertades informativas. Se han señalado pautas generales y particulares de resolución. Ahora bien, para concluir me permito afirmar una convicción: la protección tanto de las libertades cuanto de la protección de datos en la red ha de venir de la mano del establecimiento de algunas reglas y garantías particulares a manos del legislador. Así, me permito señalar algunas de ellas:

- regulación expresa en la ley del conflicto libertades informativas-protección de datos.

- Afirmación expresa en la ley de que la información y expresión del ámbito de relevancia pública no es monopolio de los “medios de comunicación social”.

- Afirmación expresa en la ley de la resolución sobre la base del interés público de lo divulgado, la expresión de criterios como la naturaleza pública o privada del sujeto afectado, del ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la red, de la naturaleza de los datos divulgados, del medio o modo de comunicación en la red y el contexto en el que se produce.

- Afirmación expresa en la ley de la resolución sobre la base de la necesidad y pertinencia de los datos publicados para informar y formar a la opinión pública.

- Afirmación expresa en la ley de la diligencia del informador, se trate o no de un profesional de la información. Tal diligencia será variable tanto en razón de la naturaleza del informador, como de la afectación al derecho a la protección de datos personales y otros derechos.

- Regulación más precisa de la posibilidad y garantías de indexación por buscadores generales y particulares de información que contiene datos personales procedente de

⁴³ No se comparte en parte el análisis de CARRILLO, Marc, “El derecho al olvido en Internet”, *El País*, viernes 23 de octubre de 2009.

Un reportaje de interés en “Quiero que internet se olvide de mí”, de Rosario G. Gómez en *El País*, 7.1.2011, págs. 24-25 Vida & Artes y accesible en http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Quiero/Internet/olvide/elpepisoc/20110107elpepisoc_1/Tes

medios de comunicación social, así como de las hemerotecas virtuales. Regulación más concreta de los requisitos para divulgar información con razón al paso del tiempo y soporte digital empleado y posibilidades de su etiquetación.

-Regulación concreta de los derechos ARCO y su ejercicio respecto de PSSI específicos, como Google y otros buscadores generalistas, redes sociales generalistas, *Youtube* y otros servidores de vídeo, proveedores generalistas de blogs y páginas web, etc.

-Regulación más concreta del deber jurídico de sujetarse a las exigencias de autoridades y normativa españolas para los PSSI generalistas.

-Regulación más concreta de la responsabilidad de los prestadores y el alcance de sus exenciones de responsabilidad.

La inacción ante el problema, que es la solución actual sacrifica el ejercicio de las libertades informativas y la garantía de la protección de datos. Pese a que se trata de problemas a los que hacer frente, no son válidas excusas como la necesaria acción colectiva a nivel europeo, el cambio tecnológico, la incompetencia jurisdiccional por el fenómeno transnacional, etc, Son excusas y la muestra no es otra que el hecho de que los problemas ya se dan y las resoluciones administrativas o judiciales también. Pese a tratarse de un terreno preciso de ponderación para cada caso concreto y de necesaria adaptación al contexto tecnológico y al uso social de las TICs, las medidas indicadas pueden dar fijeza y certidumbre. La provisionalidad es y será una constante en el ámbito de las TICs y siempre será mejor algo y rectificar si no es la vía correcta.