

■ 17. El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: «un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal»

LORENZO COTINO HUESO¹

Catedrático (acreditado) de Derecho Constitucional.

Universidad de Valencia

1. De la total desatención del problema a la avalancha en razón del derecho al olvido

Pese al abundante análisis doctrinal y jurisprudencial del tradicional conflicto entre las libertades informativas y los derechos del artículo 18.1.^{o2}, la desatención doctrinal hasta fechas recientes ha sido palmaria cuando se trataba del conflicto de las libertades informativas con el derecho a la protección de datos personales³. Entre

¹ 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 estudio se realiza en el marco del Proyecto MINECO «Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos» (DER2012-37844).

² La doctrina es muy copiosa, entre otros muchos, SÁNCHEZ FERRIZ, R.; *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant, Valencia, 2004. Son de todo interesantes, aunque cuestionables por mi parte, 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, Iustel, 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*, n.º 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*, n.º 14, 1999 (ambos a texto completo en *Dialnet*). Dedicó buena parte del estudio

los primeros trabajos sobre la materia me permito destacar mis estudios sobre este conflicto, sobre los medios de comunicación e internet como fuentes accesibles de protección de datos, sobre buscadores y hemerotecas digitales y sobre el papel de autoridades administrativas en el control de la información por cuanto afecte a la protección de datos⁴. En buena medida el presente estudio recupera partes de aquellos trabajos.

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, pp. 97-121, a partir de p. 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.

En cambio, sí que ha interesado a la doctrina jurídica el conflicto de la información administrativa y la protección de datos, más si cabe con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia. 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*, n.º 173, 2007, pp. 407-445, actualizado en su obra coordinada *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno estudio de la ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014. También, MARTÍNEZ, Ricard, «Protección de datos personales, intimidad y transparencia», en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.), *Régimen jurídico de la Transparencia: acceso, uso y reutilización de la información del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De estos autores, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. Y VALERO TORRIJOS, J.: «Protección de datos personales y Administración electrónica», en *Revista española de protección de datos*, n.º 1, 2006, pp. 115-141; TRONCOSO REIGADA, A.: «Reutilización de información pública y protección de datos personales», *Revista general de información y documentación*, Vol. 19, n.º 1, 2009, pp. 243-264.

⁴ COTINO HUESO, L.: «Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)» en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 289-315. En esta obra, Arias Maíz, Vicente «Una excepción al principio de consentimiento informado no contemplada en el artículo 6 LOPD: el uso de datos personales por medios de comunicación», pp. 560-575. (acceso completo en internet). También, por mi parte, «La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red: pautas generales y particulares de solución», en COTINO HUESO, L. (editor): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011, pp. 386-401, acceso completo en internet.

Ahora bien, pese al anterior olvido de la materia por los especialistas, en los últimos años la atención se ha desbordado con la llegada del «derecho al olvido», ciertamente muy mediático en la literatura científica⁵. La atención doctrinal marcada especialmente por los trabajos de Simón⁶, sin duda ha sido de gran calidad. En tales análisis se percibe la clara presencia de constitucionalistas y ello ha traído como consecuencia que la atención no se ha centrado en aspectos concretos y prácticos de la efectividad y concreción de este derecho. Desde mayo de 2014 y la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resuelve el caso Google vs AGPD que luego se comenta, se han producido análisis de claro interés⁷, quizá el más destacable

⁵ Además de los de Simón que se refieren en la nota *infra*, entre otros muchos, LUCAS MORILLO DE LA CUEVA, P.: «La distancia y el olvido. A propósito del derecho a la autodeterminación informativa», *Revista de jurisprudencia El Derecho*, octubre de 2012; TRONCOSO REIGADA, A.: «El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales», *Datospersonales.org – Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, n.º 59, 2012; RALLO LOMBARTE, A.: «El derecho al olvido y su protección. A partir de la protección de datos», *Revista Telos*, Fundación Telefónica, n.º octubre-diciembre 2010, <http://goo.gl/ueTEX3>. ORZA LINARES, R. M. (2013): «El derecho al olvido en Internet: algunos intentos para su regulación legal», en CORREDOIRA Y ALFONSO L. y COTINO HUESO L. (dirs.): *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 475-499. En la misma obra, CERNA DA BADÍA, R. (2013): «El derecho al olvido judicial en la red», pp. 521-541.

⁶ SIMÓN CASTELLANO, P.: «El régimen constitucional del derecho al olvido en Internet», *Neutralidad en la Red y otros retos para el futuro de internet. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Huygens Editorial, Barcelona, 2011, pp. 391-406. Especialmente su obra monográfica, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, 2012 (Premio AGPD). También y más reciente, «El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos», en COTINO HUESO, L. (editor): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales... cit.* pp. 24 y ss.

⁷ Destacan los análisis patrocinados por Google en diversos países europeos, en el marco del Consejo Asesor de Google sobre el Derecho al Olvido y sus «reuniones públicas» en 2014, el 9 de septiembre en Madrid, el 10 en Roma, el 25 de septiembre en París; el 30 en Varsovia; en octubre el 14 en Berlín; el 16 en Londres y el 4 de noviembre en Bruselas. Puede accederse a los audios y vídeo en <https://www.google.com/advisorycouncil/>.

Tras la sentencia, se anuncia la monografía de quien dirigiera la AGPD: RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014. También, BUISÁN GARCÍA, N.: «El derecho al olvido», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 46, junio 2014, pp. 22-35. También, en buena medida elaborado previamente a la sentencia, es muy destacable el trabajo de MIERES MIERES, L. J.: *El derecho al olvido digital*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 186/2014, Madrid (acceso en la red).

–y tan crítico con la sentencia– de la Cámara de los Lores británica⁸, así como el estudio de la Presidencia europea para la reforma del Reglamento europeo de protección de datos a resultas de la sentencia⁹. Tras la sentencia, pasa a ser de mayor interés si cabe centrar la atención en sus efectos concretos. Y también es cierto que falta cierto tiempo y reposo para poder analizar la cuestión con cierta concreción y practicidad, a la espera de la sentencia española de la Audiencia Nacional a partir de la respuesta a su cuestión prejudicial resuelta por el TJUE; a falta de los criterios que forje la AGPD frente a las centenas o miles de reclamaciones frente a Google en aplicación de la sentencia y su ulterior revisión judicial. A falta de los criterios que vaya adoptando Google para aplicar la sentencia. Y todo ello multiplicado en las más de las veces, por los veintiocho Estados de la Unión Europea de donde dimanarán otros tantos y posiblemente variados criterios a partir de sus respectivas autoridades de protección de datos y los criterios jurisprudenciales que se vayan forjando. Y, sin duda, todo a falta de la versión definitiva del Reglamento europeo de protección de datos que habrá de adaptarse a los criterios del TJUE.

En estas arenas movedizas son las que nos movemos y es en este momento en el que este estudio se ha realizado.

Al momento de cerrar estas páginas, el autor me facilita su interesante reflexión BOIX PALOP, A.: «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la sentencia Google, de próxima publicación en la *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, en prensa. También, MARZAL RAGA, C. R.: «Imagen audiovisual y autodeterminación informativa en los medios de comunicación», en A. BOIX PALOP y J. M. VIDAL BELTRÁN: *La nueva regulación del audiovisual: medios, Derecho y libertades*, Aranzadi Thomson-Reuters.

⁸ De todo interés, HOUSE OF LORDS: *European Union Committee – Second Report EU Data Protection law: a ‘right to be forgotten’?* de 23 de julio de 2014, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/40/4002.htm>.

⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Right to be forgotten and the Google judgment», propuestas de reforma, Bruselas 3 de julio 2014, documento 11289/14, Interinstitutional File: 2012/0011 (COD), acceso en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011289%202014%20INIT>.

2. El conflicto del ejercicio de las libertades informativas en internet y el derecho a la protección de datos. Pautas para su resolución

2.1. LAS LIBERTADES INFORMATIVAS PROTEGEN LA DIFUSIÓN DE EXPRESIONES E INFORMACIONES Y DATOS PERSONALES POR CUALQUIER SUJETO A TRAVÉS DE CUALQUIER CANAL, MODO O MEDIO

Salvando muy destacadas firmas, que por lo general hemos trabajado de forma conjunta, no son muchos los autores en la literatura científica española que hayan mostrado interés por las libertades en la red¹⁰, a diferencia de la siempre más rentable atención del fenómeno de la protección de datos. Como he sostenido en otros lugares desde hace tiempo, las libertades informativas se reconocen

¹⁰ En España, hay que destacar los trabajos iniciales de FERNÁNDEZ ESTÉBAN, M. L.: *Nuevas Tecnologías, Internet y Derecho Fundamentales*, Mc-Graw Hill, 1998, así como los numerosos trabajos de BOIX PALOP, A.: «Pluralismo y libertad de expresión en la Red», publicado en *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 65, mayo-agosto 2002, pp. 133-180, accesible en <http://www.uv.es/aboixp>, así como en BOIX PALOP, A. y LÓPEZ GARCÍA, G.: «Derecho y cuarto poder en la era digital», en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 130, Madrid, octubre-diciembre (2005), pp. 73-108 y en «Soporte digital, autoría e industria cultural», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 131, Madrid, enero-marzo (2006), pp. 53-86. Asimismo, una monografía de la cual son editores, *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006. Fue un clásico, VILLATE, J.: «La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas», Versión 1.0, Borrador de trabajo sobre la libertad de expresión en la Red y los sistemas de filtrado, por Javier Villate. Documento presentado en la comparecencia de David Casacuberta, presidente de FrEE, ante la Comisión Especial del Senado sobre Internet, 16 de junio de 1998, acceso en internet. Es sencillo y muy destacable FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J.: *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004. También hay que mencionar especialmente los trabajos de, CORREDOIRA y ALFONSO, L.: *Los retos de la información en internet. Las libertades de acceso y difusión*. Seminario Complutense de Telecomunicaciones e Información. Madrid, diciembre, 1998 y el libro colectivo, *La libertad de información. Gobierno y arquitectura de internet*, Universidad Complutense, Madrid, 2001, y los trabajos de esta autora en obras que he coordinado. Destacan desde el inicio los diversos estudios de GARCÍA MORALES, María Jesús, «Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en internet», en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 y algunos trabajos en CASANOVAS, P.: *Internet y pluralismo jurídico. Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003. Más recientemente, «La prohibición de la censura en la era digital», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 237-276. También inicialmente bajo el enfoque penal, MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, Ó. (coords.): *Contenidos ilícitos y respon-*

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 recibe. Tal fue el punto de partida del Tribunal Supremo de los EE.UU. (*ACLU vs. Reno* de 1997). el TJCE en 2008¹¹ afirmó que la importancia de la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de «periodismo» hacia «toda persona que ejerza una actividad periodística» (n.º 58). Se señala que difundir información con ánimo de lucro no excluye que se trate de fines periodísticos, «el soporte en el que se transmiten los datos, clásico como el papel o las ondas de radio, o electrónico como Internet, no es determinante para apreciar si se trata de una actividad «con fines exclusivamente periodísticos» (n.º 60)¹², de manera que las «actividades periodísticas» «No están reservadas a las empresas de medios de comunicación y pueden ejercerse con ánimo de lucro» (n.º 61).

Este mismo punto de partida se ha reconocido sin valor jurídico normativo en diversas declaraciones internacionales «*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 n.º 1 de la «Declaración sobre la libertad de comunicación en internet», del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003¹³). Más recientemente, destaca la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 por altas instituciones internacionales de libertad de expresión, incluyendo la ONU, OSCE o la OEA¹⁴. Su punto de partida es contundente: «La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a

sabilidad de los prestadores de servicios de Internet, de la *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, noviembre de 2002.

Prácticamente todos los autores citados han realizado estudios en el marco de las obras colectivas que he tenido el gusto de coordinar sobre libertad de expresión en la red y se citan en este estudio, que incluyen, además, otras veinte firmas destacadas en la materia. Asimismo, cabe destacar los estudios contenidos en la *Revista Catalana de Derecho Público* (segunda etapa de la Revista «Autonomías»), monográfico sobre «la incidencia de las TIC en el Derecho público», núm. 35, 2007, en particular, VILLAVARDE MENÉNDEZ, E.: «Ciberconstitucionalismo. Las TIC y los espacios virtuales de los derechos fundamentales».

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

¹² En especial ver los apartados 56 a 61.

¹³ Aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión.

¹⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>.

todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad» [I, principio general a)].

Desde sectores políticos y jurídicos como desde los medios de comunicación clásicos se pretende reservar sólo para estos últimos una libertad de expresión, información y de prensa reforzada y con garantías específicas (privilegios) que no se extiendan en general a internet¹⁵. Se trata de cierta inercia sociológica y jurídica en nuestros tribunales de reservar, más o menos veladamente, las libertades informativas para los medios de comunicación, digámoslo así, clásicos¹⁶. También afirma el Tribunal Supremo¹⁷ que «la libertad de información «alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa» (FJ 6.º), concluyendo que una web de denuncia de una asociación nada tiene que ver con la libertad de expresión¹⁸. Esta tendencia negativa encontró su máxima expresión en una muy desafortunada resolución de la AGPD, que llegó 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 pre-

¹⁵ Así llamó la atención inicialmente en Estados Unidos, entre otros, SUNSTEIN, CASS, R.: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001. De igual modo y por todos, BALKIN, J. M.: «Digital Speech and Democratic Culture...», cit..

¹⁶ Este criterio, que se vislumbra en SSTC la 136/2004, de 13 de septiembre, FJ 5.º 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).

¹⁷ Se trata de STS de 26 de junio de dos mil ocho, recurso: 6818/2003. Asociación contra la tortura contra las Resoluciones del Director de la Agencia de Protección de 4 de septiembre y 3 de octubre de 2000.

¹⁸ Así, el TS ratificó una sanción de la AGPD 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. La Sala declaró, sin más explicación, que las concretas conductas sancionadas nada tienen que ver ni con la libertad de expresión, ni con el derecho a la información, en relación a la tortura y a la denuncia de tan execrable práctica (FJ 9.º).

valencia del derecho de 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»¹⁹.

En otras palabras: un ciudadano no puede atreverse a alegar la libertad de expresión. Eso es cosa de medios de comunicación. Esta resolución fue anulada por la Audiencia Nacional en 2012²⁰ por lesión de la libertad de expresión; no obstante, son varias las resoluciones con esta tendencia de la AGPD²¹.

También, esta corriente que concentra la protección de la libertad de expresión en internet a favor de los medios clásicos, es la que lleva a que sólo de un profesional de la información cuente con el derecho a no revelar las fuentes. Así las cosas, quedaría excluida esta garantía por ejemplo a *Wikileaks* o similares, esto es, a quien revele en internet secretos facilitados sin ser un profesional de la información. En este caso, bien es cierto, es la propia Constitución la que afirma la condición «profesional» del secreto.

Reservar de manera excluyente la protección más intensa de las libertades a los medios de comunicación clásicos es un punto de partida que amordaza la libertad de expresión e información en la red bajo la *espada de Damocles* de severísimas sanciones administrativas o penales.

2.2. EXPRESARSE, INFORMAR Y SER INFORMADO SOBRE ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO ES UN «INTERÉS LEGÍTIMO» QUE PUEDE EXIMIR DEL CONSENTIMIENTO DEL AFECTADO Y DE OTRAS GARANTÍAS DEL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Sentada la premisa anterior, 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 es

¹⁹ Resolución 211/2010, PS 439/2009, CITA denunciada por la U. Politécnica de Madrid por difusión de enlaces y vídeos externos en crítica por competencia desleal de algunos profesores.

²⁰ Así en la sentencia de 11 de abril de 2012 en el P.A. 03078/2010.

²¹ Así lo analizo en COTINO HUESO, L.: «Datos personales y libertades informativas...», cit.

meramente mencionada sí que es mencionada por la normativa europea²² y lamentablemente la LOPD no aborda prácticamente la cuestión de la divulgación de datos personales con finalidad informativa. Sólo habla de una cuestión, en principio no muy relevante, como es que se considera a los medios de comunicación social como fuentes accesibles [art. 3 f) LOPD), artículo 7.1.º e) RLOPD]. Como consecuencia, y como analicé de manera profusa²³, no es preciso el consentimiento del afectado para el tratamiento de su datos personales que figuren en fuentes accesibles y dicho tratamiento sea necesario para fines legítimos [art. 6.2 LOPD; art. 10.2. b) RLOPD]. Tampoco se requiere el consentimiento para la comunicación de datos procedentes de fuentes accesibles [art. 11.2 b) LOPD], aunque si se trata de la Administración, ésta no podrá ceder este tipo de datos a ficheros privados [art. 21.3.º LOPD; art. 10.2. b) RLOPD].

Y, por lo que aquí interesa, tienen el carácter de fuentes accesibles los «medios de comunicación» [(art. 3 f) LOPD]. El artículo 7.1.º e) RLOPD añade el apelativo «medios de comunicación social» con una clara finalidad de limitar o delimitar el alcance de esta fuente accesible. Así pues, se pueden tratar datos procedentes de medios de comunicación sin el consentimiento. Es muy importante tener en cuenta el alcance de esta excepción, pues siguiendo el Informe 0342/2008 del Gabinete Jurídico de la AGPD²⁴ no puede considerar-

²² 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 37.º). 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. 13.1.º g) Directiva].

²³ COTINO HUESO, L.: «Datos personales y libertades informativas...», cit.

²⁴ Intitulado en la web de la AGPD «Recabar datos de páginas web, no constituye un tratamiento basado en fuentes accesibles al público». https://www.AGPD.es/portalweb/canaldocumentacion/informes_juridicos/conceptos/common/pdfs/2008-0342_Recabar-datos-de-p-aa-ginas-web-c-no-constituye-un-tratamiento-basado-en-fuentes-accesibles-al-p-uu-blico.pdf.

se a las páginas web como fuentes accesibles al público²⁵. Criterio que sigue expresamente en su Resolución R/01033 en el Procedimiento N.º PS/00051/2008²⁶: «no se puede admitir que Internet sea una fuente accesible al público.» En otra ocasión desde la institución se ha señalado que «Internet no es, a los efectos de protección de datos un «medio de comunicación social», sino un «canal de comunicación», por lo que no es fuente accesible al público». Asimismo, la AGPD²⁷ ciñe el concepto de «medios de comunicación» a la «prensa, radio y televisión (convencional o digital)». Tal perspectiva restrictiva conlleva, por ejemplo, que «Las revistas puramente científicas no deberían considerarse fuente accesible al público»²⁸. Así pues, los datos personales difundidos por medios de comunicación «clásicos» sí pueden constituir una «materia prima» reutilizable para generar ficheros o tratar datos con finalidades legítimas sin tener que contar con el consentimiento del afectado.

Lo más importante sin duda es que sí que será necesario contar con el consentimiento del afectado respecto del tratamiento (uso, redifusión, etc.) de sus datos personales obtenidos de internet y las redes sociales en general, puesto que ya no se tratarían de fuentes accesibles al público²⁹. El lector podrá hacerse cargo de la dimensión que tiene la anterior afirmación: no puede usarse la información que hay en internet, no puede redifundirse o generarse más información –en el sentido de tratamiento de datos– sin haber requerido el consentimiento del interesado. Se trata, al fin y al cabo, de la extensión de la premisa general: no pueden difundirse datos personales en internet sin el consentimiento del afectado.

²⁵ «podemos concluir que la creación de una base de datos que contenga la información recabada de dichas páginas web, resulta contraria a la Ley Orgánica 15/1999, dado que se carece de legitimación para tratar los datos personales contenidos en las mismas, por ello, no procede hablar de creación o notificación de ficheros al Registro General de Protección de Datos.»

²⁶ Tras recoger doctrina de números clausos de fuentes accesibles al público por SAN de 18/12/2007 se afirma «De acuerdo a lo anterior expuesto, no se puede admitir que Internet sea una fuente accesible al público.»

²⁷ Así en Primera Sesión Abierta de la AGPD de 22 de abril de 2008 «Ámbito de aplicación y principios. Responsable y encargado. Derechos. Ficheros específicos. FAQs», disponible en https://www.AGPD.es/portalweb/jornadas/1_sesion_abierta/common/faqs_bloque_1.pdf.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Así en Informe 0342/2008 del Gabinete Jurídico de la AGPD y expresamente en Resolución R/01033 en el Procedimiento n.º PS/00051/2008.

Esta prohibición conllevaría que miles de millones de páginas web queden «contaminadas» por la ilegalidad, al contener de natural datos personales y sin consentimiento. No obstante, esto, que viene a ser un sinsentido totalmente contrario a la inercia de los tiempos y a la realidad de internet, queda *amortiguado* por varias vías relacionadas entre sí. Así, cabe tener en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011 en el caso (C-468/10) y acumulado que resolvió una cuestión prejudicial formulada por el TS español³⁰. Y la consiguiente Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de febrero de 2012, recurso 25/2008, que acabó anulando el artículo 10.2 b) del RLOPD sobre fuentes accesibles. Estas sentencias vienen a eliminar la regulación de las fuentes accesibles al público como vías de excluir el consentimiento e implican que no es necesario el consentimiento del afectado cuando se realice un tratamiento de datos con «interés legítimo». Y, por lo que ahora más interesa, la finalidad de informar o expresarse, o ser informado sobre cuestiones de interés público, es un claro interés legítimo que puede hacer innecesario recabar el consentimiento del afectado para usar o difundir los datos que hay de las personas en internet y las redes sociales. Esta doctrina jurisprudencial se aplicó rápidamente en materia de libertad de expresión por la Audiencia Nacional en 2012³¹, en una sentencia antes citada para apoyar mejor la nulidad de una sanción por la AGPD por unos contenidos informativos en una web.

Todo hay que decir que la aplicación de esta jurisprudencia de 2011 y 2012 del «interés legítimo» relacionada con la libertad de expresión e información no conduce a nada nuevo. Básicamente refuerza el hecho de que la libertad de expresión e información puede prevalecer sobre el derecho fundamental de protección de datos. En este sentido, desde hace bastantes años el vacío legal sobre la libertad de expresión en la LOPD ya se había *rellenado* interpretando el artículo 6.1.º LOPD³². Así, desde antiguo los tribunales³³ y la AGPD³⁴ han señalado que:

³⁰ Recurso del RLOPD al TS formulado por la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (C-468/10) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) (C-469/10) contra Administración del Estado.

³¹ Así en la sentencia de 11 de abril de 2012 en el P.A. 03078/2010.

³² El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa».

³³ Así en SAN de 12 de enero de 2001, Secc. 1.ª, reiterada en SSAN de 2 de febrero y de 16 de marzo de 2006.

³⁴ Es muy frecuente apreciar estas referencias en resoluciones de Archivo de actuaciones de la AGPD, así archivo de Expediente n.º: E/00742/2007 (PP en Concello de

«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».

Aunque de manera algo cicatera, especialmente en comparación con las conclusiones del Abogado General, la sentencia del caso Google de 2014 no hace más que ratificar que el derecho de protección de datos puede ceder en razón del «interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión» (n.º 81), en función del papel que la persona desempeñe en la vida pública. No obstante, como luego se verá, esta sentencia vuelve a poner bajo la premisa de la ilegalidad a los miles de millones de páginas web con datos personales, puesto que sólo en los casos en los que prevalezca el interés público serán admisibles y no está muy claro en qué casos se considerará que hay un interés legítimo suficiente detrás de los contenidos que tienen datos personales.

Si hay interés público de la información no sólo se exige el requisito del consentimiento, también se libera a quien trate datos —el difusor de información en internet, por ejemplo— de otras cargas exigidas por la protección de datos. Así, aunque una web, un foro, blog, red social o semejante se consideren ficheros de datos personales, entiendo que no cabría exigir a priori el requisito de la notificación e inscripción registral del fichero (art. 26 LOPD; arts. 55 y ss. RLOPD). Tal obligación, a mi juicio, tendría «un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades», proscrito por nuestro Tribunal Constitucional³⁵. De igual modo, por la misma vigencia directa

O Pino; Expediente n.º: E/01022/2006 (caso Prensa D'Osona, S.A. (El 9 NOU); Expediente n.º: E/01504/2007 (caso Gaceta de Canarias); Expediente n.º: E/00500/2008 (caso Delegación de Gobierno de Canarias); Expediente n.º: 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).

³⁵ SSTC 52/1983, fundamento jurídico 5.º y 190/1996 [RTC 1996\190], fundamento jurídico 3.º y STC 187/1999, de 7 25 octubre, FJ 4.º. STC 136/1999, ha destacado «la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con este derecho».

de la libertad de expresión e información, no cabrá en tales casos informar al afectado del hecho de que sus datos personales han sido incluidos en un fichero (la *web*, el *blog*, el *muro*, etc.), pese a que lo exija el artículo 5. 4.º y 5.º LOPD. Todo ello sin perjuicio de que el afectado siga contando con diversas acciones de tutela y pueda en su caso ejercer derechos, como los derechos ARCO y, en su seno, el cuestionado derecho al olvido que más tarde se concreta.

2.3. PAUTAS GENERALES Y PARTICULARES DE LA PONDERACIÓN EN EL CONFLICTO ENTRE LIBERTADES INFORMATIVAS Y PROTECCIÓN DE DATOS EN INTERNET

Según se ha expuesto, y pese a la completa laguna en la normativa de protección de datos, la cuestión del tratamiento de datos personales procedentes de internet así como la posible difusión o redifusión de datos personales en internet y las redes sociales se reconduce al clásico conflicto de las libertades informativas con otros derechos³⁶. Al no haber reglas específicas, el problema debe resolverse con los parámetros generales proyectados al ámbito de protección de datos y el medio específico que es internet.

En primer término cabe delimitar si nos encontramos o ciertamente no ante el ejercicio de las libertades informativas y no ante meros insultos o calumnias o información sin sustento alguno, que no tiene protección constitucional³⁷. Al mismo tiempo, cabe tener en cuenta, del otro lado, si la información u opiniones quedan efectivamente en conflicto con la protección de datos. En este punto cabe recordar, por ejemplo, que una web sí que se considera fichero objeto de protección por la legislación de datos (STJCE, 6 de noviem-

³⁶ 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 http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/1-5/Course_listing.

³⁷ En este punto cabe tener en cuenta que la libre expresión no incluye el «insulto», «insidias infamantes» o «vejeciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona», ni «expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje. Asimismo, una ejercicio de la libre expresión que «niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional», (Sentencias 170/1994, 76/1995, 176/1995).

bre de 2003, caso *Lindqvist*)³⁸. Sin embargo, no parecen amparados por la protección de datos personales aquéllos que sean resultado de actividades puramente domésticas que queden en el marco de la vida privada o familiar (art. 2. 2.º b) y art. 4 a) RLOPD), generándose en todo caso muchas dudas por el uso de las redes sociales, por privado que éste sea. Y no debe obviarse que cualquier uso profesional viene a «contaminar» el régimen jurídico de tales datos quedando sujetos a la legislación de protección de datos. También cabe recordar que no son, en principio, datos personales la información debidamente anonimizada o disociada, o los datos de las personas jurídicas (art. 1 LOPD) o de las personas ya fallecidas (art. 2.4.º RLOPD). Si se constata que están los derechos fundamentales en cuestión en juego y, por tanto, hay un conflicto es necesaria la ponderación.

En segundo lugar y para efectuar la pertinente ponderación 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. Como ya afirmé en 2005 «Las informaciones de interés público de no están limitadas a las que emiten los tradicionales medios de comunicación y los periodistas profesionales»³⁹. De ahí que Internet va a forzar a desarrollar más y mejor estos criterios de la relevancia o interés público de lo

Por su parte, lo que no sea información «veraz» queda fuera de la protección de la libertad de información. Lo básico es que el que transmite la información haya sido diligente. Se trata de un juicio en el que cabe recorrer los dos extremos: «entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas» (Sentencias 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Entre estos extremos, el nivel de diligencia exigible varía de intensidad: máxima intensidad cuando se desacredita a la persona, especialmente imputando comisión de actos delictivos, así como cuando más «trascendente» o «útil socialmente» es la información (Sentencias 219/1992, 240/1992, 178/1993). Ahora bien, lo que quede fuera de la libre información (por ejemplo, datos inexactos), puede quedar bajo el amparo de la libre expresión).

³⁸ 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 AGPD); 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.

³⁹ 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.

informado y expresado, criterios objetivos⁴⁰ y subjetivos⁴¹. Y estos criterios habrán de ser explicitados en cualquier ponderación que aborde la cuestión con datos concretos del caso.

En modo alguno bastará acudir al sujeto que emite la información como justificación del interés público de la misma. Se atribuye a Confucio la afirmación de que «Cuando el sabio señala a la luna, el necio mira al dedo». Pues bien, en cierto paralelismo, sería necio jurídicamente argumentar que un contenido tiene interés público y especial protección constitucional en razón del sujeto que lo emite y no tanto por su contenido. Ello no empece que la naturaleza del sujeto emisor condicione contextualmente el tratamiento constitucional. Así por ejemplo, puede partirse de cierta presunción de veracidad, diligencia y asunción de responsabilidad por los medios de comunicación convencionales, o dicho en otros términos, la presunción de cierta calidad de los datos personales tratados. Al mismo tiempo, puede parecer razonable exigir algunas garantías y, especialmente, tener algunas cautelas de prevención específicas por cuanto a la emisión de contenidos por usuarios de internet y la necesidad de acreditar la identidad de éstos, por ejemplo. *Wikileaks* y su divulgación masiva de información de interés público no ha sido más que la expresión de este problema. Y me atrevo a señalar que una tendencia clara en España por parte de la AGPD ha sido considerar que la información polémica que no procedía de un medio de comunicación, no tenía interés público, sino sólo interés «sectorial», «empresarial», «laboral», etc. y por tanto no gozaba de la protección intensa constitucional. A mi juicio la tendencia debe ir equilibrándose

⁴⁰ 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 ilícitos; cuestiones en relación con derechos fundamentales así como con principios rectores (sanidad, vivienda, infancia, medio ambiente, etc.).

⁴¹ 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. Cabe recordar que el interés o relevancia pública de la noticia, en modo alguno tiene que coincidir con el «interés del público», esto es, la morbosidad o curiosidad ajena.

hacia que muchas cuestiones consideradas de interés sectorial sí que tienen relevancia pública.

Tercero: hay que tener en cuenta el «contexto» de la divulgación de datos personales y la naturaleza del medio y modo de comunicación en internet empleado, así como la finalidad, etc.⁴². Y entre los muchos elementos contextuales, en internet cobra absoluto protagonismo jurídico el transcurso del tiempo, dado que conlleva la pérdida de interés o relevancia de una información, de modo que se desvanece la intensidad de la protección constitucional de la libertad informativa. Visto desde el reverso, como ha señalado la STJUE de 13 de mayo de 2014 que resuelve el caso *Google vs AGPD*, «incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos [la difusión de una información de interés] puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron» (ap. 93). Como afirma Boix respecto de la información y su interés público «con el transcurso del tiempo, queda sujeto a una usura que va devaluando su valor social hasta que en un determinado momento deja de tener suficiente valor frente a una hipotética pretensión por parte del titular de ejercicio de los derechos de cancelación del dato o de oposición al mismo exigiendo al buscador su desindexación»⁴³. No obstante, como llama la atención el mismo autor con Burgueda y Cobacho⁴⁴, el paso del tiempo puede

⁴² 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 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 «corrimento 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-timididad) que acometen la mayoría de usuarios de redes sociales, etc. exponiendo públicamente sus datos personales.

⁴³ BOIX PALOP, A.: «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas...», cit.

⁴⁴ BURGUERA AMEAVÉ, L. y COBACHO LÓPEZ, Á.: «El derecho al olvido de los políticos en las campañas electorales», en CORREDOIRA Y ALFONSO, L. y COTINO HUESO, L. (dirs.): *Libertad de expresión e información en Internet...* cit. pp. 501-519.

hacer relevante y de interés público lo que no lo tenía. En estos casos conviene sacar del baúl de los olvidos lo olvidado y quizá no sea posible si se han suprimido o bloqueado previamente algunos contenidos.

En esta materia, en pleno debate en razón del derecho al olvido hay que estar pendiente del futuro Reglamento europeo de protección de datos que se está ultimando en tanto en cuanto va a imponer a grandes prestadores de servicios –de difusión y alojamiento de contenidos, entre otros– a determinar la privacidad por defecto y, con ella, la fijación de tiempos en la difusión de información con datos personales. Aún tardará en definirse, pero los grandes prestadores de servicios de búsqueda y de contenidos, es muy posible que tengan la obligación normativa y concreta de implantar mecanismos automatizados en virtud de los cuales, por ejemplo, por el paso del tiempo los resultados de una búsqueda quedarán relegados a páginas posteriores que nadie consulta. O que automáticamente queden desindexados contenidos por dicho transcurso. Asimismo, el paso del tiempo puede llevar al borrado de contenidos por defecto o a que los autores de dichos contenidos que quieran mantenerlos tengan que expresar su voluntad concreta o que tengan que acreditar de forma más robusta su identidad frente al intermediario que difunde tales contenidos (por ejemplo, ante *Youtube*, *Wordpress*, *Facebook*, *Twitter*, etc.).

En el análisis contextual cabe tener en cuenta el ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la red y la naturaleza del medio o modo de comunicación en la red y el contexto en el que se produce. No hay que temer la especialización o sectorialización del régimen jurídico de la red o la especialización en cada supuesto o grupo de supuestos concretos. Ni la normativa ni la jurisprudencia deben desconocer que existen buscadores, redes sociales, lugares de comercio masivo, grandes centros de consejos y opiniones para los usuarios, lugares que facilitan el acceso a contenidos concretos, servicios de almacenamiento masivo por usuarios, etc. No se puede desconocer que *el tamaño importa*, es posible delimitar jurídicamente obligaciones concretas para los grandes prestadores que equilibren el desarrollo de la sociedad de la información con los derechos personales. Son muchos los elementos contextuales que pueden llevar a soluciones matizables en cada caso, como el hecho de que quien trate datos personales lo haga de manera más o menos

consciente y diligente, la estructura más o menos automatizada de una agregación, sindicación o redifusión de contenidos que tienen datos personales, más o menos selectiva de los mismos; la diligencia en la selección de contenidos o en la confección técnica de la selección; la significación y magnitud de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados; la participación real en la generación de contenidos los mismos; los indicios que llevan a pensar en el conocimiento material de los contenidos y su posibilidad de control; el hecho de que esos contenidos que contienen datos personales estén más o menos difundidos en otros sitios; el nivel de acceso y relevancia en la red de quien los difunde; el contexto y naturaleza propio del sitio web, servicio y aplicación en el marco de los usos de internet.

En cuarto lugar, como afirma el Tribunal Constitucional en general y cabe aplicar a la divulgación de datos personales en internet, 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 información⁴⁵. Este criterio se proyecta, por ejemplo, en la necesaria anonimación general de las resoluciones judiciales⁴⁶, el uso de iniciales o nombres de pila, siempre que no permita, por el contexto, conocerse la identidad⁴⁷. Ahora bien, lo cierto es que

⁴⁵ Así suele afirmarse con relación a las víctimas de delitos (STC 185/2002, de 14 de octubre FJ 4.º; 127/2003, de 30 de junio, FJ 9.º)

⁴⁶ 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 AGPD 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).

⁴⁷ 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.

en muchos casos la identidad de la persona es parte esencial de la información que se pretende transmitir⁴⁸. No se consideró así en la polémica sentencia 531/2009, de 18 de diciembre de 2009, Juzgado de lo Penal N.º 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 difusión⁴⁹. 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»⁵⁰. Pese al poco tiempo, el mejor documento sobre la materia sigue siendo la 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, del todo recomendable.

Pues bien, todos estos criterios pueden ayudar a determinar cuándo se exige del consentimiento y otras garantías para utilizar datos personales de internet y, sobre todo, cuándo en razón de las libertades informativas pueden difundirse o redifundirse contenidos con datos personales en la red. Sin embargo, muchas veces es más importante saber quién es el juez o árbitro que cuáles son las normas que tiene que aplicar. Y una cuestión capital a intentar resolver es quiénes van a realizar la referida ponderación de derechos. No obstante, antes de abordar tal cuestión procede abordar el tan conocido derecho al olvido y la ya referida sentencia del caso Google de 2014.

⁴⁸ 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».

⁴⁹ En este sentido, cabe tener en cuenta la STS Sala 2.ª 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».

⁵⁰ 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, p. 22. Sobre la proporcionalidad ver pp. 7 y 9.

3. El derecho al olvido: «un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal» y que generará veintiocho criterios diferentes en la Unión Europea

Se ha dicho del conflictivo derecho al olvido que se trata de «un falso derecho a juzgar por un falso tribunal»⁵¹. Se trata de contundentes términos periodísticos, obviamente no jurídicos. No obstante, la expresión sí que pone de manifiesto no pocos de los problemas que presenta este nuevo derecho. De un lado, su difícil configuración jurídica y alcance prácticos. Del otro lado, su articulación a partir de la política que desarrolle Google en primera instancia, a quien se erige en un juez que no quiere serlo.

3.1. LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO O A LA SUPRESIÓN Y SU FUTURA REGULACIÓN EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN SU ENÉSIMA VERSIÓN

Como recuerda Simón⁵², bajo la expresión «derecho al olvido» se ha concentrado la idea de una garantía del individuo frente al tratamiento masivo y descontrolado de datos personales que puede darse en Internet. Este derecho al olvido viene a suponer la posibilidad de impedir que se pueda acceder a información sobre la persona que no tenga interés público, aunque sea el mismo interesado quien la hubiera generado o compartido en la red. Como recuerda este autor, su fundamentación jurídica es muy variada, de modo que tendría conexión con instituciones y prácticas ya asentadas como la amnistía, la prescripción de los antecedentes penales y la anonimización o disociación de los datos personales que contienen las sentencias. No obstante, el derecho al olvido tiene su mayor asidero constitucional en la protección de datos, desde el consentimiento para tratar datos como la posibilidad de revocar el mismo, así como los derechos de cancelación y en su caso de oposición, según se trate. A mi juicio, se tratará del derecho de cancelación (art. 16 LOPD, derechos de supresión o bloqueo en

⁵¹ Así, la periodista Montserrat Domínguez, Directora del Huffington Post su participación como experta ante el Consejo Asesor de Google en Madrid el 9 de septiembre. Puede seguirse en <https://www.google.com/advisorycouncil/>.

⁵² Ver las referencias de este autor al inicio de la obra, se sigue ahora especialmente SIMÓN CASTELLANO, P.: «El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos», cit.

términos del artículo 12 b) de la Directiva) cuando se considere que la difusión de datos personales en internet que se quiere «olvidar» es ilegítima (por ejemplo, por no contar con el consentimiento ni con interés público). También se trataría del derecho de cancelación cuando la información con datos personales que se pretende «olvidar» haya pasado a la ilicitud por no cumplir con los principios de calidad, como por ejemplo su pertinencia, necesidad y actualización. Por su parte, entrará en juego el derecho de oposición (art. 17 LOPD, art. 14 Directiva) cuando se considere que sí que hay un interés legítimo que exime del consentimiento y que la información es pertinente, pero, por ejemplo, existen causas y justificaciones suficientes en interés del afectado para pretender evitar la difusión de dicha información en la red. Según la normativa española (en especial artículos 23 y ss. RLOPD), el interesado gratuita y sencillamente puede ejercer sus derechos identificándose, por ejemplo con digitalización de la identidad. Debe determinar la información (por ejemplo los enlaces) que se pretende cancelar. El responsable del fichero –que el TJUE entiende que es Google– habría de resolver en un máximo de diez días desde la solicitud (art. 32 RLOPD). En el caso de no concederse la cancelación debe informarse al interesado para su posible tutela ante la AGPD.

El derecho al olvido fue reconocido expresamente en el considerando 53 de la inicial propuesta de Reglamento europeo de protección de datos de enero de 2012⁵³. Y de conformidad a tal proclamación se reconocía en el artículo 17 el «derecho al olvido», en esencia, la facultad de suprimir los datos personales cuando ya no son necesarios para la finalidad por la que fueron recogidos o tratados. Cabe llamar la atención de que la última versión del texto del Reglamento que se baraja es la del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2014⁵⁴, esto es, dos meses anterior a la sentencia del caso

⁵³ 53: [...] «a los interesados les debe asistir el derecho a que se supriman y no se traten sus datos personales, en caso de que ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, de que los interesados hayan retirado su consentimiento para el tratamiento, de que se opongan al tratamiento de datos personales que les conciernan o de que el tratamiento de sus datos personales no se ajuste de otro modo a lo dispuesto en el presente Reglamento».

⁵⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

Google. Y hay que advertir que se trata de un texto más bien adecuado a las conclusiones del Abogado General y no tanto a la sentencia definitiva que fue bastante inesperada. El texto del Reglamento de marzo no habla de «derecho al olvido» (de muchas connotaciones metajurídicas) sino del «derecho a la supresión». El Reglamento en vez de considerar al buscador Google como un responsable de datos –como hace la sentencia– le considera como un «tercero» que «en su caso» puede tener la obligación de suprimir sus enlaces o copias de datos (art. 17).

Pese a que la sentencia se formula sobre la base de la anterior normativa, está aún en manos del legislador europeo configurar -o no- el derecho al olvido o a la supresión. En este sentido ya hay un documento de trabajo de reformar del Reglamento a partir de la sentencia⁵⁵. Pese a que el informe de la Cámara de los Lores considera la libertad del legislador europeo para negar el derecho al olvido⁵⁶, a mi juicio el legislador queda claramente condicionado por la interpretación del TJUE. No hay que olvidar que el TJUE en su sentencia interpreta no sólo la Directiva, sino que afirma que el derecho de los interesados dimana de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, en concreto de los derechos a la intimidad y el derecho de protección de datos (arts. 7 y 8). Es por ello que la versión final del Reglamento habrá de variar para acomodarse a la sentencia. Ahora Google no podrá considerarse como un «tercero», sino también «responsable» del tratamiento de datos, un segundo responsable si se quiere a partir de la información que rastrea y capta de internet entre los datos introducidos por los «iniciales» o primeros responsables de datos⁵⁷. Y el Reglamento podrá determinar algunas obligaciones y régimen jurídico de los responsables del tratamiento, tanto del editor o responsable original, como del buscador frente a los particulares que ejerzan su derecho a la supresión. Así, se habla de

⁵⁵ En este sentido, cabe tener en cuenta el documento distribuido por la Presidencia italiana al Grupo de Trabajo sobre Intercambio de Información y Protección de Datos (DAPIX), CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Right to be forgotten and the Google judgment», cit.

⁵⁶ HOUSE OF LORDS: *European Union Committee...*, cit., n.º 54.

⁵⁷ En este sentido, la presidencia italiana propone hablar sólo de «responsables» del tratamiento, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Right to be forgotten and the Google judgment», cit. n.º 14, ver también n.º 5 y 6.

reforzar la obligación de los editores web o responsables iniciales de informar al responsable secundario (Google) sobre la supresión de datos⁵⁸.

El Reglamento habrá de partir de que el interesado puede perfectamente sólo dirigirse a Google y no reclamar la supresión de la información en origen del editor de la web que contiene los datos personales indexados por Google. De igual modo, el tratamiento de datos del editor o responsable original puede ser legítimo, pero no el de Google.

En buena medida podrán mantenerse aspectos de la última versión del Reglamento, por cuanto las condiciones o requisitos para que sí se supriman los datos es que no sean necesarios; que se haya revocado el consentimiento; que haya expirado un plazo fijado; que haya causas para otorgar el derecho de oposición; que lo ordene una autoridad o tribunal o que hayan sido datos ilícitos. También en líneas generales podrán mantenerse en el Reglamento europeo los límites, excepciones o motivos por los que no hacer efectivo el derecho a la supresión. Y como se ha adelantado, la libertad de expresión e información será un motivo para no suprimir la información. Además de la libertad de expresión según se pondere en cada país, pueden excepcionar la supresión de los datos las siguientes causas: motivos de interés público en el ámbito de la salud pública; la investigación histórica, estadística y científica o la existencia de una obligación legal de conservar los datos personales en razón de un objetivo de interés público. También cabe la posibilidad de que en vez de la supresión se proceda a limitar el tratamiento de datos si se dan unos requisitos (art. 17.4.º).

3.2. LA SENTENCIA DEL CASO GOOGLE VS AGPD Y MARIO COSTEJA. ELEMENTOS BÁSICOS Y LOS PRINCIPALES PROBLEMAS E INTERROGANTES

3.2.1. *El caso y la cuestión prejudicial*

La STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C131/12, en el procedimiento entre Google Spain, S.L., Google Inc. vs. la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD) y Mario

⁵⁸ *Ibidem*, n.º 25-27.

Costeja González⁵⁹ ha sido una de las sentencias más esperadas de este tribunal. Ha sido especialmente llamativo que casi mediara un año entre las conclusiones de junio de 2013 y la sentencia definitiva, así como la radical diferencia entre unas y otra. Esta sentencia parece asentar una dirección firme en la protección de estos derechos conjuntamente con la STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014⁶⁰ que declara que la Directiva 2006/24/CE de retención de datos de las comunicaciones es contraria a la vida privada y protección de datos. No parece que ambas sentencias coincidan fortuitamente en el tiempo, más bien parecen reacción a la gran sensibilidad con estos temas que se ha despertado en Europa especialmente a partir del caso Snowden. Este caso ha evidenciado el tratamiento masivo de datos de ciudadanos europeos por parte de los EE.UU. y con la posible connivencia de los grandes prestadores de servicios norteamericanos, como Google. No obstante, la sentencia del caso Google que ahora se expone, hace esta protección de la privacidad y datos personales quizá en excesiva medida a costa de las libertades informativas en internet.

A instancia de la AGPD, la Audiencia Nacional elevó cuestión prejudicial al TJUE respecto de varios elementos. De un lado, la aplicación territorial de la Directiva europea de protección de datos respecto de servicios como el buscador Google, radicado en EE.UU. Varios eran los criterios para afirmar dicha aplicación territorial: que los servicios de Google se ofrecen en Estados miembros de la Unión Europea; que se cuente con una oficina comercial de publicidad en un Estado miembro; que se utilicen robots para indexar contenidos de webs europeas o que se crean copias temporales de tales contenidos; que se instalen *cookies* en los ordenadores de los usuarios en la Unión Europea o que Google utiliza dominios propios de Estados miembros.

⁵⁹ Cuando un internauta introducía el nombre del Sr. Costeja González en el motor de búsqueda de Google obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia*, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, respectivamente, en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, que mencionaba el nombre. La AGPD consideró que Google debía desindexar la información relativa al Sr. Costeja. No cuestionó que la hemeroteca de la Vanguardia siguiese facilitando estos contenidos en la web.

⁶⁰ Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12), Kärntner Landesregierung y otros (C-594/12) / Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda y el Attorney General.

Asimismo, respecto de la actividad del buscador Google se cuestionaba si ello implicaba un tratamiento de datos en Europa y si Google había de ser considerada responsable del tratamiento con todas las obligaciones que ello implica.

De igual modo, la Audiencia Nacional preguntó si los derechos reconocidos en la Directiva permiten un derecho al olvido, esto es, que el interesado pueda dirigirse frente a los buscadores como Google para impedir la indexación de la información referida a su persona, procedente de la publicada en páginas web de terceros, amparándose en su voluntad de que la misma no sea conocida por los internautas cuando considere que puede perjudicarlo o desea que sea olvidada, aunque se trate de una información publicada lícitamente por terceros.

Pese a que no se ha seguido las mismas por el TJUE, fueron bien importantes las proclamaciones de la libertad de expresión e información en internet en las Abogado General Jääskinen de 25 de junio de 2013. En esencia, las conclusiones iban en la línea de que el buscador Google es esencial para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información en el Europa y que, por tanto, no puede desvirtuarse el papel de intermediario de Google haciéndole censurar el contenido⁶¹. Asimismo, el derecho fundamental de acceso a la información quedaría «comprometido» si la información fuera una versión modulada o dulcificada («bowdlerizada»⁶²) al gusto del usuario.

3.2.2. *Los elementos básicos de la sentencia*

1.º) Google realiza un «tratamiento de datos personales» en el sentido de la Directiva cuando indexa contenido y ofrece resulta-

⁶¹ «[E] proveedor de servicios [en este caso el buscador Google] necesitaría ponerse en la posición del editor de la página web fuente y comprobar si la difusión de los datos personales en la página web podría considerarse legal y legítima a los efectos de la Directiva. Dicho de otro modo, el proveedor de servicios necesitaría abandonar su función de intermediario entre usuario y editor y asumir la responsabilidad por el contenido de la página web fuente y, cuando resultase necesario, censurar el contenido evitando o limitando el acceso a éste.» (ap. 109) Y ello supondría una restricción de la libertad de expresión e información del prestador o intermediario, del editor (creador del contenido conflictivo) y, sobre todo, del derecho de acceso a la información de los usuarios de internet Ver los apartados 120 y ss.

⁶² Nota original en las conclusiones: «Thomas Bowdler (1754-1825) publicó una versión aséptica de la obra de William Shakespeare que intentaba ser más adecuada para las mujeres y los niños del siglo XIX que la original».

dos: «el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas.» (ap. 28). Google es responsable de este tratamiento, pese a que no controle la información de origen de las páginas web que indexa (ap. 34). Debe entenderse a partir de estas afirmaciones, que otros prestadores de servicios de internet también serán responsables de tratamientos de datos en tanto en cuanto su servicio permita acceder a información estructurada de una persona, de modo que se pueda «establecer un perfil más o menos detallado». Así pues, cabe tener en cuenta otros servicios búsqueda o estructuración de contenidos en internet, como, entre otros muchos, los propios de las redes sociales, quedarán sujetos a las consecuencias de esta sentencia.

2.º) A Google le es de aplicación la normativa de la Unión Europea y por tanto está sometido a la legislación sobre protección de datos española (aps. 50 y ss.). Así se entiende en razón del criterio interpretativo favorable a aplicar las garantías del Derecho de la Unión Europea (aps. 54 y 58). Se considera en concreto que la publicidad está «indisociablemente ligada» al servicio de búsqueda de Google y que una oficina de publicidad en un Estado miembro es criterio suficiente para aplicar el Derecho europeo (aps. 55, 56). No queda claro qué sucede en el caso de que el prestador de servicios de que se trate no tenga oficina comercial en el Estado miembro. No obstante, en razón del principio de eficacia de las garantías de la norma europea, muy posiblemente se considere también la sujeción al Derecho europeo cuando los servicios vayan destinados al continente, por ejemplo.

3.º) Ni el interés económico de Google ni el general interés de los usuarios a acceder información de otros justifica suficientemente la grave afcción a la privacidad y protección de datos que implica el buscador de Google. Así, «estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona» (ap. 97, ídem en 81 o 99). Sólo «en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la per-

sona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (ap. 81). Será Google primero y las autoridades de protección de datos o los tribunales después quienes deberán llevar a cabo la ponderación concreta de si procede la desindexación solicitada.

4.º) Los ciudadanos pueden dirigirse a Google, allí donde ésta compañía tenga establecimiento –aunque sólo sea para contratar publicidad– para solicitar la retirada de determinados resultados. Se puede solicitar –y ordenar– la desindexación sin que sea necesario haber acudido previamente a solicitar la retirada de contenidos en la web de origen. Es más, la información puede ser legítima en la web de origen pero no en Google, puesto que la difusión por Google «puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web.» (ap. 87).

5.º) El tiempo puede hacer que deban desindexarse informaciones: «incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos exactos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando estos datos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que se recogieron o trataron» (ap. 93). En este sentido el TJUE recuerda que «cada tratamiento de datos personales debe ser legítimo, en virtud del artículo 7, durante todo el período en el que se efectúa.» (ap. 95).

3.2.3. Principales críticas y carencias

Creo que hoy día es indiscutible que sin los prestadores de la sociedad de la información que permiten el acceso a la información y la generación de contenidos y la interacción de los usuarios «no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular», por lo que merecen «una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social»⁶³. Se parafrasea así reiterada jurisprudencia constitucional que conlleva atribuir una especial garantía institucional a los medios de comunicación, una especial protección que a mi juicio cabe conferir a grandes prestadores de la sociedad de la infor-

⁶³ Así, STC 12/1982 (FJ 3.º) y otras muchas, SSTC 104/1985, FJ 5.º; 159/1986, FJ 6.º; SSTC 171 y 172/1990 O STC 21/2000, o más recientemente la STC 9/2007, FJ 4.º).

mación, como Google⁶⁴. Sin embargo, la sentencia del caso Google no confiere una protección especial al buscador Google en razón de su papel esencial para el acceso a la información en el mundo. No se tiene en cuenta el efecto que puede producirse de modo global por imponer límites o condiciones severas a este prestador de servicios o a muchos otros que quedan en el ámbito de proyección de esta sentencia. Por ejemplo, no se tiene en cuenta que la imposición de este tipo de cargas a Google puede ser una molestia, a la cual sin duda puede hacer frente en sus niveles de costes. Sin embargo, como subraya la Cámara de los Lores⁶⁵ y Boix⁶⁶, la imposición de estas cargas puede frenar las posibilidades para otros buscadores o intermediadores europeos, lo cual es negativo. Asimismo, puede generarse más fácilmente una censura puesto que la reacción más sencilla ante la falta de medios es retirar todo contenido que se solicite por un particular⁶⁷.

Simplemente se aborda la cuestión desde la perspectiva del caso concreto.

Considero de interés recordar el principio 1.º b) de la ya citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 (ONU, OSCE, OEA, etc.):

«b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses».

⁶⁴ En especial lo sustentó en COTINO HUESO, Lorenzo, «Retos, amenazas, tendencias y «olvidos» de la libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, monográfico «Comunicación, nuevas tecnologías y constitucionalismo democrático» coordinado por Rubén Martínez Dalmau y José María Vidal Beltrán, en prensa.

⁶⁵ HOUSE OF LORDS: *European Union Committee – Second Report EU Data Protection law: a ‘right to be forgotten’?* de 23 de julio de 2014.

⁶⁶ BOIX PALOP, A.: «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas... cit.

⁶⁷ Así, en el punto 35 del informe del HOUSE OF LORDS: *European Union Committee...*, cit. (traducción libre): «35. Los buscadores más pequeños no necesariamente serán capaz de cumplir con esta ponderación tan fácilmente como Google si reciben un gran número de solicitudes. Podrían, como el Abogado General advirtió, retirar automáticamente enlaces a cualquier contenido objetado porque no tendrían los recursos para examinar solicitudes caso por caso. Esto permitiría efectivamente cualquier individuo un derecho indiscutible de la censura».

Así, en la sentencia las libertades informativas no se aprecian en perspectiva general o institucional a la hora de ponderarlas con la privacidad y la protección de datos. No se considera que afecte a la libertad de información esta merma de contenidos sea resultado de aplicar de criterios privados, esto es, tanto el interés privado del sujeto sobre el que versan los contenidos cuanto el interés privado de Google de retirar contenidos que sean problemáticos. No se percibe la magnitud de la afección a las libertades informativas que se produce al imponer obligaciones a un prestador de servicios de internet que es esencial para el acceso a la información en el mundo. Asimismo, el interés de los usuarios de internet en disponer de información no es considerado un contenido de la libertad información, de manera que el acceso a la información queda desvalorizado en la ponderación con los derechos de vida privada y protección de datos. De igual modo, el TJUE tampoco parece tener en cuenta el efecto que produce que el acceso efectivo a la información en internet, instrumentado esencialmente a través de Google –y otros buscadores– quede condicionado a los criterios privados, ya sean los criterios de los afectados por la información que solicitan la retirada masiva de contenidos, ya sea de Google a la hora de estimar o no las solicitudes de retirada.

Además de esta perspectiva general criticable a mi juicio, son varios los «olvidos» en esta sentencia, que abren la puerta a una gran incertidumbre en elementos clave. Bien es cierto que en general cabe disculpar al TJUE, por cuanto habría de ser el legislador europeo quien tomara decisiones que pueden ser clave para internet y para las que cuenta con mayor legitimación, sin que la jurisdicción europea se vea forzada a adoptarlas tales decisiones y, además, sin prácticamente base normativa. En cualquier caso, baste recordar algunos elementos respecto de los que la sentencia no incide generando cierta indeterminación.

La sentencia es clara al señalar que el buscador Google hace un tratamiento de datos y, por ello, deben aplicarse las consecuencias que ello implica en razón de la Directiva europea, como es el consentimiento de la persona afectada. Esto llevado a sus últimas consecuencias implicaría que solo podrían aparecer en Google quienes hubieran dado previamente su consentimiento. Ello supondría la desaparición de una ingente cantidad de resultados que indexa el buscador sino la práctica totalidad. No en vano es difícil que un contenido

de internet no quede «contaminado» con el nombre de una persona que requiriese el consentimiento previo. Ello es muy diferente a que de forma reactiva, el interesado pueda dirigirse a Google para que desindexe los resultados de búsqueda. Ya en 2007 la misma AGPD en España afirmó que: «requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación incontestada 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)»⁶⁸. La sentencia no entra en esta cuestión y habrá que ver las medidas que adopta por defecto el buscador Google. Será de interés perfilar las exigencias que deban darse por defecto para garantizar la intimidad y la protección de datos, muchas de ellas canalizadas a través del futuro Reglamento de protección de datos de la UE.

Como se ha adelantado, va a ser necesaria la definición de quiénes quedan obligados por el derecho al olvido. Incluso por cuanto a Google no queda claro si sólo habrá de dar respuesta en los países en los que tenga abierta una oficina comercial para publicidad. Hay que determinar criterios como el dominio que se utilice, a dónde vayan dirigidos los servicios –hoy por hoy a todos los países–, si se utilizan cookies en los ordenadores de los usuarios, esto es, en cada país, etc. Más allá de Google, aunque con diferencia es el más importante, no es el único buscador, habiendo otros tanto generales como en ámbitos específicos. Es más, son muchos los prestadores de servicios que facilitan servicios de búsqueda general o particular y, entre éstos y con gran incidencia en las personas, por ejemplo las mismas redes sociales. Más allá de los buscadores (que ya se han dado por aludidos, como *Bing*), no son pocos los prestadores de servicios que sobre la base de información de internet tratan datos personales en el sentido afirmado en la sentencia, por cuanto «recogen», «extraen», «registran», «organizan», «conservan», «comunican» y «facilitan el acceso». Al fin y al cabo y siguiendo la sentencia, servicios que permitan acceder a información estructurada de una persona, de modo que se pueda «establecer un perfil más o menos detallado». La sentencia deja relativamente claro que el contenido que Google indexa –por ejemplo un boletín oficial o

⁶⁸ En la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento n.º: TD/00266/2007.

un periódico o hemeroteca digital— puede ser legítima y no tenga que impedirse su acceso mientras que sí que tiene que desaparecer entre los resultados del buscador. Sobre el criterio de la efectiva garantía del individuo, se generan muchas dudas respecto de la posibilidad de proteger la intimidad y la protección de datos en los sistemas de búsqueda de las propias hemerotecas digitales y de los boletines oficiales, por ejemplo.

Finalmente, la sentencia sitúa el centro de gravedad futuro en las medidas que adopte la propia compañía. Se trata de las medidas que se tomen por defecto, sin esperar al ejercicio del derecho al olvido o supresión, los mecanismos de solicitud y garantías de respuesta por la compañía así como los criterios que se seguirán para analizar los miles de casos en los que los ciudadanos hayan ejercido su derecho al olvido. La sentencia sólo deja claro que en general el acceso a la información de los usuarios de internet o el interés económico de la empresa no justifican la difusión de datos y que sólo en «en supuestos específicos» por interés público podrá justificarse la comunicación de datos en los resultados del buscador.

3.3. LA REACCIÓN DE GOOGLE Y SUS POSIBLES MEDIDAS A ADOPTAR

Al momento de cerrar estas páginas, no se conoce el alcance que puede tener esta sentencia y en breve se producirá la sentencia de la AN que formuló la consulta al TJUE. La AN puede establecer criterios concretos que puedan ser bien importantes dado que es necesaria la precisión en algunos aspectos. Igual o más importante es lo que haga Google, no sólo sorprendido, sino ciertamente indignado en los primeros momentos Google dispuso en junio de 2014 una web para España⁶⁹ para poder ejercer el derecho al olvido, lo que hicieron decenas de miles en los primeros días. Según la propia web:

«evaluaremos cada solicitud de forma individual e intentaremos buscar un equilibrio entre los derechos de privacidad de los individuos y el derecho del público a acceder y distribuir información. Al evaluar su solicitud, examinaremos si los resultados incluyen información obsoleta sobre usted, así como si existe un interés público en esa información (por ejemplo, información sobre estafas financieras, negligencia profesional, condenas penales o comportamiento público de funcionarios del gobierno)».

⁶⁹ En español, en junio de 2014 la web disponible en <http://goo.gl/GZ6XNA>.

Otros buscadores como *Bing*, de Microsoft, desde mitad de julio permiten ejercer el derecho al olvido en razón de la sentencia. Se hace a través de un amplio formulario en el que destaca la consideración de la persona por su papel en la «comunidad local» «que implique liderazgo, confianza o seguridad (por ejemplo, maestro, sacerdote, líder comunitario, policía, doctor, etc.)?»⁷⁰.

Según datos⁷¹, hasta septiembre, Google ha recibido un total de 120.000 peticiones de derecho al olvido, solicitándose la retirada de 457.000 webs (unos cuatro enlaces por persona). De las noventa mil iniciales solicitudes en julio, el 30% fueron rechazadas porque se consideraba por Google que se trataba de interés público, un caso de corrupción política o empresarial o un caso de actualidad informativa, entre otros. En julio, en España se habían realizado ocho mil solicitudes de 27.000 enlaces.

Google en junio de 2014 ha creado Comité consultivo internacional de siete miembros reconocidos (entre ellos un español)⁷² para valorar el alcance de esta sentencia y su aplicación. Google aún no tiene criterios definidos, de hecho parece buscarlos en razón de la sesión de audiencias en varios países de tal Comité.

Según algunas informaciones⁷³ apuntan a que Google tiene previsto adoptar las siguientes medidas:

a) Google no eliminará el resultado de su índice, lo que hará es *esconderlo*, es decir, cuando alguien haga una búsqueda por el nombre de la persona afectada, el resultado perjudicial no aparecerá en la lista de resultados. Ahora bien, el resultado sí puede salir cuando se haga una búsqueda con otras palabras.

b) Google sólo ocultará el resultado cuando la búsqueda se haga por el nombre completo de la persona afectada (nombre y dos apelli-

⁷⁰ Así, desde 17 de julio <https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request>.

⁷¹ Información de *Europa Press*, recogido en diversas fuentes. Google ha dispuesto un sitio de transparencia donde informa de manera actualizada el número de solicitudes de retirada de información, discriminando por países: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=es>.

⁷² Dicho comité se compone el expresidente de Google, Eric Schmidt, el director de Wikipedia, Jimmy Wales, el exdirector de la AGPD José Luis Piñar; Frank La Rue, relator especial de la ONU para la protección del derecho a la libertad de expresión; Luciano Floridi, profesor de Filosofía y Ética de la Universidad de Oxford, y Peggy Valcke, de la Universidad de Lovaina.

⁷³ Conocidas el 20 de julio directamente a partir del colega y experto Miquel Pequera (UOC) y su participación en una actividad con diversos miembros de Google en España.

dos, tal como salen en el DNI). Por tanto si la búsqueda es sólo con el nombre y el primer apellido el resultado seguirá apareciendo.

c) Este ocultamiento del enlace a la información perjudicial, además, sólo funcionará si la búsqueda se realiza en alguna de las extensiones europeas de Google (google.es, google.fr, google.it ...). Si vamos a google.com se mostrarán los resultados íntegros. Sin embargo, un tribunal francés ya ha afirmado que el olvido no puede limitarse a las búsquedas en el dominio nacional de Google (.fr .es, .uk, etc.), sino que deben alcanzar las búsquedas que se hagan desde el país, por ejemplo, con Google.com⁷⁴.

d) Por cuanto a las solitudes de derecho al olvido, Google tiene previsto examinar caso a caso cada solicitud. Las que no consideren claramente justificadas no las aceptarán y dirán a la persona interesada que se dirija a la AGPD.

Se trata de información muy reciente de la que hay que valorar que se van a adoptar medidas por defecto, sin esperar a la reacción particular de cada persona afectada. A este respecto no se deriva de la sentencia ninguna obligatoriedad general de adoptar tales medidas. Bien es cierto que pueden resultar discutibles las medidas b) y c). La primera por cuanto en muchos casos el nombre y apellido de una persona puede conducir directamente a la persona en cuestión, sin necesidad de los dos apellidos. En segundo lugar por cuanto es fácilmente burlable el dominio Google.es y se puede acudir a la búsqueda general en el dominio .com. Ello podría hacer casi inútil la adopción de otras medidas.

Cabe también llamar la atención sobre el hecho de que la búsqueda de un nombre de pila y uno o dos apellidos, da como resultado al final de la web de búsqueda de la leyenda «Es posible que algunos resultados se hayan eliminado de acuerdo con la ley de protección de datos europea». Esta leyenda no aparece cuando se buscan los dos apellidos sin el nombre de pila.

Un elemento bien curioso es que Google obviamente ya detecta cuándo una búsqueda es relativa a una persona relevante, puesto que en estos casos no aparece la anterior leyenda aunque se haga la búsqueda por nombre y apellidos.

⁷⁴ Así, en el auto de medidas provisionales de 16 de septiembre de 2014, Tribunal de Gran Instancia de París, caso Sr. y Sra. X y el Sr. y vs. Google Francia. El Tribunal impone 1.500 euros de multa diaria hasta que el «olvido» se haga efectivo en Google.com.

Las posibilidades de las acciones que adopte de *motu proprio* Google son del todo variadas. Los resultados de una búsqueda podrían variar totalmente según se trate de una búsqueda no basada en los nombres de personas, lo cual permitiría que Google siga arrojando resultados relativos a personas. Sin embargo, una búsqueda a partir del nombre de pila más uno o dos apellidos, o una búsqueda a partir de apellidos bien puede no recoger los resultados. También los resultados podrían variar si se trata de búsquedas de apellidos más o menos comunes. Igualmente, podría plantearse que los resultados que pudieran ser más conflictivos no desapareciesen entre los resultados de la búsqueda, sino que quedarán mitigados en su visibilidad de los mismos no haciéndolos aparecer en las primeras páginas. No obstante, la Presidencia italiana de la UE no parece estar por la labor de convertir un derecho al olvido en un «derecho a oscurecer» («right to obscuring»)⁷⁵. Lo mismo puede contemplarse respecto del factor objetivo tiempo, dado que fácilmente se puede automatizar que en razón del paso del tiempo los resultados vayan relegándose e incluso desapareciendo si se ha hecho una búsqueda nominal. Asimismo, cabe preguntarse si, por ejemplo, Google podría adoptar la medida de erradicar totalmente de sus resultados a todo aquel que solicite que se suprima algún o algunos enlaces. Se trataría sin duda de un desincentivo muy evidente para ejercer el derecho por los sujetos.

También se ha llegado a afirmar que se arrojarán resultados de búsqueda, si bien en los casos de nombres y apellidos de quienes han ejercido su derecho al olvido, con indicación de que un interesado ha solicitado la desindexación de tales contenidos. Ello, obviamente, puede generar el llamado efecto Bárbara Streissand, en virtud se genera el efecto contrario y quien se tope con un resultado que se quiere omitir, naturalmente acudirá al mismo para ver el motivo por el que no se quiere que se conozca.

Es de destacar en todo caso, que al menos hasta el momento no puede acusarse a Google de eludir la sentencia ni siquiera de una actitud prepotente a la cual podría llegar en razón de su hegemonía e importancia mundial. No obstante, es muy pronto para anticipar soluciones. Va a resultar esencial la concertación de criterios con las

⁷⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Right to be forgotten and the Google judgment», cit. n.º 22 y 23.

agencias europeas, ante la falta de decisiones jurisprudenciales y, sobre todo, legislativas.

Al momento de cerrar el presente estudio, se conoce la existencia de la página web «Hidden from Google» (<http://hiddenfromgoogle.com/>), aunque hay que ser más que escéptico sobre su alcance y continuidad. En esta web, al menos en principio, pueden seguirse los enlaces que han sido ocultados por el motor de Google. Según la web indica se dice que «El propósito de este sitio es enumerar todos los enlaces que están siendo censurados por los motores de búsqueda debido a la reciente sentencia del derecho al olvido en la UE. Esta lista es una forma de archivar las actuaciones de la censura en Internet. Le corresponde al lector decidir si nuestras libertades se respetan o se violan por las recientes decisiones de la UE.» Es muy posible que esta web no exista o no tenga relevancia alguna en el momento en el que se leen estas páginas. No obstante, hace reflexionar sobre la eficacia que pueden alcanzar algunas medidas como consecuencia de esta sentencia y los esfuerzos que la misma exige, quizá desproporcionados. De igual modo, cabe tener en cuenta que el éxito de esta u otras iniciativas podría generar el negativo y referido efecto Streissand, de modo que la afectación a los derechos de la intimidad y protección de datos en juego quedarán mayormente desguarnecidos al ponerse en evidencia el tipo de información que se pretende eludir por el sujeto. En cualquier caso, habrá que estar a la espera.

3.4. LA PONDERACIÓN LA REALIZARÁ UN «JUEZ» QUE NO QUIERE SERLO, UNA ADMINISTRACIÓN QUE NO ES JUDICIAL Y DARÁ LUGAR A VEINTIOCHO CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Según la STJUE, en razón de la Directiva 95/46 de protección de datos y de los derechos de supresión y bloqueo de los datos, regulados en el art. 12.b) y el de oposición, regulado en el art. 14.a) de la [Directiva 95/46], así como «habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta» (la intimidad y protección de datos) el interesado podrá «solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados». «Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado

por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate» (n.º 99).

Se debe operar una ponderación respecto de la cual, hoy por hoy, no hay más criterios. Y en primera instancia es Google quien recibe los cientos de miles sino millones de reclamaciones de supresión de información relativa a las personas entre sus resultados. Se trata de un «juez» que sin duda no quería serlo y al que ello le implica un coste importante al tiempo de una posición incómoda frente a usuarios e instituciones. Asimismo, ello supone a Google tener que adoptar de modo efectivo un papel respecto de la concepción de protección de libertades informativas o privacidad con efectos. Y aunque sea en principio para Europa, lo habrá de hacer para todo el mundo, con asimetrías respecto de unos continentes y regiones, así como entre países. Y para hacer tal ponderación Google tendrá que adoptar una política inicial.

Un primer problema fundamental es que queda en manos de una compañía privada no europea y con sus obvios intereses corporativos, buena parte de los contenidos e información a la que se accede de facto en internet. Y por mucho que hayan mecanismos institucionales y judiciales para corregir sus criterios, en la mayor parte de los casos, el criterio que adopte Google será el que rija en la mayor parte de sus contenidos. Ni tan siquiera se le pone una guía o criterio a partir del cual concretar sus criterios propios. Como también recuerda Boix, toda esta arquitectura deja a Google en una posición muy peculiar, frente a su tradicional pretensión de ser «neutral» le toca hacer una cosa que siempre afirmó no querer hacer: juzgar, al menos en ciertos casos, qué informaciones es socialmente conveniente que aparezcan como resultados de sus búsquedas y qué otras no son suficientemente relevantes para el interés público⁷⁶. Pese a haber creado un Comité de expertos, que lo son, innegablemente parte de los criterios de sus decisiones han de ser corporativos. Y como se ha anticipado, cuanto más pequeña sea la compañía o buscador frente al que se ejerza el derecho, más riesgo de que la decisión final que se adopte sea siempre la retirada de los contenidos conflictivos.

⁷⁶ BOIX PALOP, A.: «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas...», cit.

Tras la política inicial que adopte en los miles de reclamaciones que le presenten, Google luego habrá de actualizarla a los criterios que vayan formulando las veintiocho autoridades independientes de protección de datos de la Unión Europea. Es bien posible que tales autoridades coordinen algo los criterios a adoptar en sus resoluciones sobre el tema a través del Grupo del artículo 29 en el que cooperan⁷⁷. De hecho, es de completo interés que tales autoridades mantengan reuniones públicas y privadas con Google para articular respuestas efectivas acordes a la sentencia. No obstante, es igualmente previsible que diversas autoridades, como la británica o irlandesa entre otras, tengan criterios muy diferentes al resto; más proclives a la libertad de expresión e información como puede preverse en el informe de la Cámara de los Lores⁷⁸.

Pero además aquí ya se da un segundo problema capital. Y es que como en otros lugares ya he insistido, no deja de ser llamativo que una Administración (por muy «independiente» que esta sea) como lo es la AGPD haya pasado a ser el órgano que efectúa la ponderación de libertades públicas y otros derechos fundamentales. Ciertamente es que algunos órganos administrativos que ya ejercen polémicamente estas funciones (como el CAC catalán⁷⁹) han defendido jurídicamente su competencia. Nuestro Tribunal Constitucional en modo alguno ha dejado claros los términos en que este control administrativo es posible⁸⁰ y no hay que obviar ni la prohibición de censura previa del artículo 20. 2 CE ni la garantía judicial respecto del secuestro de medios de comunicación (art. 20. 5.º CE). Lamentablemente no se ha actualizado la jurisprudencia al respecto para

⁷⁷ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT 29) fue creado por dicho artículo de la Directiva 95/46/CE. Es un órgano consultivo integrado por las Autoridades de todos los Estados miembros, así como el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea.

⁷⁸ HOUSE OF LORDS: *European Union Committee* cit. ver n.º 50 y ss. Y al severa crítica del Comisionado de la Información británico a las posibles derivaciones de la sentencia. Véanse asimismo las contundentes conclusiones contra el derecho al olvido.

⁷⁹ Se trata del Acuerdo 192/2005, de 19-12-05 del CONSELL DE L'AUDIOVISUAL DE CATALUNYA que «advierte» a la COPE. Fue revisado por la SENTENCIA núm. 94, Recurso: 41/2006 B de cuatro de abril de dos mil ocho el TC-Ad. n.º 13 de Barcelona que pasó por encima del fondo del asunto.

⁸⁰ Se dan algunas directrices en la STC 52/1995, de 23 febrero (FJ 4.º, 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 6.º).

internet⁸¹, pero, cuanto menos, hay que estar alerta de la ponderación de la libertad de expresión y control de contenidos por una Administración. Y es que como recuerda Boix, erigiéndola en juez de estos conflictos se dota de un enorme poder a la Administración a la hora de mediar en conflictos privados que, además, versan sobre el ejercicio de libertades expresivas absolutamente claves en una democracia⁸².

En cualquier caso, tras las resoluciones de las autoridades nacionales de protección de datos, vendrán los criterios que elaboren los jueces nacionales en los recursos. No hay que obviar el efecto inhibitorio que provocan las tasas judiciales para el acceso a la justicia. En cualquier caso, ante los tribunales, de nuevo, las sensibilidades y jurisprudencia de cada Estado miembro puede ser muy diferentes e insertadas en una tradición jurídico cultural más o menos sensible a los derechos de privacidad y de protección de datos o a las libertades informativas.

Así las cosas, a los ciudadanos nos quedan unos años de incertidumbre en cada Estado. Y Google se ve abocado a los criterios jurisprudenciales que en los próximos años se forjen en los veintiocho estados de la Unión Europea. Quizá a tener resultados de búsqueda muy diferentes en cada país europeo.

La solución clara podría ser la del legislador europeo y, aunque llegara años más tarde, la del TJUE y el TEDH. No obstante, hay motivos para no esperar criterios claros y ciertos ni por el legislador ni por los tribunales. De una parte, por ejemplo ya en la STJCE, 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*⁸³ se afirmó el conflicto entre la libertad de expresión y la protección de datos y se recordó que la resolución se ha de dar en sede judicial estatal y gracias a la ponderación judicial bajo el principio de la proporcio-

⁸¹ Sobre el tema, diversos de mis estudios citados y, con profundidad, GARCÍA MORALES, M.ª J.: «La prohibición de la censura en la era digital», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 237-276. También, respecto de la llamada Ley Sínde, TERUEL LOZANO, G. M.: «El legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición final segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales...*», cit., pp. 52-87.

⁸² BOIX PALOP, A.: «El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas... cit.

⁸³ Apartados 85 y ss. de la STJCE.

nalidad. Y se trata de un principio bastante habitual que difícilmente parece que vaya a cambiar. De hecho, es el que parece permitir que la responsabilidad por los contenidos en internet tenga hoy día veintiocho criterios diferentes en la diversa interpretación de la Directiva de comercio electrónico. Todo ello avalado por la STE-DH del caso Delfi vs Estonia de 10 de octubre de 2013, pendiente de resolución final por la Gran Sala.

En segundo lugar, al legislador europeo ni está ni se le espera en esta materia. Así, en todas las versiones del futuro reglamento el artículo 17 afirma lacónicamente que no procederá el derecho al olvido «en la medida en que la conservación de los datos personales sea necesaria: a) para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80». Y este artículo 80 deja en manos de los Estados miembros las excepciones al derecho de protección de datos «en lo referente al tratamiento de los datos personales efectuado exclusivamente con fines periodísticos o de expresión literaria o artística, para conciliar el derecho a la protección de los datos de carácter personal con las normas que rigen la libertad de expresión.» Esto no va a variar, según se aprecia en la propuesta de la Presidencia tras la sentencia⁸⁴, afirmándose que el artículo 16 del TFUE no permite la regulación de esta cuestión que es competencia nacional. Así pues, ante el conflicto el legislador europeo echa *balones fuera*, *balones* que recogerá cada juez nacional y dudosamente un tribunal supranacional.

4. A modo de conclusión: las posibilidades de regulación futuras en la materia que nos ocupa

Se ha analizado el marco jurídico del emergente conflicto derecho a la protección de datos personales y el ejercicio de las libertades informativas en internet. 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 bien a manos de los

⁸⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: «Right to be forgotten and the Google judgment», cit. n.º 18.

tribunales bien a manos del legislador. Y pese a que la inercia habría de ser la de soluciones globales y, cuanto menos, europeas, se sigue dejando un enorme protagonismo a las soluciones en sede nacional. Hoy día la legislación española tan siquiera contempla el posible conflicto protección de datos y libertad de expresión. Simplemente se aplica directamente la Constitución y los criterios jurisprudenciales oportunos.

Por cuanto a los conflictos de las libertades informativas en internet con la protección de datos y no hay que obviar el importante efecto pedagógico de la ley en los operadores jurídicos que deben efectuar esta ponderación entre derechos. Es por ello que la legislación puede tener en cuenta y explicitar determinados elementos contextuales; también puede ayudar la 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. También normativamente se puede fijar el criterio de la necesaria diligencia del informador que difunde datos personales, se trate o no de un profesional de la información. Tal diligencia será variable tanto en razón de la naturaleza del informador. La necesaria regulación legal no debe caer en la tendencia, habitual en Europa y España, de contemplar el fenómeno de la privacidad sólo desde este derecho fundamental, sin percibir que la difusión de datos en internet no sólo es un tratamiento a efectos de normativa de datos, sino que, al mismo tiempo en muchos casos, es el ejercicio de la libertad de expresión e información. En la ponderación que debe efectuarse para resolver los conflictos de estos derechos, no hay que perder de vista el grave riesgo que implica el muy severo marco jurídico administrativo y penal de la protección de datos.

No está de más proclamar legalmente que toda la información y expresión de interés o relevancia pública en internet goza de protección constitucional, aunque no proceda de un clásico «medio de comunicación social»; pueden resultar útiles algunas pautas para determinar qué información tiene interés público con independencia de su origen, así como establecer concreciones sobre algunos requisitos o garantías de la veracidad y diligencia tanto respecto de los contenidos, como de quiénes son sus autores (necesidades de identificación de quienes introducen contenidos en la red). Asimismo es de interés que la legislación parta de que los grandes prestadores o intermediarios son agentes, instrumentos y vehícu-

los esenciales de las libertades informativas en el mundo actual, lo cual debe tenerse bien presente en cualquier regulación de su régimen jurídico o en la imposición de deberes o restricciones. Y la legislación no puede desconocer que *el tamaño importa*, es posible delimitar jurídicamente obligaciones concretas para los grandes prestadores que equilibren el desarrollo de la sociedad de la información con los derechos personales. Es bien posible atribuir la protección constitucional de las libertades informativas al tiempo de exigir para ello condiciones de diseño por defecto de los servicios o aplicaciones. De igual modo, y para dotar de una efectiva garantía a los sujetos, cabe impulsar la existencia de medios ágiles y efectivos para los usuarios de contenidos, imponer protocolos de actuación así como aclarar las subsidiarias vías administrativas o judiciales respecto del control de contenidos en internet.

Más en concreto respecto del derecho al olvido o a la supresión, reconocido ahora frente a Google, habrá que determinar respecto de qué tipo de sujetos es exigible, dado que podría extenderse a muchos otros intermediarios y prestadores de servicios de internet, como las redes sociales, medios digitales en general y hemerotecas digitales en particular. De igual modo, a partir de lo afirmado por el TJUE, la normativa puede hacer una del deber jurídico de sujetarse a las exigencias de autoridades y normativa españolas para Google y otros que puedan quedar sujetos a este derecho. Asimismo, hoy por hoy la noción misma de la desindexación, la utilización del robot .txt y otros medios para resolver estos conflictos literalmente no existen en el ordenamiento jurídico. Es preciso que los prestadores de servicios e intermediarios que tengan que hacer efectivo el derecho al olvido tengan algunas guías y criterios para efectuar una ponderación de la procedencia de la retirada o desindexación de contenidos. Sería idóneo que tales criterios vengán fijados por una ley o normativa similar europea y no se dejen a la autorregulación y a la práctica que adopte Google y otros. Como se señalaba con razón en las conclusiones del caso Google vs AGPD, es necesaria una «protección legal adecuada» de las relaciones privadas para que el prestador o intermediario no censure y lesionen la libertad de expresión del generador de contenidos⁸⁵. Es más, las

⁸⁴ Ap. 134: «Ello traería consigo una interferencia en la libertad de expresión del editor de la página web, que no disfrutaría de una protección legal adecuada en tal situa-

mismas autoridades de protección de datos deberían contar con el apoyo de una fuente de legitimidad democrática –como es la ley– y no los meros criterios que vayan discrecionalmente desarrollando para vigilar el alcance de este derecho al olvido en su relación con las libertades informativas. La ley puede regular procedimientos, órganos, plazos así como establecer las bases y remitir a normas reglamentarias más técnicas para determinados sectores de la sociedad de la información. Cabe también una regulación más concreta de los requisitos para seguir divulgando información según el transcurso del tiempo y la imposición de diversos mecanismos por defecto. Cabe también la regulación concreta del ejercicio de los derechos de cancelación y oposición frente a Google u otros prestadores e intermediarios. Interesa fijar normativamente las obligaciones de respuesta por Google, así como determinar cómo deben ser las comunicaciones para que en su caso tengan valor probatorio, todo ello con miras a ulteriores recursos frente a la AGPD o los tribunales.

Igualmente, dado que los poderes públicos cada día generan más de contenidos en la red, la normativa puede hacer referencia cuestiones como las facultades administrativas de control y moderación de los espacios de interacción con los ciudadanos en internet, así como elementos sobre responsabilidad por la información administrativa y garantías ciudadanas ante la misma. Con relación al derecho al olvido respecto de los poderes públicos, de un lado, se han de generar criterios y reglas claras en ámbitos bien sensibles como toda la información y contenidos judiciales, difusión de sentencias y otras bases de datos de resoluciones de naturaleza administrativa. Del otro lado, hay que regular la difusión de contenidos en los boletines oficiales, así como los tablores electrónicos. La legislación habría de reconocer facultades a los organismos de boletines oficiales para analizar y en su caso bloquear publicaciones que generen innecesario impacto en la privacidad, la regulación de la imposición de medidas como robot.txt proporcionadas, la existencia jurídica misma de la figura de la desindexación, la fijación del ejercicio concreto del derecho al

ción, dado que cualquier «procedimiento de detección y retirada» que no esté regulado es una cuestión privada entre el interesado y el proveedor de servicios de motor de búsqueda. Equivaldría a una censura del contenido publicado realizada por un tercero».

olvido: quién, cómo, ante quién, vía de recurso o alegaciones, etc. Hoy día campa la más negativa discrecionalidad al respecto sin sustento jurídico.

Una futura legislación puede fijar la revisión periódica o automática de contenidos integrados por terceros en plataformas de internet. Es muy importante regular, y no dejar a una autorregulación que no llega, que haya procedimientos o mecanismos para establecer con la industria la configuración por defecto de los servicios de la sociedad de la información, la identificación más o menos robusta de los usuarios según los tipos de servicios o contenidos, la necesidad de plantillas efectivas y garantistas de comunicación de ilícitos y, en su caso, de solicitud de retirada de contenidos. En cualquier caso, la imposición de estas cargas a los prestadores debe ser proporcional y ponderada para no implicar efectos colaterales contrarios a las libertades informativas. El futuro reglamento de protección de datos de la Unión Europea establece importantes mecanismos de garantía a través de la evaluación de impacto de privacidad u obligaciones de configuración por defecto. Será necesario perfilar el alcance de estas obligaciones para muchos prestadores o intermediarios de la información en internet.

