



Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Vol. 22 (2018), pp. 385-417

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

DOI: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2018.22.0.5192>

LA FUERTE CONTROVERSIA Y LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN PERSONAL EN PRENSA Y EN BOLETINES OFICIALES

MARÍA MONTSERRAT VELASCO NÁJERA
Doctora en Derecho - Universidad de Cantabria

Resumen: Los medios de comunicación extienden información personal de forma incontrolada y masiva. La denominada Sentencia Google propició que los ciudadanos puedan solicitar la supresión de acceso a la información personal en los sistemas de búsqueda dentro de la red y de internet, aunque esa información no queda eliminada de su fuente original. El Tribunal Supremo, sin embargo, matizó estas pretensiones. La colisión del derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a la protección de datos personales genera fuertes controversias que se analizan en esta aportación.

Palabras clave: derechos fundamentales, derecho a la protección de datos personales, derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, colisión de derechos fundamentales, sentencia “Google”, derecho de supresión de información personal en internet, Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, Reglamento General de Protección de datos personales.

Abstract: The Media uncontrollably and massively spread Personal Information. The so called "Google" Sentence allowed citizens to request access suppression to their Personal Information from search engines in both, Intranets and Internet; although, that information is not deleted from its original source. The Supreme Court, however, qualified these claims. The collision of both Freedom of Expression Right and Freedom of Information Right, with the Protection of Personal Data Right, generates severes controversies which this contribution analyzes.

Key words: fundamental rights, personal data protection right, privacy right, honor and own image right, collision of fundamental rights, "Google" Sentence, deletion right of personal information on the internet, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, General Data Protection Regulation.

SUMARIO: I. LA INFORMACIÓN PERSONAL QUE SE PUBLICA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. III. LA FUERTE CONTROVERSIA Y LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN PERSONAL EN PRENSA Y EN BOLETINES OFICIALES. IV. LAS REPERCUSIONES DE LA SENTENCIA "GOOGLE". EL DENOMINADO DERECHO AL OLVIDO (DERECHO DE SUPRESIÓN, ART. 17 RGPD) V. EL DERECHO DE SUPRESIÓN DE INFORMACIÓN PERSONAL EN INTERNET Y REINSERCIÓN SOCIAL.

I. LA INFORMACIÓN PERSONAL QUE SE PUBLICA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

La comunicación se puede definir como la acción y efecto de comunicar o comunicarse, el trato, la correspondencia entre dos o más personas, y nuestro Diccionario aplica también esta voz a la petición del parecer por parte de la persona que habla a aquella o aquellas a quienes se dirige, amigas o contrarias, manifestándose convencida de que no puede ser distinto del suyo propio. Los denominados medios de comunicación son actualmente instrumentos de transmisión pública de información, como emisoras de radio o televisión, periódicos o internet, entre otros ejemplos. Pueden ser utilizados para comunicar de forma masiva, para millones de personas, sin límites. Ese límite lo podrá establecer el emisor de la información o incluso su receptor, si no quiere verlo. Pero la información puede estar disponible con carácter ilimitado. Los ciudadanos acceden a material informativo audiovisual, de lectura o de imágenes a través de canales de comunicación. Para la sociedad actual estos canales son esenciales pues establecen el desarrollo de interacciones humanas muy importantes, que aumentan cada día. La necesidad de comunicación es una expresión de la necesidad intrínseca al ser humano de no estar solo, de relacionarse con otros, de enriquecerse como individuo y como sociedad. Los medios de comunicación lo hacen posible, desde el conocimiento y el debate social. Algunos de estos medios de comunicación son gigantescas plataformas tecnológicas supranacionales, que informan de cualquier asunto que acontezca en el planeta y con una función también de entretenimiento y de conocimiento nunca antes conocida por la humanidad. Por estas razones, no existe actualmente una definición única para los medios de comunicación, pues se pueden crear mañana mismo más formas que hasta hoy no se cono-

cían, con objetivos, beneficios y usos diferentes¹. La situación actual no está exenta de fuerte polémica. Para algunas sociedades contemporáneas o sectores sociales, los medios de comunicación son una herramienta eficaz y rápida de propagar contenidos de todo tipo. Sin embargo, para otros sectores de la sociedad, estas mismas herramientas son consideradas un vehículo de manipulación social y violación de DDFF. Los diferentes sectores sociales son conscientes del valor que poseen las comunicaciones y utilizan los medios de comunicación para exponer sus ideas o para intentar extender su visión de la realidad, con fines diversos. Lo realmente cierto actualmente es el poder innegable a nivel mundial de los medios de comunicación, más allá de la calificación tradicional del siglo XX como *cuarto poder*. Las comunicaciones son tanto sociales, de muchos o en abierto, como interpersonales, en reducidos grupos de intereses que se encuentran en la red, generando un pluralismo enriquecido. Ante todas estas ventajas existen inconvenientes debidos especialmente a la sobreexposición pública de ciertas actividades y/o conductas que anteriormente formaban parte de lo privado o de lo íntimo a través de datos personales. Las redes sociales y los medios de prensa amplifican sin límites previos todo tipo de conductas y de informaciones, entre las que se incluye los datos de carácter personal. Establecer los límites a estas situaciones, generando una normativa que sea efectiva en un nuevo entorno no territorial en el que se cuestiona seriamente si la persona tiene realmente el control sobre sus datos personales o simplemente es un espejismo de la regulación, consistente más en un acto de fe en nuestro sistema jurídico y social que en una realidad².

¹ En estos momentos destaca el denominado *internet de las cosas*, la interconexión digital de diferentes objetos (cotidianos o no tan cotidianos, como un marcapasos cardiaco a una base de datos que informa a médicos y responsables del tratamiento de un paciente) y personas a través de internet. El concepto de internet de las cosas lo propuso Kevin Ashton en 1999. Un ejemplo actual: se están desarrollando actualmente nanopartículas para incluir en la medicación (tableta o cápsula) de un paciente, para que, una vez ingerida, informen al médico de tratamiento de la ingesta, a través de su teléfono móvil.

² Véase las interesantes propuestas de BOIX PALOP, A., "La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales.", *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016. También otras obras colectivas como RALLO LOMBARTE, A., *Derecho y Redes Sociales*, Navarra, 2010. GALÁN MUÑOZ, A., *La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Valencia, 2014. GALÁN MUÑOZ se expresa con las siguientes palabras ante el nuevo reto: "Así sucede, por ejemplo, con muchas de las informaciones de nuestra vida privada y profesional o de la de nuestros amigos y familiares que difundimos voluntariamente publicándolos en Internet sin ser realmente conscientes de que, una vez que lo hacemos, perdemos el control sobre unos datos que, por mucho que puedan parecer inocuos, pueden y de hecho son recopilados en grandes ficheros que, si son adecuadamente procesados, pueden servir para elaborar detallados perfiles de las personas a las que están referidos, reveladores aspectos esenciales de su intimidad, como su tendencia sexual, sus creencias religiosas o su ideología política"; cita de página 205. No se debería obviar que la privacidad se consagró como un derecho en EEUU por la polémica suscitada entre el juez Samuel Warren y la prensa norteamericana. El derecho fundamental a la protección de datos personales y su conflicto con los medios de comunicación se mantendría en este momento aún sin regular en España. Más recientemente DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., "Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española.", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, nº 11, 2016, pág. 4 y ss.. El autor denomina la situación actual en internet como de "hiperdesarrollo fáctico de las libertades de información y expresión"

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

La temática genera actualmente una discusión social intensa³. Cuando el artículo 20 CE fue redactado, los medios técnicos por los cuales los derechos expresados en sus cinco puntos eran muy distintos a los que se tiene acceso en el presente. Los constituyentes no pudieron prever la aparición de redes sociales como *Facebook* o *Twitter*. La libertad de expresión se limitaba a una serie de medios de comunicación (periódicos, revistas, radio y televisión) y a unos pocos literarios que bien podían estar en manos de personas con formación amplia en letras y ciencias para ofrecer un contenido que no se va a tildar de controlado, pero sí era lento en su difusión y muy predecible. Las redacciones eran lugares llenos de máquinas de escribir, teléfonos fijos que se colapsaban, y después de pocos años, los más avanzados tenían lo que se llamaba un teletipo y posteriormente un fax, que llegó en la década de los años ochenta. Por tanto, su límite, también reflejado en el propio artículo 20.4, como respeto a los derechos reconocidos en el Título I CE, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, no era fácil pero no resultaba prácticamente imposible de concebir. Además de los códigos deontológicos de los profesionales, hace 40 años que una noticia, un comentario, una opinión, una imagen, un video, un audio, estuviera en la calle en segundos se consideraba prácticamente imposible, como era aún más imposible que esa información fuera realizada en su contenido y en su envío por un simple ciudadano que estaba allí con un pequeño dispositivo de grabación, edición, eventual almacenamiento y envío por medios de telecomunicación. La Jurisprudencia del TC y del TS han desarrollado una buena parte de la doctrina para los casos de colisión de derechos, entre el artículo 20 y

³ Ya existía con anterioridad a estas fechas de 2017. Véase COTINO HUESO, L., "Datos Personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público. Comentario al artículo 3.", *Comentario a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, 2010, pág. 295-321. Del mismo autor, en relación con obras colectivas muy interesantes, véase también COTINO HUESO, L., *Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías.*, Valencia, 2010. Véase la tesis doctoral de Jürgen Habermas en 1982, "La Estructura cambiante de la Publicidad" en su traducción del alemán original, "*Strukturwandel der Öffentlichkeit*", publicidad entendido como hacer pública una información, como externo, no como espacios de anuncios sobre productos. La publicación de aspectos personales de otros, sean personajes conocidos por el arte, la ciencia, la política, el conocimiento o la chabacanería, o sean ciudadanos anónimos, los que conforman una civilización silenciosamente, se han convertido en una fascinación de masas. Se entraría de lleno en la filosofía y la sociología del Derecho para analizar qué estímulos conforman este tipo de conductas, en un dilema constante entre información e intimidad. Véase el epígrafe que se dedica a este asunto en PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 2010, pág. 351 y ss.. Se toma la cita cervantina del Quijote que utilizó PÉREZ LUÑO como anécdota, por un sentir de afinidad, expresada por el personaje de D. Diego de Miranda: "ni gusto de murmurar, ni consiento que delante de mí se murmure; no escudriño las vidas ajenas, ni soy lince de los hechos de otros". Una referencia a tener en cuenta sería DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, 2001, pág. 285 y ss. El autor analizó en el año 2001 el conflicto entre el derecho a la libre información y el derecho a la intimidad, resaltando la conducta que el TC y el TS resolvieron. Para el autor el conflicto entre el derecho a la libre información y los datos íntimos (sólo analiza este asunto en función al derecho a la intimidad, no frente al derecho a la protección de datos) tendría su origen en la posibilidad de que alguna información basada en hechos veraces y de interés público sean datos íntimos. Se referenció con textos de SOLOZABAL ECHEBARRÍA y GARCÍA SAN MIGUEL.

el artículo 18, pero sólo para su punto 1, no tan extensa para su punto 4, la protección de datos personales. La libertad de expresión e información suelen entrar en conflicto con el derecho a la protección de datos personales, pues informar, difundir noticias y opiniones, imágenes, comentarios, a través de un medio de comunicación, tiene serias implicaciones en el tratamiento de datos personales que afectan a la intimidad de las personas, entre otros derechos que entran en colisión. Ningún derecho fundamental es absoluto, por lo cual se deben establecer límites que favorezcan la protección de los derechos y libertades de todos los ciudadanos⁴.

Existen, además, normas que específicamente regulan la actividad informativa profesional, como la cláusula de conciencia por la Ley Orgánica 2/1997 de 19 de junio. Los que se consideren afectados por el ejercicio de la libertad de expresión pueden contar con el llamado derecho de rectificación, desarrollado por la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de mayo, que se agota con la rectificación de los hechos que le aluden y se consideren por el afectado inexactos, cuya divulgación pueda perjudicarlo. Una difusión de información de relevancia mundial, con acceso libre por cientos de miles de personas en cuestión de segundos no era predecible cuando se realizaron estas leyes. Por tanto, la libertad de expresión e información frente al derecho a la protección de datos personales está aún por definir. En *internet* puede apreciarse el creciente número de informaciones sobre cuestiones públicas, pero también sobre datos privados que se entienden bajo la ley de protección de datos. Surgen innumerables preguntas, como puede ser si se considera libertad de información o libertad de expresión que se exponga en *internet* (*YouTube*, plataforma de videos) información relativa a Fuerzas de Seguridad del Estado y sus actuaciones (de indudable interés público amparado por la libertad de expresión e información), cargos públicos y sus coches oficiales o sus movimientos en la esfera propiamente privada (recogida de sus hijos en su colegio, ir a un restaurante, visitar una tienda). Los implicados y sus reacciones son diversas, desde hacerse voluntariamente fotos (*selfis*) con las personas que están allí, a no querer la difusión de esas informaciones por considerarlas privadas o incluso íntimas. Esto en cuanto a la esfera pública informativa, es decir, personas o cuestiones que tiene el calificativo de público, por su cargo, su profesión o su popularidad en los medios informativos. Otro caso es que las personas no conocidas se vean introducidas en una red de información y divulgación a través de la publicación no deseada de datos personales, de situaciones que, en su mayoría, no pueden ser controladas. No es la misma situación informar sobre cuestiones públicas desde medios informativos que las situaciones de divulgación de datos personales a través de redes sociales, que no son de interés público⁵.

⁴ PAUNER CHULVI, C., "Implicaciones del futuro Reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Madrid, 2014. Muy anteriormente se expresaron las ideas de BUSTOS GISBERT, R., "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión.", *Revista de Estudios Políticos*, nº , 1994, pág. 261-290. El autor realizó una distinción entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, en un contexto de crítica doctrinal. Dirigió también una tesis doctoral de GONZÁLEZ CIFUENTES, C., *El derecho a la intimidad de los altos cargos*, Salamanca, 2011. que se cita como referente especializado en la intimidad de altos cargos, con alguna mención a la protección de sus datos.

⁵ Véase los ejemplos de FERNÁNDEZ BARRERO, MARÍA ÁNGELES ; GUIRADO BORREGO, VÍCTOR, *Comunicación y desarrollo en la era digital. Congreso AE-IC 3, 4 y 5 de febrero de 2010*, Madrid, 2010, . Se desta-

La AEPD suplió en el informe 0132/2010, la ausencia de regulación de este aspecto, que sí fue previsto en el artículo 9 de la Directiva 95/46/CE⁶.

El Informe 0132/2010, se redirige a la Jurisprudencia del TC en cuanto a los conflictos entre el artículo 18 y el 20 de la CE en general. En un resumen de estas Sentencias, se estableció una regla general: *el derecho del artículo 20 prevalecerá en los supuestos que tengan como contenido información veraz y de relevancia pública, sobre materias y personas a su vez relevantes públicamente*, lo que se ha denominado por la doctrina *excepción periodística*⁷. En cuanto al derecho a la protección de datos personales, el aludido Informe se basó en la SAN 3658/2009, de 09 de Julio, la cual analizó la publicación de imágenes por un medio de comunicación de una víctima de los atentados de Madrid el 11 de marzo de 2004 durante su estancia en el hospital. La AN consideró que la imagen era un dato personal y su tratamiento había sido excesivo, teniendo en cuenta que no se contaba con el consentimiento de los afectados, ni se encontraba dicho tratamiento amparado por la libertad de información y, en todo caso, se había producido un uso desmedido de la imagen de las personas afectadas como dato personal puesto que la finalidad y el carácter noticiable de la información se cumplía suficientemente sin ser necesario incluir imágenes directas de los pacientes. La sentencia fue matizada por la AEPD con el sentido de la Directiva 95/46/CE. El Informe mencionado entendió que la excepción periodística a la aplicación de la normativa sobre protección de datos “debe entenderse como *manifestaciones del principio de proporcionalidad* consagrado en el artículo 4.1 de la LOPD, a cuyo tenor, los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido” (...) “De este modo, la información a divulgar debería ser la que resulte necesaria para que informaciones que revistan la relevancia pública a la que se ha venido haciendo referencia puedan ser conocidas por los ciudadanos. Del mismo modo, cualquier información adicional que, conteniendo datos de carácter personal, resulte irrelevante para que la información facilitada tenga el carácter noticiable constitucionalmente requerido debería ser objeto de un *previo procedimiento de disociación*.”

can los usos del ámbito profesional periodístico en las redes sociales; en este momento se continua con esos usos sin limitación.

⁶ Cuyo enunciado es el siguiente: “En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados Miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.”

⁷ La denominada excepción periodística en la Directiva 95/46/CE no fue interpretada con el mismo criterio por los Estados miembros. El GT29 así lo reflejó en diferentes informes, resaltándose por su presencia en el tiempo el Informe “*sobre Protección de Datos y Medios*” del año 1997. Este informe concluyó, sin embargo, que, pese a las diferencias, el ejercicio del derecho a la protección de datos en los medios de comunicación era muy similar, debido a la excepción periodística y al particular tratamiento de los diferentes Tribunales Constitucionales de la misma, dando preferencia al derecho a la libertad de expresión e información cuando se encontraba en colisión con el derecho a la protección de datos personales. A ello se añadía el respeto de las reglas deontológicas de la profesión en cuanto al respeto de la vida privada y de la intimidad de las personas, junto con sus normas autorreguladoras en diferentes Estados miembros. Véase la exposición de PAUNER CHULVI, C., “La actividad periodística en los ordenamientos nacionales y europeos sobre protección de datos”, *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Valencia, 2015, pág. 582-586.

En una línea doctrina similar, la STS 1105/1999, de 18 de febrero, condenó a un periodista por un delito de revelación de secretos, al acceder y divulgar la noticia de la existencia en una cárcel de dos reclusos, con *imágenes, nombres y apellidos*, los cuales eran enfermos de SIDA y trabajaban en la cocina del centro penitenciario. El TS consideró que *la noticia era la presencia de enfermos de SIDA en la cocina y no la identidad de estos*, por lo que existía delito. La misma doctrina se repitió en el ATC 298/2000, de 13 de diciembre, que inadmitió el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 18 de febrero de 1999. Otra resolución mencionable en este sentido sería el ATC 155/2009, de 18 de mayo, que conoció el caso de una revista que publicó el listado de médicos y farmacéuticos para documentar un reportaje sobre el exceso de recetas y usos de antibióticos. Se consideró en este ATC que no existía prevalencia del derecho a la información al producirse una intromisión en el derecho a la protección de datos (o de autodeterminación informativa) El ATC confirmó la Resolución de la AEPD de 5 de septiembre de 2005 y la SAN de 12 de enero de 2007, admitiendo que se produjo un tratamiento no consentido y una publicación indebida de datos personales de médicos y farmacéuticos. Todas estas resoluciones son aplicaciones del principio de proporcionalidad⁸.

En el entramado informativo y de expresiones vertidas en la red, se pueden diferenciar dos aspectos que se interrelacionan continuamente, como son, en primer lugar el ámbito de los que se van a denominar usuarios anónimos, ciudadanos que a su vez son titulares de datos personales pero que usan los medios de comunicación para ejercer su libertad de expresión e información, al mismo tiempo que comunican con otros usuarios y consiguen lo que ahora mismo tanto se promueve: el reconocimiento social, a través de seguidores en internet; y un segundo ámbito, el de los profesionales de la información y la comunicación, los que a través de múltiples plataformas de medios generan información (cuya etimología es la acción de dar forma a algo), dan forma a un hecho para su transmisión a través de un medio de difusión, en este caso, los *mass media* o medios de comunicación de masas, recibidos simultáneamente por una gran cantidad de individuos. Los medios de comunicación, de los que lógicamente forma parte *internet* y sus redes sociales en la actualidad, tienen como finalidad clásica formar, informar y entretener a sus usuarios, siendo en este momento también un *medio de intercomunicación*, pues el usuario no recibe solamente la información, también puede interactuar con el medio y con los profesionales que se muestran *ejerciendo su derecho a la libertad de expresión e informando al mismo tiempo que se es informado*. Se diferencian estos medios profesionales de los usuarios individuales (solos o en grupos de interés) en que los objetivos de los medios de comunicación profesionales se basan en el beneficio económico del empresario o grupo empresarial que los dirige, habitualmente concentrado en grandes grupos de comunicación multiplataformas (*internet*, radio, televisión, como algo residual, prensa o libros), e influir en su público, financiándose mediante la publicidad, un aspecto muy importante, pues los empresarios que publicitan sus productos y servicios en los medios son empresas, nada es gratis en los medios, el precio es la influencia en la decisión de

⁸ En este sentido el ATC alega que “Tal intromisión responde a un objetivo legítimo, provocar un mayor impacto de la publicación en los lectores de un artículo encaminado a informar sobre el abuso en la prescripción de antibióticos y los perjuicios para la salud derivados del mismo, que sin embargo podía haberse alcanzado por otros medios, sin la referida invasión en la esfera personal de médicos y farmacéuticos.”

compra del usuario-consumidor ante un mercado. Se analizan a continuación estos dos ámbitos o situaciones de estudio, teniendo en cuenta que en la realidad se encuentran interconectados.

La libertad de expresión e información de los usuarios anónimos en las redes sociales y otros medios de comunicación

Como un posible punto de partida para establecer límites a la confrontación del derecho a la protección de datos y el derecho a la libertad de expresión e información en las redes sociales a través de internet, un amplio sector de la doctrina entiende que los límites no tienen por qué ser diferentes en su núcleo a los límites que se aplican al derecho a la libertad de expresión e información en otros canales o medios de comunicación. Aunque existe un potencial de maximización de los efectos negativos en la sociedad de la información vertida en redes sociales, también es cierto que fomentan exponencialmente el pluralismo democrático y ese mismo riesgo de ofensa se transforma en potencial de respuesta ante las expresiones negativas, confrontando ideas que permitan una clarificación, salvo que determinados contenidos contrarios no se difundan adecuadamente; en este supuesto, se estaría ante un impedimento a la pluralización aumentando los riesgos sociales de radicalización de grupos o personas, que los responsables sociales deben compensar. No se debe olvidar que las redes sociales son también en la actualidad una manifestación de las patologías sociales e individuales, dignas más del estudio de la psiquiatría social que del Derecho. Con todo, las expresiones en *internet* y en las redes sociales son una forma de expresión dentro del marco constitucionalmente protegido, lo que aporta la diferencia es el canal o medio de comunicación que se emplea y la dimensión del daño, tanto en materia penal como civil⁹. La dimensión del daño no se ha podido definir todavía y está en manos de los legisladores. BOIX PALOP considera que las expresiones en redes sociales, por muy abyectas que sean, no pueden trascenderse de tal modo que las consecuencias sobrepasen los límites de la proporcionalidad. Son, para el autor citado, sólo expresiones, no son hechos de violencia física efectivos. Lo que sí es completamente cierto es que la efectividad de los mensajes de odio se suprime con la ignorancia de los mismos, con no verlos, no contestarlos y no seguirlos en las redes sociales¹⁰. Sería más sensato y un síntoma de madurez en una sociedad democrática, en la que el pluralismo y la libertad de expresión e información sean vehículos para convencer, que las redes sociales no sean un cauce para insultar ni una excusa para reprimir conductas, pero que, en cualquier caso, la utilización de datos personales sea restrictiva, en especial imágenes¹¹. La sencilla trazabilidad de

⁹ LLANEZA, P., "Aspectos legales: periodismo, ciudadanos y la ley", *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación.*, Ariel. Fundación Telefónica, Madrid, 2011.

¹⁰ Véase BOIX PALOP, A., "La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales.", *Revista de Estudios Políticos.*, nº 173, 2016. El autor adopta una posición a favor de la libertad de expresión, fuera la que fuese, minimizando las consecuencias del mal uso de las redes sociales. Presenta casos muy mediáticos, en los que realmente aplicando el principio de proporcionalidad los Tribunales no han apreciado unas conductas antijurídicas graves. Pero no analiza las consecuencias en los ciudadanos que no tienen defensa ante las conductas irrespetuosas de otros, mucho menos divulgadas pero lesivas en los individuos y en sus entornos.

¹¹ El asunto del derecho a la propia imagen se configura también como derecho fundamental autónomo e independiente: "se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada

las conductas en las redes sociales facilita que las verdaderas conductas lesivas puedan ser perseguidas e identificados sus autores. Y no se debe olvidar, como se ha expuesto, que las empresas de redes sociales (*Facebook o Twitter*) que ofrecen este tipo de servicios deben obtener beneficios, no son organizaciones sin ánimo de lucro, por lo que harán todo lo que esté a su alcance para atraer y fidelizar al mayor número de ciudadanos como usuarios, persiguiendo siempre el objetivo empresarial y no estando tanto interesadas en el fomento de la pluralidad de opiniones ni en la merma de los DDFF como en sus resultados económicos, por lo que no se fomenta la pluralidad, la calidad del debate, o el libre contraste de las ideas¹². Por todo ello, noticia puede ser un hecho a nivel internacional o nacional pero muchos hechos publicados en *internet*, dentro de sus plataformas de redes, que ahora son prácticamente todos, tienen un interés para un reducido número de personas, pero no por ello menos trascendente en sus consecuencias. Para una pequeña población puede ser importante las fotos sobre un hecho local transmitidas a través de los dispositivos móviles a todos sus grupos de redes sociales. Eso no es antijurídico, muy al contrario, puede ser una forma de comunicar asuntos de interés general. El mismo sistema sirve para otros fines antijurídicos, como puede ser conductas de injurias y vejaciones, tan comunes en este momento, parece ser, entre escolares y estudiantes, pero también en el ámbito laboral o asociativo. A las personas sensibles se les afrenta en situaciones poco recomendables y muchas de ellas no se saben defender.

En el mundo actual, para micro sociedades, el uso de las tecnologías se ha convertido en una forma de comunicar violando los DDFF, convirtiendo el derecho a la información y expresión junto con el uso de las comunicaciones en el medio apropiado para realizar conductas lesivas. Lo que puede parecer una broma, en la mente y sensibilidad de otros puede no serlo. Son hechos que no pueden ser considerados jurídicamente punibles, pero son realmente maliciosos, dañinos y éticamente reprochables¹³. Se marca la diferencia entre la información y la difamación o burla,

por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad informativa, comercial, científica, cultural, etc. perseguida por quien la capta o difunde” STC 81/2001, de 26 de marzo (FJ 1). En el mismo sentido STC 156/2001, de 2 de julio (FJ 2) en la cual se afirma que la imagen es “el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y facto imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”

¹² Véase la posición de LÓPEZ RICHART, J., "Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento", *Derecho privado y Constitución*, nº 26, 2012, pág. 143-201. Las empresas de contenidos no tuvieron el menor interés en su momento, con la LSSI (ley de Servicios de la Sociedad de la Información) de regular estos aspectos.

¹³ La conocida frase es muy aplicable: jurídicamente no punible pero moralmente o éticamente reprochable. No se va a entrar en la teoría del delito, que permite resolver cuándo un hecho humano es calificable de delito, sólo se aportan unos ejemplos: los videos sobre caídas y golpes. No se entiende qué se encuentra de divertido en ese tipo de circunstancias, que muy bien pueden ser dolorosas y lesivas para sus protagonistas. También la publicación de situaciones desagradables, embarazosas. Una cantidad de información dentro de las redes que está indexada con nombres y apellidos a imágenes de todo tipo, fotografía, video y audio acompañando su contenido. Información personal que muchos comparten voluntariamente, pero otros no comparten, les hacen estar dentro de un conocimiento general de sus datos personales sin su voluntad y sin su conocimiento. Lo que es un derecho para unos, es una violación de sus derechos en otro. Un caso llamativo: páginas *web* que almacenan videos en los que se puede ver a ciudadanos/as desnudos o en *topless*, con la parte del torso descubierta, en playas o piscinas. Si bien es cierto que se puede solicitar

entre la sátira crítica y el insulto. Las definiciones son claras. Informar significa dar forma o describir, enterar o dar noticia de algo; fundamentar, inspirar (por ejemplo, la expresión *valores que informan el sistema democrático*); difamar significa desacreditar a alguien, de palabra o por escrito, publicando algo contra su buena opinión y fama, en curiosa conexión con el verbo divulgar, según nuestra RAE, que tiene el significado de publicar, extender, poner al alcance del público algo. La sátira es un arte, es una composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo. Un discurso o dicho agudo, picante y mordaz, dirigido a censurar o también puede poner algo en bajo concepto y estima, pero, sin lugar a duda, con humor. El insulto es una ofensa hacia alguien provocándolo e irritándolo con palabras o acciones, ofensa, del verbo ofender que la RAE, sorprendentemente, define como humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos. Ofender significa también ir en contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable, pero también como hacer daño a alguien físicamente, hiriéndolo o maltratándolo como persona, sentirse humillado o herido en el amor propio o la dignidad.

Con estas definiciones como base, el presente estudio se orienta desde la libertad de expresión e información, respetando las opiniones diversas, por muy opuestas y críticas que parezcan (e incluso atendiendo a la sátira como expresión del genio literario), pero teniendo como límite el respeto debido a los DDFD para no humillar, no herir y no ofender. A ello contribuye el derecho a la protección de datos personales, límite de la libertad de expresión e información.

La ponderación se aplica a los medios de comunicación, obligados por la Constitución y la Jurisprudencia de nuestros Tribunales. Esa misma ponderación no se aplica, ni tan siquiera la mesura, en las conductas de ciudadanos anónimos que se ven dentro de las redes. Por supuesto que la comunicación de todos esos datos no es necesaria, ni pertinente. Por supuesto que es excesiva. Y puede llegar a ser delictiva. Pero no se puede, hasta hoy, realizar acción alguna contra este tipo de prácticas generalizadas para que no se produzcan. Los *paparazzi* eran para los famosos en general. Parece ser que ahora, en la nueva generación, todos son *paparazzi* de todos, para subir a la red la foto o el video que más afinidad consiga en cualquier red social. La información no es sólo ejercida por una profesión, las noticias no tienen ese ámbito y relevancia pública que promulga el TC y el TS. Simplemente basta con que un grupo social quiera imponer una forma de extorsión y poder fuera del sistema jurídico para que la información, dentro del grupo relevante, tenga consecuencias personales, a veces nefastas, y por supuesto no tenga ninguna consecuencia

su retirada, cuando esto sucede ya ha sido publicado todo el contenido; en ese momento la conducta lesiva se ha producido. Otro ejemplo llamativo: las redes de acoso a menores en colegios u otros espacios. Llegado el momento, las situaciones pueden ser tan preocupantes como la noticia de la muerte por suicidio de un pequeño de 11 años por acoso escolar. Lo que antes no pasaba de ser una situación de *pandilla* y, por tanto, controlable, había trascendido de tal manera a otros alumnos y a otras personas por las redes sociales, que el implicado se sentía expuesto. Presumiblemente sufría de tal modo, que, para no ir al colegio, se quitó la vida. ¿Cómo se puede abordar y evitar este tipo de sucesos? La misma rigidez que se pide a las empresas para la seguridad y tratamiento de datos personales no se aplica en absoluto a los particulares que realizan todo este tipo de acciones, aunque la AEPD haya confirmado que estas personas (víctimas de otras y su conducta) están protegidas por las normas de protección de datos personales.

jurídica, pues no se puede probar, en la mayoría de los casos, la directa acción del mal uso de las redes sociales sobre determinadas consecuencias o incidentes en la vida de un ciudadano¹⁴.

Cualquier información personal en los medios puede estar bajo la tutela del derecho a la protección de datos personales en cuanto que un dato de carácter personal es cualquier información que permita la identificación de la persona titular o la haga identificable. El derecho fundamental a la protección de datos otorga a la persona la facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos. Este derecho, en muchos casos de divulgación informativa, no pasa de ser enunciativo, estando más en las circunstancias y en la previsión del titular que de los medios para hacerlo efectivo. Cuando la situación derive en un claro delito, nos encontraremos con el fenómeno y posible delito de *ciberbullying o ciberacoso*, aunque muchas de las conductas van más allá en sus consecuencias que el simple acoso.

Ya que la regulación de protección de datos no otorga efectiva protección a esos casos, ¿se puede tratar esta temática desde el derecho a la intimidad, al honor y a la imagen? Es algo a tener en cuenta, pues el TC reconoció en varias Sentencias que estos tres derechos, presentes también en el artículo 18 CE, están íntimamente relacionados¹⁵, aunque es muy difícil compaginar ambos con los hechos. El legislador no dio una definición del derecho al honor en la CE ni en otras leyes. El ámbito de los derechos del artículo 18 CE son de difícil determinación, especialmente frente al derecho a la información, artículo 20 CE. Existe, en todo caso, un *núcleo duro* del contenido de los DDFP recogidos en el artículo 18 CE: al ser derechos inherentes a la persona, no se puede considerar que aumentan o decrecen totalmente, existe un mínimo de respeto social, como es la negación de amparo constitucional a la información injuriosa, lesiva y ofensiva¹⁶. Al igual que se debe tener en cuenta la participación del individuo en el sistema social, por lo cual el honor y la dignidad tendrán mayor o menor extensión en función del nivel de participación en la sociedad y su comportamiento dentro del mismo, el respeto se debe ganar por el individuo dentro de la sociedad en la que participa, y la sociedad debe respetar al individuo dentro de las normas.

Surge el principio de ponderación de derechos como posible vía de solución en caso de conflicto entre la protección de datos personales y la libertad de expresión e información. Llamativo es

¹⁴ Como en este caso real: un muchacho hace siete años participa en las fiestas de su pueblo, con las peñas y la diversión, consume grandes dosis de alcohol y participa en grupos de fotos en las que se le puede ver seriamente ebrio, en condiciones poco adecuadas. Pasan los años, y el joven se convierte en jefe del departamento comercial de una empresa internacional, cambia su imagen a una más acorde con su nuevo trabajo y vida social. En el pueblo, al enterarse de su ascenso laboral, se acuerdan de esas fotos de peña y de fiesta local y las publican, con nombres y apellidos, en una red social. El asunto trasciende a la empresa empleadora, que le despidió fulminantemente, alegando simple inadecuación para el puesto. El detonante fueron las fotos, que además se enviaron estratégicamente a los responsables de personal de la empresa empleadora por individuos debidamente cubiertos por el anonimato. En las palabras de BOIX PALOP, los mensajes (y se añade, las imágenes) se almacenan no solo en la memoria colectiva, sino también en la memoria digital de servidores y redes. Obra citada, página 60.

¹⁵ Como pueden ser las SSTC 170/ 1994, de 7 de junio, FJ 4; también 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5. Sobre esta cuestión las reflexiones de MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho.*, Madrid, 2006, pág. 292-297. Citando a VIDAL MARRIN, aporta en estas páginas una definición del derecho al honor extrapolable a este epígrafe: “el derecho al honor es aquel derecho derivado de la dignidad de la persona, consistente en el derecho a ser respetado por los demás”.

¹⁶ STC 99/2002, de 6 de mayo, FJ 7.

para una parte de la doctrina, que una institución de la Administración del Estado –aun independiente- como es la AEPD, sea el órgano que efectúa la ponderación de libertades públicas y otros derechos fundamentales¹⁷. Esto ha cambiado en parte después de la Sentencia del TJUE en el caso *Google*, pero no deja de ser muy llamativa la actuación de la AEDP en cuanto a órgano que evalúa la relevancia o no de la defensa de los derechos de la persona, derechos de rango constitucional. Porque en este punto ha quedado ya claro que de lo que tratamos no es tanto de datos aislados a los que se les asigna más o menos protección y por lo que se tienen más o menos derechos, defendidos por una respuesta de nuestro sistema legal por multas administrativas y acciones judiciales de diferente clase y calado. Tratamos de la defensa y protección efectiva de los Derechos Fundamentales en toda su amplitud, dentro de un escenario no territorial, por medio de recursos siempre obsoletos que no alcanzan a los avances tecnológicos, vehículos inocentes o no tan inocentes de la continua violación de derechos fundamentales, lo cual hace que la llamada protección sea tan inefectiva como sólo recurrente a nivel nominal, como una declaración bien intencionada de buenas obras que difícilmente se pueden realizar (lo que la doctrina denominó *fumus bonis iuris*).

Desde una perspectiva civil de protección y defensa de los derechos de la personalidad, la doctrina planteó que la intimidad y los derechos de la personalidad no solamente son obligaciones y derechos de un solo individuo, pero es la persona titular de los derechos (como puede ser la intimidad) quien aporta el mayor grado de responsabilidad en la gestión de estos, exigiendo al sistema jurídico una tutela efectiva ante las vulneraciones e intromisiones de terceros. En la sociedad de la información y las telecomunicaciones el titular de derechos no ejercería adecuadamente un filtrado de sus expresiones y, por tanto, no es consciente de la relevancia jurídica de sus actos pues su conducta está inducida por las emociones¹⁸.

¹⁷ COTINO HUESO, L., "Datos Personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público. Comentario al artículo 3.", *Comentario a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, 2010, pág. 295-321. Véase también en este sentido BOIX PALOP, A., "La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales.", *Revista de Estudios Políticos.*, nº 173, 2016.

¹⁸ Véase en este sentido las reflexiones de DE LA TORRE OLID, FRANCISCO; CONDE COLMENAREJO, PILAR;, "Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Barcelona, 2014, pág. 42 y ss. Los autores confrontan los artículos 18 CE y 68 CC, entre otros, considerando el artículo 10 de la CE como referente iusnaturalista de la dignidad de la persona. Se extiende la intimidad desde el mismo momento del *nasciturus* (con la publicación de ecografías de no nacidos) hasta cualquier tipo de dato íntimo, que incluye todo lo que la mente (que no el pensamiento) puede imaginar. Es lo que los autores denominan *sociedad del riesgo*, en la que se incluye todo tipo de grabaciones de vídeo, no tan sólo las que los Cuerpos y Fuerzas del Estado realizan, también las privadas, las comerciales y las invasivas empresariales. Es lo que se pudo considerar como "una provocación generalizada para facilitar que las personas divulguen mediante nuevas tecnologías datos íntimos, arrastrando a la población con modas que centran en la imagen, en la opinión y en el pensamiento la posibilidad de divulgar lo propio (a través de prácticas tentadoras, como el *selfie* o la posibilidad de encontrar seguidores de nuestras opiniones)". Los autores aportan como solución a esta situación una educación en valores, más que una sobreproducción normativa, para conseguir lo que denominaron *opinio iuris*, sin obviar la tutela de los DDDFF, los cuales fueron considerados por los autores como poco protegidos por el Estado y las AAPP.

La libertad de expresión e información a través de los medios profesionales de comunicación.

Entrando en el tratamiento de los datos personales por los profesionales del periodismo, el profesional se encontraría confrontado con miles de datos en todo tipo de medios y soportes que debe gestionar. Sin una regulación apropiada para la gestión de la información, al ciudadano se le ofertan cuestionables formatos informativos. Los legisladores y la doctrina, hasta la fecha, no han abordado la situación en función de los nuevos medios de comunicación. Un video en *YouTube* puede convertirse en un fenómeno viral si se expone en los medios de comunicación masivos, como puede ser una emisora de televisión, por lo que afecta, no sólo a la vida de una persona, sino a todo un colectivo político, sindical, societario, entre otros ejemplos, con influencia positiva en algún caso y con gran riesgo para otros casos. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la protección de datos personales se otorgó hasta ahora por los Tribunales a favor de los medios profesionales del periodismo, evitando, muy posiblemente, delimitar adecuadamente ambos derechos. La AEPD no delimitó (hasta la fecha presente) al periodismo ni al derecho a la libertad de expresión, sólo resolvió sobre casos concretos que le fueron planteados. Los periodistas, generalmente, ignorarían la LOPD y el derecho fundamental a la protección de datos: todos los datos personales que tienen en sus Pc, agendas de todo tipo (en papel o electrónicas), en teléfonos móviles, entre otros soportes, son datos de sus titulares, por tanto, sin consentimiento de los titulares no pueden ser tratados. Simplemente al encontrarse en sus archivos se convierten en ficheros con datos personales y estos profesionales se convierten en responsables de estos y de su tratamiento. Por supuesto, como los titulares no saben qué información consta en qué soportes por quién, no podrían ejercer sus derechos ARCO. La actividad del periodismo está sujeta a la normativa sobre protección de datos personales (LOPD y su Reglamento, además del nuevo RGPD). En toda la actividad periodística se tratan datos personales, antes y después de cualquier publicación. En muchos casos, los datos tratados son de especial consideración, son datos sensibles, con especial protección por las normas constitucionales. Se recuerda también especialmente que los datos de carácter personal sólo pueden recogerse cuando sean *adecuados, pertinentes y no excesivos* en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, tal y como se reguló en el artículo 4.1 de la LOPD y los artículos 8.2 y 8.4 del Reglamento. Se podrían añadir los artículos 4.2 de la LOPD y el artículo 8.3 del Reglamento por los que los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles (o distintas en algunos casos que ha tratado la AEPD) con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. El artículo 4.3 LOPD mantenía que los datos deben ser exactos y puestos al día, lo que sería prácticamente imposible en el mundo periodístico, que se basa, en muchos casos, sobre especulaciones e inexactitudes que suelen llevar a la investigación de hechos diversos. La cancelación de datos no se puede pensar para esta profesión, pues para la agenda y para la información que tratase un periodista algo así sería impensable, su patrimonio profesional se basa en la historia de las personas. Para dar más argumentos a esta exposición, el artículo 6.1 LOPD impuso que el consentimiento del titular fuera inequívoco e informado, salvo que la ley disponga otra cosa. La LOPD entre las

excepciones que regula, la única que sería aplicable a la práctica del periodismo es la de *datos en fuentes accesibles al público* del artículo 3.j) LOPD, con un listado muy restrictivo, y cuyo tratamiento sea necesario para satisfacer un interés legítimo perseguido por el responsable del fichero (periodista, por ejemplo) o por el tercero al que se comuniquen los datos, con una importantísima salvedad: *siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado*. Las sanciones de la AEPD por vulneración de los mandatos de la protección de datos fueron muchas y variadas, en especial por publicar informaciones procedentes de páginas *web* o de otras fuentes accesibles en *internet*, pero que la AEPD y la AN consideraron que su publicación viola DDF¹⁹ En este asunto, el artículo 7 LOPD convertiría en ilegales todos los millones de datos que se encuentran en cualquier soporte de los profesionales de la información, los cuales identifican sin problemas a políticos, líderes religiosos, líderes sindicales, personas en sus creencias, en su tendencia sexual, en su estado de salud, por citar algunos ejemplos. Los medios y los periodistas no solicitan ningún tipo de consentimiento en ningún tipo de soporte (sea escrito, de voz, entre otros posibles) para el tratamiento de informaciones basadas en datos sensibles o de especial protección. El artículo 7.4 de la LOPD prohibió expresamente este tipo de tratamientos²⁰. Los periodistas y los medios tratan, almacenan, ceden y transmiten datos sensibles, e incluso se especializan en su investigación. Similar tratamiento se produce para los datos de origen racial, de colectivos afectados por una enfermedad, de colectivos activistas de homosexuales y lesbianas. El artículo 7.5 generaría todavía más controversia en estos momentos. Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las AAPP competentes. Se recuerda que las Sentencias de los Juzgados y Tribunales junto con los Registros Públicos no se consideraron fuentes accesibles al público por el artículo 3.j) LOPD. Toda la información que tuviera similar temática estaría sujeta a los principios y leyes de protección de datos personales. La LOPD no exceptuó el tratamiento de datos personales que tenga su fundamento en la libertad de expresión e información²¹, aunque la Directiva 95/46/CE permitió a los Estados miembros establecer regulaciones sobre la materia. La falta de regulación, sólo justificable por la ausencia de voluntad por parte del legislador, hace

¹⁹ Entre otras, SAN 4399/2008, de 5 de noviembre. La AEPD y la AN consideraron que una web e Internet no son medios de comunicación, sino canales de comunicación, por lo que no se consideran fuentes accesibles al público y, por tanto, los datos personales que se tratan necesitan el consentimiento del afectado o titular. Esta doctrina de la AN no siempre es uniforme y está sujeta a variación. En otro caso, SAN 2148/2007, admite que lo publicado en una web es una publicación en un medio de comunicación.

²⁰ STS 482/2006, de 25 de enero de 2006, FJ 2 y 3. La multa fue de 300.000 Euros, una de las más cuantiosas que este estudio ha observado. El TS argumenta que “el principio de culpabilidad consiste en la falta de diligencia observada por la entidad recurrente al tratar de forma automatizada un dato relativo a la ideología del denunciante, resultado irrelevantes las invocaciones (...) acerca de la ausencia de intencionalidad o a la existencia del error, y ello por cuanto el elemento culpabilístico del tipo sancionador aplicado concurre cuando se incluye el expresado dato sobre ideología, no siendo precisa la concurrencia de una intencionalidad específica tendente a revelar datos privados del afectado.”

²¹ SAN 5744/2008, de 1 de octubre FJ 7: Al no tener regulación específica, la AN afirma que “Serán las circunstancias concretas de cada caso las determinantes de la prevalencia de uno u otro derecho. Para ello debemos atender a la naturaleza de la información que se facilita, la finalidad perseguida, el medio utilizado, el número de destinatarios posibles, la existencia de intereses generales en la obtención de ese tipo de información y su afectación al derecho a la propia imagen en su manifestación de autodeterminación informativa.” Estamos de nuevo ante el ejercicio de la ponderación.

que la actividad periodística se encuentre seriamente judicializada, llegando a ser absurda y costosa para todos los implicados²². La libertad de expresión e información debe ser considerada como máxima para un Estado de Derecho, tan fundamental como el respeto a la protección de datos personales. El nuevo RGPD en su Considerando 153, dedica una especial atención a las libertades de expresión e información²³, exigiendo un respeto máximo a la normativa sobre protección de datos, pero sin merma de las importantísimas libertades de expresión e información. Tal conciliación es posible, sin merma en el periodismo y con una protección de datos adecuada. Los medios de comunicación deberán adaptarse para cumplir con las obligaciones que promueve este nuevo texto europeo, entre ellas el denominado *derecho al olvido*, por el cual los medios de comunicación deben eliminar datos personales no relevantes o con información obsoleta de internet y que se tratará a continuación con la denominación que le ha otorgado el RGPD, *derecho de supresión*.

Y la regulación se muestra necesaria. Es una realidad creciente la publicación de fotografías, datos personales, información de todo tipo, acompañada de imágenes, vídeos, comentarios críticos llegando a lo lesivo en sus opiniones, continuamente por todos los medios audiovisuales especialmente, en televisión, *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, diarios de prensa. En los últimos tiempos se afianzó la costumbre de los medios de resaltar conductas, calificándolas de delictivas, ilícitas, no éticas, no morales, pidiendo responsabilidades y atribuyéndose unas competencias que superan los límites que admite el Estado de Derecho para las actividades informativas. Se denomina *pena de prensa* a la publicación de información, que basada en documentación teóricamente en manos de los Poderes del Estado y en sus Fuerzas de Seguridad (Policía o Guardia

²² En este sentido, el breve análisis de RODRÍGUEZ, J., "La autodeterminación informativa como barrera a la libertad de información y al ejercicio profesional del periodismo", *Anàlis. Quaderns de comunicació i cultura.*, nº 42, 2011, pág. 79-94. Se apunta en esta referencia que no se publica información personal en medios mucho más importantes que las redes sociales y medios de comunicación en general, como es la anonimización obligada en Sentencias y Boletines Oficiales, los cuales son mucho más relevantes que la posible información de casos y situaciones en las redes sociales o en los informativos televisados en cualquier formato, incluido el más seguido en la actualidad, donde diferentes periodistas de opinión dicen analizar situaciones informativas generando una especie de *show* en sus discusiones. Otro análisis más pormenorizado en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., "El derecho a la intimidad en el periodismo participativo: consideraciones desde el ámbito de la ética y la regulación deontológica de la información", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Madrid, 2014.

²³ Considerando 153 RGPD: "El Derecho de los Estados miembros debe conciliar las normas que rigen la libertad de expresión e información, incluida la expresión periodística, académica, artística o literaria, con el derecho a la protección de los datos personales con arreglo al presente Reglamento. El tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria debe estar sujeto a excepciones o exenciones de determinadas disposiciones del presente Reglamento si así se requiere para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con el derecho a la libertad de expresión y de información consagrado en el artículo 11 de la Carta. Esto debe aplicarse en particular al tratamiento de datos personales en el ámbito audiovisual y en los archivos de noticias y hemerotecas. Por tanto, los Estados miembros deben adoptar medidas legislativas que establezcan las exenciones y excepciones necesarias para equilibrar estos derechos fundamentales. Los Estados miembros deben adoptar tales exenciones y excepciones con relación a los principios generales, los derechos del interesado, el responsable y el encargado del tratamiento, la transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, las autoridades de control independientes, la cooperación y la coherencia, y las situaciones específicas de tratamiento de datos. Si dichas exenciones o excepciones difieren de un Estado miembro a otro debe regir el Derecho del Estado miembro que sea aplicable al responsable del tratamiento. A fin de tener presente la importancia del derecho a la libertad de expresión en toda sociedad democrática, es necesario que nociones relativas a dicha libertad, como el periodismo, se interpreten en sentido amplio."

Civil) o en investigaciones de los Tribunales (algunas bajo secreto de sumario) o incluso sin esa referencia, sólo *por fuentes informadas*, inculpan a una persona ante la sociedad con el uso de palabras que sólo un Tribunal competente puede usar en las Sentencias. Esas conductas de la prensa van mucho más allá que el derecho a la información constitucionalmente admitido y violan, flagrantemente, los DDFD de la persona, que siendo culpable o inocente de los delitos que se le imputasen por la prensa o por simples usuarios de redes sociales (ahora parece que todos pueden ser periodistas, jueces instructores y Tribunales), no tiene ningún control sobre la información personal que se vierte sobre ella y sobre sus allegados (familia, amigos, compañeros de trabajo) en los medios. A través de los medios informáticos y las redes sociales se llega a la información de lo absurdo. No se permite que los Tribunales sustancien los hechos con pruebas fehacientes y en Derecho. No se admite en los medios el respeto debido a la persona por el sistema de DDFD y de los DDHH. Se están generando situaciones en las que se increpa y se promociona el *odio social*, la rebelión a las normas democráticas, el linchamiento público²⁴. Es muy preocu-

²⁴ Véase la SAN 1241/2015, de 31 de marzo. Imágenes de personas detenidas en la operación policial denominada *Pretoria*. Las imágenes del demandante ante la AN se obtuvieron entrando en el Juzgado esposado y con una bolsa azul en las manos que portaba sus pertenencias. Estas imágenes fueron accesibles para los medios de comunicación pues no se respetó el protocolo policial. Un error que no se produce habitualmente, pues los Cuerpos de Seguridad del Estado siempre cuidan de estos asuntos. No es fácil saber en todo momento quién porta una cámara. Otros casos son los recientes tratamientos a expresidentes de la Junta de Andalucía, los insultos a investigados de tramas de corrupción vertidos en todos los medios, las vejaciones fotográficas que se les realiza sólo por ser de un determinado partido político a ellos y a sus allegados, van mucho más allá que la simple libertad de expresión. Se llega a la *cultura del odio*. Ser cuestionado ante un Tribunal no implica ser objeto de todo tipo de burlas e insultos. Otras conductas que sufren ataques en las redes sociales, como los toreros por parte de los animalistas, van más allá del propio torero, que es la figura pública, atacando a sus familiares. El ataque físico a dos miembros de la Guardia Civil y a sus parejas se convocó y se extendió en las redes sociales, llamando al insulto y al odio. Ante la situación, redes como *Twitter* ha decidido dotar de verificación a las cuentas en las que los usuarios usen su identidad real

<http://www.eleconomista.es/negocio-digital/social-media/noticias/7742333/08/16/Twitter-condecera-la-verificacion-a-los-usuarios-que-usen-su-nombre-real.html>

y también generar un código de conducta para frenar el lenguaje del odio en las redes sociales, junto con Facebook y YouTube. En este sentido las reflexiones de NIETO MARÍN, ADÁN; MAROTO CALATAYUD, MANUEL; "Redes Sociales en internet y data mining en la prospección de comportamientos delictivos", *Derecho y redes sociales*, Madrid, 2010, pág. 237. , en la obra colectiva coordinada por RALLO LOMBARTE, A., *Derecho y Redes Sociales*, Navarra, 2010. El autor se manifestó claramente en contra de la autorregulación por las propias empresas de las conductas ilícitas, *cuasi* punitivas, extendidas en las redes sociales. Lo calificó en el epígrafe 4, como "Una falsa solución: la autorregulación como pastor del rebaño". No aceptó las denominadas *políticas de privacidad* ni la *declaración de derechos y responsabilidades* con especial acento en Facebook. Para este autor, la empresa tiene un papel predominante en estas relaciones y el usuario es simplemente sujeto de normativa de adhesión, sin posibilidad ninguna de control. O acepta lo que existe bajo su normativa o que no use sus servicios, es una empresa privada. El consentimiento, es la base de toda la relación, como base de legitimación para el tratamiento de datos personales. En esos documentos que casi ningún usuario lee, las empresas reconocen que existen riesgos para el usuario de las redes sociales, pero también derivan toda la responsabilidad y las consecuencias negativas a los usuarios. Las empresas de redes sociales no garantizan la protección de datos en ningún caso, sólo alertan y solicitan del usuario que sea cuidadoso con los contenidos que exhibe, cosa imposible en muchos casos, por ese afán de relevancia pública que invade la sociedad actual. Hasta los individuos u organizaciones completamente irrespetuosos con los DDFD quieren su relevancia en las redes sociales, como se puede apreciar en los recientes conflictos por actos yihadistas o en la guerra de Siria.

Otra opinión en

<http://www.eleconomista.es/negocio-digital/social-media/noticias/7602524/05/16/Twitter-YouTube-y-Facebook-firman-un-codigo-de-conducta-para-frenar-el-lenguaje-del-odio.html>

pante que se promuevan este tipo de conductas; en vez de promover desde los medios el diálogo y confrontación de ideas razonadas y argumentadas se esgrimen insultos, descalificaciones y absurdos, que después no son hechos antijurídicos en un Tribunal por falta de prueba fehaciente o tipología penal. Se recuerda que la consideración de hechos probados es sólo para aquellos que el Tribunal, en la sentencia, aprecia como ciertos y que sirven de base para la determinación del derecho al supuesto admitido. La sociedad decide qué tipo de sistema prefiere, en este momento nuestra sociedad ha decidido que este debe ser el principio orientador de su convivencia, aunque en la realidad se vertió en una forma de juicios paralelos por una sistemática orientación de la opinión social a través de determinados medios que extienden las informaciones a la violación de los DDFF. El escarnio de conductas no es la vía para la paz social, que se basa más en el pacto y en los acuerdos. El respeto, incluso con el que violase la norma, la convivencia, en sus aspectos más dolorosos, son necesarios, para generar un Estado de Derecho, que no es otro que el Estado de la Razón, no es un estado de argumentos sin sentido jurídico y descalificaciones de vulgar lenguaje. Sólo aquellas expresiones e informaciones que sean valiosas para la formación de la opinión pública en un Estado democrático deben prevalecer en casos de conflictos con otros derechos, en especial ante los derechos a la protección de datos personales y a los que se consideran DDFF en el artículo 18 CE, los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen. El derecho a la protección de datos personales en un ambiente como el que vivimos actualmente sería una ilusión porque el respeto debido a la persona y a su identidad no se produce ni se promueve, aludiendo a una justificación que no es admisible: el derecho a la información y a la libertad de expresión que resulta preferente en estas situaciones, según los medios de comunicación. No se puede infravalorar de ese modo el Derecho constitucionalmente admitido a la información y a la libertad de expresión en el artículo 20 CE. Más en línea con la doctrina del TC, la STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5, afirma respecto al valor de los derechos y libertades del artículo 20 CE que “no puede configurarse como absoluto, puesto que si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo a tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante”. Y de manera desmesurada y desorbitante se realizan horas de televisión en este momento, con temas relevantes en el fondo de los asuntos y sobre todo implican la utilización de datos personales de forma, en muchos casos, abyecta, mal intencionada, insultante y degradante. En ocasiones, al visionar algunos de esos programas que en teoría tratan temas controvertidos de corrupción, de conductas antijurídicas, y de graves delitos (abusos, agresiones, asesinatos) se tiene la impresión de estar ante uno de los *shows* de sensacionalismo periodístico. Precisamente por su visionado desde la perspectiva del Estado de Derecho es más ofensivo el formato, que no respetaría en lo más mínimo, ya no sólo el derecho fundamental a la protección de datos personales, sino el más importante por sus implicaciones, el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 CE, pues transgreden de tal forma los límites a la información y a la libre expresión de ideas que sus formatos son difamatorios y denigrantes de la persona, con la intención más de un *hiperrealismo* televisivo que de informar seriamente sobre hechos relevan-

tes y generando una presunción de culpabilidad y de inoperancia del sistema jurídico que no es tal. En el núcleo estaría un tratamiento de datos personales que sólo podría considerarse en contra de todo DDF. Los DDF no son sólo derechos subjetivos protegidos frente a las injerencias del ejercicio del poder, son también elementos funcionales de la democracia, por lo que comportan una doble dimensión. Los dos aspectos se complementan y son de igual rango e importancia. Siguiendo la interpretación institucional de los DDF, se puede concluir que ambos derechos, el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, y el derecho fundamental a la protección de datos, no son contrarios sino complementarios dentro de la actividad democrática, bajo una regulación adecuada y consideración de la profesión periodística a la persona como sujeto de DDF, sin excepciones²⁵.

Se piensa que se puede informar y expresar libremente sin la utilización de tales imágenes y sonidos, que no por ser de representantes públicos (sean políticos, empresarios, sindicalistas, miembros de una confesión religiosa, de una raza determinada) o de personas famosas (actores, artistas) dejan de ser sujetos de protección²⁶. Los medios y los particulares, con una cámara en mano (recordemos que ahora cualquier dispositivo móvil tiene una), se dedican a grabar y emitir grabaciones de cualquiera en situaciones socialmente irrelevantes desde el punto de vista del Derecho y que, en ocasiones, sólo alimentan odios o bajos instintos, antidemocráticos en cual-

²⁵ Se toma como referencia el texto de MAGDALENO ALEGRÍA, A., *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho.*, Madrid, 2006, pág. 62 y ss. Se cita en el texto a los autores VILLAVERDE MENÉNDEZ, SOLOZABAN ECHEBARRÍA, HÄBERLE Y BÖCKENFÖRDE, este último realizó un interesante análisis en el año 2008 sobre lo que en alemán se expresa como "*Online-Durchsuchung*" o búsqueda en la red BÖCKENFÖRDE, T., "Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre", *JZ Juristen Zeitung*, nº 19, 2008, pág. 925-939. Los beneficios también se deben tener en cuenta, como apunta la doctrina. Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., "El derecho a la intimidad en el periodismo participativo: consideraciones desde el ámbito de la ética y la regulación deontológica de la información", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Madrid, 2014, pág. 160. La *red de testigos* ofrece una impagable información instantánea para determinados hechos, redimensionando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, que (para exponer hechos *sólo hechos*) se convierte en un medio muy ventajoso, pero que injiere de forma lesiva en los ciudadanos si se entra en la captación y distribución de datos personales. Que un Gobierno trate datos personales de forma masiva e indiscriminada se considera ilegítimo, e igualmente lo es que se traten datos por particulares y empresas para exponer *la vida de los otros*. La autora menciona los estudios de la UNESCO sobre esta cuestión y aboga por la regulación internacional a través de códigos deontológicos como, por ejemplo, el Código Internacional de Ética Periodística de la UNESCO, en cuyo artículo 6 se expone el respeto de la vida privada y de la dignidad del hombre, como principio esencial para regir la labor profesional.

²⁶ Como doctrina proveniente de EEUU, un país no exento de libertad de expresión y donde la prensa representa una base indispensable de su sistema político, la Sentencia de la Corte Suprema de EEUU en el caso *The New York Times Vs. Sullivan (1964)*. El Tribunal señaló que la publicación de noticias sobre figuras públicas es legítima, aun existiendo riesgo de difamación, con la excepción de que la noticia sea falsa o difamatoria de forma dolosa, con la intención de difamar. Es una cuestión claramente establecida por la realidad que el tratamiento a las personas por los integrantes de las redes sociales no puede ser debidamente contrastado y es en muchos casos, difamatorio dolosamente, por el solo hecho de emplear imágenes manipuladas y palabras que sólo la jurisprudencia puede emplear después de un procedimiento. Otro ejemplo puede ser el artículo 6.2 del Código Italiano sobre Deontología del tratamiento de datos personales en el ejercicio de la actividad periodista, el cual dispone que la esfera privada de las personas conocidas o que ejercen cargos públicos debe ser respetada si las noticias o los datos no tienen relevancia en relación con su actuación o vida pública. Véase a este respecto RODOTÁ, S., "Las lecciones de wikileaks: nueva transparencia y nueva distribución del poder", *Transparencia, acceso a la información y protección de datos.*, Barcelona, 2015, pág. 14 y ss.

quier caso²⁷. Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión e información tiene una importantísima función social. En palabras de VILLAVERDE MENÉNDEZ, *el ámbito vital protegido que corresponde a la libertad de expresión e información es la libre formación de la opinión pública para el funcionamiento del pluralismo político, base del Estado democrático*²⁸.

No toda la información que puede ser relevante desde un punto de vista divulgativo y espectacular es necesaria en su tratamiento desde la información veraz y la protección de datos. Simplemente se pueden establecer límites sobre datos personales invasivos, no sobre informaciones trascendentes. La limitación y la regulación no es cesura. Un ejemplo comentado, el ocultamiento del rostro de la persona juzgada por asesinato. Limitación que no se aplica a otros sujetos de derechos fundamentales, alegando trascendencia de la noticia. El interés público se centra en la *materia* sobre la que trate la noticia y su incidencia en la opinión pública, no sobre los datos personales, no sobre la imagen de cualquier persona en situaciones determinadas, retransmitidas con escarnio²⁹. Para determinados tipos de medios, no tiene sentido la protección de datos, el respeto a la persona, pues se basan en el sensacionalismo que ejerce parte de los medios. Un medio de comunicación serio y dentro del Estado de Derecho no emitirá datos personales que sean maliciosos e injuriosos o lesivos de DDFF. La jurisprudencia del TC así lo manifestó en Senten-

²⁷ Es el muy rentable discurso del odio o *hate speech* que actualmente triunfa en los medios de comunicación en los países occidentales. El sentimiento de odio no constituye un delito en el Estado de derecho, sólo son delitos los actos que realizan las personas que tienen sentimientos de odio y afrentan los derechos de otros. En Europa, Alemania se propuso limitarlo constitucionalmente, y en España tiene siempre su cobertura penal a través del delito tipificado de apología de la violencia o del odio a personas, grupos, o situaciones. Se instiga por determinado tipo de organizaciones con diversos intereses, entre los que se encuentran también los económicos-empresariales, o, por otro lado, la movilización de personas que sufren de algún modo consecuencias negativas o injusticias sociales. Un ejemplo: culpar a los inmigrantes del paro que sufre un trabajador o de la delincuencia común. Se oculta bajo el pelaje del supuesto derecho al trabajo de un nacional, la conducta discriminatoria de todo tipo.

²⁸ MAGADALENO ALEGRÍA, obra citada. Se menciona brevemente el estudio del autor sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) MAGADALENO ALEGRÍA, ANTONIO; "Libertad de expresión y partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 11, 2007, pág. 431-450.

²⁹ En este sentido véase CORDERO CUTILLAS, I., "Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Barcelona, 2014, pág. 26 y ss. . Por ser los implicados personajes públicos, no por ello dejan de tener derechos. Los autores mencionan la STEDH de 24 de junio de 2004, asunto *Von Hannover vs. Alemania* (caso *Carolina de Mónaco*). El Tribunal afirmó que, "aunque el público tiene derecho a estar informado sobre las actividades de las figuras públicas (y especialmente los políticos), en este supuesto no había que proteger ese derecho" Se referían a unas fotos de la Princesa Carolina de Mónaco, que "no contribuían a ningún debate de interés general para la sociedad y habían sido tomadas sin el consentimiento de la demandante". Es evidente el acoso que algunas figuras públicas y sus allegados soportan. Los autores consideran que el derecho a la libertad de expresión e información (o libertad de prensa) cede en estas ocasiones a favor del derecho a la vida privada y a la propia imagen. Por supuesto, también ceden esos mismos derechos ante la protección de datos personales y es el Estado el garante de la eficacia de los mismos. Véase DE DOMINGO, T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, 2001, pág. 14-27. Se afirma en el prólogo por MARTÍNEZ PUJALTE que "la alternativa a la tolerancia de las informaciones inveraces no es otra que la ocultación de las noticias". No es la idea que se pretende exponer. No se acepta la censura previa, sólo se promovería la defensa de los DDFF de los implicados, no utilizando datos invasivos para transmitir informaciones. En otra página del prólogo, el autor del mismo decide que "no tiene por qué haber un vencedor y un vencido, un contendiente al que asiste la razón y otro que no la tiene en absoluto. Con frecuencia sucederá que ambos litigantes tendrán parte de razón, y que el juez deberá establecer el adecuado equilibrio entre las posiciones en disputa" Es una posición conciliadora, muy acorde con un derecho más razonado que promueva conductas equilibradas para el respeto de los DDFF.

cias donde aplicó el principio de ponderación para dar prioridad o preponderancia al derecho fundamental a la libre expresión e información. Es lo que la doctrina califica de *adecuación de las expresiones*³⁰, de la que se infiere en el presente estudio, *adecuación de las imágenes*, como forma de expresión que informa mucho más que las palabras. Las expresiones no pueden ser injuriosas, de menosprecio, denigrantes, acusatorias, de exposición de otros allegados al sujeto del que se aporta información. Las imágenes tampoco. No sólo se puede hablar de la protección al derecho fundamental del artículo 18.1 CE, derecho al honor, sino también se debe tener muy en consideración el derecho a la protección de datos del artículo 18.4 CE, y su implicación en los DDFF, pues unos datos pueden ser relevantes para la información legítima (en el caso de personas públicas, nombre, cargo público, incluso imagen de archivo institucional, lo cual coincide muy posiblemente con lo que el titular de los datos dio su consentimiento para tratamiento por los medios y por otros responsables de tratamiento, son los datos personales que el titular quiso hacer públicos) junto con los hechos de los que se tiene constancia por los medios (el supuesto hecho antijurídico denunciado) pero otros datos no son ni relevantes para la información, ni tienen ninguna justificación³¹. De especial consideración por su expansión en los últimos meses son las imágenes de personas víctimas de ataques terroristas. La publicación en *internet* y en redes sociales de fotos y videos, sin respeto alguno a los implicados, a los heridos y a los fallecidos y sus familiares, amigos, allegados, resulta éticamente y deontológicamente reprochable. Es realmente la imagen el dato personal más invasivo, y esa misma imagen es el alimento de determinados programas de televisión, páginas *web* o redes sociales, que sólo con palabras e información de imágenes respetuosas con las personas y sus DDFF parece ser que no pueden tener actividad económica. Las imágenes mostradas no tienen interés o valor informativo, muestran el dolor y las consecuencias de la violencia para aumentar la audiencia y los ingresos económicos del medio. La justificación basada en la relevancia de la información emitida no puede vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos en los casos descritos. Nos encontramos con lo que se puede calificar de *un límite derivado de los derechos de los demás y de la defensa de bie-*

³⁰ A modo de ejemplo véase MAGDALENO ALEGRÍA, obra citada, p. 333 y ss. el autor reseña una serie de STC y del TEDH que establecen el sentido de la adecuación de las expresiones. Entre ellas se mencionan STC 178/1993 FJ4 de 31 de mayo; STC 232/1993, de 12 de julio, FJ4; STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ4. STC 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4; STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ8; STC 83/2002, de 22 de abril, FJ6.

³¹ Existen medios de información que viven de generar escándalo a través del escarnio y la exposición pública de datos personales, como puede ser la imagen del titular de datos en directo siendo llevado en un coche policial detenido con esposas, ya comentada o siendo introducido en un coche policial desde su domicilio; la imagen de su esposa/a o su compañera/o sentimental entrando en los juzgados o en la cárcel con marcada expresión de angustia o de tristeza; la imagen manipulada para chistes de todo tipo, vejatorios en muchos casos, en medios de Internet y llevados a la televisión, la imagen y dirección del domicilio del investigado, que implica a sus vecinos en la información; la imagen de sus hijos, aún pixelada si son menores, en la que se ve cómo visten o qué coche usan, a qué colegio o universidad acuden, a qué trabajo; la imagen de locales (restaurantes, cafés, tiendas) asimilada al investigado, lo que daña gravemente la reputación de los negocios y repercute en los puestos de trabajo de las personas que los gestionan; imágenes de personas y nombres que por una u otra circunstancia tiene relación con el investigado: compañeros de trabajo, trabajadores de una empresa, compañeros de estudios con la imagen de la Universidad, edificio de la parroquia donde se ubican los hechos, hospital de tratamiento de la persona. Las imágenes se repiten una y otra vez, aunque los hechos ya no sean actuales ni trascendentes, e incluso cuando ha existido Sentencia absolutoria o la persona ya ha cumplido su condena. Los casos son ilimitados.

nes y valores constitucionales.³² En el Estado social, democrático y de Derecho los Poderes Públicos no sólo están obligados a respetar los DDFF, también lo están los particulares, sean personas jurídicas o físicas, que violan los mandatos de respeto del Estado de Derecho, como *nuevos centros de poder*. Los DDFF, como se viene apuntando en el presente estudio, son principios ordenadores de la vida social del Estado y, por tanto, son eficaces frente a particulares cuando su naturaleza así lo explicita³³. La STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 4 sintetiza la eficacia del artículo 9 CE, con el argumento de que la sujeción de los Poderes Públicos a los DDFF es de diferente intensidad a la sujeción de los ciudadanos; mientras que los particulares tienen un *deber general negativo* de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, los poderes públicos tienen además un *deber general positivo* de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución. El TC mantendría una jurisprudencia a favor de la eficacia frente a los particulares de los DDFF en esta línea de la STC del año 1983.

Sólo se puede calificar la situación actual de moda o tendencia (con grandes riesgos) de la sociedad, quizá necesitada de una vía de expresión a sus emociones ante determinados conflictos, tendencia que los medios de comunicación y de expresión (desde cadenas de televisión hasta redes sociales) han materializado en horas de audiencia o en seguimiento de muchas personas. No se olvide que los mismos medios que dan pábulo a conductas que violan el derecho fundamental a la protección de datos más básica, son mantenidos por la publicidad de empresas con diferentes intereses económicos, y, por ende, políticos. Con respeto total a las líneas editoriales, una conducta más acorde con la consideración debida, no ya sólo al derecho fundamental a la protección de datos, sino también a todo el conjunto de DDFF y al Estado de Derecho, haría a estos medios grandes desde el punto de vista comunicativo, generando ese sentido fundamental de toda sociedad democrática que se denomina opinión pública³⁴. Por otro lado, tampoco están

³² Ambas expresiones son utilizadas por MAGDALENO ALEGRÍA, obra citada, p. 292-381. “Todo derecho tiene sus límites, que, con relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Los citados bienes pueden estar expresamente citados en la Constitución (...). O bien pueden derivarse implícitamente de ésta. Los aludidos límites implícitos para poder ser aplicados tienen que ser explícitamente desarrollados por el legislador. Esta labor es de carácter constitutiva, lo que implica que sólo serán de aplicación en el caso de ser concretados por el legislados de acuerdo a lo establecido en el artículo 53 de la Constitución. Esto es, mediante una Ley que deberá ser proporcional y respetar el contenido esencial del derecho fundamental limitado.” Cita de p. 337.

³³ Por ejemplo, el derecho de huelga y la libertad sindical en las relaciones laborales. Se exceptúan los DDFF que sólo el Estado puede realizar como son las garantías del detenido, por ejemplo, aunque, como se ha comentado, los datos personales del detenido no pueden ser objeto de información (tratamiento) que lesione su derecho fundamental a la protección de datos. MAGADALENO ALEGRÍA, obra citada, p. 394 y ss.

³⁴ Una opinión contrastada puede ser la que expresa BOIX PALOP, A., “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales.”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016. El autor cuestionaría las posibles implicaciones de las libertades de expresión e información como conductas lesivas. Aun estando de acuerdo en los ejemplos que el autor propone como reacciones desmesuradas (que no se realizan en otros casos), lo que sí se considera obvio es la implicación de un tratamiento excesivo de los datos personales, en unos casos, y en otros una desmesurada expresión en el lenguaje y las imágenes, que unido al expansivo alcance de las redes sociales se transforma en un daño expuesto a multitud de personas. Se mencionan por su actualidad los casos claramente atentatorios contra los DDFF no sólo de las víctimas, sino también de los acusados, como son el caso “La manada” o el caso “Pequeño Gabriel”. La identidad y datos de la víctima protegida fue filtrada en imágenes y en información personal

exentos de responsabilidades los legisladores, los cuales, en vez de cumplir con su misión de limitar y definir el derecho fundamental de libertad de expresión y comunicación junto con el derecho a la protección de datos, dejan el asunto en manos de la AEPD o de los Tribunales. El nuevo RGPD sigue en la línea de la Directiva del año 95, dejando en la voluntad legislativa de los Estados miembros la regulación por ley del tratamiento de datos personales en los medios de comunicación e información, para fines periodísticos, de expresión académica, artística o literaria, línea que no mantiene para otro tipo de actividades económicas menos lesivas para la protección de datos personales, las cuales regula en su normativa³⁵.

III. LA FUERTE CONTROVERSIAS Y LAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN PERSONAL EN PRENSA Y EN BOLETINES OFICIALES.

El repertorio de publicaciones consideradas Diario o Boletín es sumamente amplio. Los datos personales se consideraron por el artículo 3 j) de la LOPD y 7.1.d) del Reglamento como fuentes accesibles al público. Este tipo de publicaciones engloba desde el Diario Oficial de la Unión Europea hasta los Boletines de las entidades locales, pasando por el Boletín Oficial del Estado y los de las Comunidades Autónomas. A los efectos del presente estudio se incluyen dentro de esta categoría los Boletines del Registro Mercantil. Son considerados todos ellos de titularidad pública y bajo la regulación de la LOPD para este tipo de ficheros. Para complicar algo más esta normativa, cada Boletín o Diario tienen su regulación específica, obligándose a proteger los datos de carácter personal, además de proteger el honor y la intimidad de los afectados. Estos datos han

a los medios y a Internet. Incluso la sentencia pendiente de recurso no fue eficazmente anonimizada. La víctima fue expuesta a todo tipo de insultos y vejaciones. También la constante exposición de imágenes de los acusados en el caso mencionado, en situaciones degradantes, privadas, objeto de análisis de algunos autodenominados profesionales de la psicología, ofreciendo al público valoraciones de conducta. Los parientes y amigos de los acusados también fueron expuestos, sus pueblos, sus aficiones o su trabajo. Las reacciones sociales (en la calle y en los medios) se convirtieron en una especie de justicia plebiscitaria o asamblearia, fuera del Estado de derecho. Se analizó personalmente a los Jueces e incluso se cuestionó la norma o los principios penales como la presunción de inocencia. En el caso “Pequeño Gabriel” se expuso igualmente toda la información de la acusada, de modo degradante. Todo su pasado, sus orígenes raciales, sus relaciones familiares. El tratamiento informativo tampoco fue mejor para la imagen del pequeño asesinado. Se realizaron afirmaciones sobre información bajo secreto de sumario. La madre solicitó respeto y contención a los medios. No podría hacer otra cosa, parece ser.

³⁵ Artículo 85 RGPD: Tratamiento y libertad de expresión y de información

1. Los Estados miembros conciliarán por ley el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento con el derecho a la libertad de expresión y de información, incluido el tratamiento con fines periodísticos y fines de expresión académica, artística o literaria.
2. Para el tratamiento realizado con fines periodísticos o con fines de expresión académica, artística o literaria, los Estados miembros establecerán exenciones o excepciones de lo dispuesto en los capítulos II (principios), III (derechos del interesado), IV (responsable y encargado del tratamiento), V (transferencia de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales), VI (autoridades de control independientes), VII (cooperación y coherencia) y IX (disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento de datos), si son necesarias para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con la libertad de expresión e información.
3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legislativas que adopte de conformidad con el apartado 2 y, sin dilación, cualquier modificación posterior, legislativa u otra, de las mismas.

producido una cantidad enorme de controversias, pues los datos personales eran publicados en otras páginas web o repertorios electrónicos y telemáticos no oficiales. Es un asunto de máxima actualidad, por la Sentencia del TJUE denominado por los medios *Caso Google*³⁶, y por el fenómeno social que los medios de comunicación (tanto televisivos como en Internet) han suscitado en la población. Las consecuencias negativas para los afectados pueden trascender más allá del interés legítimo a su publicación y divulgación descontrolada.

Son los casos de publicación telemática de las Sentencias y Resoluciones judiciales, e incluso de instrucciones y actos judiciales bajo secreto de sumario. Colisionan el principio de publicidad de las Sentencias de la CE, desarrollado en los artículos 205.6; 232 y 266 de la LOPJ y el derecho a la protección de datos personales. También recientemente la AEPD ha publicado Informes e incluso Resoluciones como la del año 2015, R/01374/2015³⁷. La AEPD concluyó en la Resolución R/01374/2015 que: “Consecuentemente, procede la exclusión de los datos personales del reclamante al tratarse de datos obsoletos, excesivos y no concurrir interés preponderante del público en tener acceso a esta información a través de una búsqueda en *internet* que verse sobre el nombre de esta persona”. La identidad de los ciudadanos es irrelevante desde la perspectiva del interés público sobre la información³⁸. Sobre este punto existe discrepancia; se alegraría que en determinados casos sí existe interés legítimo en conocer la identidad del autor de los hechos.

³⁶ El asunto, resumido, se basa en la reclamación ante la AEPD de un ciudadano español, que solicitó a Google la retirada de sus motores de búsqueda de información sobre un embargo de la Seguridad Social del año 1998. Los anuncios relativos a la subasta de la Seguridad Social se habían publicado a su vez en un diario de ámbito nacional. El interesado también pidió al diario la retirada de esa información, sin resultado positivo. Solicitó entonces a la AEPD que sus datos fueran protegidos, y la Agencia, después de no encontrar solución a través de Google, se dirigió a la AN, quien, a su vez, remitió ese caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (como hemos reseñado, TJUE) El abogado general del Tribunal, Niilo Jääskinen, elaboró un dictamen en 2013 a favor de la empresa Google frente a España y su AEPD, alegando que el motor de búsqueda (empresa Google) no es responsable de las informaciones que se publiquen en otros medios. Pero el Tribunal en su Sentencia no resolvió en ese sentido, lo que dio lugar a toda una nueva visión de los derechos a la protección de datos personales. Según esta sentencia del TJUE, Google o cualquier otro buscador está obligado a eliminar de la lista de resultados de una búsqueda cualquier dato relativo a una persona, los enlaces a páginas web publicados por terceros que contengan información de carácter personal, si el afectado lo solicita. La AEPD elaboró multitud de informes y resoluciones sobre asuntos similares a la publicación de informaciones personales en Diarios o Boletines por medios electrónicos y telemáticos, que se incluyen rápidamente en motores de búsquedas.

³⁷ AEPD AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, "Resolución R/01374/2015 retira de datos personales publicados en Sentencia penal. "].

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2015/common/pdfs/TD-00022-2015_Resolucion-de-fecha-01-06-2015_Art-ii-culo-16-LOPD.pdf en la que se reconoce a un ciudadano español condenado a 20 meses de multa por un Juzgado de lo Penal de Cádiz, a que se retiren todos sus datos personales de la sentencia publicada y que es accesible por el buscador Google, lo cual le produce un perjuicio máximo pues manifiesta a la AEPD que “Desde dicha publicación no tengo ni encuentro trabajo y estoy en estado de total exclusión social, ya he pagado y sigo pagando el error que cometí y no estoy dispuesto a consentir más humillaciones sobre mi persona”. Es el derecho fundamental a la reinserción lo que este ciudadano no consigue.

³⁸ Con anterioridad a la mediática Sentencia Google, el TC se manifestó en la Sentencia STC 114/2006, de 5 de abril, sobre la publicidad de los nombres personales en las diferentes Sentencias del TC. La Opción del Tribunal fue ponderar en cada caso concreto la pertinencia de la publicidad y de los intereses individualizados de los intereses constitucionales concurrentes. El TC mencionó como intereses prevalentes el derecho a la intimidad, las garantías que proporcionara el posible anonimato de las víctimas o el uso de esos datos para fines contrarios a la Ley. Esta opción es muy mesurada, pero dependerá de la interpretación que los magistrados realicen para cada caso concreto, aspecto que se mostró en la STS 545/2015, de 15 de octubre. El delito se calificaba contra la propiedad industrial, y

IV. LAS REPERCUSIONES DE LA RECIENTE SENTENCIA “GOOGLE”. EL DENOMINADO DERECHO AL OLVIDO (DERECHO DE SUPRESIÓN, ARTÍCULO 17 RGPD)

El denominado *derecho al olvido*, el derecho de supresión regulado en el artículo 17 RGPD, se define en el Considerando 65 del mismo texto, como el derecho de los interesados a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. La AEPD consideró a su vez que el denominado *derecho al olvido* es la manifestación de los tradicionales derechos de cancelación y oposición aplicados a los buscadores de internet. El *derecho al olvido*, mejor denominado *derecho de supresión* hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa de protección de datos. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia o interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de Boletines Oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información). El resultado de la búsqueda por el nombre es lo que cambia, no las fuentes originales de información, que seguirán intactas, y mostrarán el mismo resultado si la búsqueda se realiza con otro término que no sea el nombre del interesado. Este derecho actualmente reconocido por el nuevo RGPD no estaba previsto en la LOPD y como se ha visto, es consagrado como derecho dentro de la protección de datos personales a consecuencia de la denominada Sentencia *Google*³⁹. El TJUE

fue cometido en el año 2009. Google recibió ese mismo año una petición de retirada de los datos personales de este ciudadano y denegó la actuación, según lo que se refleja en la Resolución de la AEPD, alegando que la información es de interés público en relación a su vida profesional. Posteriormente, la AEPD consideró que se debían atender las peticiones de este ciudadano, basándose en la reciente Sentencia *Google* de 13 de mayo 2014, la cual sirve para orientar estos asuntos de forma más acorde con la protección de datos y la defensa de los DDFF. También argumenta esta Resolución con la SAN 1378/2015, de 31 de marzo FJ 1, por la que se ordena que “hay que indicar al responsable del fichero que las sentencias judiciales dictadas por los tribunales no son una fuente de acceso público, y que es preciso el consentimiento de los afectados para el tratamiento de los datos que en ellas aparecen. Si quiere publicar alguna sentencia, sólo podrá hacerlo siempre y cuando esté anonimizada, es decir, que no figuren datos personales en la misma”

³⁹ En el año 2008 el director de la AEPD, ARTEMI RALLO, presentó en sede Parlamentaria la creciente sensibilización de los ciudadanos para demandar un derecho al olvido en Internet. Años después, se comenzaban a producir las primeras manifestaciones de este derecho. Véase en RALLO LOMBARTE, ARTEMI, “El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos”, *Telos. Cuadernos de comunicación e innovación. Fundación*

aclaró el derecho de supresión frente a los buscadores de *internet*, delimitando los conceptos de responsable del tratamiento y del acceso por otros a determinada información personal, pues consideró que los denominados *motores de búsqueda* y su actividad comercial (se mantienen de la publicidad y de las tarifas que facturan a los que desean ser los primeros en los encuentros que el motor propone en cada búsqueda, no es una actividad sin ánimo de lucro) realizaban un tratamiento de datos personales y que, por tanto, su actividad de empresa está sometida a las normas sobre protección de datos personales de la UE; como responsable del tratamiento, la empresa que gestione el motor de búsqueda eliminará las referencias a datos personales por petición de su titular, aunque esa información no haya sido eliminada por el editor del medio que se indexa. Las excepciones que admite el TJUE son, por una parte, que el interesado tenga relevancia pública o que el acceso a la información estuviera justificado por el interés público. Ambas situaciones se pueden inscribir en la comentada *excepción periodística*⁴⁰.

Como consecuencia del pronunciamiento del TJUE en el asunto C-131/12, de 13 de mayo de 2014 (Caso *Google*), las empresas de buscadores mayoritariamente usados por los ciudadanos (*Google, Yahoo o Bing*) realizaron cambios en sus páginas, generando formularios para dar cobertura a las peticiones de los ciudadanos que deseen que sus nombres no figuren en buscadores. En el caso de que la empresa propietaria del buscador no atendiese los derechos de cancelación y oposición de un titular de datos personales, podrá acudir a la AEPD en tutela de sus derechos. El

Telefónica., nº 85, 2010, pág. 104-108. Véase también RALLO LOMBARTE, A., *El derecho al olvido en internet. Google versus España*, Madrid, 2014. En un estudio monográfico sobre la Sentencia comentada y ampliada. También a este respecto las ideas de MARTÍNEZ OTERO, J., "El derecho al olvido en Internet", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015, pág. 103-142. SANCHO VILLA, D., "Developing Search Engine Law: It Is Not Just about the Right to Be Forgotten.", *Legal Issues of Economic Integration*, nº 4, 2015, pág. 357-382. ZÁRATE ROJAS, S., "La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa", *Derecom*, nº 13, 2013. MIERES MIERES, L., "El derecho al olvido digital", *Fundación Alternativas*, nº 186/2014, 2014. MINERO ALEJANDRE, G., "A vueltas con el "derecho al olvido". Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital.", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 30, 2014, pág. 129-155. Otra opinión muy interesante es COTINO HUESO, L., "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", *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Madrid, 2014. El autor se manifestó especialmente crítico con el TJUE, siendo el título del epígrafe 4. así: "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" con una crítica extendida a la AEPD, en línea con BOIX PALOP, en la que cuestiona la independencia de la AEPD y su competencia, ya apuntada, para efectuar la ponderación entre libertades públicas y otros derechos fundamentales.

Otras Sentencias que estiman la aplicación del derecho de supresión en diarios de prensa son: SAN 2487/2015, de 11 de junio; SAN 1072/2015, de 20 de febrero; SAN 621/2015, de 19 de febrero; SAN 2355/2015, de 9 de junio; SAN 616/2015, de 24 de febrero; SAN 782/2015; de 12 de febrero; SAN 483/2015, de 10 de febrero; SAN 636/2015, de 5 de febrero. Véase también las Sentencias que estiman la retirada de información personal de Boletines Oficiales: SAN 411/2015, de 22 de enero; SAN 2980/2015, de 16 de junio; SAN 2338/2015, de 11 de junio; SAN 1609/2015, de 14 de abril, esta última es curiosa pues en el FJ 9 se reconoce la confusa redacción de la Resolución de la AEPD que se recurre por Google en este caso, aunque obligue a la empresa menciona a retirar o eliminar de las listas de resultados los datos del reclamante. Como se puede también apreciar en muchas de estas SAN, Google continuó recurriendo las Resoluciones que obligaban a aplicar el derecho de supresión de los titulares.

⁴⁰ Véase PAUNER CHULVI, C., "Implicaciones del futuro Reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Madrid, 2014. También MARTÍNEZ OTERO, J., "El derecho al olvido en Internet", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015, pág. 103-142. SARRIÓN ESTEVE, J., "Tras la larga sombra de Google Spain.", *Universidad de Valencia*, nº 1, 2015.

TJUE también estableció en la Sentencia *Google* que el *derecho al olvido* no significa un límite al derecho a la información del artículo 20 CE, para el caso de España. Propone que, bajo el principio de ponderación, se valoren las circunstancias de cada caso. Las informaciones que sean de relevancia pública o que afecten a una figura pública no serán modificadas y la AEPD no aceptará la solicitud de tutela en estos casos⁴¹. El RGPD no aporta los criterios necesarios para ponderar frente a los diferentes intereses, trasladando al responsable del tratamiento la obligación de ponderar y de transmitir a los terceros que ejercen el tratamiento de los datos personales la exigencia de supresión de su titular. Existe una confirmada dificultad para la supresión de datos en internet, aunque las herramientas técnicas existan, pero sólo para determinadas personalidades protegidas o que tienen una personalidad en la red⁴².

El TS, pocos meses después, rechazó alterar las informaciones del diario *El País* por la aplicación de la Sentencia del TJUE. El Tribunal español alegó en la STS 545/2015, de 15 de octubre, que *no se puede crear cada persona una historia a su medida*, eludiendo los hechos del pasado que no se consideren positivos años después, como fue en el caso de los recurrentes. Además, matizaba que las personas expuestas por sí mismas públicamente, no pueden pretender un *curriculum* a su medida⁴³. El TS ponderó entre el ejercicio de la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales y estimó parcialmente el recurso de los afectados, pero sin acceder a la pretensión de eliminar los nombres y apellidos de la hemeroteca digital (lógicamente tampoco de la existente en soporte de papel)⁴⁴.

⁴¹ Sirvan como ejemplo las Resoluciones desestimatorias de la AEPD TD/01997/2014; TD/01955/2014; TD/01533/2014; TD/01843/2014. Esta información fue publicada por la AEPD en su web con fecha 27 de septiembre de 2015.

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php

Otra Sentencia en relación con la relevancia pública y la no aplicación del derecho de supresión o *derecho al olvido* son: SAN 2486/2015, de 5 de junio; en la SAN 484/2015, de 10 de febrero, sin embargo, lo estima, al no probar Google la relevancia pública del titular de los datos recurrente.

⁴² GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales*, Madrid, 2015, pág. 241. Se volverá sobre este asunto de implicaciones en la igualdad de tratamiento de datos, pues existen diferencias entre determinados perfiles que pagan por su gestión en internet y los demás usuarios.

⁴³ Se trataba de la publicación por el diario *El País* en los años ochenta del pasado siglo XX de la implicación de dos personas en delitos de tráfico y consumo de drogas. Una vez cumplida su condena, rehicieron sus vidas. En la actualidad, los buscadores de internet publicaban las noticias sobre esos hechos delictivos, al introducir como criterio de búsqueda sus nombres y apellidos. Los interesados demandaron al diario *El País* porque no retiraba las informaciones referentes a los interesados de la hemeroteca digital.

⁴⁴ Según una visión civilista de esta STS la legislación y jurisdicción civil a la que el diario *El País* apela, sobre honor, intimidad y propia imagen sería suficiente para resolver un problema de estas características. Existe la tendencia a considerar que la protección de datos merma parte de las competencias judiciales civiles mermando las libertades de expresión e información en manos de un órgano administrativo, que, según estas tendencias, es juez sin serlo. No entran dentro de esta tesis. Se aporta como crítica y comentario las ideas expuestas por BOIX PALOP, A., "La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales.", *Revista de Estudios Políticos.*, nº 173, 2016, pág. 98 y ss.. Del mismo autor y con una posición crítica frente a lo que denomina *protagonismo administrativo* 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.", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 38, 2015, pág. 34. El autor expresa que "Personalmente, no tengo dudas de que no es positivo que la Administración arbitre qué contenidos son o no adecuados, incluso a partir de que haya pasado cierto tiempo, e imponga sus decisiones al respecto (siquiera sea en revisión de lo que previamente hayan hecho unos sujetos privados y por mucho

Lo que también reclamó el TS en su Sentencia fue *la adopción de medidas tecnológicas* por los responsables de las hemerotecas digitales para que las informaciones desfasadas por el tiempo y perjudicial para los afectados no pueda ser indexada por los buscadores⁴⁵. Todo ello no debe suponer una censura previa de contenidos, pues no se evitan o diluyen informaciones, muy al contrario, lo que se desea es que la información tenga un mejor contenido y se eludan las ofensas o las violaciones de otros DDFF, que no tienen por qué ser menoscabados por la libertad de expresión e información. No se silencian informaciones, se protegen datos personales. La Autoridad de control no cierra otras vías de protección judicial, se reitera, como sí se realizaría en el caso no deseado de censura previa. Cuestionando la posibilidad de una mejor organización para la defensa del derecho a la protección de datos personales, no tanto desde el Derecho Administrativo, con un modelo más transparente y participativo de todos los interesados, se tiene por cierta la protección que se ha ejercido en casos flagrantes de violación de DDFF por la AEPD, la AN y otros Tribunales en la defensa de los ciudadanos⁴⁶.

V. EL DERECHO DE SUPRESIÓN DE INFORMACIÓN PERSONAL EN INTERNET Y REINSERCIÓN SOCIAL.

El tema del derecho de supresión (o *derecho al olvido*) tendría fuertes consecuencias en otro derecho fundamental ya mencionado: el derecho constitucional a que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reinserción social (artículo 25.2 CE)⁴⁷. La persona que haya cumplido condena o cuyos supuestos actos delictivos hayan prescrito no debe ser agredida por la información que se vierta en los medios de comunicación y que imposibilite o entorpezca su rehabilitación. Así también se evita la discriminación que produce la desconfianza social en el que fue

que, como no puede ser menos, sus decisiones estén a su vez sometidas al control judicial). No sólo ello, también considero cuestionable que el modelo constitucional reflejado en el artículo 20 de la Constitución de 1978 lo permita. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que entre los contenidos de ese precepto hay varias medidas que tratan de desapoderar a la Administración del control sobre los contenidos que publicaban medios privados que tradicionalmente, durante el franquismo, había sido habitual en España. Ése es el sentido, por supuesto, de la prohibición de la censura previa, como plasmación más evidente.” Reforzando su interesantísima tesis con la alegación de censura previa, pues “considera que para que una publicación quede fuera de la circulación ha de mediar una decisión judicial”. Véase también DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., “Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española.”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, nº 11, 2016, pág. 8 y ss. El derecho de supresión no conlleva adscrito un derecho a la desaparición total de los datos. El derecho de supresión sólo afecta a buscadores de internet.

⁴⁵ Se pueden denominar técnicamente códigos robots.txt o instrucciones noindex. Este tipo de programas bloquean la indexación en las búsquedas, aunque la información permanece intacta.

⁴⁶ Véase a título de ampliación con ejemplos aclaratorios la exposición de RALLO LOMBARTE, A., *El derecho al olvido en internet. Google versus España*, Madrid, 2014, pág. 133 y ss. En su exposición el autor afirma que no son adecuados *ni el olvido preventivo ni la censura previa en Internet*. La censura previa se convertiría para el autor en un límite infranqueable para el ejercicio del derecho de supresión (o *derecho al olvido*), al menos en el actual estadio de la técnica de protección de datos. El autor no admitiría tampoco el “olvido ciego” ni el “borrado general de datos” en los buscadores de Internet.

⁴⁷ Texto del artículo 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.”

delincuente, favoreciendo el ejercicio democrático y avanzado de la reinserción social. La difusión de un pasado penal de los ciudadanos no puede ser útil ni para la sociedad ni para la lucha contra el delito⁴⁸. Ante las tendencias denominadas *securitarias* del Derecho Penal, que no forman parte del análisis de este estudio, pero que se comentan como implicadas en el tema de la protección de datos, sería importante recordar los principios y valores democráticos que afectan al Derecho Penal, quizá la visión del derecho donde los DDFF más profundamente deben ser defendidos. En el sistema español predomina la restricción de la publicidad de los antecedentes penales en la línea doctrinal de amplia Jurisprudencia, destacando la del TC. No tiene por qué resultar incompatible el derecho a la libertad de información, el derecho a la justicia y el control del sistema democrático frente a los DDFF del ciudadano que cumplió su condena y que, en justicia también, no debe nada a la sociedad. En sentido contrario se expresó una parte de la doctrina, alegando el derecho a la libertad de información, cuestión muy difícil de aceptar desde un punto del derecho constitucional a la reinserción social⁴⁹.

En los casos de personas conocidas por los medios de comunicación, se podría considerar como patente la reiteración de los hechos pasados que algunos medios realizarían con los datos, en especial, con las imágenes del implicado en conductas antijurídicas. Los asuntos son muy populares y posiblemente contarán con un número de personas que se deleiten en esas exhibiciones. Estas conductas no fomentarían en absoluto una pedagogía social dirigida a los DDFF, sino que además se podría cuestionar su pertinencia, pues pertenecen al pasado, pero darían la sensación mediática de que la conducta antijurídica no se eliminó de la realidad, no transcurrió, no fue juzgada y resuelta para la sociedad. Se podría tener la sensación de que el ciudadano que fue conde-

⁴⁸ Sirva como ejemplo el de EEUU. Se cuestiona la eficacia de la *Wetterling Act* o ley *Wetterling*, la cual sería conocida también como Ley o leyes Megan en su modificación de 1996 junto con la ley Pam Lyncher de Seguimiento e Identificación de Delincuentes Sexuales (*Pam Lyncher Sexual Offender Tracking and Identification Act*). Se promulgó dentro del marco de la Ley Federal de Control de Delitos Violentos y Fuerzas Policiales de 1994 (*Federal Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*). Esta ley obligó al FBI a establecer una base de datos nacional de delincuentes sexuales para ayudar a las agencias policiales locales en la realización de un seguimiento a los delincuentes sexuales sin los límites de las fronteras estatales. Más de 20 años después, no parece que leyes de este tipo eviten la comisión de delitos y, sobre todo, impiden la reinserción del que fue recluso. Se comenta que ello no exime para controlar por parte de la sociedad conductas lesivas, no tanto como delito sino como seguimiento de posible desequilibrio psiquiátrico, que puede activar a su vez los sistemas policiales de localización del ciudadano que expone a otros a sus conductas lesivas (por ejemplo, la efectividad de las pulseras localizadoras). Pueden ser compatibles los bienes constitucionales a proteger del exdelincuente y de la seguridad de la población, bajo los DDFF de la dignidad humana, el honor, la intimidad y por supuesto una necesaria reinserción en la sociedad. Véase a este respecto ALONSO RIMO, A., "La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito.", *Revista General de Derecho Penal*, nº 17, 2012. Por otro lado, existe la opinión de sectores que promueven la publicación de datos (nombre, apellidos y fotografía) de incluso imputados sin sentencia firme, como se puede apreciar en la posición que mantiene un sector de la abogacía. Alegan que se publican en los medios datos de las víctimas y no de los presuntos autores o sentenciados por los hechos. Lo consideran una advertencia para los posibles delincuentes y una forma de reforzar a las víctimas. Se piensa que tanto los datos de las víctimas como de los delincuentes deberían ser protegidos por igual, salvo que la información personal sea de relevancia para la conclusión de los asuntos (desaparición o búsqueda de una persona, por ejemplo)

http://www.abc.es/espana/abci-publicar-sentencias-foto-agresores-daria-confianza-mujeres-201608142052_noticia.html

⁴⁹ Como ejemplo, las ideas de BUSTOS GISBERT, referencia de la autora GUERRERO PICÓ, M., *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Navarra, 2006, pág. 428.

nado por un delito sigue en su ejecución, es siempre *delincuente continuado*, sin que los medios (denominados) de información permitieran a la persona una nueva realidad.

Un asunto novedoso estaría protagonizado por la aparición de empresas privadas cuya actividad reside en la eliminación de información publicada a través de *internet*. Ante esta situación, se puede apreciar que el ciudadano cuyo nivel de ingresos permita la contratación de los servicios de eliminación de datos puede hacer efectivo el derecho a la supresión de información. Si son personas que no pueden atender el pago de esos servicios, como se puede deducir, tienen menos facilidades para ejercer su derecho de supresión, por lo que la pregunta estriba en saber qué potencial tendrá la AEPD (o Autoridad de protección de datos) para hacer efectivo el derecho de supresión con la obligatoriedad del nuevo RGPD para todo ciudadano, independientemente de su nivel económico. Todo ello relacionado con el artículo 9.2 CE en cuanto a normas para facilitar su ejercicio efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, A., "La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito.", *Revista General de Derecho Penal*, nº 17, 2012.

BOIX PALOP, A., "*La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales.*", *Revista de Estudios Políticos*, nº 173, 2016.

"El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el "derecho al olvido" y las libertades informativas tras la Sentencia Google.", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 38, 2015.

BÖCKENFÖRDE, T., "Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre", *JZ Juristen Zeitung*, nº 19, 2008,

BUSTOS GISBERT, R., "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión.", *Revista de Estudios Políticos*, nº 85, 1994.

DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., "Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española.", *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, nº 11, 2016.

CORDERO CUTILLAS, I., "Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI", *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Barcelona, 2014.

COTINO HUESO, L., "Datos Personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público. Comentario al artículo 3.", *Comentario a la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Madrid, 2010.

"Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías", Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

"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", *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia*, Madrid, 2014.

DE DOMINGO, T., "¿Conflictos entre derechos fundamentales?", *Centro de Estudios políticos y constitucionales*, Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ MEJÍAS, I., "*Hacia la memoria selectiva en Internet. Honor, intimidad y propia imagen en la era digital a partir de la jurisprudencia española.*", Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS, nº 11, 2016.

FERNÁNDEZ BARRERO, A.; GUIRADO BORREGO, V., Actas del Congreso "Comunicación y desarrollo en la era digital". Congreso AE-IC 3, 4 y 5 de febrero de 2010, Madrid, 2010.

GALÁN MÚÑOZ, A., "La protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., "Nuevos retos para la protección de datos personales", Dykinson, Madrid, 2015.

GUERRERO PICÓ, M., "El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal", Thomson Civitas, Navarra, 2006.

GONZÁLEZ CIFUENTES, C., "El derecho a la intimidad de los altos cargos", Universidad de Salamanca, Salamanca, 2011.

LÓPEZ RICHART, J., "Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento", Derecho privado y Constitución, nº 26, 2012.

LLANEZA, P., "Aspectos legales: periodismo, ciudadanos y la ley", *Periodismo ciudadano. Evolución positiva de la comunicación.*, Ariel. Fundación Telefónica, Madrid, 2011.

MAGDALENO ALEGRÍA, A., "Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho", Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

MAGDALENO ALEGRÍA, A., "Libertad de expresión y partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, nº 11, 2007.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., "El derecho a la intimidad en el periodismo participativo: consideraciones desde el ámbito de la ética y la regulación deontológica de la información", Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ OTERO, J., "El derecho al olvido en Internet", Revista de Derecho Político, nº 93, 2015.

MIERES MIERES, L., "El derecho al olvido digital", Fundación Alternativas, nº 186/2014, 2014.

MINERO ALEJANDRE, G., "A vueltas con el "derecho al olvido". Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital.", Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, nº 30, 2014.

NIETO MARÍN, A.; MAROTO CALATAYUD, M., "Redes Sociales en internet y data mining en la prospección de comportamientos delictivos", Derecho y redes sociales, Civitas, Madrid, 2010.

PAUNER CHULVI, C., "Implicaciones del futuro Reglamento europeo sobre protección de datos en la libertad de información", Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI, Madrid, 2014.

PAUNER CHULVI, C., "La actividad periodística en los ordenamientos nacionales y europeos sobre protección de datos", Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PÉREZ LUÑO, A., "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Tecnos, Madrid, 2010.

RALLO LOMBARTE, A., "Derecho y Redes Sociales", Civitas Aranzadi, Navarra, 2010.

RALLO LOMBARTE, A., "El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos", Telos. Cuadernos de comunicación e innovación. Fundación Telefónica., nº 85, 2010.

RALLO LOMBARTE, A., "El derecho al olvido en internet. *Google versus España*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2014.

RODOTÁ, S., "Las lecciones de wikileaks: nueva transparencia y nueva distribución del poder", Transparencia, acceso a la información y protección de datos, Reus, Barcelona, 2015.

RODRÍGUEZ, J., "La autodeterminación informativa como barrera a la libertad de información y al ejercicio profesional del periodismo", Anàlis. Quaderns de comunicació i cultura, nº 42, 2011.

SANCHO VILLA, D., "Developing Search Engine Law: It Is Not Just about the Right to Be Forgotten.", *Legal Issues of Economic Integration*, nº 4, 2015.

SARRIÓN ESTEVE, J., "Tras la larga sombra de Google Spain. ", *Universidad de Valencia*, nº 1, 2015.

ZÁRATE ROJAS, S., "La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa", *Derecom*, nº 13, 2013.