

Transparencia y protección de datos en internet

Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde
Magistrado del Tribunal Supremo .

I. Introducción.

II. Transparencia y Protección de Datos e Internet

2.1 Problemas que plantea la responsabilidad en internet.

2.2 ¿Cambia la lesión de los derechos en razón del medio técnico de difusión empleado?

2.3 Cuestión prejudicial de derecho comunitario planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Problemas que se plantean: 1º Aspectos procesales de las acciones para proteger estos derechos en internet; 2º El principio de proporcionalidad; la protección del llamado "derecho al olvido".

I. Introducción.

La publicidad y la transparencia son pilares básicos de la actuación administrativa que contribuyen de forma decisiva a evitar la arbitrariedad y permiten un adecuado control por parte de los ciudadanos y por los tribunales.

Son numerosos los ámbitos en los que la transparencia juega un papel esencial como mecanismo de control y supervisión del correcto actuar de la Administración contribuyendo también al normal desenvolvimiento de la actividad de los demás ciudadanos.

La transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas se ha visto reforzada por la aparición de las nuevas tecnologías que permiten una difusión más amplia de la información que afecta a los ciudadanos lo que facilita un acceso a esa información de forma ágil y sencilla. Ello contribuye, sin duda, a mejorar la posibilidad de ejercer un mejor control por el ciudadano.

El problema surge por cuanto la transparencia y la publicidad de la actividad administrativa puede entrar en conflicto con otros derechos tales como la protección de los derechos al honor y la intimidad de las personas y muy singularmente con la protección de sus datos personales.

Y es en esta colisión en donde se ha de buscar el interés prevalente atendiendo al fin que se cumple y la posibilidad de alcanzarlo de forma menos gravosa. De modo que en esta ponderación cobran especial importancia el principio de proporcionalidad.

Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2).

El Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre estableció, sin embargo, algunos límites cuando la norma tiene un grado de indefinición que deja un margen de apreciación excesivamente amplio a la Administración pública responsable del fichero en el que se contienen los datos. En dicha sentencia y con motivo de enjuiciar la constitucionalidad de un precepto de la LOPD -se trataba del art. 24.2 de la LOPD, que permitía a los órganos administrativos restringir los derechos de acceso y cancelación de sus datos personales si ponderados los intereses en presencia considerase que los mismos debían de ceder ante "razones de interés público o ante intereses más dignos de protección"- declaró inconstitucional dicho precepto y estableció cautelas para restringir los derechos de acceso y cancelación de los datos obrantes en las Administraciones Públicas, por entender que *"...a la vista de que este inciso permite al responsable del fichero público negar a un interesado el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, y al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiere esgrimirse, semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental.*

..... los motivos de limitación adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de ley. Además, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la restricción, resulta insuficiente para determinar si la decisión administrativa es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo dispuesto por el legislador (SSTC 101/1991, FJ 3, y 49/1999 , FJ 4). De suerte

que la misma falta evidente de certeza y previsibilidad del límite que el art. 24.2 LOPD impone al derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), y la circunstancia de que, además, se trate de un límite cuya fijación y aplicación no viene precisada en la LOPD, sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión, aboca a la estimación en este punto del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo al resultar vulnerados los arts. 18.4 y 53.1 CE".

Son numerosos los ejemplos en los que los tribunales han ponderado en materia de protección de datos los diferentes intereses o derechos en conflicto en relación con una actividad desarrollada por una Administración Pública o ejerciendo funciones públicas. En tal sentido, procede destacar las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, , Sección 1ª, de 14 de Abril del 2011 (Recurso: 626/2009) de 20 de Octubre del 2011 (Recurso: 397/201), de 28 de Marzo del 2011 (rec. 21/2010) y de 26 de Junio del 2012 (rec.1/2011) .

Estos problemas también han sido abordados, también, en la jurisprudencia del TJUE, baste apuntar como ejemplo las sentencias del TJUE 29 de junio de 2010 (Gran Sala) (Asunto C-139/07 Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau) en la que se trata el problema del acceso a información y documentos en un proceso contra el Estado por concesión de ayudas comunitarias contrarias al derecho comunitario y la sentencia de 29 de junio de 2010 (Asunto C-28/08 P. COMISIÓN/BAVARIAN LAGER) relacionada con un problema de acceso a documentos (principio de buena práctica administrativa) y protección de datos de carácter personal.

II. Transparencia y Protección de Datos e Internet

Se ha dicho que Internet era "un sueño para sus usuarios y una pesadilla para los prácticos del Derecho".

La sentencia del Tribunal de Distrito para el Distrito Este de Pensilvania, de 11 de junio de 1996, dijo que la razón del éxito de la Internet radica precisamente el enorme caos que la preside. Su fuerza descansa en este **caos**.

En 1996 John P. Barlow colgaba en la Red la llamada "Declaración de Independencia del Ciberespacio" en la que proclamaba: "En el Ciberespacio no tenemos gobierno electo ni es probable que lo tengamos, de ahí que me dirija a ustedes, Gobiernos del Mundo Industrializado con no mayor autoridad que aquella con la que habla la propia libertad. Yo declaro que el espacio social global que estamos construyendo es por naturaleza independiente de las tiranías que ustedes pretenden

imponernos. Ustedes no tienen ningún derecho moral para gobernarnos ni poseen método alguno de coerción que debamos temer con fundamento... Sus conceptos jurídicos de propiedad, libertad de expresión, derecho a la identidad, libertad de circulación y contexto no nos son aplicables. Se basan en la materia. Aquí, en el Ciberespacio no hay materia".

Internet ha cambiado la forma de comunicarse y obtener información y de difundir opiniones propias o imágenes de otras personas.

El origen de la información se difumina de modo que no es posible imputarla en muchos casos a una empresa o medio de comunicación concreto. No parte, en las más de las ocasiones, de los profesionales del periodismo sino que se incorpora información y datos proporcionados por particulares. Y al mismo tiempo se incorpora y recopila en la red toda la información contenida en los boletines oficiales y en general en las resoluciones y actuaciones realizadas por las Administraciones públicas que antes aparecían diseminadas y que solo eran conocidas por los interesados o las partes personadas en un procedimiento administrativo. La información y los datos aportados pueden afectar a cualquier persona y no necesariamente a personajes públicos.

La localización de esta información es muy sencilla con la aparición de los llamados "motores de búsqueda" capaces de indexar toda la información existente en la red y recuperarla de forma sencilla, de modo que toda la información introducida en internet resulta accesible a todos los ciudadanos y sin límite de tiempo.

2.1 Problemas que plantea la responsabilidad en internet.

Estas características hacen que los límites y la responsabilidad tal y como ha sido concebida y aplicada por la jurisprudencia tradicional ha cambiado. Se trata de un medio global por lo que permite un acceso inmediato y en tiempo real a la información, que puede plantear mayores dificultades de control y sanción. Y por otra parte las diferencias que presenta en relación con los medios de comunicación tradicionales (televisión, radio, prensa, esencialmente). Así:

a) Internet desarrolla distintos métodos y formas de comunicación, de modo que un receptor de información puede convertirse en proveedor de información por sí mismo o a través del envío de la información realizado por un tercero, quebrándose la clásica relación de alteridad (emisor-receptor) que constituía la esencia de la comunicación hasta el momento.

b) Igualmente, el hecho de que se trate de un medio independiente en infraestructura y técnicamente complejo, dota de un protagonismo especial a los "*proveedores de información*"

(de servicio o de contenido), que exige una mayor especificación jurídica a efectos de imputación de responsabilidades (distinción entre edición y distribución).

c) Al tratarse de un medio descentralizado o abierto (con múltiples puntos geográficos de acceso), se incrementan las dificultades técnicas y se frustra gran parte de los intentos de sanción efectiva.

d) A ello hay que añadir que, como regla general, las redes electrónicas dificultan la identificación del usuario o del emisor de determinada información.

2.2 ¿Cambia la lesión de los derechos en razón del medio técnico de difusión empleado?

Los civilistas se han planteado si el ilícito civil (vulneración de los derechos al honor, intimidad y la propia imagen) se ven alterados por el hecho de que su comisión se produzca a través de la Red. En principio, la acción de protección de la intimidad no ve su régimen alterado por el hecho de que la intromisión o el daño se produzcan por Internet. El punto de partida podría ser *"no pueden imponerse mayores limitaciones en Internet de las que rigen en el mundo real y, por tanto, no puede considerarse ilegal en Internet lo que es legal fuera de la Red, pues de otro modo /.../ lo único que se consigue es la criminalización de la Red"*. Ello implica que el uso de un medio determinado carecería, en principio, de relevancia para establecer la pretendida lesión del derecho fundamental, de modo que el instrumento de difusión tendría un valor estrictamente accesorio.

Pero esta inicial apreciación, que parece desprenderse de la jurisprudencia civil en la materia, me suscitan muchas dudas por cuanto utilizando los propios criterios de ponderación las circunstancias propias y específicas que rodean la información en internet determina ya por sí misma importantes diferencias para analizar la lesión.

- La información o las imágenes ya no se incorporan por profesionales.

Ya hemos señalado que la jurisprudencia venía reconociendo como un límite tradicional a estos derechos de honor, intimidad y propia imagen, la existencia de un derecho de libertad de información, especialmente cuando fuera ejercida por los profesionales de la información, en cuanto elemento imprescindible para la creación de una sociedad democrática y de una opinión pública libre.

Estos problemas no han tenido una respuesta clara en nuestra jurisprudencia que sigue anclada en afirmaciones generales

referidas a un mundo de comunicación totalmente sobrepasado por la realidad actual de los medios de comunicación.

- Permanencia en el tiempo de esta información.

La difusión global de esta información y sobre todo la permanencia indefinida en el tiempo de la misma, determina que el inicial interés general o el consentimiento inicialmente prestado (por ej para la utilización de la imagen en un contexto determinado o la inclusión de un dato personal en relación con una resolución administrativa) pierde el sentido y la finalidad cuando su difusión permanece de forma indefinida, pues la propia jurisprudencia civil decía que el consentimiento para difundir imágenes no puede prolongarse de forma permanente en el tiempo.

Perfil de una persona.

Por otra parte, esta tecnología permite en la actualidad obtener una información global sobre una persona. En este aspecto cabe preguntarse si la posibilidad de acumular los datos e informaciones inocuos por sí mismos e individualmente considerados pero que apreciados en su conjunto pueden configurar perfiles de las personas, que incidan en la intimidad y privacidad de las personas. Y es en este contexto en el que actualmente se está planteado el llamado "derecho al olvido", esto es, que una información, dato o imagen cuya difusión debe considerarse inicialmente lícita no debe permanecer indefinidamente en el conocimiento

Estos problemas se han agravado cuando se ha tratado de confrontar el derecho de los particulares a la protección de sus datos frente a la publicación en internet de sus datos personales, incluso cuando es el objeto de esta intervención cuando el dato aparezca incorporado o sea consecuencia de actuaciones procedentes de la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas.

2.3 Cuestión prejudicial de derecho comunitario planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Ello ha motivado que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, haya planteado por Auto de 27 de febrero de 2012 (rec. 725/2010) una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE en relación con diferentes preceptos de la normativa comunitaria en materia de protección de datos, referida a la actividad de los motores de búsqueda en internet y su responsabilidad en materia de protección de datos.

Esta cuestión prejudicial parte de la interposición de numerosos recursos en los que se planteaba este problema si bien con diferentes modalidades: en algunos casos los datos se incluían por particulares, pero en otros muchos la información procedía de la propia Administración incorporada a internet por las Administraciones Públicas en cumplimiento de obligaciones legales y en aras a un intento de dar publicidad y transparencia a su actuación pública.

Así, por ejemplo se ha planteado este problema cuando se publican en un periódico de gran circulación el anuncio de la subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social (publicación que daba cumplimiento a obligaciones legales previstas en el art. 645 de la LEC) con la finalidad de dar mayor transparencia a la actuación administrativa, y así permitir que la publicidad de las subastas de bienes inmuebles para conseguir una mayor concurrencia de licitadores. El afectado afirmaba que el embargo al que se vio sometido en su día estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

Otro supuesto sería el de una persona que solicitaba el derecho a la cancelación de sus datos personales que aparecían en internet, como consecuencia de que había sido publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de una resolución administrativa que resolvía un recurso de alzada porque se había intentado su notificación y no había sido posible. La resolución administrativa se denegaba a la interesada su solicitud de subrogarse "mortis causa" en una vivienda por entender que no cumplía con el requisito de convivencia previa con la fallecida.

En ambos casos, la información que contenía datos personales fue publicada a instancia de las Administraciones públicas, en cumplimiento de obligaciones legales, información en la que se contenían datos personales de ciudadanos. Los afectados solicitan se cancelen sus datos y dirige su reclamación contra la empresa que gestiona uno de los buscadores en internet (Google) y/o contra la Administración pública que subió esa información a internet para que la cancele y sus datos no sean localizables en la red.

Problemas que se plantean:

El medio si tiene, a mi juicio, una influencia decisiva en el planteamiento y solución de muchos de los conflictos que se suscitan en esta materia. Tanto desde la perspectiva de la territorialidad de la norma y la competencia de los tribunales para su conocimiento como al tiempo de dar una solución al fondo del conflicto por el juego del principio de proporcionalidad.

1º Aspectos procesales de las acciones para proteger estos derechos en internet.

Internet supone, además, un reto singular para el derecho procesal. En efecto, la territorialidad es consustancial al ejercicio de la jurisdicción e Internet constituye una realidad virtual en la que el espacio físico no existe.

Si se admite, en efecto, que Internet no es sino un sistema internacional de intercambio de información digitalizada (texto, imagen, sonido) sin fronteras posibles, habrá que concluir en la imposibilidad de una ordenación jurídica, acabada y efectiva, circunscrita a las fronteras nacionales. Ciertamente, el Derecho Internacional y el Comunitario (sea europeo o de otras regiones) constituyen un elemento adicional y complementario inexcusable.

El ciberespacio es un ámbito virtual en el que los límites territoriales de las jurisdicciones nacionales y de los partidos judiciales no tienen funcionalidad. Sin embargo, los litigios de todo tipo a que puede dar lugar la utilización de la Red, también los que se derivan de la vulneración del derecho a la intimidad y la protección de datos deben ser resueltos por órganos jurisdiccionales con base territorial.

En el art. 52.1.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que "en materia del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de los derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar en donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate". El *forum actoris* propugnado a nivel internacional para la determinación del tribunal competente rige, pues, en el ámbito interno para fijar la competencia territorial de los tribunales españoles, solución legal muy favorablemente acogida por la doctrina.

Si se ejercita acción de cesación, en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios de Internet que pudieran haber sufrido una injerencia en su intimidad "será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio; y, si careciese de domicilio en el territorio español, el del lugar del domicilio del actor".

Ahora bien, puede suceder que no siendo responsable el prestador de servicios de intermediación por no haber incurrido en ninguna de las conductas previstas en los arts. 14 a 17 de la LSSI, sin embargo, ejercitándose una acción de cesación o de prohibición la efectividad de la tutela pretendida exija la colaboración del intermediario para que la

conducta lesiva cese o no llegue a producirse. Será frecuente, además, que el proveedor de contenidos sea de difícil localización y, en cambio, sea más fácil que el daño deje de producirse obligando al prestador de servicios de intermediación a interrumpir la transmisión evitando la propagación en la Red de la lesión al derecho a la intimidad, o a cualquier otro derecho. Ello plantea la cuestión de si es necesario dirigir la demanda contra el prestador de servicios de intermediación, a pesar de no ser responsable, para conseguir la efectividad de la sentencia. En principio parece que la respuesta debe ser negativa en cuanto que la acción sólo puede dirigirse contra el responsable, sin embargo, la sentencia firme estimatoria de la acción de cesación o de prohibición puede ser seguidamente comunicada al prestador de servicios de intermediación y, a partir de dicho momento, éste podrá ser legalmente considerado como conocedor de que la actividad o la información almacenada o que remite o recomienda es ilícita y, por tanto, surgirá su responsabilidad en el caso de que no actúe con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos o para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 15, 16 y 17 de la LSSI.

Estos mismos problemas, quizás mas agravados, se plantean en relación con la norma jurídica aplicable y, por lo tanto, la jurisdicción nacional competente para conocer de la tutela del derecho a la protección de datos.

Los problemas se plantean en torno a la posibilidad de aplicar la Directiva 95/46/CE, y consecuentemente la normativa nacional que la transpone en España, para tutelar el derecho a la protección de los datos de un nacional español y que tiene su residencia en España, frente a la empresas que, como la mayoría de las que operan en internet y especialmente las grandes empresas que gestionan los motores de búsqueda tienen su domicilio en el extranjero.

Los buscadores de contenidos indexan páginas web de todo el mundo, incluyendo páginas web ubicadas en España y la información indexada por las "arañas" se almacena temporalmente en servidores cuya ubicación (país y localidad) se desconoce y al mismo tiempo las empresas y la tecnología fundamental se residen en el extranjero, teniendo una gran facilidad, con los actuales medios técnicos, para variar la ubicación física de los medios técnicos utilizados en estas labores.

Los criterios jurídicos utilizados en las normas en materia de protección de datos responden a unos criterios de atribución

competenciales¹ basados en la tecnología existente antes de la expansión de internet y a la aparición, o al menos a la utilización generalizada, de los motores de búsqueda como herramienta que facilita la localización de datos e información en la red.

Los buscadores utilizan soportes técnicos para la captación, indexación y almacenamiento temporal de la información ubicada en páginas web de todo el mundo, que pueden estar centralizados o dispersos en diferentes países y los índices generados se guardan en servidores ubicados en lugares remotos y muchas veces secretos. Todo ello plantea enormes dificultades para determinar cuando nos encontramos frente a un "recurso a medios" radicados en un Estado miembro.

Las dudas que se plantean pueden sintetizarse en las siguientes:

Si se considera sujeto a la norma y la jurisdicción de los tribunales por la captación de información procedente de páginas web españolas que posteriormente indexa, se plantearía el problema de que el prestador de servicios en internet estaría sometido a todas las leyes y a las jurisdicciones de todos los países cuyos servidores alojaran información a la que los buscadores tuvieran acceso, pero esta solución, al mismo tiempo, facilitaría una tutela eficaz de los derechos de los afectados.

Cabe plantearse, finalmente, si aun cuando no concurriesen estos puntos de conexión, sería preciso realizar una interpretación que, a la luz del art. 8 la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, permita utilizar otros criterios de conexión para proporcionar una tutela eficaz de este derecho a los ciudadanos de la Unión Europea.

La finalidad de la Directiva 95/46/CE es brindar una protección eficaz en la Unión Europea a los datos de las personas físicas (así se desprende de los apartados 10 y 18 de su exposición de motivos), que difícilmente sería compatible con la pretensión de que los afectados que quieran ejercitar sus derechos de supresión, bloqueo y/o oposición frente a su buscador tengan que acudir a la jurisdicción de terceros Estados y someterse a la normativa dicho Estado. Podría en este aspecto entrar en juego la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que según dispone el art. 6 del TUE que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

El Auto planteando la cuestión prejudicial ante el TJUE, antes citado, razonaba al respecto "Una protección eficaz de este derecho fundamental no puede depender del lugar donde la

¹ Vease El artículo 4 de la Directiva 95/46/CE y art. 2.1 de la LOPD

empresa decida asentar los medios técnicos. La utilización de soportes técnicos inmateriales, que permiten prestar los servicios desubicados del territorio al que van dirigidos y, en muchos casos, sin contar con medios residenciados en el mismo, complica una tutela eficaz de las eventuales lesiones de los derechos de la personalidad que se producen en el ciberespacio, especialmente en materia de protección de datos. Sin desconocer el peligro añadido que supondría la posibilidad de suprimir los establecimientos y medios que tuviere para impedir la aplicación de la normativa comunitaria o nacional, o cambiar el centro de gestión de recursos y medios, localizándolo en aquellos países que careciesen de una normativa de protección de datos o en los que sus normas fuesen más permisivas con la tutela de estos derechos"....."la tutela de este derecho debería situarse donde se ubica el centro de gravedad del conflicto y sea posible una tutela eficaz del mismo, incluyendo la posibilidad de permitir una aprehensión integral del conflicto que comprenda los intereses en juego y de las normas implicadas.

Por ello sostener que la indexación de datos procedentes de páginas web situadas en España, en relación con una información publicada en España, en base a una norma legal española, que afecta a datos de un ciudadano español y que fundamentalmente puede tener una repercusión negativa, a juicio del afectado, en su entorno personal y social sito en España (centro de intereses), tenga que defender la tutela de su derecho a la protección de datos en EEUU, por ser el lugar que el gestor del buscador ha elegido para ubicar los medios técnicos, colocaría a los afectados en una situación de especial vulnerabilidad e impediría o dificultaría enormemente la tutela eficaz de este derecho que podría resultar incompatible con el espíritu y finalidad que inspira la Directiva y, sobre todo, con una tutela eficaz de un derecho fundamental contenido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales".

2º El principio de proporcionalidad.

También el medio (internet) influye en la solución del fondo del conflicto, tanto para conocer y delimitar responsabilidades entre los distintos operadores que actúan en internet, como para valorar, conforme al principio de proporcionalidad, los diferentes derechos e intereses en conflicto.

No me detendré especialmente, en la delimitación de la responsabilidad contenida en la Directiva 2000/31/CE que limita la responsabilidad de los servicios de la sociedad de la información, ni en la contenida en la Ley española 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, dictada en desarrollo de dicha Directiva 2000/31/CE, que en sus artículos 8 y 17 limita la

responsabilidad de los buscadores respecto de la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios, pero permite se les pueda requerir para que retiren los datos que atenten o pueden atentar contra determinados principios (entre ellos la dignidad de la persona) o cuando tengan conocimiento efectivo que de la información que remiten puede lesionar derechos de tercero susceptibles de indemnización.

En este punto, quizás tan solo destacar la interesante jurisprudencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo que ha abordado el alcance de la responsabilidad de las sociedades prestadoras de la sociedad de la información en concreto del alcance del concepto "*conocimiento efectivo*" de la ilicitud de los contenidos².

Me interesa más poner de relieve los problemas que plantea la protección de datos en internet, incluyendo los que se contienen en las resoluciones administrativas o en el BOE, en relación con la finalidad que cumplen, su proporcionalidad y el tiempo de permanencia necesario para cumplir este fin, pues la permanencia indefinida de tales datos en internet y su fácil localización puede entrar en conflicto con la protección de datos del afectado que no desea que se tenga un conocimiento público global que se prolongue indefinidamente en el tiempo.

No debe olvidarse que de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva los datos tratados no solo han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos y exactos cuando se recaban sino cuando posteriormente son tratados. Y el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal en su artículo 4 al tratar el principio de calidad del dato señala que "los datos de carácter personal

² La STS, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 (rec. casac. 914/2006) en la que interpretando la expresión "*conocimiento efectivo*" (artículo 16, apartado 1, de la Ley 34/2002) *considera que no se pueden restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo y que "la Directiva - al dejar a salvo la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse" -, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate" y entendió que el título de la plataforma de afectados ("Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE") por su carácter insultante, era un medio adecuado – ex re ipsa – para revelar, junto con las circunstancias concurrentes – en especial, la realidad de un conflicto entre dicha proveedora de contenidos y la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual demandante, conocido por la recurrente -, el tenor injurioso de los datos alojados".*

A los efectos de apreciar ese conocimiento resulta también interesante la STS, Sala Primera, de 18 de mayo de 2010 (rec. casa. 1873/2007)

serán exactos y puestos al día de forma que responda con veracidad a la situación actual del afectado" y que "serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados".... "No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados".

Problema este que ha sido planteado ante el TJUE en el Auto de la Audiencia Nacional planteando la cuestión prejudicial desde una doble perspectiva:

Por un lado, la responsabilidad de los motores de búsqueda en relación con la de los proveedores de contenidos ¿Es una responsabilidad directa o solo subsidiaria respecto de los responsables de contenidos (webmaster)?

Por otro, la protección del llamado "derecho al olvido".

1) El automatismo en la captación de dicha información y la ausencia de un control efectivo sobre la misma, especialmente sobre la exactitud y veracidad de la información que indexan, permite dudar que los buscadores puedan ser comprendidos en el concepto de "responsables del tratamiento. Pero, por otra parte, son los buscadores los que localizan y almacenan la información existente en internet y contribuyen a su difusión facilitando su acceso mediante un índice ordenado que selecciona las páginas web en las que se contienen los criterios de búsqueda introducidos por el usuario.

En este punto el Tribunal planteo diversas dudas por la constatación de que la supresión o cancelación por el buscador sin dirigir la acción contra el responsable de contenidos podría incidir en los derechos del titular de la página web (tales como el derecho de información, libertad de expresión u otros) o en el cumplimiento de las obligaciones legales que tiene contraídas sin que haya tenido oportunidad de defenderlos.

También es necesario ponderar si la adopción de tales medidas puede cumplir la finalidad que se persigue sin dañar los derechos de terceros, esto es, si podría conseguirse dar tutela a la reclamación sin perjudicar el derecho de terceros y si la medida que se exige sería eficaz. Así, si se eliminara las palabras coincidentes con el nombre y apellidos del afectado del índice que utiliza el buscador las referencias a las páginas web se seguirían indexándose si se mantuviese la información en la página web de origen. Y aunque se suprimiera solo respecto a la referencia de una página web determinada tampoco serviría, pues esta misma información puede haber sido replicada en otras páginas web. Y si se eliminan todos los contenidos relacionados con los datos del

afectado, no solo se suprimiría de la noticia o información solicitada sino toda la información existente en internet relacionada con esa persona (incluyendo aquella información que sí desea que se conozca y se difunda), y toda información asociada con terceros cuyo nombre y apellidos coincidiese con el afectado, lesionándose los derechos de estos.

Por otro lado, la facilidad con que se replica una información en otras páginas web, la posibilidad de cambiar el nombre y ubicación de la página reproduciendo la misma información y la dificultad añadida de tener que actuar frente a páginas web que pueden estar ubicadas en otro Estado, puede hacer ineficaz y excesivamente gravosa la tutela de los derechos del afectado si tiene que dirigirse, con carácter principal, contra todas las páginas web en la que se aloje dicha información. La tutela directa de sus derechos frente al buscador tiene la ventaja de que impide, o al menos dificulta enormemente, la fácil localización y la difusión generalizada de los datos que trata de proteger y los peligros que supone la utilización de estos buscadores para tener acceso a todos los datos de una persona física elaborando, incluso perfiles personales. Sin olvidar que es el afectado el que debe determinar el alcance que la tutela de sus derechos debe tener, siempre que ello sea conforme con la normativa vigente.

2) Se trataría aquí de amparar la voluntad de quien no desea que se indexe y difunda la información relativa a su persona, que aun siendo lícita y exacta, considere negativa o perjudicial para su persona, incluyendo su derecho al olvido.

El Auto de Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Primera, haya planteado por Auto de 27 de febrero de 2012 (rec. 725/2010) lo planteó ante el TJUE en los siguientes términos *“Las razones por las que una persona física puede considerar que una información, incluso aquella que aparentemente pueda aparecer inocua, puede dañar su dignidad o tener una repercusión negativa en su esfera personal, social o profesional pueden ser muy variadas, y en muchas ocasiones tienen un marcado componente subjetivo. El problema se complica por las especiales características que tiene la difusión de la información en internet y el importante papel que tienen los buscadores de contenidos para facilitar la difusión y el conocimiento de esa información que una persona considera perjudicial.*

Internet traspasa fronteras y límites temporales y los buscadores potencian ese efecto, permitiendo una difusión global de esa información y facilitando su localización. Ello implica importantes riesgos para la adecuada protección de los datos personales de los ciudadanos, pues al permitir buscar de forma rápida y sencilla toda la información que existe en internet sobre una persona se incrementan las posibilidades de

que cualquier usuario tenga acceso a datos e informaciones referidas a una persona que antes eran de difícil localización, permitiendo crear perfiles de las personas y construir un "historial" de su vida y actividades o de su trayectoria económica o profesional. Y este riesgo no solo existe respecto de personas con proyección pública o mediática sino que afecta a cualquier ciudadano que ve como se incluyen en internet una gran cantidad de datos o informaciones relacionados con su persona que afectan a aspectos cotidianos de su actividad diaria. La información o los datos que se incluyen en Internet tampoco tienen que estar relacionados, necesariamente, con asuntos de interés informativo o trascendencia general.

Por otra parte, una información que antes de la aparición de estas nuevas tecnologías tenía una difusión limitada territorial y temporalmente, y que al cabo del tiempo caía en el olvido, en estos momentos puede ser localizada fácilmente, con una difusión global, y sobre todo no se olvida, permanece en la red indefinidamente. Esto supone un peligro añadido y potencialmente muy grave para la protección de datos de las personas pues una información, aun lícita y exacta en su origen, por el transcurso del tiempo puede haber dejado de ser actual al haber sido superada por acontecimientos posteriores que la desvirtúan o minimizan y, sin embargo, cada vez que se teclea el nombre de una persona en un buscador vuelve a recordarse aquel acontecimiento o información relacionado con su persona.

Aún en aquellos supuestos en los que la información sea reciente, el afectado, consciente de que esa información que se incorpora a internet podrá ser localizada a lo largo de toda su vida, puede tener interés en que su difusión no se propague y le persiga a lo largo de toda su vida y la de sus descendientes. En términos más amplios se podría plantear si una persona tiene derecho a que no se localicen por los buscadores aquellas noticias o informaciones, que en cuanto permiten identificarla y relacionarla con dicha información, no desea que se mantengan en Internet y sea conocida por todos los internautas, reduciendo el número de datos e informaciones sobre su persona que desean que sean conocidas por los demás.

Las herramientas tecnológicas actuales, especialmente los motores de búsqueda, potencian que los afectados estén sometidos permanente a la exposición pública y general sobre un hecho o acontecimiento que, aun siendo cierto, no desea que le sea recordado permanentemente y cuyo conocimiento puede perjudicarle en su entorno social y profesional.

Pero, por otra parte, si se admite que el derecho de cancelación y oposición permite que una persona pueda decidir la información que desea que se conozca y se difunda en la red

y cual no, se estaría admitiendo que la información disponible puede ser "filtrada", y en cierta forma censurada por el afectado, corriéndose el peligro de que tan solo se difunda aquella que le beneficia, limitando aquella que, aunque sea lícita y veraz, no se desea que se conozca. Ello desvirtuaría, en cierta forma, la fiabilidad y objetividad de la información que puede ser consultada".

El nuevo borrador de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea parece que trata de solucionar algunos de los problemas planteados.

Con referencia a la conexión territorial el art. 3 preve que el Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con:

- a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión,
- o
- b) el control de su conducta.

Por otra parte, y por lo que respecta al derecho al olvido, el artículo 17, recoge el derecho a que el interesado tenga derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles difusión cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

- a) los datos que ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados
- b) retire el consentimiento o ha expirado el plazo de conservación autorizado
- c) se opone al tratamiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 19 8 que regula el derecho

El responsable del tratamiento procederá a la supresión salo que la conservación sea necesaria para, entre otros motivos, el ejercicio de la libertad de expresión.

Recae sobre el responsable que publicitó los datos personales el cumplimiento del ejercicio del derecho de cancelación, independientemente de que luego esos datos publicados en otra web. Es decir, sobre otras webs en los que aparecen publicados los datos personales el responsable deberá dirigirse a los mismos para que éstos procedan a la cancelación. Lo que parece intentar acabar con la duda de si la cancelación debe ejercitarla el responsable que haya publicado los datos en la web o es responsabilidad de los buscadores.